

f
p
x

59
Apr. 14

Kommentar
der
Schweiz. Bundesverfassung
vom 29. Mai 1874

von
Dr. W. Burekhardt
Professor der Rechte an der Universität Lausanne.



BERN
VERLAG VON STÄMPFLI & CIE.
1905.

Alle Rechte vorbehalten.

1911

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit soll das geltende eidgenössische Verfassungsrecht darstellen; die Kommentarform wurde hauptsächlich gewählt, um die Darstellung auf das in der Verfassung enthaltene Recht zu beschränken, was bei einer systematischen Behandlung nicht möglich gewesen wäre. Um die Mängel dieser Darstellungsform, die Zerstückelung des Stoffes und die Vernachlässigung der grundlegenden Rechtssätze einigermaßen zu mildern, wurde der Stoff innerhalb jedes Artikels systematisch angeordnet; auch das Sachregister wird die leitenden Grundgedanken leichter auffinden und erkennen lassen; endlich sind drei besonders wichtige Fragen theoretischer Art in der Einleitung erörtert.

Ich verhehle mir nicht, dass die Darstellung manche Lücken und Unvollkommenheiten aufweist; sie waren bei der spärlichen wissenschaftlichen Bearbeitung des Gebietes und der Unsicherheit des objektiven Rechts wie der Praxis beinahe unvermeidlich. Indessen, wenn meine persönlichen Ansichten oft auf Widerspruch stossen werden, so darf ich doch hoffen, es jedem Leser ermöglicht zu haben, sich ein wahrheitsgetreues Bild des heute geltenden Verfassungsrechts zu machen. Dies wird auch inmitten des so raschen Wechsels des Verfassungsrechts der bleibende Wert meiner Arbeit sein, falls sie überhaupt bleibenden Wert beanspruchen darf. Dem Praktiker wird sie, wenigstens einige Zeit, brauchbare Dienste leisten.

Die Verhandlungen der verfassungsberatenden Tagsatzung und Bundesversammlung wurden so weit wiedergegeben, als es zur Auslegung und zum Verständnis des heutigen Gesetzestextes nützlich erschien; womit keineswegs gesagt sein soll, dass die immer mehr oder weniger zweifelhafte Meinung der gesetzgebenden Körper oberste Auslegungsnorm sein solle. Die geschichtliche

Darstellung sollte das Verhältnis des geltenden zum früheren Recht kurz zum Ausdruck bringen und mitunter auch einiges zur neueren Geschichte des Bundesstaatsrechts beitragen.

Die Diskussion der so oft wiederkehrenden Kompetenzfragen mag ermüdend, ja nicht selten kleinlich und spitzfindig erscheinen; allein sowenig es mir zusagt, längst abgetane, durch die Rechtsentwicklung endgültig gelöste Kompetenzfragen wieder aufzuwerfen, so notwendig scheint es mir, aktuelle Fragen klarzustellen; denn nichts schadet mehr dem Ansehen der Verfassung, als die willkürliche oder willkürlich scheinende Entscheidung einer Kompetenzfrage.

Die schweizerische Literatur wurde so viel als möglich berücksichtigt; der Kommentar von Prof. Schollenberger erschien, nachdem die 2 ersten Lieferungen schon gedruckt waren.

Meinem Lehrer,
Herrn Professor Dr. Eugen Huber
in Freundschaft zugeeignet.

Einleitung.

I. Die rechtliche Natur der Verfassung.

Eine Verständigung über die rechtliche Natur eines Staates oder einer Staatsform ist nicht möglich, wenn man sich nicht vorher darüber verständigt hat, auf Grund welcher Rechtsnormen die rechtliche Natur eines Staates zu bestimmen ist. Ich behaupte, es habe das auf Grund seiner Verfassung zu geschehen; deshalb ist es notwendig, die rechtliche Natur der Verfassung näher ins Auge zu fassen.

Die von *Laband* mit gewohnter Klarheit dargelegte Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen und im materiellen Sinn ist auch auf die Verfassung anwendbar. Wenn Gesetz im formellen Sinne derjenige Willensakt des Staates ist, welcher in einer bestimmten feierlichen Weise zustande gekommen und erklärt worden ist ¹⁾, in den für die Gesetzgebung vorgeschriebenen *Formen*, so ist *Verfassung im formellen Sinne* die auf einem andern Wege als dem Wege der Gesetzgebung oder der Verordnung zustande gekommene Vorschrift ²⁾; dass sie in *bestimmten Formen*, auf dem Wege des Verfassungsbeschlusses zustande gekommen sei, ist nicht erforderlich, weil solche Formen nicht notwendig existiert haben und weil sie, wenn sie existierten, juristisch unerheblich waren, wie unten nachzuweisen ist.

Die Bezeichnung als Verfassung, Verfassungsgesetz, Grundgesetz u. dgl. ist nicht massgebend, schon darum nicht, weil a priori nicht zu entscheiden ist, wo in der zwischen «Verfassung» und «Gesetz» sich bewegenden Reihe von Bezeichnungen die Grenze zu ziehen wäre. Erheblich ist also nur, dass die Verfassungsvorschriften auf einem andern als dem Wege der

¹⁾ *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. A. 1901. Bd. II, S. 57–58.

²⁾ Vgl. über die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung: *Jellinek*, Der moderne Staat, S. 462–464, der mir aber das Wesentliche nicht erfasst zu haben scheint.

Gesetzgebung und selbstverständlich auch als dem Wege blosser Verordnung entstanden sind. Ist diese Entstehungsweise gegeben, liegt somit eine Verfassung im formellen Sinne vor, so hat dies folgende praktische Wirkungen:

1. Die Verfassungsbestimmungen besitzen höhere Autorität als die Gesetzesbestimmungen, in dem Sinne, dass sie ihnen vorgehen, dass sie Gesetzesbestimmungen, mit denen sie in Widerspruch treten, aufheben, während umgekehrt durch Gesetz Verfassungsbestimmungen nicht aufgehoben werden können. Die Behörde, welche das Gesetzgebungsrecht hat, auch wenn sie die höchste im Staate wäre, wenn es also keine andere zur Erlassung von Verfassungsvorschriften kompetente Behörde gäbe, hat daher nicht auch ohne weiteres das Recht, die Verfassung abzuändern.

2. Verfassungsbestimmungen können somit nur durch andere Verfassungsbestimmungen abgeändert und nicht auf dem Wege der Gesetzgebung aufgehoben werden; umgekehrt kann jeder Verfassungsbestimmung durch eine andere derogiert werden.

Damit, dass die Verfassung höhere Autorität genießt, soll nicht gesagt sein, dass Verfassungspflichten anderer Natur seien, heiliger seien als Gesetzespflichten und Verordnungspflichten; es sind Rechtspflichten wie alle anderen; es ist von ihnen nichts weiteres zu sagen, als dass sie Nachachtung heischen, dass, wer sie befolgt, rechtmässig, wer sie nicht befolgt, rechtswidrig handelt. Ihr Anspruch auf Gehorsam ist daher nicht stärker, intensiver, als derjenige einer von kompetenter Verwaltungsbehörde erlassenen Vollziehungsverordnung. Die Verfassungsvorschriften geniessen aber in dem Sinne höhere Autorität, dass sie auch für den Gesetzgeber bindend sind, während das Gesetz den Gesetzgeber selbst, als solchen, nicht bindet¹⁾, gleich wie das Gesetz, welches die verordnende Behörde bindet, höhere Autorität besitzt als die Verordnung.

Gibt es keine Verfassung im formellen Sinne oder ist die sogenannte Verfassung auf dem einfachen Gesetzgebungswege

¹⁾ Trotz der Bemühungen *Jellincks*, dies zu beweisen (Moderner Staat, S. 331 ff.) Es ist ein unüberwindlicher Widerspruch darin, dass der Gesetzgeber, welcher das Gesetz gemacht, und es, sobald er will, wieder abändern kann, durch das Gesetz gebunden sei. Richtig ist, dass der *Staat* in anderen Erscheinungsformen und Funktionen daran gebunden ist, oder praktisch ausgedrückt, dass die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden oder die gesetzgebenden Behörden, wenn sie in anderer Eigenschaft tätig werden, an das bestehende Gesetz gebunden sind. Sobald sie aber als Gesetzgeber, d. h. in den Formen der Gesetzgebung handeln, sind sie an das geltende Gesetz auch nicht mehr gebunden. *Tezner* (Grünbuts Zeitschrift, Bd. XXI, S. 163) drückt dies dadurch aus: der *verwaltende* Staat ist durch die Normen des gesetzgebenden gebunden.

erlassen worden, so besitzt sie auch formal keine andere Autorität als ein gewöhnliches Gesetz, und kann wie ein solches aufgehoben oder abgeändert werden.

Verfassung im *materiellen Sinne* sind diejenigen Vorschriften, welche logischerweise dem Gesetze und dem Gesetzgebungsrecht vorausgehen müssen. Wie beim Gesetz, bestimmt sich der Begriff der formellen Verfassung nach der Art des Zustandekommens, der Begriff der materiellen Verfassung nach dem Inhalt. Das materielle Gesetz ist die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes. Es gibt nun Rechtssätze, die ihrem Inhalt nach logischerweise nicht Gegenstand eines Gesetzes sein können, sondern dem Gesetze und dem Gesetzgebungsrecht vorausgehen; nämlich diejenigen Rechtssätze, welche das Gesetzgebungsrecht selber bestimmen. Wenn auch der Gesetzgeber alle anderen staatlichen Funktionen von sich aus durch Gesetz bestimmen kann, so kann er sich doch nicht selber, durch Gesetz, schaffen; wenn es denkbar ist, dass die gesetzgebende Behörde die Kompetenz habe, die Organisation und die Befugnisse aller andern, sowohl der exekutiven wie der richterlichen Behörden zu bestimmen, so ist es doch nicht denkbar, dass die gesetzgebende Behörde sich selber die Grundlage ihrer rechtlichen Existenz unter die Füße gebe. Das wäre offenbar ein *circulus vitiosus*: bevor ein Gesetz entstehen kann, muss eine mit Gesetzgebungsgewalt ausgerüstete Behörde da sein; es ist daher ausgeschlossen, dass die gesetzgebende Behörde sich selber durch Gesetz die Kompetenz zulege, Gesetze zu machen; denn entweder hatte sie schon die Gesetzgebungsgewalt im Moment, wo sie das betreffende Gesetz erliess, dann war das Gesetz überflüssig, oder sie hatte die Gesetzgebungsgewalt noch nicht, dann konnte sie auch das betreffende Gesetz nicht erlassen. Aber nicht nur die Norm, welche einer bestimmten Behörde die Gesetzgebungsgewalt gibt, sondern alle die Normen, welche die Organisation der gesetzgebenden Behörde, ihre gesetzgebende Funktion und die materiellen oder formellen Grenzen ihrer Befugnisse ordnen, gehen dem Gesetzgebungsrecht logisch voran, und wenn die Regeln der Logik überall massgebend wären, könnten die gesetzgebenden Behörden daran so wenig etwas ändern, als sich der Chinese am eigenen Zopfe aus dem Sumpf ziehen kann. Wohl ist wahr, dass nach dem positiven Rechte der meisten Staaten, wenn nicht alle, so doch einzelne dieser Regeln auf blossem Gesetz beruhen, und folglich, formell korrekt, auch durch einfaches Gesetz wieder abgeändert werden können.

In der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist z. B. der Geschäftsverkehr zwischen den beiden gesetzgebenden Räten durch Gesetz, vom 9. Oktober 1902, geregelt, worin auch die Formen, in denen die Gesetzgebung sich zu bewegen hat, vorgeschrieben sind. Das englische Parlament kann überhaupt Verfassungsänderungen beschliessen, und zwar kann es nicht nur die Befugnisse anderer, untergeordneter Behörden bestimmen, sondern auch seine eigenen Befugnisse, es kann sie erweitern auf Kosten der Krone und über die Krone selber verfügen. Dies alles mag Rechtens sein, aber logisch ist es nicht; es mag praktisch und sogar notwendig sein, aber es bleibt dessenungeachtet ein innerer Widerspruch. Wenn die Urheber der grundlegenden staatsrechtlichen Normen logische Widersprüche mit rechtsverbindlicher Kraft versehen wollen, so kann sie niemand daran hindern, und wenn man in der Theorie, anstatt das positive Gesetzesmaterial zu erklären, nicht sogleich mit dem Vorwurf unlöslichen Widerspruchs bei der Hand sein soll, so darf man andererseits nicht von der unumstösslichen Präsumpion ausgehen, dass alles, was der Gesetzgeber sagt, logisch und bei Anwendung der richtigen Methode theoretisch konstruierbar sei. Alles, was Gesetz oder Verfassung vorschreiben, hat der Jurist als gerecht hinzunehmen; es steht ihm darüber kein Prüfungsrecht zu, das Gesetz ist dem Juristen Autorität. Aber in der Konstruktion der einmal aufgestellten Rechtssätze bleibt der Jurist frei und nur der Autorität des Verstandes untergeben. Auch die Verfassung kann nicht die Gesetze der Logik verändern und einen logischen Widerspruch durch ihren Befehl in Harmonie auflösen. Eine gegebene Rechtsordnung ist also nicht notwendig von logischen Widersprüchen frei, und die richtige Konstruktion eines gegebenen Rechtsstoffes gelangt nicht notwendigerweise zu einem widerspruchslosen System. Ein solcher Widerspruch liegt vor zwischen den beiden positivrechtlich gleich unzweifelhaften Sätzen, dass Gesetzeskraft nur einem durch eine bestimmte Behörde, in bestimmter Form und innert bestimmter Grenze angeordneten Rechtssatz zukommt und dass die gesetzgebende Behörde ihre Organisation, die Formen und die Grenzen ihres Wirkens selber abändern kann.

Dies ist der notwendige Inhalt der *Verfassung* jedes Landes, danach bestimmt sich der Begriff der Verfassung im materiellen Sinne. Die formelle Verfassung kann noch anderes enthalten, sie kann auch nicht alles enthalten, was materiell zur Verfassung des Landes gehört. Wie aber die materiellen Verfassungssätze

logischerweise die gesetzgebende oder die ihr koordinierten Behörden binden müssten, so bindet in der Tat die formelle Verfassung jene Behörden. Die Verfassung, als mit formal höherer Autorität ausgerüstet, kann sie binden. Sie bestimmt die Grundlagen des Staates selbst, seine rechtliche Gestalt und Natur. Nicht alles Recht im Staat ist Staatswillen, Willen des Staates; der Staat, wie er ist, in seiner konkreten Ausgestaltung, ist das Geschöpf der Verfassung. Denn die Vielheit der menschlichen Individuen wird doch erst zum Staat durch ihre rechtliche Organisation, durch die Gruppierung und Unterordnung der Einzelnen unter bestimmte Behörden; die Gesellschaft als rechtlich organisierte Vielheit von Individuen ist der Staat im weitern Sinne, nämlich der Staat im Gegensatz zu andern Staaten; der Behördenorganismus innerhalb dieser Vielheit ist der Staat im engeren Sinne, nämlich im Gegensatz zum einzelnen Bürger, welcher der Behörde gegenübersteht. Dieser Behördenorganismus selber aber steht bezüglich seiner Organisation wie seiner Befugnisse unter Rechtsregeln, und es ist klar, dass er sich diese Regeln, wenigstens diejenigen, welche seine obersten Behörden beherrschen, nicht selbst geben konnte, wie bereits ausgeführt. Es ist daher sehr wohl möglich und vorstellbar, dass die Befugnisse des Staates von vorneherein, gewissermassen kongenital, beschränkt seien; denn die gleiche Autorität, welche die rechtliche Gestalt des Staates überhaupt bestimmt und ihm seine Befugnisse zuschreibt, kann ihm auch Beschränkungen auferlegen und Grenzen setzen in der Ausübung seiner Kompetenzen. Es ist daher nicht richtig, dass ein Staat notwendig, um Staat zu sein, seine Kompetenz selber müsse bestimmen und seine Tätigkeit nach Belieben auf alle Gebiete ausdehnen können. Es mag dies eine politische Notwendigkeit sein, ein praktisches Postulat, ohne das das Lebewesen des Staates der Verkümmernung ausgesetzt ist; ein formaljuristisches Begriffsmerkmal des Staates ist es nicht.

Die rechtliche Natur eines gegebenen Staates bestimmt sich nach seiner Verfassung, und sie bestimmt sich nur nach dieser; massgebend sind die Rechtssätze, welche ihrem Inhalte nach oder infolge ihrer formalen Autorität über dem Gesetzgeber stehen. Dass diese Sätze für die Charakterisierung des Staates erheblich sind, ist selbstverständlich; sie sind aber auch allein erheblich, weil zur Charakterisierung eines Staates nur dasjenige herbeigezogen werden darf, was ihm nicht nur zufällig anhaftet, sondern von Rechts wegen inhäriert; nur diejenigen Normen, welche den Staat bestimmen, nicht diejenigen, welche er selber

bestimmt; denn gestalte er sie so oder anders, so bleibt er der gleiche Staat; nicht welchen Gebrauch er von seiner Befugnis macht, kommt in Betracht, sondern welche Kompetenz er hat. Alle Rechtssätze also, die im Staatswillen ihren Ursprung haben, können nicht zur Charakterisierung dieses Staates dienen. Schon darum nicht, weil sie wechseln können, und man ein Ding nicht auf Grund von zwei verschiedenen, sich vielleicht widersprechenden Reihen von Tatsachen definieren kann. Aus dem gleichen Grund kann man auch die Definition eines Staates nur auf *eine* Verfassung, nämlich die ihm jeweilen zugrunde liegende Verfassung basieren. Der Staat wird daher juristisch ein anderer, wenn seine Verfassung sich verändert; wie die Tatsache einer juristischen Organisation eine Vielheit von Menschen zum Staate macht, so macht auch die Art und Weise dieser Organisation die Eigenart des Staates aus. Verändert sich diese Organisation, so verändert sich auch der Staat in seiner Eigenart; er ist von nun an vielleicht ein ganz anderes juristisches Gebilde. Gleich sind sich nur die Menschen geblieben, aus denen sich der Staat zusammengesetzt; ihre Gruppierung ist eine andere, und folglich bilden sie auch einen andern Staat. Dem steht nicht entgegen, dass dieser neue Staat völkerrechtlich als mit dem alten identisch behandelt wird, m. a. W., dass er in die Rechte und Pflichten jenes nachfolgt, wie wenn nichts vorgekommen wäre. Der Rechtssatz ist an sich nicht unerhörter als der römische: *heres personam defuncti sustinet*; seine rationelle Begründung erhält er aus der Identität der Individuen, welche den Staat zusammensetzen, was hier nicht weiter auszuführen ist. Im Verhältnis des Staates zu den einzelnen Angehörigen gibt es aber keinen *positiven* Rechtssatz, dass bei Verfassungsänderungen der neue Staat die Schulden des alten anerkennen müsse. Wenn der Staat sich selber wesentlich verändert und die Grundlagen der bisherigen Rechtsordnung erneuert, auf welche formal-juristische Autorität wollte sich der Rechtssatz stützen, welcher dem neuen die Lasten des alten auferlegt? Die Anerkennung dieser Lasten ist sicherlich billig und recht, aber im Moment, wo sich ein Staat eine neue Verfassung gibt, durch welche die bisherigen zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsätze erst wieder ihre sichere Grundlage erhalten, beherrscht ihn nicht dieser voraussetzungslose Rechtssatz, dass er die Verbindlichkeiten des bisherigen Staates zu übernehmen habe.

Ich gehe aber weiter und sage: die rechtliche Natur irgend eines Staates darf auch nicht mit Rücksicht auf die Art und

Weise, wie die Verfassung revidiert werden kann, bestimmt werden, oder m. a. W., die Vorschriften über die Revision der Verfassung fallen bei der Charakterisierung eines Staates völlig ausser Betracht. Ob z. B. im Bundesstaat die Zustimmung der Gliedstaaten zur Revision der Bundesverfassung nötig ist, oder ob letztere gegen den Willen des einzelnen Gliedstaates revidiert und vielleicht der Kreis seiner Kompetenzen auf diese Weise gegen seinen Willen eingeschränkt werden kann, ist für die Frage, welcher juristischen Kategorie von Staaten ein konkreter Bundesstaat einzureihen ist, ohne Belang; von Belang ist einzig die dermalen geltende Verfassung, und zwar deshalb, weil die Vorschriften über die Revision der Verfassung keine juristische Geltung beanspruchen können.

Es sind hier zunächst Staaten mit formeller Verfassung gemeint. Es gibt Verfassungen, welche die Revision gewisser staatsrechtlicher Grundnormen überhaupt ausschliessen. Das französische Verfassungsgesetz vom 14. August 1884 verbietet, die republikanische Staatsform durch einen Revisionsantrag in Frage zu stellen. Ein solcher Antrag kann also nicht ohne Verletzung des Gesetzesbuchstabens gestellt werden. Vernünftigerweise kann aber eine solche Vorschrift keine bindende Kraft beanspruchen. Besitzt sie solche Kraft, so verdankt sie sie der Verfassung oder m. a. W. als ein Teil der ganzen geschriebenen Verfassung besitzt diese eine Vorschrift eben die Autorität, welche der Verfassung überhaupt zukommt. Wer aber die Verfassung revidieren will, erkennt eben diese Autorität nicht mehr an; wer die Verfassung kritisiert, steht ausserhalb der Verfassung, tut dies von einem anderen Boden aus als demjenigen der Verfassung; er stellt sich überhaupt nicht mehr auf den Rechtsboden, sondern ausserhalb der Rechtsordnung; die Frage ist für ihn nicht mehr, was Rechtens ist, sondern was Rechtens sein soll; eine politische, nicht eine juristische Frage. Seine Gegner können ihn also nicht mit eben der Autorität bekämpfen, die er in Frage stellt, und ihm Vorschriften einer Rechtsordnung entgegenhalten, die er nicht mehr anerkennt, sondern im Gegenteil neu zu ordnen wünscht. Es wäre dies eben so widerspruchsvoll, als wenn man denjenigen, der die direkte Inspiration der Bibel bestreitet, mit Aussprüchen eben dieser Bibel, welche diese Inspiration behaupten, überführen wollte. Man bewegte sich in einem offenbaren Zirkel.

Nicht anders verhält es sich mit den Bestimmungen, welche nicht die freie Wahl des Revisionsgegenstandes, sondern des

Revisionsverfahrens beschränken. Die bayrische Verfassung vom 26. Mai 1818 bestimmt im X. Titel, § 7, dass die Revision der Verfassung nur durch den König angeregt werden kann. Diese Vorschrift hat an sich die gleiche Gültigkeit wie jede andere Vorschrift der bayrischen Verfassung; tatsächlich aber wird sie die Autorität der Verfassung nie für sich ins Feld führen können, weil sie gerade für den Fall, und nur für den Fall aufgestellt ist, wo diese Autorität in Frage gestellt wird, wo die Verfassung selbst angefochten wird. Wer die Verfassung bekämpft, will nicht auf dem Boden des positiven Rechtes diskutieren, sondern auf dem Boden des richtigen Rechtes; dem geltenden Recht wird nicht die formale Gültigkeit abgesprochen, sondern die innere Berechtigung; es wird vor das Forum der Vernunft gestellt und soll sich da verantworten. Man kann also dem Revisionsanhänger nicht mit juristischen Argumenten antworten, ihm Verletzung eines positiven Rechtes vorwerfen, das er ja eben abschaffen will. Ist dem aber so für die eine revisionsbeschränkende Vorschrift, so ist es für alle Revisionsvorschriften überhaupt so; denn jede Regel ist eine Einschränkung der natürlichen Freiheit, und jede Vorschrift über die Art und Weise des Vorgehens bei der Revision der Verfassung erklärt alle andern Revisionsverfahren für unzulässig. Die Vorschriften über die Verfassungsrevision können also überhaupt keine juristische Geltung beanspruchen, denn sie wollen gerade und nur in dem Falle Anwendung finden, wo die Diskussion sich ausserhalb des Rahmens des positiven Rechtes bewegt; sie wollen denjenigen binden, der die Schranke des geltenden Rechtes nicht anerkennt und logischerweise nicht anerkennen kann. Es kann nun wohl sein, dass der die Revision Begehrende sich den von der Verfassung selbst aufgestellten materiellen oder formellen Schranken anbequemt; dass er nicht die Staatsform umstürzen möchte, sondern die bestehende Staatsform nur im Detail anders gestalten, und dass er den von der Verfassung vorgeschriebenen Weg der Revision einschlägt. Dann wird die Frage eben nicht praktisch; wer sich freiwillig einer Anordnung unterwirft, den braucht man die Rechtskraft der Anordnung nicht fühlen zu lassen; bei allgemeinem Einverständnis bedarf es keines rechtlichen Zwanges. Wenn aber die Regel nur solchen Personen gegenüber Anwendung finden wollte, die sie freiwillig anerkennen, hätte sie keinen Sinn, sie wäre jedenfalls keine Rechtsregel. Sie will selbstverständlich auch denjenigen gegenüber Geltung beanspruchen, die sie nicht freiwillig befolgen, sondern die sich ihr widersetzen; und in diesem einzigen Fall

ihrer praktischen Bewertung versagt sie, verliert sie ihre verbindende Kraft, weil sie ihrem Gegner nicht auf demjenigen Boden entgegenreten kann, auf dem er sie angreift. Und es ist weiter selbstverständlich, dass, wenn der Gegner anderer Verfassungsbestimmungen nicht zu seinem Ziele gelangt, weil der vorgeschriebene Revisionsweg zu lang oder zu beschwerlich ist, er sich eben gegen diese Revisionsvorschrift kehren wird; er muss dies konsequenterweise tun, und wenn er es tut, kann ihm logischerweise wieder mit keiner positiven Rechtsvorschrift der Weg versperrt werden. Die Revisionsvorschriften können also in der Tat vernünftigerweise nur so lange Geltung beanspruchen, als sie freiwillig anerkannt werden, mit andern Worten, sie sind keine *Rechtsvorschriften*.

Dasselbe gilt in den Ländern, die keine geschriebene, keine formelle Verfassung haben; denn der Grund der behaupteten Wahrheit liegt im Inhalt der Revisionsvorschriften; weil sie das Verfahren, nach welchem die obersten Rechtsgrundsätze (seien sie nun formell in der «Verfassung» zusammengefasst oder seien sie bloss ihrem Inhalt nach die obersten) revidiert werden können, regeln wollen, können sie keine Rechtsvorschriften sein. Vor der Macht der Logik steht auch die Kraft des positiven Rechtes still.

Wie die Verfassung nach den unanfechtbaren Ausführungen von *Jellinek*¹⁾ nicht auf eine weitere juristische Tatsache zurückgeführt werden kann, wie die Entstehung der Verfassung nicht juristisch konstruierbar ist, so entzieht sich auch die Revision einer bestehenden Verfassung der juristischen Betrachtung; m. a. W: eine Verfassungsrevision kann ebensowenig wie die Neuschöpfung einer Verfassung mit juristischem Massstabe gemessen werden, eben weil es keine rechtliche Regelung dieses Vorganges geben kann, weil sich dieser Vorgang notwendigerweise, per definitionem, ausserhalb der Rechtsordnung vollzieht. Die Verfassungsrevision ist somit immer, mag sie sich auch noch so ängstlich an die vorgeschriebenen Formen der Ver-

¹⁾ Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 262. *Jellinek* erklärt zunächst für unmöglich, die Entstehung des Staates juristisch zu konstruieren; dasselbe gilt aber, wie er selber S. 265 bemerkt, für die Verfassungsschöpfung; denn die Verfassung ist eben die Ordnung, die den Staat ausmacht. Was *Zorn*, Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat in *Hirths Annalen*, 1884, S. 453, gegen diese Auffassung vorbringt, ist nicht überzeugend: der Akt der Staatsschöpfung sei identisch mit der Begründung einer Staatsgewalt, und dieser Vorgang sei juristisch nicht konstruierbar, wohl aber die Entstehung der Verfassung, die stets aus einer vorhandenen Staatsgewalt hervorgehe. Letzteres eben ist undenkbar: bestünde vor der Verfassung eine verfassunggebende Staatsgewalt, so müsste sie doch auch kraft eines materiellen Verfassungsrechtssatzes bestehen, um verbindliche Beschlüsse fassen zu können.

fassungsrevision halten, juristisch betrachtet, ein revolutionärer Akt, weil sie auf Umwandlung der Grundvesten der geltenden Rechtsordnung abzielt und selber durch keine Rechtsnorm gebunden ist.

Damit soll nicht gesagt sein, dass es keinen Sinn habe, in einer Verfassung Bestimmungen aufzustellen über die Art, wie die Verfassung revidiert werden soll. Sie gelten, solange sie nicht selber angefochten werden; sie werden tatsächlich in vielen Fällen beobachtet, und es ist nützlich und gut, dass es solche Vorschriften gebe, wenn sie auch nur etwelche moralische Autorität haben. Will sie ein Revisionsbegehrender nicht beobachten, so muss er sie doch ausdrücklich anfechten; denn formell stehen sie in der Verfassung; er muss sie ausdrücklich für unverbindlich erklären, er muss sich auch in diesem Punkte mit der Verfassung in Widerspruch stellen, und durch die Verwerfung der auch nur mit moralischer Autorität ausgestatteten Revisionsbestimmungen die Verantwortlichkeit einer allgemeinen Unordnung, eines ganz ungerichteten, oder nach keiner allgemein anerkannten Regel gerichteten Vorgehens auf sich laden. Ob er dies tun soll oder nicht, ist für ihn eine ethische Frage, nicht eine rechtliche; er wird es um so leichter tun, als nach seiner subjektiven Überzeugung die durch die Verfassung vorgeschriebenen Revisionsformen unrichtig sind. In vielen, in den meisten Fällen werden aber die Revisionsvorschriften freiwillig anerkannt und befolgt; sie sind die gegebenen Formen, nach denen, mangels anderer allgemein anerkannten, nach allgemeinem Einverständnis revidiert wird. Weil es von Wert ist, im Momente der Revision einen, wenn auch unverbindlichen Vorschlag über das dabei zu befolgende Verfahren an der Hand zu haben, und weil unter solchen Umständen derjenige, der diese Handhabe nicht ergreift, eine schwere Verantwortlichkeit auf sich ladet, hat es auch einen guten Sinn, solche Vorschriften aufzustellen; ihre Autorität ist aber nur eine moralische, und je nach dem Inhalt dieser Vorschriften eine verschiedene.

Aus dieser Auffassung der Verfassungsrevision ergibt sich, dass man die Bestimmungen darüber nicht zur Charakteristik eines Staates herbeiziehen darf. Auf welchem Wege revidiert werden wird, wenn überhaupt revidiert wird, entzieht sich jeder Voraussicht; juristisch kann der Vorgang nicht geregelt und, wenn er einmal stattgefunden hat, nicht konstruiert werden.

Will man einen Staat juristisch gleichzeitig nach den geltenden Verfassungsvorschriften und nach den über die Abände-

nung derselben gegebenen Vorschriften konstruieren, so verwickelt man sich in Widersprüche überall da, wo Gesetzgebung und Verfassungsrevision nicht in den gleichen Händen liegen.

Nehmen wir das Beispiel des deutschen Reichs. Wenn man sich auf den Boden der geltenden Verfassung stellt, so haben die Staaten die oberste Entscheidungsmacht in allen denjenigen Gebieten, die durch die Reichsverfassung nicht dem Reiche zugewiesen sind. Sie sind also auf einer Anzahl von Gebieten die oberste rechtliche Instanz, und, da die Verfassung der oberste Rechtsgrundsatz ist, eben so ursprünglich, wie das Reich in seiner Sphäre die höchste Instanz ist. Man mag aus dieser Tatsache welche Konsequenzen ziehen, als man immer will, so ist sie doch für die juristische Konstruktion bedeutsam, vielleicht entscheidend. Nimmt man aber zu dieser juristischen Tatsache die andere hinzu, dass diese ganze Kompetenzausscheidung auf dem Wege der Verfassungsrevision, d. h. auf dem Wege der Gesetzgebung¹⁾ umgestossen werden kann, und dass der einzelne Staat sich der Entziehung dieser seiner letztinstanzlichen Machtbefugnis nicht erwehren kann, sondern sie abgeben muss, wenn es durch den Reichstag und eine qualifizierte Mehrheit der Vertreter der Gliedstaaten im Bundesrat beschlossen wird, so nimmt seine eben beschriebene Autonomie eine ganz andere Gestalt an, sie steht ihm nicht mehr eben so ursprünglich zu wie dem Reich seine Machtbefugnis; sie steht ihm nur mit Willen des Reiches zu, solange die Organe des Reiches nicht etwas anderes beschliessen; sie ist ihm nur delegiert; sie ist eine aus der Reichsmacht *abgeleitete* Macht.

Ähnlich verhält es sich in der Schweiz: hält man sich an die Bundesverfassung, wie sie gegenwärtig ist, so bleibt den Kantonen noch ein eigenes Gebiet, auf dem sie keiner höheren Gewalt verantwortlich sind. Heisse man sie nun souveräne Staaten oder Staaten schlechthin, oder wie man immer will, so ist doch ihre Stellung gegenüber dem Bund eine wesentlich verschiedene, je nachdem man sie lediglich nach Massgabe der geltenden Verfassung betrachtet, oder auch die Möglichkeit der Verfassungsrevision als einen juristisch relevanten Umstand in Betracht zieht. Im letzteren Falle erscheint die ihnen von der Verfassung zugewiesene Zuständigkeitssphäre als eine Gewährung des Bundes, denn kraft der Bundesverfassung kann sie ihnen durch Beschluss des Volkes und der Mehrzahl der Kantone entzogen werden.

¹⁾ Oder nahezu, vgl. Art. 78 der Reichsverfassung.

Was sie also besitzen, besitzen sie nur durch die Gnade dieser beiden Faktoren, von deren Willen es abhängt, sie ganz zu entsetzen.

In Frankreich, dem Einheitsstaate, wo ebenfalls für die Verfassungsrevision ein besonderes Verfahren vorgesehen ist, müssen auf Grund der geltenden Verfassung die Kammern mit dem Präsidenten der Republik als die gesetzgebenden und damit die höchsten Behörden angesehen werden¹⁾. Sie sind die höchsten Behörden im Staat, und ihr Wille ist der höchste Staatswille, weil das Gesetz für alle andern verbindlich ist, und sie ihre Gesetzgebungsgewalt direkt aus der Verfassung ableiten. Misst man aber den Bestimmungen über das Revisionsverfahren juristische Bedeutung bei, so muss man sie auch bei der Charakteristik des Staates herbeiziehen, und da zeigt es sich, dass kraft Verfassung die Nationalversammlung die Macht hat, die ganze Organisation der gesetzgebenden sowohl als der anderen Gewalten umzugestalten, ohne dass sich jemand dem widersetzen könnte, dass also rechtlich von einem Tag zum andern die Gesetzgebungsgewalt einer wesentlich anders gestalteten Behörde oder dem Volke gegeben, oder zwischen einem Parlament und der Regierung geteilt werden könnte; dass somit die gegenwärtigen gesetzgebenden Körper ihre Kompetenz nicht kraft ursprünglichen Rechtes besitzen, sondern kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Verleihung durch eine höhere Behörde im Staate, die Nationalversammlung; diese erscheint als die höchste Behörde im Staate, da sie ja die Macht hat, alles andere zu ändern. Es wäre also hier und überall für die Charakteristik eines Staates nicht in erster Linie massgebend, wer nach materiellem Verfassungsrechte die gesetzgebende Gewalt ausübt und welches ihre Grenzen sind, sondern wer die Verfassung zu machen und abzuändern die Macht hat. Dieses wäre das oberste Kriterium der Klassifikation der Staaten, was mit den bisherigen Einteilungen schlecht übereinstimmen würde. Man muss sich über das gegenseitige Verhältnis jener beiden Kategorien von Vorschriften, diejenige über die Gesetzgebungsgewalt und über die konstituierende Gewalt klar sein; sie können bei der juristischen Konstruktion eines Staates nicht auf gleichen Fuss gestellt werden, da sie zu widersprechenden Ergebnissen führen. Haben die Vorschriften über die Revision der Verfassung Rechtscharacter,

¹⁾ Abgesehen von den durch die Verfassung der gesetzgebenden Gewalt zu gunsten anderer Gewalten auferlegten Beschränkungen, z. B. zu gunsten der richterlichen und der exekutiven.

so müssen sie auch darum den in der Verfassung selbst enthaltenen Vorschriften vorgehen, weil die Regel, welche bestimmt, wie die Verfassung abgeändert und neugestaltet wird, logisch dieser Verfassung vorgehen muss. Es gäbe nach dieser Auffassung vier verschiedene Grade der formellen Rechtskraft: Verordnungsrecht, Gesetzesrecht, darüber Verfassungsrecht, und darüber das für den Konstituenten selbst massgebende Verfassungsrevisionsrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es allerdings über dem Gesetzesrecht ein mit formal höherer Rechtskraft (im obigen Sinn) ausgerüstetes Recht, das Verfassungsrecht, und unter dem Gesetzesrecht Verordnungsrecht; das Verfassungsrecht ist aber in jedem gegebenen Staate das höchste.

II. Der Bundesstaat.

Die rechtliche Natur des Bundesstaates kann nicht erörtert werden, ohne dass auf den Begriff der Souveränität und des Staates selbst zurückgegangen wird; denn je nach der Bestimmung jener Begriffe nimmt das Problem, wie auf einem Gebiete scheinbar zwei Staatsgewalten nebeneinander bestehen können, oder m. a. W., welches das Verhältnis der Partikulargewalt zur Zentralgewalt ist, eine sehr verschiedenen Gestalt an.

Die dem Problem des Bundesstaates gegebenen Lösungen lassen sich in drei Kategorien teilen:

Die einen erblicken in der Souveränität eine wesentliche Eigenschaft der Staatsgewalt und in der Unteilbarkeit eine wesentliche Eigenschaft der Souveränität; es kann daher für sie auf dem gleichen Gebiet nicht zwei koexistierende Staatsgewalten geben. Die Vertreter dieser Ansicht sehen sich vor die Notwendigkeit gestellt, der Zentralgewalt oder der Partikulargewalt die Eigenschaft einer *Staatsgewalt* abzusprechen, und sie auf eine andere Art zu konstruieren.

Die zweiten halten die Unteilbarkeit der Souveränität ebenfalls aufrecht, erklären sie aber dem Staat für nicht wesentlich und behaupten daher, es könne auch nicht-souveräne Staaten geben; sie werden aber durch diese Behauptungen gezwungen, sich mit der herrschenden Ansicht über die Unteilbarkeit der Souveränität und der ohne sie undenkbaren Staatsgewalt auseinanderzusetzen und ein befriedigendes Unterscheidungsmerkmal zwischen dem nicht-souveränen Staat und den blossen Kommunalverbänden zu finden.

Eine dritte Ansicht endlich macht zwar die Souveränität zu einer wesentlichen Eigenschaft des Staates, glaubt aber die Souveränität teilen und sowohl der Zentralgewalt wie der Partikulargewalt im Bundesstaat einen Anteil zuweisen zu können; sie hat die logisch unanfechtbar scheinende Einwendung zu gewärtigen, dass auf einem und demselben Gebiete nur eine Gewalt die höchste sein kann, und darauf Antwort zu geben.

Alle diese Ansichten über den Bundesstaat nehmen ihren Ausgang von einem bestimmten, vorher aufgestellten Begriff des Staates, auf Grund dessen die einen dasjenige für möglich und wirklich erklären, was die andern verneinen. Um die Frage in ihrem ganzen Umfang zu erfassen und die eigene Theorie vollständig zu begründen, müsste daher auch hier auf den Begriff des Staates zurückgegangen werden; allein dies würde zu weit führen, und was in Frage steht, ist in erster Linie nicht die Natur des Staates überhaupt, sondern seine Souveränitätsqualität; nach dem, was oben über die Verfassung gesagt worden ist, kann es hier genügen, den Staat als den durch Verfassung organisierten öffentlich-rechtlichen Personenverband zu bezeichnen. Eine Definition soll damit nicht gegeben sein, sondern nur eine zur Unterscheidung von andern Personenverbänden dienliche Bezeichnung.

1. Es fragt sich zunächst: was ist unter Souveränität zu verstehen? *Rosin*¹⁾ analysiert den Begriff zutreffend, indem er darin zunächst den Begriff einer höchsten, obersten Gewalt findet, und sodann eines höchsten Rechts, nicht einer tatsächlichen Macht; Souveränität beziehe sich daher auf Über- und Unterordnung der Rechtspersönlichkeiten, und Unterordnung sei vorhanden, wenn die eine den Willen der anderen aus eigener Macht zu bestimmen berechtigt sei. Es ist richtig, dass Souveränität ein Verhältnis von rechtlicher Über- und Unterordnung ausdrückt; souverän ist derjenige Staat, der keinen andern über sich hat. Daraus aber zu folgern, dass auf einem und demselben Gebiete nur eine Staatsgewalt souverän sein könne, ist m. E. unrichtig. Diese heute beinahe allgemein akzeptierte These ist mit besonderem Nachdruck von *Seydel* in seiner Abhandlung über den Bundesstaatsbegriff²⁾ verteidigt worden: Die zum Staat vereinigte Menschengesamtheit muss von einem einheitlichen höchsten Willen beherrscht sein. « Begrifflich notwendig aber ist, dass

¹⁾ *Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung etc., *Hirths Annalen* 1883, S. 265.

²⁾ *Seydel*, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, 1893, S. 1.

dieser Wille ein einiger, einheitlicher sei, denn wo er gespalten ist, verliert er sein Wesen. Zwei höchste Willen heben einander auf, verneinen sich gegenseitig, sind darum begrifflich unmöglich.» (S. 5). *Seydel* scheint dabei einerseits vom Erfordernis der Einheit der Staatsgewalt auszugehen und daraus zu folgern, dass die höchste Gewalt im Staat eine einzige und einheitliche sein muss; andererseits, und darauf kommt er mehrmals zurück, folgert er aus dem Begriff der Staatsgewalt als der *höchsten* Gewalt, dass sie einheitlich sein muss, und nicht geteilt sein kann. Beide Begriffe sind so weit in einem notwendigen logischen Zusammenhang.

Wenn man von der Einheit der Staatsgewalt spricht, so postuliert man damit zweierlei:

1. Vom Standpunkt der formalen Logik, dass die verschiedenen in einem Rechtsgebiet vorhandenen rechtlichen Gewalten zu einander in ein logisch fassbares, begreifliches Verhältnis der Unter- und Überordnung gebracht werden, welches Kollisionen unter den verschiedenen Gewalten ausschliesse.

2. Vom Standpunkt der praktischen Vernunft aus, dass der Inhalt aller staatlichen Normen widerspruchlos sei, gehen sie nun von einer Quelle aus oder von mehreren: es kann nicht etwas zugleich Recht und Unrecht sein, erlaubt und verboten.

Letztere Forderung richtet sich nicht speziell an den Bundesstaat, sondern an jeden wie immer organisierten. Dagegen erhebt sich im Bundesstaat speziell die Frage, wie jenem Prinzip der Einheit in der Vielheit der Staatsgewalten Genüge getan werden könne; daraus scheint sich mit Notwendigkeit zu ergeben, dass eine der Gewalten die höchste und über allen andern sein müsse, die Zentralgewalt oder die Partikulargewalt; denn es muss festgestellt werden können, welcher auf gleichem Staatsgebiet die andere vorgeht.

Die Behauptung *Waitz'*, dass die Souveränität geteilt sein könne, ist damit m. E. noch nicht widerlegt; denn *Waitz* will damit nicht sagen, dass jede von zwei Gewalten die höchste sein könne, sondern dass die Gewalt inhaltlich geteilt sein könne, so dass jede auf ihrem Gebiet die höchste sei¹⁾. Diese Behauptung scheint mir vielmehr richtig zu sein. Vorerst muss aber noch eine Unterscheidung gemacht werden:

Souveränität ist nicht eine absolute Eigenschaft des Staates, wie die Härte eine Eigenschaft des Diamantes und die Schwere

¹⁾ *Waitz*, Grundzüge der Politik, S. 166 ff.

eine Eigenschaft des Bleies ist. Rechtliche Eigenschaften zeigen sich nur in Rechtsverhältnissen. Ob jemand an einem Ort domiziliert sei z. B., ist bloss dann zu entscheiden, wenn man weiss, ob das Domizil als Voraussetzung des Gerichtsstandes, der Steuerpflicht oder der Ausübung politischer Rechte gemeint ist; denn möglicherweise ist der Betreffende als domiziliert zu betrachten, wenn es sich um Bezahlung einer Gewerbesteuer handelt, während seine Niederlassung zur Begründung des politischen Domizils nicht genügt. Die Frage, ob ein Staat souverän sei, taucht nun in zwei ganz verschiedenen rechtlichen Beziehungen des Staates auf; man will damit einerseits den Staat in seinem Verhältnis zu andern Staaten qualifizieren und andererseits den Staat in seinem Verhältnis zu andern Rechtsgewalten auf demselben Gebiete und über denselben Menschen. Die beiden Fragen werden zu Unrecht vermengt und als einer einzigen Lösung fähig dargestellt, mit der unzutreffenden Begründung, dass der Staat nicht zugleich souverän (nämlich nach innen) und nicht souverän (nämlich nach aussen) sein könne, oder umgekehrt¹⁾. Diese Begründung ist unzutreffend,

1. weil ein Rechtssubjekt sehr wohl in einer Art von Rechtsverhältnissen eine Eigenschaft besitzen kann, die es in einer andern Art von Rechtsverhältnissen nicht besitzt; das ist an sich im öffentlichen Recht so gut als im Privatrecht möglich: der bevollmächtigte Mandatar ist gegenüber dem Schuldner des Mandanten zur Erhebung der geschuldeten Summe befugt, nicht aber gegenüber dem Mandanten selbst; der bona fide Erwerber einer gestohlenen Sache ist jedermann gegenüber Eigentümer, aber dem Bestohlenen gegenüber nicht. Der Beamte ist dem Bürger gegenüber zur Ausübung seines Amtes berechtigt, aber dem Staate gegenüber nicht; die Gemeinde ist den Gemeindegliedern gegenüber zur Ausübung der Autonomie berechtigt, nicht aber dem gesetzgebenden Staate gegenüber, da ihre Autonomie auf dem Gesetz beruht.

2. weil im vorliegenden Fall von zwei verschiedenen Dingen gesprochen wird, wenn gesagt wird, der Staat sei nach aussen souverän, und der Staat sei nach innen souverän. Im ersten Fall spricht man vom Staat im Gegensatz zu andern Staaten, also von der staatlich organisierten Menschengesamtheit auf einem bestimmten Territorium, von der durch eine Verfassung zusammengehaltenen Gebietskörperschaft. Im zweiten Falle

¹⁾ Vgl. *Laband*, Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. I, S. 54, Note 1.

spricht man von der Staatsgewalt oder von den mit der Staatsgewalt betrauten Behörden im Gegensatz zu den zu Gehorsam verpflichteten Bürgern des ganzen Verbandes, und wenn man von Souveränität spricht, will man das Verhältnis einer dieser Behörden oder einer hierarchisch gegliederten Gruppe von Behörden und der von ihr geübten Gewalt zu den einzelnen Bürgern charakterisieren: in der Befugnis, dem einzelnen zu befehlen, steht die eine Behörde höher oder niedriger als die andere Behörde oder die der einen zukommende Gewalt höher als die der andern zukommende. Ein Staat als Ganzes kann sehr wohl internationale Verpflichtungen haben, die seine Selbständigkeit beeinträchtigen und seine Souveränität im völkerrechtlichen Verkehr ausschliessen, ohne dass deswegen die Behörden dieses Staates im Verhältnis zu den Einwohnern des Staates an ihrer Autorität eingebüsst oder aufgehört hätten, für diese Einwohner die oberste, ja die einzige Rechtsgewalt zu sein. Die Unabhängigkeit des innerstaatlichen Gehorsamsverhältnisses zwischen Bürger und Staat von dem internationalen Pflichtverhältnis des betreffenden Staates zu andern Staaten ist von *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, stark betont worden.

Wenn man von Souveränität im völkerrechtlichen Sinne spricht, d. h. von Souveränität des Staates als Gebietskörperschaft im Verhältnis zu andern Staaten, so bezeichnet man damit einen gewissen Grad von Selbständigkeit gegenüber andern Staaten; Souveränität bedeutet nicht rechtliche Ungebundenheit, die es nicht gibt und nicht geben kann, sondern die Freiheit von solchen Pflichten, die mit der Gleichheit der Staaten unvereinbar sind. Diese relative Selbständigkeit, die wir Souveränität nennen, kommt einem bestimmten Staat entweder zu oder nicht: sobald ein Staat einem andern, wenn auch nur *einem* Staat gegenüber über jenes Mass hinaus in seiner Unabhängigkeit beschränkt ist, hat er, nach herkömmlichem Sprachgebrauch, seine Souveränität verloren, — wenn er auch allen andern gegenüber als vollständig unabhängig dasteht; vornehmlich bezeichnet man aber als nicht-souverän diejenigen Staaten, die im völkerrechtlichen Verkehr überhaupt nicht die volle Handlungsfähigkeit besitzen, die in der Ausübung ihrer Rechte an die Zustimmung oder an die Vermittlung eines andern Staates gebunden sind. Man könnte somit auch hier zwischen absoluter und relativer Souveränität, zwischen absoluter und relativer Nichtsouveränität unterscheiden, je nachdem das Abhängigkeitsverhältnis nur gegenüber einzelnen Staaten oder gegenüber allen

Gliedern der Völkergemeinschaft wirksam ist; der Sprachgebrauch hat sich aber nicht so ausgebildet. Spricht man dagegen von Souveränität in staatsrechtlichem Sinne, so will man das Verhältnis charakterisieren, in dem die Organe des staatlichen Verbandes zu den Verbandsgliedern, den Menschen, stehen. Es fragt sich, wem in diesem Verbands die höchste Gewalt zusteht.

Die höchste Gewalt im Staat braucht nun aber nicht auf allen Gebieten der staatlichen Tätigkeit der gleichen Behörde zuzustehen, bzw. dem gleichen Subjekt. Es ist an sich wohl möglich, dass auf einem Gebiete der Zentralstaat zuständig sei, auf einem andern der Partikularstaat, und dass jeder auf seinem Gebiete die höchste Gewalt besitze. Das war der sehr natürliche Gedanke der Urheber der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 2) und der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Wenn oben von einem Postulat der Einheit der Staatsgewalt gesprochen wurde, in dem Sinn, dass unter mehreren auf gleichem Staatsgebiete vorhandenen Rechtsgewalten ein Über- oder Unterordnungsverhältnis hergestellt werden müsse, so steht damit die Behauptung der sogenannten Teilbarkeit der Souveränität, besser der Teilbarkeit der Staatsgewalt nach ihrem Inhalt, nicht im Widerspruch. Jenes Postulat schliesst das Nebeneinanderbestehen koordinierter Gewalten für verschiedene sachliche Gebiete so wenig in der obersten Instanz der Staatsgewalt aus als in den untern; nur *das* muss verlangt werden, dass, wenn die Zuständigkeitsphären geteilt sind und für jede eine besondere oberste Gewalt besteht, das Verhältnis beider zu einander, die Abgrenzung ihrer Kompetenzen und die Beilegung von Konflikten, durch eine für beide Teile verbindliche Ordnung geregelt werde. Das ist im Bundesstaate die Bundesverfassung. Man sage nicht, damit werde die Überlegenheit der Zentralgewalt über die Partikulargewalt anerkannt; die Bundesverfassung ist für die Zentralgewalt verbindlich so gut wie für die Partikulargewalt; sie ist nicht ein Ausfluss jener Gewalt, sie ist nicht der Ausdruck des Willens des Gesamtstaates, sondern umgekehrt, die Zentralgewalt ist eine Schöpfung der Verfassung und der Gesamtstaat existiert und hat nur rechtliche Gewalt kraft der Bestimmungen der Bundesverfassung; die Verfassung schafft rechtlich den Staat, sie verleiht ihm seine Zuständigkeit, sie bestimmt und beschränkt ihn¹⁾.

Was hat man ausser jenem *argumentum unitatis* gegen unsere Auffassung vorgebracht?

1) Vgl. oben, I.

Laband bemerkt (Staatsrecht, I, p. 59) dagegen, es sei eine Chimäre, die staatlichen Aufgaben dergestalt in zwei Teile zerlegen zu wollen, dass auf jedem dieser beiden Teile eine gesonderte Staatsgewalt unabhängig von der andern herrsche. Das Gesamtleben der Nation lasse sich so wenig auseinanderreißen wie das Leben des Menschen; alle Aufgaben und Zwecke des Staates, und demgemäss alle Einrichtungen und Herrschaftsrechte des Staates stehen in Wechselwirkung und bestimmen sich gegenseitig. Keine Seite des staatlichen Lebens lasse sich isolieren und ohne Rücksicht auf die gesamte Ordnung des Staates für sich verfolgen.

Darauf ist zu erwidern, dass die geltend gemachte Schwierigkeit nicht formal-juristischer, sondern politischer Natur ist: an sich ist nicht abzusehen, warum die Kompetenzen zweier Staatswesen nicht inhaltlich voneinander abgegrenzt werden könnten, gleich wie die Kompetenzen zweier Staatsbehörden verschiedener Ordnung oder zweier Verwaltungszweige. Wenn die Funktionen zweier Behörden desselben Staates streng abgegrenzt werden können, warum sollte die Verfassung nicht ein Gleiches für die Kompetenzen zweier Staatswesen vorschreiben? Unzweifelhaft kann diese Grenze im einzelnen Falle streitig werden, und selbstverständlich muss ein Organ da sein, welches sie im Streitfalle festsetzt, wie gleich zu erörtern; aber es ist an sich nichts Vernunftwidriges, zu wollen, dass auf einem Sachgebiete *diese*, auf dem andern *jene* Staatsgewalt zuständig sei. Eine andere Frage ist, ob eine solche Spaltung praktisch ist, ob sie leicht und ohne Anstoss durchführbar ist. Darin mag *Laband* Recht haben, dass, wenn auf dem gleichen Territorium zwei ebenbürtige Staatsgewalten nebeneinander tätig werden, Reibungen unvermeidlich sind und dass sie sich weniger leicht beseitigen lassen, als wenn zwei Behörden eines und desselben Staates in Konflikt geraten¹⁾. Tatsache ist aber, dass die Verfassungen der drei hauptsächlichsten Bundesstaaten eine solche Kompetenzausscheidung vorgenommen haben, sei dies nun zweckmässig oder nicht, und dass nach der Meinung dieser Verfassungen auf dem einen Gebiet der Zentralstaat, auf dem andern der Partikularstaat zuständig und ausschliesslich zuständig sein soll. Wo der Zentralstaat kompetent ist, sollen ihm die Partikularstaaten nichts vorzuschreiben haben, und wo diese kompetent sind, sollen sie es in letzter Instanz sein. Das

¹⁾ Diese Schwierigkeit scheint *Waltz* allerdings nicht genügend gewürdigt zu haben, a. a. O. S. 168.

ist positive Verfassungsvorschrift. Was bedeutet es hiergegen, wenn man erklärt, die Einzelstaaten seien im Grund dem Gesamtstaat untergeordnet, durch ihn mediatisiert, er allein sei souverän und in seiner Zuständigkeit unbegrenzt? Sind deswegen die staatlichen Aufgaben weniger in zwei Teile zerlegt, ist die dem Partikularstaat zugewiesene Seite deswegen weniger von der dem Gesamtstaat zugewiesenen isoliert? Die immerhin seltenen Kollisionsfälle kommen hier nicht in Betracht; in der überaus grossen Mehrzahl der Fälle entscheidet die eine oder andere Staatsgewalt ohne die geringste Reibung, und je mehr Kompetenzstreitigkeiten entschieden werden, desto sicherer und schärfer wird die Grenze. Auch das ist zuzugeben, dass dem Postulat der praktischen Einheit der Staatsgewalt nach ihrem Inhalt mit einer solchen staatlichen Organisation nicht Genüge getan wird: Auf dem gleichen Gebiete, für die gleichen Personen können widersprechende Rechtsgrundsätze Rechtens sein, z. B. im Strafprozess der nach Bundesrecht, und im Strafprozess der nach Partikularrecht zu beurteilenden Delikte, der Organisation und Tätigkeit der gesetzgebenden, verwaltenden, richterlichen Organe, im Beamtenrecht etc. etc. Wenn auch diese innern Widersprüche nicht zu Kollisionen Anlass gaben, so verletzen sie doch das Rechtsgefühl. Allein das positive Verfassungsrecht ist es, welches diesen Mangel an sich trägt; er lässt sich durch keine juristische Konstruktion wegargumentieren.

Der zweite von Laband vorgebrachte Einwand betrifft die Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten; solche seien unvermeidlich, und diejenige Gewalt, welche sie entscheidet, sei zugleich die souveräne, die andere sei ihr untergeordnet. Von dieser Frage ist die andere zu trennen, wer die positiv rechtlich gegebenen Kompetenzgrenzen abändern könne; dass diese Möglichkeit der Verrückung der Kompetenzgrenzen mittelst Verfassungsrevision hier nicht in Betracht fällt, ist schon oben gezeigt worden. Was die verfassungsmässige Kompetenz zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten betrifft, so kann ihr keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Wenn beide Gewalten materiell ganz gleich gestellt werden sollten, müsste über Kompetenzstreite eine weder der einen noch der andern angehörende Behörde entscheiden, oder eine gleichmässig aus beiden gebildete. Wenn diese Lösung nicht gewählt, sondern den Organen des Zentralstaates die Entscheidungskompetenz zugewiesen wurde, so geschah es wesentlich aus praktischen Gründen, und nicht, um dem Zentralstaat zu ermöglichen, zweifelhafte Kompetenzen auf seine Seite zu ziehen.

Der Umstand, dass seine Organe es sind, welche die streitige Grenze festsetzen, gibt dem Zentralstaate unleugbar eine faktische Superiorität, indem seine Organe tatsächlich willkürlich zu seinen Gunsten entscheiden können, so oft sie zu entscheiden haben. Rechtens ist das aber nicht; sie *sollen* nicht so entscheiden, im Gegenteil, sie sollen unparteiisch die von der Verfassung gewollte Grenze aufsuchen und sie feststellen. Auch sie sind an materielles Recht gebunden in ihrer Rechtsprechung, und der Umstand, dass die Verletzung dieses Rechtes ohne Sanktion bleibt, ändert am Rechte selbst nicht. Die Frage ist nur: will das materielle Verfassungsrecht den Gliedstaaten eine bestimmte, feste Kompetenzsphäre zuweisen? und diese Frage ist unzweifelhaft zu bejahen. Die Möglichkeit, dass das materielle Recht verletzt wird, berechtigt nicht, so zu argumentieren, wie wenn es nicht vorhanden wäre.

2. Es gibt nach obiger Auffassung somit Staaten, die nach aussen nicht souverän sind, nämlich im völkerrechtlichen Verkehr; Unterordnung eines Staates unter einen andern kraft Völkerrechts ist mit dem Wesen des Staates vereinbar, staatsrechtlich bleiben immerhin die Behörden des betreffenden Staates in seinem Gebiet die höchsten und für den Bürger allein massgebenden. Dies ist aber auch unentbehrliche Bedingung eines Staates, dass seine Organe in der Herrschaft über Land und Leute die höchsten seien; sind sie es nicht, so steht über ihnen eine höhere Gewalt, der sie untergeordnet sind, und der Personenverband, dem sie angehören, steht innerhalb eines andern, höheren, der im Lande die höchste Gewalt ausübt und darum als der Staat zu bezeichnen ist. Die innere Souveränität oder die höchste Herrschaftskompetenz im Lande ist somit eine wesentliche Eigenschaft des Staates. Dadurch unterscheidet er sich von den Kommunalverbänden; sie sind vom Staat abhängig. In was diese Abhängigkeit besteht, darüber gehen die Meinungen noch auseinander. Man sagt etwa, sie üben ihre Gewalt nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Staates aus, ihre Herrschaftsgewalt sei eine abgeleitete. Wenn man sagt, die Gemeinden haben keine eigene öffentliche Gewalt, so meint man damit nicht, es stehe ihnen das Recht, solche Gewalt zu üben, nicht zu, sie seien nicht Subjekte dieses Herrschaftsrechtes; man will vielmehr sagen, sie seien dem Staate gegenüber nicht dazu berechtigt, sondern nur den einzelnen ihnen untergebenen Individuen. Das ist in der Tat der Fall, wenn sie das Recht vom Staate auf dem Wege der Gesetzgebung

erhalten haben, weil er es ihnen auf gleichem Wege wieder nehmen kann; ein Recht, es zu behalten, haben sie somit dem gesetzgebenden Staate gegenüber nicht. Das ist häufig, aber nicht immer und nicht notwendig so; es kann sehr wohl sein, dass den Gemeinden ihre Autonomie und ihr Anteil an der öffentlichen Gewalt durch die Verfassung selbst gewährleistet ist — durch die Machtquelle, aus welcher der Staat selbst alle seine Gewalt ableitet und die dem Staate ebensowohl beschränkte Gewalt verleihen kann, als sie ihm überhaupt Gewalt verleiht. Wenn dem so ist, übt die Gemeinde nicht fremde, abgeleitete Gewalt aus, sondern eigene und eben so ursprüngliche wie der Staat. Als durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal kann also diese Distinktion nicht dienen.

Es ist deshalb auch unbegründet, wenn *Laband* erklärt, der Gemeinde stehe kein Herrschaftsrecht zu, das Recht nämlich, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen. «Weder die Gemeinde noch irgend ein gemeindeähnlicher Verband hat dieses Recht als ein eigenes, auf sich selbst beruhendes, nach freiem Willen auszuübendes. Eine Gemeinde mag befugt sein, Polizeiverordnungen, Steuerverordnungen u. s. w. zu erlassen, *Erzwingbarkeit* erhalten dieselben *nur* durch das Gebot des Staates.» Sicher ist, dass Gemeinden solche Herrschaftsgewalt tatsächlich ausüben, solche Gebote erlassen und deren Befolgung von den Untergebenen von sich aus erzwingen. Die Frage, ob sie dieses Recht als eigenes ausüben oder als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, beantwortet sich meines Erachtens danach, ob sie es kraft Verfassung oder kraft Gesetz ausüben; letzteren Falles geht ihre Zwangsgewalt allerdings in letzter Instanz auf das Gesetz zurück und ist durch den Willen des Staates bedingt, im erstern Falle aber nicht.

Der Unterschied zwischen Staat und Gemeinde liegt vielmehr darin, dass die Gemeinde die ihr durch Verfassung oder Gesetz verliehene Gewalt nicht frei ausübt, sondern unter der Aufsicht des Staates und ihm dafür verantwortlich ist¹⁾. Der Staat hat Mittel, sie zur rechtmässigen Ausübung ihrer Gewalt anzuhalten, wenn er ihr auch ihre Gewalt nicht nehmen kann, solange sie sie rechtmässig ausübt. Die Gemeinde ist jemand für den rechtmässigen Gebrauch ihrer Kompetenzen verantwortlich, der Staat ist niemand verantwortlich. Nicht darin liegt schon ein Zeichen der Herabsetzung eines Gemeinwesens zur

1) I, S. 64.

2) *Rosin*, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 16 ff.

Gemeinde, dass eine Instanz da ist, welche kontrolliert, dass es die Grenzen seiner Kompetenz innehält, denn eine solche Kontrolle kann gegenseitig sein und bedingt nicht die Unterordnung des kontrollierten Gemeinwesens, wie *Rosin* richtig bemerkt hat (*Hirths Annalen* 1883, S. 271); darin aber liegt die mit der Eigenschaft eines Staates unvereinbare Unterordnung, dass das Gemeinwesen in dem positiven Gebrauch, den es von seiner Gewalt innerhalb der Grenzen seiner Kompetenzen macht, kontrolliert und korrigiert wird. Der Staat ist nur sich selbst verantwortlich, er ist fähig, sich selber zu leiten, und in diesem Sinne selbstgenügsam. Die Gemeinde genügt sich allein nicht; auf allen Gebieten ihrer Tätigkeit ist dem Staat die Möglichkeit gewahrt, durch irgend ein Mittel einzugreifen und Missbräuchen zu steuern. Wäre die Gemeinde auf irgend einem Gebiete selbstherrlich, wäre dem Staate nur gestattet, gegen Überschreitung ihrer Kompetenzen einzuschreiten, nicht aber sie in der Art und Weise, wie sie ihre Kompetenzen innerhalb dieser Grenzen ausübt, zu kontrollieren, so wäre die Gemeinde in Wirklichkeit ein Staat, ihre Angehörigen wären in dem fraglichen Gebiete ihrer Verwaltung nur auf sie, auf ihre intellektuelle und ethische Tüchtigkeit angewiesen, sie wäre wie ein Staat zu ihren Handlungen allein kompetent und dafür allein verantwortlich.

Daraus erklärt sich auch, warum nur ein Staat völkerrechtliche Persönlichkeit haben kann: ein Gemeinwesen, das über die Ausübung seiner wie immer gearteten Kompetenzen nicht eigener Herr und höchster Richter ist, kann sich nicht andern Gemeinwesen gegenüber verpflichten, da es nicht von ihm allein abhängt, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Umgekehrt ist jedes nur sich selbst verantwortliche Gemeinwesen auch völkerrechtliche Person; es ist fähig, völkerrechtliche Rechte zu haben und Pflichten einzugehen, soweit es eben unverantwortlich, d. h. Staat ist. Eine andere Frage ist, ob es diese seine Rechte und Pflichten im völkerrechtlichen Verkehr auch selber, d. h. durch seine eigenen Organe ausüben kann oder ob es auf die Vermittlung eines andern Staatswesens angewiesen ist, wie dies z. B. für die Gliedstaaten der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Vereinigten Staaten von Nordamerika der Fall ist. Das ändert aber nichts an ihrer Eigenschaft als Personen des Völkerrechts; es schliesst nur ihre völkerrechtliche Souveränität aus.

Wir kommen somit zum Resultat, dass jedes sich auf irgend einem Gebiet seiner Tätigkeit selbst bestimmende und niemand

verantwortliche Gemeinwesen ein Staat ist; diese höchste Entscheidungsgewalt heissen wir innere Souveränität oder Souveränität i. S. des Staatsrechts; jedes solche Gemeinwesen besitzt auch die völkerrechtliche Persönlichkeit, nicht notwendig aber die äussere Souveränität oder Souveränität i. S. des Völkerrechts.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Möglichkeit eines zusammengesetzten Staates und speziell des Bundesstaates. Der Bundesstaat ist ein Staatsgebilde, in dem die Staatsgewalt ihrem Inhalt (nicht ihrer Autorität) nach geteilt ist zwischen einem Zentralstaat, der das gesamte Staatsgebiet und die gesamte Bevölkerung umfasst, und mehreren Einzelstaaten, die in räumlicher und persönlicher Beziehung nur einen Teil des Gesamtgebietes und der Gesamtbevölkerung umfassen. Ein solches Gebilde ist logisch möglich, weil die inhaltliche Teilung der Staatskompetenzen nicht eine grundsätzliche Unterordnung des Inhabers des einen Teiles dieser Kompetenzen unter den Inhaber des andern voraussetzt, und weil mit der obersten Befugnis in einem bestimmten, wenn auch beschränkten Rahmen, über Land und Leute zu befehlen, der Begriff des Staates gegeben ist.

Ob zum Begriff des Bundesstaates noch eine bestimmte *Organisation der Bundesgewalt* gehöre, mag dahingestellt bleiben; man wird, entsprechend dem jetzt allein vertretenen Typus des Bundesstaates (abgesehen etwa von der bevorzugten Stellung Preussens im Deutschen Reich) unter Bundesstaat vorzüglich denjenigen zusammengesetzten Staat verstehen, in welchem die Gliedstaaten alle den gleichen Anteil oder alle gar keinen Anteil haben an der Bundesgewalt: eine andere Verteilung der Staatsgewalt wäre aber auch denkbar. Eines ist aber zu betonen, dass im Bundesstaate den Gliedstaaten nicht notwendig ein Anteil an der Bundesgewalt zustehen muss¹⁾. Es trifft dies im Deutschen Reiche zu, nicht aber in den Vereinigten Staaten von Nordamerika²⁾, und nur in sehr beschränktem Masse in der Schweiz. Im Deutschen Reich ist der Bundesrat aus Vertretern der verbündeten Staaten zusammengesetzt. Die verbündeten Staaten als solche kommen darin zum Wort, und diese Staaten haben als Bundesrat den vom Reichstag beschlossenen Gesetzen zuzustimmen. In Nordamerika existiert kein Bundesorgan, welches die Staaten als solche repräsentierte und ihren Willen ausdrückte. Der Senat ist allerdings derart zusammengesetzt, und seine Mitglieder werden derart gewählt, dass er tatsächlich als Vertreter

¹⁾ So *Laband*, I, S. 56.

²⁾ *Westerkamp*, Staatenbund und Bundesstaat, S. 270, Note 1 und S. 485.

der Einzelstaaten gelten kann. Das ist aber politisch und nicht juristisch gesprochen: juristisch werden die Mitglieder allerdings in den Staaten nach einem Unionsgesetze vom 25. Juli 1866 durch die Legislaturen gewählt. Aber Vertreter des Staates, in dem sie gewählt worden sind, sind sie deshalb keineswegs; sie sind an keine Instruktion der Legislatur ihres Staates gebunden (U.-Verf., Art. I, Sekt. 3, 1)¹⁾; sie sind ihrem Staate rechtlich zu nichts verpflichtet, und es besteht keine bundesrechtliche Vorschrift, welche sie verpflichtete, die Interessen ihres Staates besonders wahrzunehmen. Sie sind sowohl als einzelne wie als Gesamtheit von den Gliedstaaten gleich unabhängig, wie die vom Volk gewählten Richter oder Geschworenen von ihren Wählern und ihren Wahlbezirken unabhängig sind. Das Gleiche ist vom Präsidenten (und Vizepräsidenten) der Vereinigten Staaten zu sagen: wenn er gleich durch Wahlmänner gewählt wird, die ihrerseits in den Gliedstaaten nach einem von diesen zu bestimmenden Verfahren gewählt werden, so stellt diese Hilfsfunktion der Staaten doch keinerlei rechtliches Band her zwischen ihnen und dem gewählten Präsidenten: ist er einmal gewählt, so hat er keine rechtliche Verpflichtung gegenüber den Einzelstaaten: durch ihn ist also ebensowenig als durch den Senat den Gliedstaaten ein Anteil an der Bundesgewalt eingeräumt.

Dass die Staaten bei der Änderung der Unionsverfassung mitzuwirken haben, dass zwei Drittel der Staaten die Initiative zu einer Verfassungsrevision ergreifen können, und dass zur Abänderung einer Verfassungsbestimmung die Zustimmung von drei Viertel der Staaten erforderlich ist, ändert an der Auffassung von der rechtlichen Natur jenes Bundesstaates, wie er auf Grund der jetzigen Verfassung besteht, nichts²⁾.

In der Schweiz verhält sich die Sache bezüglich des Ständerates gleich, aus dem entscheidenden Grunde, weil die Mitglieder des Ständerates, so wenig wie diejenigen des Nationalrates, an Instruktionen gebunden sind (Art. 91 B.-V.); der Umstand, dass die Mitglieder des Ständerates nach Kantonen gewählt werden, und dass die Kantone über Stimmrecht, Wählbarkeit und Wahlverfahren innerhalb gewisser Grenzen (vgl. Art. 74, 43 und Art. 4 B.-V.) zu bestimmen haben, und dass sie die Ständeräte entschädigen, ist rechtlich ohne Bedeutung. Eine gewisse, wenn auch untergeordnete Beteiligung kommt den Kantonen als solchen an der Ausübung der Bundesgewalt insofern zu, als fünf Kan-

1) Vgl. *Westerkamp*, Staatenbund und Bundesstaat, S. 226.

2) Vgl. oben S. 6.

tone die Einberufung der Räte verlangen können, als jedem Kanton das Vorschlagsrecht zusteht (Art. 93, Abs. 2, B.-V.), und als acht Kantone das Referendum verlangen können (Art. 89, Abs. 2, B.-V.). Hierin liegt eine wirkliche, wenn auch untergeordnete Mitwirkung der Kantone als solcher bei der Ausübung der Bundesgewalt. Eine Wesensveränderung würde aber die Schweizerische Eidgenossenschaft in ihren rechtlichen Grundlagen nicht erleiden, wenn diese Mitwirkungsrechte der Kantone aufgehoben würden. Aus dem schon angeführten Grunde kommt auch hier für die Charakteristik des bestehenden Staates das zur Verfassungsrevision vorgeschriebene Verfahren und der Umstand, dass die Kantone dabei mitstimmen können, nicht in Betracht.

3. Dass der Bundesstaat eine mögliche juristische Vorstellung ist, wurde eben darzutun versucht; es erübrigt noch, den Bundesstaat im Gegensatz zu andern Formen zusammengesetzter Staaten, namentlich des Staatenbundes, zu charakterisieren. Der Unterschied liegt darin, dass der Bundesstaat auf einer Verfassung, der Staatenbund auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht; das ist das einzige, aber grundlegende Unterscheidungsmerkmal¹⁾. Es ist der formal-juristischen Seite die Frage entnommen, und gibt eben deshalb den wesentlichen juristischen Unterschied zwischen beiden Gebilden wieder. Alle dem Inhalt der Bundesakte entnommenen Merkmale sind unzulänglich. Es ist z. B. ganz richtig, dass im Bundesstaat die Zentralgewalt ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Landeseinwohner hat, weil er selber ein Staat ist; aber es ist nicht absolut ausgeschlossen, dass die Mitglieder eines Staatenbundes der Zentralgewalt kraft Delegation eine gleiche Befugnis über ihre eigenen Landesbewohner einräumen, wie dies z. B. im deutschen Zollverein für das Zollparlament und den Bundesrat der Fall war, und noch für die europäische Donaukommission in den Uferstaaten der Donau der Fall ist. Warum sollten die verbündeten Staaten sich nicht gegenseitig zur Anerkennung einer solchen auf gemeinsamer Delegation beruhenden Gewalt verstehen können? Der Annahme steht an sich kein logisches Bedenken entgegen, und eine solche delegierte Gewalt würde sich von einer direkt auf der Verfassung beruhenden in der Ausübung durch nichts unterscheiden. Die Frage ist eben nur, ob die rechtliche Grundlage im gegebenen Fall eine Verfassung oder eine vertragliche Delegation ist.

¹⁾ Vgl. *Snell*, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, S. XXI—XXII.

Dasselbe ist zu sagen vom Gesetzgebungsrecht: die Zentralgewalt im Bundesstaat hat natürlicher- und notwendigerweise in ihrem Gebiet das Gesetzgebungsrecht; aber es ist nicht ausgeschlossen, dass auch im Staatenbunde die Einzelstaaten der von ihnen eingesetzten gemeinsamen Behörde delegationsweise die Gesetzgebungsbefugnis in gewissen Angelegenheiten einräumen, und solche in Wirklichkeit aus der Machtvollkommenheit der Einzelstaaten entsprungene Gesetze sind äusserlich nicht zu unterscheiden von Gesetzen einer wirklichen zentralen Staatsgewalt. Es ist *Seydel* in seiner Abhandlung von den Staatenverbindungen nicht schwer gefallen, zu zeigen, dass sich die Gesetzgebungsbefugnis der Zentralbehörde mit der staatenbündischen Natur des gesamten Gemeinwesens sehr wohl verträgt. In den Vereinigten Staaten, sagt er, haben die Gliedstaaten den Bundesbehörden, wie es die Verfassung selber sagt (Art. I, Sekt. 1), in gewissen Grenzen die Gesetzgebungsgewalt «übertragen». Die schweizerischen Kantone haben sich zur gemeinsamen Ausübung einzelner Hoheitsrechte durch Bundesorgane «vereinigt» (Art. 1); Bundesgesetzgebung und Bundesgerichtsbarkeit seien von den Gliedstaaten auf die Bundesgewalt übertragene Befugnisse; die von der Verfassung gebrauchte Terminologie sei (hier!) unverbindlich und unmassgebend. Das lässt sich alles ohne Schwierigkeit so konstruieren. Auch das Bundesbürgerrecht muss sich dieser Konstruktion fügen; es sei im Grunde nur ein *mittelbares* Verhältnis der Staatsangehörigen zu ihrem eigenen Staate. «Das Bundesindigenat ist nichts anderes, als ein Bestandteil des Landesindigenats¹⁾.»

Ich betone, dass diese Konstruktion durchaus logisch und zulässig, ja geboten ist, wenn der Bund auf einem Vertrag beruht, und dass dies alles wohl möglich ist. Die Staaten können sich durch Vertrag alle möglichen Beschränkungen in der Ausübung ihrer Staatsgewalt auferlegen zu gunsten der Gesamtheit von ihnen und in Erweiterung der Kompetenzen der Bundesorgane; wenn sie es aber durch blossen Vertrag tun, so bleiben sie souverän und alle die Gewalt, die von den Bundesorganen ausgeübt wird, ist nur eine delegierte, übertragene, fremde. Dadurch erhält, je nachdem man den Bund auf einen Vertrag oder auf eine Verfassung zurückführt, das staatliche Gebilde eine ganz andere Gestalt. Dass auch bei den weitgehendsten Befugnissen der Zentralgewalt die Konstruktion eines Staatenbundes und die Zurückführung der Bundeskompetenzen auf

¹⁾ *Seydel*, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, S. 61.

einen Vertrag an sich möglich ist, zeigt die Theorie *Calhouns* über die Vereinigten Staaten. Wenn die Unionsartikel wirklich ein Vertrag waren, so war jene ganze Auffassung richtig und streng konsequent, wie es auch die *Seydels* ist. Die Frage ist aber eben, ob dieser logische Ausgangspunkt richtig war. Wie soll das schliesslich entschieden werden, wenn alles andere sowohl bei vertraglicher als bei Verfassungsgrundlage des Bundes denkbar ist? *Jellinek*¹⁾ sagt mit Recht, die einzige praktische Konsequenz zwischen Bundesstaat und Staatenbund zeige sich in demjenigen, worauf *Calhoun* eben hinaus wollte mit seiner Beweisführung, im Sezessionsrecht. Ist der Bund auf Vertrag gegründet, so kann bei einer Verletzung der Vertragspflichten der verletzte Staat aus dem Verbande austreten, denn nach völkerrechtlichem Grundsatz ist ein zweiseitiger Vertrag nur so lange für den einen Teil verbindlich, als der andere ihn hält. Darüber aber, ob der Bundesvertrag gehalten worden sei oder nicht, muss in letzter Instanz jeder einzelne Staat selbst entscheiden; denn wenn auch Bundesorgane zur Schlichtung solcher Konflikte vorgesehen sind, so richtet sich ihre Kompetenz doch wieder nach Bundesrecht. Darin also manifestiert sich praktisch die theoretische Unterscheidung zwischen beiden Staatsformen, dass im Bundesstaat jedenfalls bei Verletzung des Bundesvertrages den einzelnen Staaten das Austrittsrecht zusteht, und sodann noch unausweichlicher darin, dass, wenn alle Staaten darin übereinstimmen, sie den Bund auflösen können. Das ist die wichtige, aber auch einzige praktische Folge der rechtlichen Natur des Staatenbundes im Gegensatz zum Bundesstaat. Den Gliedern des Bundesstaates steht dieses Recht nicht zu; der Bundesstaat besteht nicht kraft ihres Willens, sondern kraft der über ihnen stehenden Bundesverfassung, die durch *communis consensus* so wenig aufgehoben werden kann, als sie auf diesem Wege zustande gekommen ist.

An dieser handgreiflichen und einschneidenden Konsequenz entscheidet sich schliesslich auch am sichersten, wenn es bestritten ist, ob ein gegebener Staat ein Bundesstaat oder ein Staatenbund ist. Streng genommen ist ja die Natur des die Staaten zusammenhaltenden Rechtsbandes das logische prius, und das Sezessions-, bezw. Auflösungsrecht nur die Konsequenz davon; das lebendige Rechtsgefühl wird sich aber darüber klarer sein, ob in einem gegebenen Falle die Gliedstaaten jenes Recht haben oder nicht, und es wird leichter sein, den Willen der

¹⁾ Lehre von den Staatenverbindungen, S. 196.

Urheber der Bundesurkunde darüber zu ergründen. Jenes Recht ist also gewissermassen das Symptom, an dem das Vorhandensein eines Staatenbundes erkannt wird ¹⁾.

III. Die verfassungsmässig garantierten Individualrechte.

Die schweizerische Bundesverfassung verbürgt eine Anzahl sogenannter Freiheitsrechte oder Individualrechte, die zum Teil alte Überlieferung sind, zum Teil neuere Schöpfungen — Erzeugnisse der gleichen Grundanschauungen, welche die französische Erklärung der Menschenrechte hervorbrachte. Sie werden in der Schweiz nach durchaus herrschender Ansicht in Theorie, soweit solche besteht, und Praxis als subjektive Rechte des Einzelnen bezeichnet und behandelt; die Zweifel deutscher Staatsrechtslehrer über die theoretische Richtigkeit einer solchen Anschauung haben bei uns wenig Boden gefunden, sei es, weil die Verfassung selbst (im Gegensatz zu derjenigen des Deutschen Reichs) solche Rechte vorsieht und sie ausdrücklich als Rechte des Einzelnen bezeichnet; sei es, weil unsere Schriftsteller und Gerichte das Problem nicht tief genug erfassten, oder ein tieferes Eindringen angesichts der positiven Verfassungsbestimmungen für überflüssig hielten ²⁾. Wenn es aber dieser letztere Umstand natürlich erscheinen lässt, dass in der Schweiz die Lehrmeinung den öffentlichen subjektiven Rechten günstig ist, während das Umgekehrte in Deutschland der Fall ist, so ist doch die Sache damit nicht abgetan; die theoretische Frage besteht auch bei uns, und sie kann nicht anders beantwortet werden in einem Lande als im andern, sei nun das positive Recht so oder anders, denn sie hängt mit den Lehren über das subjektive Recht, über die Natur der Staatsgewalt, also mit Grundanschauungen zusammen, die von der positiven Ausgestaltung einer konkreten Rechtsordnung unabhängig sind. Andererseits hat die theoretische Anschauung über Sein oder Nichtsein subjektiver öffentlicher Rechte so viel wie keinen Einfluss auf die praktische Anwendung der darauf bezüglichen Rechtssätze; man kann mit beiden theoretischen Ansichten zum gleichen praktischen Resultate kommen. Es ist zunächst die Frage der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt zu besprechen und sodann der weitere Umstand in Betracht zu ziehen, dass solche Rechte verfassungsmässig garantiert sind.

¹⁾ Vgl. übereinstimmend *Zachariæ*, bei *Brie*, der Bundesstaat, S. 36, Note 10.

²⁾ Auch die neueste Bearbeitung des schweizerischen Bundesstaatsrechts von *Schollenberger*: Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlin 1902, S. 204—205, nimmt die Existenz der Freiheitsrechte ohne weiteres an.

1. Die subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt.

Die subjektiven öffentlichen Rechte sind angeblich Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staate, im Gegensatz zu den subjektiven Rechten des Privatrechts, welche einer Privatperson gegenüber einer andern Privatperson zustehen. Gegenstand dieser subjektiven Rechte soll, nach der von *Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B., 1892) eingeführten Einteilung, sein: 1) die Freiheit von staatlicher Einwirkung auf gewissen Gebieten, also die Einhaltung gewisser Schranken durch den Staat zu gunsten der freien Bewegung des Individuums; 2) Anteil am staatlichen Schutz und an der staatlichen Fürsorge für die Gesellschaft und an den Wohlfahrtseinrichtungen; 3) Teilnahme an der Ausübung des staatlichen Willens.

Dass die Einzelnen, nach dem positiven Rechte jedes Staates, ein gewisses Mass von persönlicher Freiheit haben sollen, dass ihnen ohne Widerrechtlichkeit ein bestimmter Anteil am staatlichen Schutze und an den staatlichen Wohlfahrtseinrichtungen nicht versagt werden kann, und dass sie beim Zustandekommen des staatlichen Willens oder seiner Organe irgendwie mitzuwirken haben, ist unbestritten; es ist so Rechts. Bestritten ist aber, ob die Einzelnen darauf ein subjektives Recht haben, oder ob sie nur die Benefiziarer objektiver Rechtsvorschriften sind, die ihnen, gewissermassen über ihre Köpfe hinweg, gewisse Vorteile gewähren, ohne ihnen aber ein Recht auf diese Vorteile einräumen und dem Staate die entsprechende Pflicht auferlegen zu wollen, m. a. W., ob die erwähnten Vorteile nur «Reflexwirkungen» des objektiven Rechts sind oder Gegenstand wirklicher subjektiver Rechte. Unleugbar besteht in der Rechtsordnung, wenigstens dem Anscheine nach, ein gewisser Gegensatz in dieser Beziehung; es gibt Pflichten und Obliegenheiten des Staates, denen niemand ein subjektives Recht des Einzelnen gegenüberstellen wird, wenn sie auch im Interesse des Einzelnen aufgestellt sind; z. B. die Fahndungstätigkeit der Kriminalpolizei, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in den Strassen, oder die gewissenhafte Handhabung der Gewerbepolizei oder der gesundheits- und baupolizeilichen Vorschriften. Etwas anderes scheint aber doch die Rechtsordnung zu wollen, wenn sie dem so und so qualifizierten Bürger das Stimmrecht gibt; wenn sie die Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses oder des Domizils garantiert, wenn sie die Bedingungen festsetzt, unter denen ein Staatsangehöriger den gerichtlichen Schutz ansprechen

kann, unter denen er in eine öffentliche Schule aufgenommen oder zu einem Examen zugelassen werden soll; wenn sie bestimmt, dass er so und so viel und nicht mehr Steuern zu entrichten habe. Die Frage ist mindestens begreiflich, ob hier nicht etwas anderes als blosser Reflexwirkungen objektiver Rechtsätze vorliegt.

Vorerst ist zu bemerken, dass, wenn den einzelnen der Genuss gewisser Vorteile durch eine *gesetzliche* Bestimmung zugedacht wird, diese einzelnen jedenfalls kein subjektives Recht gegenüber dem Staate schlechthin beanspruchen können, nämlich sowohl dem gesetzgebenden als dem verwaltenden Staat gegenüber: denn wie das Gesetz ihnen diese günstige Stellung verschafft, so kann es sie ihnen wieder nehmen; eine Schranke legt sich der Gesetzgeber nicht auf, indem er den Staatsangehörigen gewisse Vorteile zusichert. Es kann sich nur darum handeln, ob auf dem Boden dieses Gesetzes der dadurch Begünstigte gegenüber den durch das Gesetz gebundenen Organen des Staates ein subjektives Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen hat. Die mehr scheinbare als wirkliche Schwierigkeit, die bei dieser, wie mir scheint sicher richtigen Annahme dadurch entsteht, dass die Persönlichkeit des Staates gewissermassen geteilt werden muss, so dass derselbe Staat in seiner Funktion als Gesetzgeber ungebunden, in seiner verwaltenden Funktion aber als gebunden erscheint gegenüber einem andern Rechtssubjekt, kann hier nicht erörtert werden.

Bevor auf die Diskussion über die subjektiven öffentlichen Rechte eingegangen wird, ist noch ein Punkt klar zu stellen: das Verhältnis von rechtlicher Fähigkeit und subjektivem Rechte.

Man kann, mit *Jellinek* (System, S. 40 ff.), die rechtliche Fähigkeit wohl ein rechtliches Können heissen; aber wenn *Jellinek* das rechtliche Können dem rechtlichen «Dürfen» gegenüberstellt, so ist damit das Verhältnis von subjektivem *Recht* zu subjektiver rechtlicher Fähigkeit nicht verdeutlicht, sondern verdunkelt, und vollends unrichtig ist es, wenn *Jellinek* (S. 46) behauptet, dem Staate gegenüber gebe es nur ein Können, nicht ein Dürfen; oder m. a. W. es gebe dem Staate gegenüber nur subjektive rechtliche Fähigkeiten, worin m. E. enthalten ist, dass es keine subjektiven Rechte gebe¹⁾. Die rechtliche Fähigkeit ist eine der Bedingungen, unter denen subjektive

¹⁾ Dies erklärt auch *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 106–107, ausdrücklich, gegenüber *Jellinek*.

Rechte in einer Person entstehen können; mit der rechtlichen Fähigkeit ist an sich noch gar kein Rechtsverhältnis gegeben; der rechtlich Befähigte hat als solcher kein Recht und keine Pflicht. Ein subjektives Recht aber ist ein bereits geltendes Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten, setzt das Bestehen einer Pflicht einer-, eines Rechtes andererseits voraus. Rechtsfähigkeiten gibt es im öffentlichen wie im Privatrecht, und wenn es dort auch subjektive Rechte gibt, so muss der logische Gegensatz derselbe sein¹⁾. Die Handlungsfähigkeit z. B. erzeugt auf dem Gebiete des Privatrechts, welchem der Begriff vornehmlich angehört, für den Handlungsfähigen noch keine Rechte oder Pflichten; sie ist nur eine notwendige Bedingung zur Begründung solcher durch Rechtsgeschäft; der Abschluss eines Rechtsgeschäfts muss aber noch hinzukommen, damit für den Handlungsfähigen Rechte oder Pflichten entstehen. Die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit kann aber dem Staate gegenüber zum Gegenstand eines subjektiven öffentlichen Rechts werden (in dem später zu bestimmenden Sinne), nämlich wenn die Anerkennung dieser privatrechtlichen Fähigkeit gewissen staatlichen Behörden zur Pflicht gemacht wird, derart, dass die Entziehung der Handlungsfähigkeit z. B. durch ungerechtfertigte Bevormundung als Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des Bevormundeten erscheint. Desgleichen sind die sogenannten Freiheitsrechte keine blossen subjektiven Rechtsfähigkeiten, sondern, wenn sie überhaupt einer Privatperson als ihrem Subjekt zugeschrieben werden können, subjektive Rechte; denn mit ihnen ist ohne weiteres die Pflicht des Staates gegeben, sich gewisser obrigkeitlicher Eingriffe in die Freiheit des individuellen Gebarens zu enthalten, und nicht bloss eine Bedingung für die spätere Entstehung solcher Pflichten. Will man eine Pflicht des Staates auf ein non facere nicht zugeben, so hat auch das angebliche Können des ihm gegenüberstehenden Individuums keinen fassbaren rechtlichen Sinn mehr; es handelt sich gegebenenfalls nur darum, ob der einzelne z. B. eine Kultushandlung vornehmen, ein Gewerbe betreiben, eine Zeitung herausgeben darf oder nicht, oder umgekehrt, ob der Staat die Pflicht hat, ihn gewähren zu lassen oder nicht, und da hat es keinen Sinn, zu sagen, er habe die rechtliche Fähigkeit, solches zu tun, aber der Staat habe nicht die Pflicht, ihn gewähren zu lassen; ist der Staat aber dazu

¹⁾ Im gleichen Sinn bemerkt *Layer*, *Prinzipien des Enteignungsrechtes* 1902, S. 345, gegenüber *Jellinek*: das „Können“ und das „Dürfen“ finden sich sowohl im Privatrecht als im öffentlichen Recht.

verpflichtet, so hat das Individuum entweder auch ein Recht auf dieses Verhalten des Staates, oder es besteht zu seinen Gunsten eine blosser Reflexwirkung. Dass ein Freiheitsrecht lange Zeit nicht angerufen werden kann, ja vielleicht nie angerufen wird, weil es zwischen dem Individualberechtigten und dem Staate nicht zum Konflikt kommt, hat es mit jedem Recht auf ein *non facere* gemein, z. B. mit dem Eigentum, das auch erst geltend gemacht wird, wenn jemand es durch positives widerrechtliches Handeln verletzt. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch solchen Personen ein wirkliches Freiheitsrecht zustehen sollte, die davon voraussichtlich nie Gebrauch machen werden; warum nicht ein Rentier das Recht auf Gewerbefreiheit, ein Analphabet das Recht auf Pressfreiheit haben sollten; es kann jemand ein Recht haben, das er tatsächlich auszuüben verhindert ist. Die Freiheitsrechte sind also nicht blosser rechtliche Fähigkeiten, sondern, vorbehaltlich weiterer Untersuchung, Rechte, die wie alle andern erst im Falle der Verletzung ihre Wirksamkeit äussern.

Gegen die Annahme wirklicher Freiheitsrechte im subjektiven Sinne ist nun vorgebracht worden, ihr Gegenstand sei zu unbestimmt, beziehungsweise sie haben gar keinen Gegenstand¹⁾. Die Gewerbefreiheit müsste in dem Rechte bestehen, keiner Konzession zu bedürfen, die Passfreiheit im Rechte, ohne Pass zu reisen etc. Man müsste schliesslich auch ein Freiheitsrecht darauf annehmen, einen Wechsel zu trassieren, ja sogar ein Recht, zu gehen, zu schlafen, zu denken und zu glauben. Dies alles seien nur Betätigungen der natürlichen Freiheit, die deswegen nicht zu Rechten werden, weil sie die Rechtsordnung nicht verbiete. Der Einwand scheint mir unberechtigt und die Argumentation oberflächlich. Was zunächst den Gegenstand solcher Freiheitsrechte betrifft, so ist er bestimmt genug, in vielen Fällen ebenso bestimmt, als derjenige privatrechtlicher Ansprüche. Wenn der Gewerbsmann das Recht beansprucht, unter bestimmten persönlichen und sachlichen Bedingungen sein Gewerbe zu betreiben, so beansprucht er damit gegenüber den Gewerbebehörde etwas ganz Bestimmtes, wenn auch etwas Negatives, nämlich das Unterlassen aller amtlichen Tätigkeit, die ihn in der Ausübung seines Gewerbes stören könnte; es ist dies gerade ebenso bestimmt, als wenn derselbe Gewerbetreibende kraft seines Grundeigentums von der andern Privatperson beansprucht, dass sie sich jeder störenden Einwirkung

¹⁾ So *Laband* I, S. 138.

enthalte. Die gleiche Parallele könnte bezüglich des Rechts auf Unverletzlichkeit des Domizils gezogen werden. Und wenn der Gegenstand der sogenannten Freiheitsrechte zu unbestimmt sein sollte, so wäre das gleiche jedenfalls nicht bezüglich aller angeblichen subjektiven öffentlichen Rechte zu sagen, bezüglich des Rechtes, nur eine bestimmte Summe von Steuern zu zahlen, bezüglich des Anspruchs auf Benutzung öffentlicher Anstalten etc. etc.

Wenn sodann die Annahme sogenannter Freiheitsrechte dadurch ad absurdum geführt werden will, dass man ihnen als Gegenstände alle möglichen, auch die allgewöhnlichsten und notwendigsten Lebensäusserungen unterschiebt, so ist hiegegen folgendes zu bemerken: Jedes Verhalten der Menschen kann als Gegenstand eines Rechts gedacht werden, sofern es denkbar ist, dass jemand ein Recht auf gegenteiliges Verhalten beanspruchen oder jenen ändern an seinem Verhalten tatsächlich hindern könnte. Ist die Möglichkeit nicht gegeben oder kommt sie vernünftigerweise nicht in Betracht, so kann auch vernünftigerweise von einem Recht auf jenes Verhalten nicht gesprochen werden. Eine Handlung, die niemand beanstanden wird, noch vernünftigerweise beanstanden kann, erscheint nicht als Inhalt eines Rechtes; man wird sie weder als erlaubt noch als unerlaubt, sondern als rechtlich irrelevant bezeichnen, wenn man nicht alles, was nicht verboten ist, als erlaubt bezeichnen will. Sobald aber die Möglichkeit einer Bestreitung der Befugnis, eine Handlung vorzunehmen, oder eine tatsächliche Verhinderung an der Vornahme denkbar ist, kann auch von einem Recht, diese Handlung vorzunehmen, gesprochen werden. Das Gehen überhaupt, z. B., wird in dieser Allgemeinheit von niemand verboten werden wollen; darum hat es keinen Sinn, von einem Recht, zu gehen, zu sprechen, von einem privatrechtlichen übrigens ebensowenig wie von einem öffentlichrechtlichen. Unter Umständen kann aber auch das Gehen widerrechtlich oder rechtserheblich sein, nämlich das Gehen an bestimmten Orten, z. B. auf fremdem Eigentum, oder auf gesperrten öffentlichen Strassen, oder seitens eines versicherten Arbeiters, dem der Arzt die Ruhe verordnet hat. In allen diesen und vielen andern besondern Umständen ist das Gehen ein rechtserhebliches Verhalten, und es kann vernünftigerweise von einem Recht, zu gehen, gesprochen werden, sei es nun gegenüber dem Staat, sei es gegenüber andern Privatpersonen. Inhalt der Freiheitsrechte sind aber Handlungen, die es gerade dem Staate gegenüber guten Sinn hat, als rechtmässige zu erklären, weil sie vom Staat sehr wohl verboten werden

könnten und auch schon verboten worden sind¹⁾. So die Kultus- und Glaubensfreiheit, die Gewerbefreiheit, die Pressfreiheit etc. etc. Richtig aber ist, dass die Benennungen zu weit sind, indem sie z. B. jede Betätigung des Glaubens als Gegenstand eines Rechts hinstellen scheinen, während es sich vernünftigerweise nur um diejenigen Betätigungen handeln kann, die einer Einschränkung seitens des Staates unterliegen können oder ausgesetzt sind²⁾. Das ist aber auch der selbstverständliche Sinn solcher unvollkommener Formeln. Sodann ist es willkürlich, bestimmte eigenartige Handlungen als Inhalt *besonderer* Rechte, und diese somit als beliebig vermehrbar hinstellen. Jedes subjektive Recht, welches zum Inhalt eine bestimmte Tätigkeit oder einen bestimmten Besitzstand hat, kann in eine unendliche Menge von engeren Rechten zergliedert werden, darauf gehend, dass dies oder jenes nicht getan werde, was jene Tätigkeit oder jenen Besitzstand beeinträchtigte: in erster Linie das Eigentum, das ja dem Eigentümer die rechtlich garantierte Möglichkeit gewährt, auf seinem Grund und Boden alle Arten Häuser zu bauen oder Gemüsearten zu pflanzen, denn alles das sind berechnete Betätigungen seines Eigentumsrechts, und in allen diesen Betätigungen ist er gegen Störungen geschützt. Und trotzdem fällt es niemand ein, von einem Recht des Eigentümers zu sprechen, gelbe Rüben zu pflanzen. Das gleiche gilt gegenüber dem Staate: wenn in einem Staate die Gewerbefreiheit gewährleistet ist, so ist jedermann die rechtliche Möglichkeit gegeben, ausgestopfte Vögel zu verkaufen, oder wenn die allgemeine Handlungsfähigkeit garantiert ist, so hat jeder Handlungsfähige in der Regel auch die Fähigkeit, und denjenigen staatlichen Organen gegenüber, die ihm solches bestreiten wollten, das Recht, Wechsel zu trassieren. Dennoch aber wird niemand sagen, der Staatsangehörige habe gegenüber dem allmächtigen Staate das Freiheitsrecht, ausgestopfte Vögel zu verkaufen oder Wechsel zu trassieren; es ist nichts Unrichtiges und nichts Unvernünftiges darin, sofern sich nur vernünftigerweise die Möglichkeit denken lässt, dass der Staat solche spezielle Anwendungen der allgemeinen Befugnis verbieten oder verhindern könnte.

Somit sind die «Freiheitsrechte» ihrem Objekte nach wohl geeignet, subjektive Rechte zu sein. Durch was lassen sich aber die Freiheitsrechte und die subjektiven öffentlichen Rechte über-

1) Vgl. *Stark*, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, S. 65 und 66.

2) Darauf kommt es auch hinaus, wenn *Tezner*, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 21, S. 106 ff., zwischen natürlicher und rechtlicher Freiheit unterscheidet. Vgl. auch *Jellinek*, System, S. 43

haupt positiv charakterisieren und unterscheiden von den blossen Reflexwirkungen objektiver Rechtsnormen? Beides findet sich in der Rechtsordnung nach Ansicht der Verteidiger des öffentlichen subjektiven Rechtes; dann muss sich letzteres auch durch ein fassbares Merkmal von ersterem unterscheiden. Diese Unterscheidung scheint mir aber bisher nicht gelungen zu sein.

Jellinek (S. 65 und 66) unterscheidet zwischen formellen und materiellen subjektiven Rechten; das formelle ist dadurch gegeben, dass ein individualisierter Rechtsschutzanspruch für die in Rede stehenden Verhältnisse zwischen Individuum und Staat anerkannt ist; das materielle dadurch, dass die Rechtsordnung ausdrücklich oder stillschweigend ein Individualinteresse anerkennt. An was aber im einzelnen Falle erkannt werden kann, ob der Gesetzgeber, indem er einen objektiven Rechtssatz aufstellte, ein Individualinteresse schützen wollte, sagt *Jellinek* nicht, und wird kaum zu sagen sein.

Tezner (a. a. O., S. 125) scheint darauf abstellen zu wollen, ob dem subjektiven Recht ein bestimmter Inhalt gegeben werden kann, ob die Berechtigung eine klar abgegrenzte Form habe. Das geht aber sicher als allgemeines Kriterium nicht an; ob der Unterstützungsbedürftige ein subjektives Recht auf Unterstützung habe, oder ob er nur in der glücklichen Lage sei, dass der Gesetzgeber für ihn gesorgt hat, kann nicht davon abhängen, ob die staatlichen Leistungen mehr oder weniger präzise vorgeschrieben sind; und manche Freiheitsrechte, die einen sehr unbestimmten Inhalt haben, wie die Gewerbefreiheit, die Glaubensfreiheit, die Gleichheit an dem Gesetz, müssen wenigstens nach dem Recht gewisser Staaten sicher zu den subjektiven öffentlichen Rechten gerechnet werden. Wenn aber unter Umständen auch solch unbestimmte Rechte als subjektive Rechte betrachtet werden können, was unterscheidet schliesslich die Reflexwirkung des objektiven Rechts von dem subjektiven Recht?

Sehen wir von dem Begriff des formellen subjektiven Rechts *Jellineks* ab, so hat sich uns kein greifbares materiellrechtliches Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts gezeigt, an dem es im Zweifelfalle zu erkennen wäre, und auch wenn man mit unbestrittenen sogenannten subjektiven Rechten zu tun hat, sieht man nicht, durch was sich ihre innere Struktur von den Reflexwirkungen des objektiven Rechts unterscheidet: bei diesen sowohl wie bei jenen liegt eine durch objektiven Rechtssatz begründete Pflicht des Staates, beziehungsweise seiner Organe, auf ein bestimmtes Verhalten vor; was aber, abgesehen von der

Möglichkeit des prozessualen Schutzes, auf seiten des angeblich Berechtigten noch hinzukommt und jenes subjektive Recht dem Staate gegenüber ausmacht, ist unerfindlich. Die Frage führt allerdings auf den allgemeinen Begriff des subjektiven Rechts überhaupt zurück, der hier nicht erörtert werden soll.

Gibt man aber kein solches Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechtes, so ist es willkürlich, eine Reihe von angeblichen Freiheitsrechten aufzustellen, m. a. W. eine Anzahl durch Rechtssatz begründete Rechtszustände zu subjektiven Rechten zu stempeln, wie es z. B. *G. Meyer*, Deutsches Staatsrecht, S. 684, und auch *Jellinek* tun, denn solche Behauptungen sind ganz unkontrollierbar.

Es kann aber nach meiner Überzeugung überhaupt kein materiellrechtliches Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechts im Gegensatz zur blossen Reflexwirkung gefunden werden.

Im Falle des bestkonstatierten subjektiven öffentlichen Rechts liegt in Wirklichkeit nichts anderes vor als eine durch objektiven Rechtssatz statuierte Pflicht staatlicher Organe, sich gegenüber Privatpersonen in bestimmter Weise zu verhalten.

Ein subjektives Recht des Einzelnen auf ein bestimmtes Verhalten des Staates als Inhaber der öffentlichen Gewalt anzunehmen, wie man ein subjektives Recht des Gläubigers auf Zahlung der Schuld gegenüber dem Schuldner annimmt, ist m. E. nicht vereinbar mit dem Begriff des Staates und der Staatsgewalt. Es ist nicht annehmbar, dass der Staat gegenüber dem X oder Y die Pflicht habe, die Ausübung seines Gewerbes nicht zu stören. Die Pflicht des Staates besteht nicht, mit Beziehung auf die dadurch begünstigte Privatperson, als eine in ihren Willen gestellte, auf sie bezügliche, relative Pflicht, sondern als absolute Pflicht. Es soll so sein kraft absoluten Rechtssatzes, und ohne Rücksicht darauf, wie sich eine Privatperson dazu verhalte¹⁾. Deshalb kann auch der angeblich Berechtigte dem Verpflichteten seine Pflicht nicht erlassen, oder, m. a. W., auf sein Recht verzichten, denn nicht mit Rücksicht auf ihn besteht die staatliche Pflicht, sondern kraft absoluten Rechtssatzes; es hängt nicht vom Willen der Privatperson ab, den Staat von seiner Pflicht zu entbinden. Die durch

¹⁾ Deshalb kommt auch, wenn nicht positives Recht entgegensteht, die Vorschrift sowohl dem Ausländer als dem Inländer zu gute, und jenem, gleichgültig, ob er im In- oder Auslande wohne, vgl. B. Ger. IX, S. 11. in anderem Sinne; es sind das für die inländischen Behörden absolut geltende Vorschriften der öffentlichen Ordnung. Die Praxis der Bundesbehörden ist schwankend, vgl. betr. Glaubens- und Gewissensfreiheit B. Bl. 1891, V, 381.

zwingenden Rechtssatz begründete Pflicht ist mit einem entsprechenden subjektiven Recht nicht vereinbar; dass ein Recht einem Subjekte zusteht, muss sich eben darin zeigen, dass dieses darüber verfügen kann, und dies ist hier ausgeschlossen¹⁾. Der stimmberechtigte Bürger kann auf sein Stimmrecht nicht *verzichten*, der durch die Gewährleistung der Gewerbefreiheit Bevorzugte nicht auf dieses Freiheitsrecht, der Staatsangehörige nicht auf diplomatischen Schutz im Ausland oder den gerichtlichen Schutz im Inlande. Damit steht nicht in Widerspruch, dass der « Berechtigte » darauf verzichten kann, sein Recht auszuüben, z. B. das Stimmrecht; denn Recht, zu stimmen, ist nicht Pflicht, zu stimmen. Es zeigt sich gerade hier der Gegensatz zum wirklichen subjektiven Rechte des Privatrechts darin, dass das Recht durch Nichtausübung nicht verjährt.

Ähnlich verhält es sich mit dem Anspruch auf Gehalt, auf Sporteln: der Berechtigte mag das Recht einmal nicht ausüben, indem er die fälligen Beträge nicht einzieht, während sie zu seiner Verfügung gehalten wurden, er kann aber, wenn es sich um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt, auf sein « Recht », Gehalt zu beziehen, nicht verzichten, m. a. W., ein solcher Verzicht entbindet den Staat nicht, den Gehalt auszuzahlen.

Schwierigkeit macht auf den ersten Blick die Tatsache, dass der Beamte, das Parlamentsmitglied auf sein Recht aus der Wahl oder der Ernennung durch Demission verzichten kann. Allein gerade hier herrscht darüber Einstimmung, dass es ein subjektives Recht des Beamteten auf sein Amt nicht gibt; der Grund jenes Verzichts liegt darin, dass das Amt in erster Linie nicht ein Recht, sondern eine Pflicht ist, und dass die Befugnis, ein Amt nicht zu übernehmen oder ein übernommenes Amt abzulegen, die Befugnis ist, sich einer Pflicht zu entziehen²⁾. Die mit dem Amt verbundenen Rechte sind bloss sekundärer Natur und stehen natürlich nur demjenigen zu, der die Pflicht der Amtsführung auf sich nimmt.

Und endlich sei noch ein Fall erwähnt: derjenige der staatlichen Konzession und der gewerbepolizeilichen Erlaubnis³⁾. Auf den Gewerbeschein, auf das Wirtschafts- oder das Berufspatent kann der Inhaber verzichten, und ebenso* auf eine gewerberechtliche Konzession. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden :

1) Gleich wie im Privatrecht, wo das Gesetz unverzichtbare „Rechte“ statuiert oder besser unerlassbare Pflichten.

2) Als Verzicht auf ein Recht fasst es z. B. auch *Gerber*, Über öffentliche Rechte, 1852, S. 32, auf.

3) Wie *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, II, S. 295, unterscheidet.

entweder das Recht, eine gewerbliche Tätigkeit vorzunehmen, ist gesetzlich geregelt und an bestimmte Voraussetzungen gebunden, und die im einzelnen Falle gegebene behördliche Erlaubnis hat nur die Funktion einer formellen Konstatierung, dass alle gesetzlichen Requisite erfüllt sind, und die Pflicht zur Einholung dieser Erlaubnis ist nur eine Ordnungspflicht, wie dies bei Gewerbescheinen oder Patenten gemeiniglich der Fall ist; dann geht das Recht, das betreffende Gewerbe auszuüben, aus dem Gesetz hervor und nicht aus der gewerbepolizeilichen Erlaubnis. Diese ist nur eine weitere, vom Gesetz auferlegte formale Bedingung zur Ausübung des Rechts. Wer auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis verzichtet, verzichtet momentan auf die Ausübung seines Rechts, nicht aber auf das Recht selbst, und er kann jederzeit eine neue Erlaubnis einholen. Anders verhält es sich aber, wenn das Recht, gewisse Gewerbe auszuüben oder sie in gewisser Weise auszuüben, nicht gesetzlich normiert ist in einer für jedermann geltenden Weise, z. B. bei Benutzung öffentlichen Eigentums oder bei Erteilung öffentlich-rechtlicher Privilegien. Hier kann der Beliehene sein Recht nicht auf das Gesetz zurückführen, sondern bloss auf den besonderen Verwaltungsakt der Konzession, und trotzdem kann er auf die Konzession verzichten. Es scheint also das aus der Konzession fließende Recht ein wirklich subjektives, dem Konzessionierten zustehendes Recht zu sein, da er ja den Staat durch seinen Verzicht von der Pflicht entbinden kann, die Konzession einzuhalten. Dieser Annahme steht aber entgegen, dass, wenn das Recht durch Konzession begründet wird, der Staat in Wirklichkeit nicht verpflichtet ist, die Konzessionsrechte weiter zu gewähren, dass er sie gegenteils jederzeit zurückziehen kann, gegen Entschädigung oder ohne solche. Der Staat will sich nach richtiger Auffassung, d. h. nach derjenigen, die mit dem Wesen des Staates, wie es sich anderweitig aus der positiven Rechtsordnung ergibt, allein vereinbar ist, nicht gegenüber einem Privaten in der Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt auch nur auf beschränkte Zeit binden; es würde dies seiner Aufgabe, der Hüter des öffentlichen Interesses zu sein, widerstreben; er übernimmt nur, sofern er eine Entschädigungspflicht anerkennt, die Garantie für den wirtschaftlichen Nachteil, der dem Beliehenen daraus entstehen kann, dass der Staat genötigt wird, aus Gründen des öffentlichen Interesses die Konzession zurückzunehmen. Von einem wirklichen Recht auf die mit der Konzession gegebenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse ist daher

auch hier keine Rede, und somit kann auch die Möglichkeit des Verzichtes auf die Konzession nicht die Subjektivität jenes Rechtes beweisen¹⁾.

Es ergibt sich somit folgendes: Aus der Betrachtung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Individuum lässt sich kein Unterschied zwischen der sog. Reflexwirkung des objektiven Rechts und dem angeblichen subjektiven Recht des Individuums gegenüber dem Staate erweisen, vielmehr gibt es in bezug auf die Ausübung der öffentlichen Gewalt überhaupt keine subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staate, und Pflichten des Staates gegenüber dem Einzelnen, sondern nur absolute Pflichten des Staates.

Wenn man aber von subjektivem öffentlichem Rechte spricht, so hat das trotzdem einen guten, praktisch wichtigen Sinn; es besteht ein wirklicher und bedeutender Unterschied zwischen dem, was man blosser Reflexwirkung des objektiven Rechts, und dem, was man subjektives öffentliches Recht nennt, sofern man letzteren Begriff richtig fasst; der Unterschied ist aber nicht auf dem Boden des materiellen Rechts, sondern auf demjenigen des formal-prozessualen Rechtsschutzes zu suchen. Ein subjektives öffentliches Recht ist gegeben, wenn die dem Staat durch öffentlich-rechtliche Norm auferlegte absolute Pflicht durch denjenigen prozessualisch geltend gemacht werden kann, der an der Erhaltung der Pflicht ein Interesse hat. Was also das subjektive Recht ausmacht, ist die positivrechtliche Möglichkeit, die Frage, ob der Staat in bestimmter Beziehung pflichtgemäss handle oder nicht, zur Entscheidung zu bringen²⁾. Es giebt daher, um mit *Jellinek* zu sprechen, nur «formelle» subjektive öffentliche Rechte. Deshalb weiss niemand anzugeben, an welchem materiell-rechtlichen Merkmal sich die subjektiven öffentlichen Rechte erkennen lassen, und deshalb weiss es auch *Jellinek* für sein «materielles» subjektives Recht nicht zu tun. An was erkennt er, dass der Schutz des Staatsgenossen im Ausland Gegenstand eines subjektiven Rechts sei? Und was macht es für einen praktischen Unterschied, ob es ein materielles subjektives Recht oder eine blosser Reflexwirkung sei, wenn ihm der prozessuale Schutz versagt wird? gar keinen. Und wenn man im allgemeinen fragt, welche praktische Bedeutung dem Institut des sub-

¹⁾ *Dantscher*, Die politischen Rechte der Untertanen, Wien 1888 (I. Liefg., S. 78), erklärt die Nichtverzichtbarkeit als eine *regelmässige* Eigenschaft der öffentlichen Rechte.

²⁾ Nach *Dantscher*, a. a. O., II. Liefg., S. 47, ist die Klagbarkeit kein absolutes Erfordernis zur Existenz der politischen (subjektiven) Rechte. Ebenso *Jellinek*, a. a. O. S. 101.

jektiven öffentlichen Rechts zukomme, so findet man keine andere, als dass es durch prozessualische Rechtsmittel des angeblich Berechtigten geschützt sei.

Fragt es sich daher, ob in einem gegebenen Falle ein subjektives Recht begründet sei, so kann sich die Frage einzig danach entscheiden, ob dem angeblich Berechtigten ein Rechtsmittel zur Geltendmachung der behördlichen Pflicht zusteht oder nicht, denn darin besteht eben das Wesen des subjektiven Rechtes. Ist aber das Rechtsmittel selbst zweifelhaft nach dem positiven Recht, so wird durch Analogieschlüsse und andere Interpretationsmittel festgestellt werden müssen, nicht ob der Gesetzgeber den Interessenten das unbestimmbare Geschenk eines subjektiven Rechts machen wollte, sondern ob er ihm den Schutz eines prozessualischen Rechtsmittels zu teil werden liess.

Mit dieser Auffassung erklärt es sich, dass das gleiche verfassungsmässig garantierte Freiheitsrecht subjektives Recht und blosser Reflexwirkung sein kann, nämlich gegenüber den Behörden verschiedener Staaten. Die durch die schweizerische Bundesverfassung garantierten Freiheitsrechte sind nur gegenüber den Kantonen als subjektive Rechte zu betrachten, weil nur gegenüber Verfügungen kantonaler Behörden ein Rekurs gegeben ist, während Verfügungen von Bundesbehörden wegen Verletzung der gleichen Verfassungsbestimmungen nicht anfechtbar sind, trotzdem diese Bestimmungen unzweifelhaft sowohl für die Bundes- als für die Kantonalbehörden gelten¹⁾.

Es erklärt sich auch aus dieser prozessualischen Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts, warum es so schwer hält, die Aktivlegitimation der zur Verwaltungsbeschwerde Berechtigten zu bestimmen, wenn sie nicht positivrechtlich normiert ist. Handelte es sich um einen materiellrechtlichen Begriff, so müsste derjenige als klageberechtigt bezeichnet werden, der in dem Verhältnis eines subjektiv Berechtigten zum Staat steht, der Träger des subjektiven Rechtes ist, gleichwie im Privatrecht naturgemäss derjenige und nur derjenige zur Klage legitimiert ist, dem das Recht zusteht. Lässt also im öffentlichen Recht das positive Recht die Frage im unklaren, wer zur Klage legitimiert sei, so ist es oft beinahe unmöglich, den Kreis der Beschwerdelegitimierten abzugrenzen. Man denke an die Beschwerde wegen Versagung oder gesetzwidriger Anerkennung des Wahlrechtes: man wird sie, ohne zu zögern, dem Wähler

¹⁾ Vgl. z. B. *Salis*, Bundesrecht, II, Nr. 921. IV.

selbst zuerkennen, aber nur ihm? Ist nicht jeder andere Wähler am Wahlresultat interessiert, und ist nicht schliesslich jeder Staatsgenosse des betreffenden Wahlkreises und schliesslich des ganzen Landes daran beteiligt, auch wenn er selber nicht Wähler ist? Die Erteilung des Wahlrechtes an die einzelnen Individuen, wie das ganze Institut, ist eben beherrscht durch das öffentliche Interesse, woraus schon hervorgeht, dass es nicht auch in einem kleinen Teile in die Disposition eines Einzelnen gelegt werden kann. Es hat deshalb auch nichts Sinnwidriges, dass zur Beschwerde nicht nur der an seinem Wahlrecht Geschmärlerte selbst, sondern auch die andern Wähler desselben Wahlkreises, oder noch weitere Kreise von Personen zugelassen werden¹⁾; eine logische Begrenzung dieser Legitimation ist a priori nicht festzustellen.

2. Die verfassungsmässig garantierten Rechte.

Es ist bisher vorausgesetzt worden, dass die subjektiven Rechte, von denen die Rede, auf dem Gesetze beruhen; solche Rechte (im eben erörterten Sinne des Wortes) haben Bestand gegenüber den durch das Gesetz überhaupt gebundenen Behörden, nicht aber gegenüber der gesetzgebenden Behörde selber. Anders verhält es sich, wenn die Verfassung dem Einzelnen eine gewisse rechtliche Freiheit oder eine bestimmte Teilnahme an den staatlichen Funktionen oder an den öffentlichen Einrichtungen gewährleistet. Verfassungsvorschriften sind für alle staatlichen Organe verbindlich, für die gesetzgeberischen sowohl als für die dem Gesetze untergeordneten. Ob damit aber ein «subjektives Recht» auch gegenüber den obersten Behörden, den gesetzgebenden, eingeräumt sei, hängt davon ab, ob gegen gesetzgeberische Beschlüsse ein Rekursrecht bestehe, was nur ausnahmsweise zutrifft; es trifft z. B. zu in der Schweiz bezüglich der durch die Verfassung des Bundes und diejenigen der Kantone garantierten Individualrechte, indem auch gesetzgeberische Erlasse der Kantone wegen Verletzung dieser Rechte auf dem Rekurswege angefochten werden können. Es genügt, hier auf diese Verschiedenheit verfassungs- und gesetzmässiger Individualrechte, unter Berufung auf das im I. Kapitel Gesagte, hingewiesen zu haben.

¹⁾ Vgl. *Laband*, I, S. 298.