

Zweiter Teil.

Die staatliche Verfassung.

I. Abschnitt.

Der Begriff des Staates.

1. Kapitel.

Die Organisation im Rechtssinne.

Der Begriff des Organismus der **Biologie** ist, logisch gesprochen, der eines Mechanismus, gedacht als Mittel zu einem Zweck: der Erhaltung des Lebens. Die Biologie untersucht die Vorgänge dieses Mechanismus und kann sie als Vorgänge mechanischer (und chemischer) Art darstellen, sofern sie sie nur stets darstellt als Mittel zum Zwecke der Erhaltung des Lebens und in diesem Ergebnis die Einheit des Zusammenspiels der mechanischen Vorgänge erblickt. Mit anderen Worten: für die Biologie sind nur diese Vorgänge interessant; Organ ist nur, was dazu mitwirkt oder als mitwirkend gedacht werden kann. Erforscht wird aber, wie ein sinnlich wahrnehmbarer Vorgang (das Leben) durch äußere Mittel (Naturvorgänge) hervorgebracht wird. Ob die Erklärung genügt, ist eine andere Frage; aber jedenfalls kann die Biologie als Naturwissenschaft sie nur so versuchen. Nimmt sie andere Mittel der Erklärung zu Hilfe, so ist sie nicht mehr Naturwissenschaft, und Biologie ist eine zweideutiger Name.

Organisation ist also in der Tat ein teleologischer Begriff. Aber nicht anders als manches andere Problem der Naturwissenschaft; ja, jedes Problem, das die Erklärung eines konkreten, tatsächlichen Vorganges zur Frage stellt, z. B. die Veränderungen der Erdkruste, den Wechsel der Jahreszeiten, lautet im Grunde: Wie tragen die gegebenen Elemente der Erde, der Natur, zur Hervorbringung einer bestimmten Erscheinung bei. Das Planeten-

system kann logisch als Organismus bezeichnet werden, sofern man die Bewegung der Teile im ganzen als Ergebnis betrachtet¹, dessen Geschehen naturgesetzlich zu erklären ist durch bekannte andere Vorgänge. Beides sind durch Zweckbeziehung hergestellte Einheiten. Ob das Zusammenwirken dort im gegenseitigen Hervorbringen der Teile besteht (wie Stammler, Rechtsphilosophie, S. 75, meint) oder einfach im Hervorbringen des Lebens, kann hier dahingestellt bleiben, ebenso wie die Frage, ob das Herausgreifen eines solchen Ergebnisses und die Betrachtung desselben als Zweck anderer Vorgänge (welche die Mittel dazu sind) nicht willkürlich ist von einem rein naturwissenschaftlichen Standpunkt aus (der nichts als Naturwissenschaft kennt), da für ihn doch jeder Vorgang nur ein Glied einer unendlichen Kette und gleichwertig mit allen anderen ist.

Ganz anderer Art ist aber der Begriff des Organismus, der Organisation, wie ihn die **Gesellschafts-Wissenschaften** verwenden. Auch hier, und das ist das Gemeinsame mit dem naturwissenschaftlichen Begriff, werden Einzelne als Teile eines Ganzen, verschiedene Vorgänge als zu einem gemeinsamen Endziel zusammenwirkend betrachtet. Aber das Ergebnis, als dessen Werkzeuge und Mittel jene Einzelnen und Einzelvorgänge sich darstellen, das dort kausalgesetzlich als die Wirkung tatsächlicher bedingender Vorgänge erkannt wird, ist hier eine als Ziel vorgestellte, eine zu wollende Wirkung, zu deren Verwirklichung Personen (die Atome oder Zellen der ethischen Welt) nach bestimmten ethischen Gesetzen in bestimmter Weise beitragen sollen². Wie es wider-

¹ Hobhouse, Die metaphys. Staatslehre 148: „(Der Teile) wechselseitige Bestimmung bildet den organischen Charakter, an dem jedes gegebene Gebilde mehr oder weniger teilhaben kann.“ Vgl. auch Kurt Riezler, Die Erforderlichkeit des Unmöglichen; Prolegomena z. e. Theorie d. Politik, 1913, 39.

² Daß hierin, in der Betrachtung unter dem formellen Gesichtspunkt einer ethischen Ordnung, die Eigenart der sozialen Betrachtung liegt, ist das Verdienst Stammlers, ausführlich und überzeugend begründet zu haben; im Gegensatz zu der alten und jetzt noch verbreiteten Auffassung, wonach das gesellschaftliche Leben nur „höhere Integrationen und Differenzierungen der Stoffe und Kräfte der anorganischen Natur“ sei, wie Schäffle, Bau und Leben des sozialen Körpers I 9, sich ausdrückt; vgl. 828ff., wonach es also derselben Betrachtungsweise unterläge wie die Natur. Eine Über-

spruchsvoll ist, die naturwissenschaftliche Erklärung wahrnehmbarer Vorgänge, auch wenn sie auf ein bestimmtes, vom Forscher als Zweck gedachtes Ergebnis bezogen werden, anders als nach kausalgesetzlicher Methode durchzuführen, ebenso folgewidrig ist es, auf dem Gebiet des Ethischen, zu dem das Recht gehört, eine Einrichtung anders als durch praktisch-vernünftige Erwägungen erklären zu wollen. Wie zur Erzeugung der natürlichen Vorgänge des Lebens (oder der dem Leben entsprechenden natürlichen Vorgänge) natürliche Vorgänge in kausalgesetzlicher Verbindung tatsächlich zusammenwirken und der Organismus eben in diesem Mechanismus besteht, so sollen bei einer als Organismus bezeichneten Einrichtung des sozialen Lebens verschiedene vernünftige Einzelpersonen nach bestimmten Regeln ethischer Art zusammenwirken, um einen bestimmten Endzweck zu verwirklichen; z. B. die Angehörigen einer Gemeinde nach dem Gemeindegesetz, um die Gemeindeanstalten zu verwalten, die Mitglieder eines Kunstvereins nach dem Statut, um die Kunst zu fördern. Wie dort die tatsächliche Verbindung der Bedingungen notwendig ist, um das Endergebnis herbeizuführen, so müssen hier vernunftnotwendig, d. h. es sollen die Angehörigen eines „Organismus“ zusammenwirkend sich verbinden, damit das vorgezeichnete Ergebnis bewirkt werde. Dort ist das Zusammenwirken ein tatsächliches, kausales, als naturnotwendige Bedingung einer Wirkung erkanntes, hier ein gesolltes, gefordertes, zur Erreichung des Zieles vernunftnotwendig zu wollendes. Dort ist der Organismus erklärt, wenn man auf Grund der bekannten Naturgesetze einsieht, wie bestimmte Bedingungen zusammentreffen müssen, um eine bestimmte Wirkung hervorzubringen, und sie auch notwendig hervorzubringen; hier ist er erklärt, wenn man auf Grund einer ethischen Ordnung (die stets vorausgesetzt wird) einsieht, daß und wie bestimmte Personen handeln müssen, damit sie zu dem vorgeschriebenen Ziele mitwirken.

Einen solchen Organismus der ethischen Ordnung bildet, auch der Staat, die staatliche Gemeinschaft. Der Staat wie

sicht über die organischen Theorien der Soziologie gibt Barth, *Die Philosophie der Geschichte als Soziologie*, 3. A. (1922); eine solche der organischen Staatstheorien van Krieken, *Über die sog. organische Staatstheorie* (1875), und Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* 148 ff.

jede gesellschaftliche Einrichtung kann daher nicht unter dem Gesichtspunkt der Kausalität betrachtet werden, sondern der Rationalität. Eine Einrichtung, die Rechtsnormen nicht nur voraussetzt, sondern die in einem System rechtlicher Normierung besteht, kann nicht durch Ursachen begreiflich gemacht, erklärt werden, sondern nur durch Gründe; denn nur so läßt sich die Verbindlichkeit der die Einrichtung ausmachenden Normen einsehen. Der Staat und die sich ablösenden Formen des Staates können daher, als Staaten, nicht nach naturwissenschaftlicher Methode, genetisch, als naturgesetzmäßige Wirkungen früherer Ursachen, sondern nur als begründete Anordnungen vernünftiger Wesen (der Menschen) begriffen werden. Die Verbindlichkeit einer Einrichtung (und daß sie verbindlich ist, ist der Kern und das Wesen jeder rechtlichen Einrichtung) kann nie als die kausale Wirkung früherer tatsächlicher Vorgänge erklärt werden; denn aus Tatsachen erklären sich wiederum Tatsachen, aber nicht Postulate, wie der Staat und die Rechtsordnung es sind¹. Wir fragen deshalb bewußtermaßen nicht, wie der Staat „entstehe“, welche „Kräfte“ sich in ihm in irgendwelcher soziologischer Gesetzmäßigkeit „auswirken“, und was das Eigenartige dieser „Erscheinung“ oder dieser „Vorgänge“ sei, sondern was in der gesamten Rechtsordnung, in einer gegebenen Rechtsordnung, die Organisation im Rechtssinne ausmache.

Die zahlreichen, verschiedenen Normen, die das Recht eines Landes ausmachen, bilden eine Rechtsordnung, insofern sie einem leitenden Gedanken unterstellt, nach einem Plane angelegt sind, insofern man sie als eine logische, einheitliche, planmäßig angelegte Gesamtheit denken kann. Die vielen Einzelnormen bilden, wie man etwa sagt, ein organisches Ganzes; und man kann sogar, in einem weiteren Sinn, auch die solcher Ordnung unterstellten Menschen als eine Einheit, eine organische Gesamtheit

¹ Es ist hier nicht weiter auszuführen, wie durch Soziologen und Philosophen immer wieder gegen diese methodische Forderung gesündigt wird; wir bemerken nur, daß wir ebendeshalb davon absehen, viele dieser Theorien, welche glauben, ein „Gesetz“ (nämlich ein Naturgesetz) der „Entwicklung“ der staatlichen Gemeinschaft in zeitlicher Abfolge aufzeigen zu können, im einzelnen zu erörtern. Sie verkennen die wesentliche Eigenart ihres Gegenstandes.

bezeichnen, insofern als sie sich nach einem Kodex von Rechtsnormen zu richten haben, die das Verhalten aller zu einem geordneten Zusammenleben verbinden. Man kann daher in gewissem Sinn mit Stammler¹ jede in sich geschlossene Rechtsordnung einen sozialen Organismus nennen².

Allein unter Organismus, Organisation im rechtlichen Sinne des Wortes, versteht man etwas anderes als bloß eine planmäßige Gesamtheit von Rechtsregeln, eine Rechtsordnung. Man versteht darunter eine besondere Seite jeder geltenden Rechtsordnung. Überall, wo Organisation ist, ist Recht; aber nicht überall, wo Recht ist oder wo eine gemeinsame rechtliche Ordnung ist, ist Organisation³. Die Rechtsordnung ist der Inbegriff abstrakter Normen in ihrer logischen Einheit betrachtet. Unter Organisation versteht man aber eine besondere Art rechtlicher Normen und, in noch engerer Bedeutung, die durch Menschen gehandhabten derartigen Normen, oder die nach diesen Normen handelnden Menschen, gewissermaßen die Verkörperung dieser Normen. Also zunächst eine besondere Art rechtlicher Normierung und sodann die zur Verwirklichung dieser Normen eingesetzten Menschen. Betrachten wir zunächst jene besonderen Normen und sodann die durch Menschen verkörperte Organisation.

a) Zu einer vollständigen Rechtsordnung, einer Rechtsordnung, die alles enthält, was eine geltende Rechtsordnung enthalten muß, gehören auch **organisatorische Vorschriften**. Daß sie im Bewußtsein der Zeitgenossen stets unterschieden, daß sie in allen Rechtsgemeinschaften überhaupt scharf ausgebildet worden seien, ist damit nicht gesagt; was wir behaupten, ist, daß zu jeder Rechtsordnung, die gilt oder gelten will, solche Normen gehören und daß sie begrifflich zu unterscheiden sind

¹ Rechtsphilosophie 75.

² Jede Gemeinschaft, d. h. jede Mehrzahl von Menschen, die handelnd untereinander verkehren, führt folgerichtigerweise zu einer Rechtsgemeinschaft, d. h. zu gemeinsamer rechtlicher Ordnung; vgl. E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung (1921) 205ff.; nicht nur zu irgendwelchen zusammenhanglosen Regeln, sondern zu einer einheitlichen, widerspruchlosen und lückenlosen Ordnung.

³ Wie z. B. J. Pfenniger, Der Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht (Zürcher Diss. 1902, 95) meint.

von den anderen Normen, nämlich von den Verhaltensnormen¹. Worin besteht dieser Gegensatz?

Man kann sich denken, daß in einer Rechtsgemeinschaft jedem Mitglied sein Verhalten vorgeschrieben sei durch gegebene Regeln, und daß sich die Rechtsordnung darauf beschränke, das Verhalten der Einzelnen zueinander zu ordnen; wenn man ferner voraussetzt, daß jeder sich tatsächlich diesen Regeln gemäß verhält, so daß über ihre Anwendbarkeit kein Streit und gegen ihre Anwendung kein Widerstand sich erhebt, so bedarf eine solche Rechtsgemeinschaft keiner Organisation. Es braucht nicht bestimmt zu werden, wer über die Anwendbarkeit der Normen zu entscheiden und die Entscheidung zu erzwingen habe (und in welchem Verfahren das geschehen solle), und die anzuwendenden Normen wären (für einmal) bestimmt. Wenn diese Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens allgemein zuträfe, brauchte es tatsächlich keine Zwangsorganisation. Aber eine Rechtsordnung kann nicht grundsätzlich vom Zwang absehen²; absichtlich und planmäßig; sie könnte ihn gelegentlich entbehren, falls keine Anwendung dafür gegeben wäre; sie kann ihn aber nicht ablehnen, weil sie den Zwang als solchen verpönt, auch wo die Normen nicht freiwillig befolgt werden. Denn das wäre keine Rechtsordnung mehr, die Ordnung, die grundsätzlich auf die freiwillige Befolgung ihrer Vorschriften abstellte, auf die persönliche Überzeugung und Gewissenhaftigkeit jedes Einzelnen; die also nicht gelten wollte, so wie sie einmal lautet, ohne Rücksicht auf die individuelle Überzeugung der Rechtsgenossen, wie es eben zum Wesen des Rechtes gehört. Und da jene tatsächliche Voraussetzung, daß jeder von sich aus das Recht befolge, nicht zutrifft, muß jede Rechtsordnung auch die Möglichkeit der Nichtbefolgung vorsehen und sich darüber schlüssig machen, wer den Rechtsbefehl erzwingen solle und wie er es tun solle. Deshalb kann man sich eine Rechtsordnung nicht vorstellen, die im Grundsatz die Erzwingung ihrer Normen unterließe; sie kann gelegentlich des Zwanges entbehren, wenn sie zufällig freiwillig befolgt wird, aber nicht grundsätzlich, d. h. abgesehen von jenem zufälligen Umstände. Da aber keine Rechtsordnung praktisch von dieser Voraus-

¹ Vgl. W. Burckhardt, Der Vertrag 24, und oben S. 17.

² E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung (1921) 40.

setzung ausgehen kann, sondern vielmehr die Unentbehrlichkeit einer erzwingbaren Ordnung, die Form rechtlicher Ordnung heischt, muß auch jede Rechtsordnung den Zwang ordnen (vgl. unten S. 234, 280).

Jede Rechtsordnung muß bestimmen, wer den Zwang anzuordnen hat und in welcher Weise er anzuordnen ist. Da aber die Norm nicht in ihrer Abstraktheit erzwungen werden kann¹, sondern nur in ihrer konkreten Anwendung auf den einzelnen Fall, muß der Erzwingung notwendigerweise die Entscheidung vorausgehen, daß die betreffende Norm auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist. Die Erzwingung des Rechts setzt also die verbindliche Anwendung des abstrakten Rechtssatzes auf den konkreten Tatbestand voraus; die Rechtsordnung muß daher, um erzwingbar zu sein, auch diese Zuständigkeit vorsehen: die Instanz, die in verbindlicher Weise entscheidet, daß der Rechtssatz in concreto anwendbar ist, und das Verfahren, nach dem es zu geschehen hat. Und endlich muß auch eine Instanz da sein, um die Regeln selbst zu bestimmen. Wir sind vorhin von der Voraussetzung ausgegangen, die Regeln seien gegeben und für einmal außer Frage; das mag zu gewissen Zeiten zutreffen, wenn nämlich eine Autorität sie früher schon bestimmt hat; aber grundsätzlich kann von der Aufgabe nicht abgesehen werden, auch die Rechtsnormen selbst, die gelten sollen, zu bestimmen. Ist das früher schon entschieden worden, so sind die damals angenommenen Normen doch nur deshalb heute verbindlich, weil die Autorität, die sie aufgestellt hat, noch heute anerkannt wird (was auch eine Entscheidung ist), bzw. weil die heute zuständige Behörde nichts anderes entscheidet. Es muß stets jemand entscheiden, welche Normen gelten; die Entscheidung darüber ist logisch ebenso unentbehrlich wie die Entscheidung darüber, wo die geltende Norm anzuwenden und wie die Entscheidung zu vollstrecken ist². Denn gleich wie die Rechtserzwingung die

¹ Die Anwendung bildet die notwendige Vermittlung zwischen dem Gesetz und dem Verhalten der Untertanen, sagt Klöppel, Gesetz und Obrigkeit 79.

² Es kann sehr wohl sein, daß diese kritische Frage, welche Rechtsnormen gelten, dem Bewußtsein der Rechtsgenossen lange fremd bleibt, weil jedermann der Überzeugung ist, daß das Recht von unvordenklicher Zeit her bestehe und unverändert weiterbestehen müsse; aber jemand muß doch in verbindlicher Weise bezeugen, daß es so sei und wie dieses unabänderliche Recht laute. Und wenn es keine besondere Behörde dafür

Entscheidung voraussetzt, daß das zu erzwingende konkrete Verhalten rechtmäßig ist, so setzt die Entscheidung, daß ein Verhalten rechtmäßig (ein anderes rechtswidrig) ist, einen Rechtssatz voraus, an dem dieses konkrete Verhalten gemessen wird. Diese Aufgabe, die jede Rechtsordnung stellt¹, lediglich weil sie eine rechtliche Ordnung ist, ist die Aufgabe der Organisation. In was die Aufgabe besteht, ist später des Näheren darzustellen; hier genügte es, sie zu kennzeichnen, um klar zu machen, weshalb zu jeder (als geltend gedachten) Rechtsordnung eine Organisation gehört und welches die organisatorischen Vorschriften einer Rechtsordnung sind. Es sind die Vorschriften, die bestimmen, durch wen (durch welche Mitglieder der Rechtsgemeinschaft) und in welchem Verfahren entschieden wird, was im Grundsatz und im Einzelfall rechtens ist und wie das als Recht erkannte vollzogen wird; im Gegensatz zu den so festgestellten, angewendeten und durchgesetzten Grundsätzen selbst, die wir Verhaltensnormen genannt haben². Die Ordnung dieser Zuständigkeiten ist die Verfassung der Gemeinschaft; sie macht ihre Organisation aus. Organisation in diesem Sinne ist die (abstrakte) Zuständigkeitsordnung der Rechtsgemeinschaft.

b) Die staatliche Rechtsgemeinschaft nennt man aber nicht gibt, ist es die rechtsanwendende Behörde, das Gericht, das mit dem Urteil auch zuweilen den Rechtssatz feststellt. Daß die Feststellung des Richters grundsätzlich nicht bestritten wird, ja daß niemand dieser Funktion des Richters (das Recht mit seiner Anwendung auch im Grundsatz festzustellen) bewußt ist, hindert nicht, daß der Richter tatsächlich diese verbindliche Feststellung vornimmt.

¹ Wenn die Rechtsordnung nicht nur darauf ausgeht, das Verhalten der Rechtsgenossen zu normieren und über die Befolgung dieser Normen zu wachen, sondern von vornherein durch Vertreter der Rechtsordnung gewisse Leistungen vollziehen zu lassen (was man ungenau den „Kulturzweck“ des Staates nennt), muß sie a fortiori eine Organisation vorsehen, da diese Normen durch niemand anders als durch staatliche Organe befolgt werden können. Diese weitere Möglichkeit und ihre Folgen für das Verhältnis von Organisations- und Verhaltensnormen soll aber hier nicht weiter verfolgt werden. Vgl. unten S. 139 f.

² Diese Unterscheidung lag z. B. dem Streit unter amerikanischen Juristen zugrunde, ob die Prohibition, weil eine Norm des Verhaltens aufstellend, nicht durch die Gesetzgebung, statt durch ein Amendement zur Verfassung hätte aufgestellt werden sollen. Vgl. Zeitschr. für öffentliches Recht 5 451.

nur deshalb organisiert, weil ihre Rechtsordnung eine solche Zuständigkeitsordnung enthält. Man versteht unter Organisation, wie oben (S. 123) bemerkt, noch eine weitere Annäherung der abstrakten Rechtsordnung an das Konkrete: Organisation bezeichnet oft nicht nur die Einrichtung in ihrer rechtssatzmäßigen Ausgestaltung, von der wir soeben gesprochen (die Verfassung), sondern auch die **durch Menschen gehandhabte**, verkörperte, aktionsfähig gemachte **Zuständigkeitsordnung**. Die Tatsache, daß bestimmte, konkrete Menschen, gemäß einer solchen Ordnung berufen worden sind, das materielle Recht zu verwirklichen (und evtl. zu ändern), und diese Zuständigkeiten auch wirklich ausüben, macht in diesem Sinne die Organisation der Gemeinschaft aus. Organisiert ist dann ein Volk, das nicht nur eine Verfassung, d. h. Verfassungsnormen, hat, sondern auch Behörden, besetzte Ämter und Amtspersonen, die jene verfassungsmäßigen Zuständigkeiten ausüben. Ein Volk, das wohl eine Verfassung hat, aber nicht imstande ist, sich die verfassungsmäßigen Behörden zu bestellen, wie es z. B. in der Schweiz zur Zeit der Helvetik aus Mißmut und Uneinigkeit mehrfach vorkam, hat keine Organisation mehr in diesem besonderen Sinn; ja, man kann mit Fug fragen, ob es noch eine Verfassung habe, eine Verfassung nämlich, die wirklich gilt (vgl. unten S. 171 ff.). Darin liegt das tatsächliche Element der „Geltung“ des Rechts und einer bestehenden Organisation. Weshalb man mit Grund von der Tatsache spricht, daß eine Rechtsordnung gilt oder gegolten hat, und von der Tatsache, daß eine genossenschaftliche, kommunale oder staatliche Organisation oder, mit anderen Worten, eine Genossenschaft, eine Gemeinde oder ein Staat besteht oder bestanden hat. Der Begriff der Genossenschaft, der Gemeinde, des Staates ist zweifellos ein rechtlicher, kein tatsächlicher¹; und der Begriff der Rechtsnorm ist gänzlich unabhängig von der Tatsache, daß sie jemand verwirklichen wolle und ihr vielleicht dadurch Geltung verschaffe².

¹ Deshalb auch kein soziologischer, i. S. eines psychologischen, völkerpsychologischen, biologischen oder dgl.; vgl. Kelsen, Vom soziologischen und vom rechtlichen Staatsbegriff (Tübingen 1922).

² Man darf die Norm selbstverständlich nicht mit dem „okkasionellen“ Willensausdruck ihres Urhebers, einer historischen Tatsache, verwechseln; Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft (1922) 79.

Aber wer von einer geltenden Rechtsordnung, von einer (bestehenden) organisierten Rechtsgemeinschaft spricht, fügt diesem Begriff ein Moment hinzu, das tatsächlicher Art ist und über dessen Vorhandensein im einzelnen Fall niemals nach Rechtsgrundsätzen entschieden werden kann.

Gegen die Unterscheidung zwischen Rechtsordnung und Organisation hat Kelsen¹ Einspruch erhoben. Allerdings könne man mit „Organisation“ eine Rechtsordnung besonderen Inhalts bezeichnen, jene Ordnung nämlich, „deren Erzeugung und Anwendung (Durchsetzung) in einem gewissen Umfange, richtiger: in einer gewissen Sphäre des Rechts arbeitsteilig eingerichtet, d. h. norminhaltsgemäß auf spezielle Organe übertragen, diesen vorbehalten ist: eine Rechtsordnung, in der verfassungsgemäß die Fortbildung (Abänderung), d. h. die Erzeugung neuer zu den alten hinzutretender genereller Normen einem besonderen Gesetzgebungsapparat (Parlament, Monarch usw.), die Durchsetzung der Rechtsordnung besonderen Exekutivorganen (Gerichten, Verwaltungsbehörden usw.) zugewiesen ist“. Aber der Umstand, daß eine Rechtsordnung (der älteren Entwicklungsstadien) keinen solchen Apparat von Spezialorganen hatte, berechtige nicht zur Behauptung, daß sie überhaupt keine Organe hatte; die Rechtserzeugung sei dann eben allen Subjekten anheimgegeben und die Rechtsdurchsetzung erfolge im Wege der Selbsthilfe durch den Verletzten selbst, der dann kraft Rechtsens berufen sei, das Recht, das zugleich sein Recht sei, durchzusetzen. Allein, hier wird Verschiedenes vermengt: die Frage, was die Organisation (einer staatlichen Gemeinschaft) ausmacht und die Frage, wie sie beschaffen sei. Begrifflich ist es gewiß denkbar, daß die Rechtsordnung jeweilen eine vor dem Streit nicht dazu berufene Person berufe, den Streit zu entscheiden; aber nicht in der Weise, daß sie „den Verletzten“ zum Richter einsetzte. Denn um was handelt es sich? Was ist die Aufgabe der Organisation? Die Entscheidung darüber, was rechtens ist und die Durchsetzung dieses als Recht Erkannten; hier die Entscheidung eines Streites nach dem geltenden Recht und die Vollstreckung der Entschei-

¹ Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Tübingen 1920) 257 ff.; auch: Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925) 16, 264, und in der Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 5 ff.

dung. Wenn die Rechtsordnung dazu eine Person (oder eine einheitlich beschließende Mehrheit) beruft, deren Entscheidung verbindlich sein soll, mag es auch eine Privatperson sein, oder besser: eine Person, die bisher kein Amt hatte und kein ständiges Amt erhält; aber es muß bestimmt sein, welche; und wenn die Rechtsordnung sagen würde: der Verletzte ist der Richter, so würde sie den Streit als entschieden voraussetzen, bevor ein Richter da war; denn um zu wissen, wer verletzt ist, muß man den Streit entschieden haben, was eben die Aufgabe des Organes sein soll. Anders wäre es, wenn der zum Richter Berufene durch ein ohne Entscheidung des Streitigen erkennbares Merkmal bezeichnet würde, z. B. durch das Los¹. Dann ist der so bezeichnete Privatmann ein Organ, wengleich vielleicht ein wenig geeignetes Organ der Rechtsanwendung; denn er und kein anderer ist dann berufen, in verbindlicher Weise zu entscheiden, was in concreto rechtens sein soll.

Darüber muß sich eine vollständige Rechtsordnung aussprechen: nicht nur, welches die Normen des Verhaltens der Rechtsgenossen sind, sondern auch wer diese Normen anwende und die rechtsanwendende Entscheidung erzwingen, ja auch, wer über die Verbindlichkeit der Grundsätze selbst entscheide. Man kann sich Verhaltensregeln denken ohne diese Zuständigkeitsordnung, die Organisation; aber man kann sie sich nicht als geltendes Recht denken ohne solche Ordnung, und zwar nicht ohne die durch Menschen betätigte, verkörperte Organisation.

2. Kapitel.

Der Zweck der staatlichen Organisation.

Wenn das die Aufgabe der staatlichen Organisation ist, ist der Zweck der Organisation, das Recht, d. h. hier die Grundsätze des Verhaltens, zu bestimmen, anzuwenden und zu erzwingen; kurz: das Recht zu verwirklichen. Die rechtliche Organisation,

¹ Oder die manus injectio, wie Ihering, Geist des römischen Rechts, 4. A., I 150, 164, es im ältesten römischen Recht annimmt für denjenigen, der gegen einen anderen vorgehen will. Vorausgesetzt allerdings, daß nicht jeder sich durch eigene Entschliebung, willkürlich, zum Richter machen kann, indem er diese Handlung vornimmt.

die wir Staat nennen, hat also einen Zweck; das Recht selbst hat keinen Zweck. Die Organisation rechtfertigt sich als ein notwendiges Mittel, zu einer Rechtsordnung zu gelangen. Das Recht selbst kann nicht wieder Mittel zu einem Zweck sein. Daß Recht gelten (also bestimmt und angewendet werden) muß, läßt sich nicht aus einer anderen Forderung ableiten, als aus der, daß es eine gerechte Ordnung des Zusammenlebens geben muß. Wenn das nicht eine primäre Wahrheit wäre, könnte das Recht auch nicht der Maßstab des Verhaltens sein, sondern müßte wieder an einem anderen Maßstab gemessen werden, was ein Unding ist. Wenn das Gerechte nicht getan werden muß, weil es gerecht ist, hat die Gerechtigkeit ihren Sinn verloren; sie ist dann bloß noch eine Zweckmäßighkeitsmaßnahme, nützlich zur Erreichung anderer Zwecke, die nicht die Gerechtigkeit sind. Hätte das Recht, der positive Ausdruck der Gerechtigkeit, einen Zweck, so hätte es nur relativen Wert; es will aber selbst der Maßstab des Bewertens sein; das ist sein einzig möglicher Sinn.

Man wird nun dieser Behauptung entgegenhalten, das Recht sei nicht zwecklos, sondern vielmehr zweckbestimmt; jede rechtliche Vorschrift habe ihren Zweck und könne nur daraus richtig verstanden werden; sie wäre sinnlos, wenn sie nicht ihren erkennbaren Zweck hätte. Das Verbot schädlicher Lebensmittel bezwecke den Schutz der Gesundheit, und die Bestrafung des unlauteren Wettbewerbes den Schutz des ehrlichen Handels. Allein damit trifft man den Streitpunkt nicht: die Frage ist nicht, ob ein Rechtssatz gewisse Interessen schütze oder nicht; jeder Rechtssatz wird irgend ein menschliches Interesse im Auge haben. Die Frage ist vielmehr, ob das Recht „die Interessen“ schützt, weil sie da sind, weil sie als Interessen empfunden werden, oder ob das Recht entscheidet, welche Interessen zu schützen sind. Und offenbar ist das letztere der Fall. Das Recht bewertet die menschlichen Interessen. Das Lebensmittelgesetz will die Gesundheit schützen; aber indem es sie schützt, erklärt es sie für schützenswert (vor anderen Interessen), und diese Bewertung, von der alles abhängt, ist nicht wieder ein teleologisches Urteil. Wenn die Schutzwürdigkeit der Gesundheit oder des ehrlichen Handels erkannt worden ist, dient allerdings die Gesetzesbestimmung, in ihrer technischen Beschaffenheit, dazu, diesen Gedanken zu verwirklichen. Der Modus der Ausführung

des gesetzgeberischen Gedankens ist gewissermaßen das Mittel des Gedankens selbst. Aber der Modus, die logische Gestalt, die der gesetzgeberische Gedanke im Rechtssatz annimmt, gehört mit zum Gesetz wie der wertende Inhalt, und man kann nicht sagen, das Ganze, das Gesetz mitsamt seiner Bewertung, diene dem Zweck, diese oder jene Interessen zu schützen, sei also bloßes Mittel zu zum voraus gegebenen Zwecken¹.

Allerdings kann es sie nicht bewerten, ohne die tatsächlichen Voraussetzungen zu kennen, unter welchen es gelten soll. Welche Interessen berechtigt sind, welches Verhalten richtigerweise vorzuschreiben ist, kann sich nur im Hinblick auf ein individuelles Volk, das unter bestimmten gegebenen Voraussetzungen lebt, beurteilen. Man kann die Richtigkeit der Rechtssätze nicht für sich beurteilen, ohne zu wissen, wann und wo sie Anwendung finden sollen, sondern nur im Zusammenhalt mit bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen. An und für sich ist z. B. der Grundsatz der freien Vereinbarung des Dienstvertrages nicht besser oder schlechter, gerechter oder weniger gerecht als der des (durch zwingende Einschränkungen der Verabredungen) gebundenen Vertragsrechtes; aber zusammengehalten mit der größeren Bildung und Regsamkeit der Arbeiterschaft eines Landes mag der erste Grundsatz für dieses Land richtiger sein; für die weniger gebildete und weniger regsame Arbeiterschaft eines anderen Landes mag der andere Grundsatz richtiger sein. Richtiger, weil der gesellschaftliche Zustand, der sich unter der Herrschaft dieses Grundsatzes bei gegebenen tatsächlichen Voraussetzungen einstellt (nach Erfahrung oder Voraussicht) als der gerechtere erkannt werden muß. Den gerechten (oder möglichst gerechten) gesellschaftlichen Zustand herzustellen, dazu dient allerdings das Recht; aber nicht wie das Mittel zu einem (ihm fremden) Zweck; sondern wie der notwendige Bestandteil zu einem Ganzen, mit dem jener Bestandteil immer auch mitgedacht ist. Welches der gerechte gesellschaft-

¹ Stammer, Rechtsphilosophie (1922) 65. Deshalb kann man auch nicht mit Ihering, Der Zweck im Recht, 3. A., I 443, sagen, durch die Zwangsgewalt des Staates werden die Lebensbedingungen der Gesellschaft gesichert; ähnlich Rümelin, Die Gerechtigkeit (1920) 51; das Recht ist die vernunftnotwendige Norm des gegenseitigen Verhaltens vernünftiger Wesen, nicht ein Mittel zur Sicherung ihres Lebens. Vgl. S. 300.

liche Zustand gegebener Menschen sei (von verschiedenen denkbaren Zuständen), ist nicht eine andere Frage als die nach der gerechten Ordnung ihres Zusammenlebens; denn zu jenem „gesellschaftlichen“, „sozialen“ Zustand gehört das Recht immer notwendig auch. Und welches dieser gerechte Zustand, welches diese gerechte Ordnung sei, das ist immer die Frage. Was wir betonen wollten ist nur, daß man zur Beantwortung dieser Frage nicht die möglichen abstrakten Rechtsgrundsätze miteinander vergleichen kann, sondern diese Grundsätze zusammengehalten mit den gegebenen tatsächlichen Voraussetzungen. Das Recht rechtfertigt sich nur durch die Gerechtigkeit des gesellschaftlichen Zustandes, den es verwirklichen hilft und zu dem es gehört; es hat keinen anderen Zweck, als gerecht zu sein. Die Gerechtigkeit eines gesellschaftlichen Zustandes und des ihm zugrunde liegenden Rechtes läßt sich nicht wiederum beweisen, so wenig wie sich beweisen läßt, daß das Gerechte verbindlich ist und getan werden soll. Ob ein Recht der Forderung des Gerechten genügt, läßt sich einsehen, wenn wir es uns unter bestimmten Voraussetzungen angewendet denken und den damit gegebenen Zustand mit anderen vergleichen; aber beweisen läßt es sich nicht (vgl. unten S. 251 f.).

Wenn wir von einem Zweck des Staates sprechen, meinen wir den Zweck der Zuständigkeitsordnung, die jede geltende Rechtsordnung mit enthalten muß. Dieser Zweck ist, sagen wir, das Verfahren zu bestimmen, in welchem jeweiligen entschieden wird, was im Grundsatz und im Einzelfall, rechtsverbindlich sein soll, wie es erzwungen wird. Wie das Recht beschaffen sein soll, ist hier nicht in Frage; es mag so oder anders lauten. Aber stets ist es die Aufgabe der staatlichen Organisation, dafür zu sorgen, daß das (nach den Umständen richtige) Recht geschaffen und angewendet werde.

Damit ist die Frage nach dem Zweck des Staates in zwar formaler, aber einheitlicher und einfacher Weise beantwortet. Allein es bleibt eine Schwierigkeit ungelöst: Läßt sich die gesamte Tätigkeit des Staates auf diesen einen Zweck der Rechtsverwirklichung zurückführen, also, konkreter gesprochen, darauf: Gesetze zu machen und anzuwenden? Hat nicht der moderne Staat sich noch eine Menge anderer Aufgaben außer dem „Rechtswert“ gestellt? Und wenn ja, ist diese Erweiterung seiner Tätig-

keit schlechthin als Mißbrauch und Willkür zu bezeichnen? Wenn nicht: worin besteht die Einheit der staatlichen Zwecke?

Richtig ist sicher, daß der Staat nicht beliebige, auch nicht einmal verschiedene zusammenhanglose Zwecke verfolgen kann; wenn die Einrichtung des (gesetzgebenden) Staates einen Zweck haben soll, muß sie einen bestimmten Zweck haben, nicht mehrere verschiedene¹.

Der Staat scheint aber heute in der Tat sich nicht mehr zu begnügen mit der Aufstellung und Anwendung von Rechtsnormen, mit dem, was man den Rechtszweck genannt hat; er nimmt sich vor, noch andere „Kulturgüter“ zu fördern, geistige und materielle, abgesehen von der äußeren Sicherheit gegen andere Staaten. Die Verwirklichung des Rechts einerseits, die Förderung der Kultur andererseits, das scheinen die beiden Gebiete der (inneren) staatlichen Tätigkeit zu sein, aber auch die Zweiheit seiner Ziele. Auf dem ersten Gebiet ist er Gesetzgeber, Richter und Vollzieher, auf dem zweiten Erzieher, Verkehrstechniker, Bankmann, kurzum Versorger der Gemeinschaft. Wie kann derselbe Staat beides sein, ohne die Einheit seines Wesens und damit die Folgerichtigkeit seines Handelns preiszugeben, ohne die Berechtigung seiner Existenz überhaupt in Frage zu stellen?

Wenn man die als Rechtszweck bezeichnete Tätigkeit des Staates der anderen, die man etwa mit dem Worte Kulturzweck bezeichnet, gegenüberstellt, versteht man, sofern man den Gedanken zu Ende denkt, unter jener ersten Tätigkeit nicht alle rechtsverbindlichen Anordnungen des Staates, sondern nur eine bestimmte Art: die Rechtsnormen, welche den Einzelnen die Regeln ihres Verhaltens vorschreiben; die Regeln ihrer privaten Tätigkeit. Der Gesetzgeber wird hier einerseits die Voraussetzungen bestimmen müssen, unter welchen die Rechtsgenossen Rechtsgeschäfte abschließen können, die Vertragsfähigkeit und

¹ Das hat G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. A., (1914) 234, richtig erkannt, obschon er die Forderung keineswegs durchgeführt hat; denn er gibt S. 263 dem Staat zur Aufgabe, neben der Rechtssetzung und dem Rechtsschutz, noch die Selbstbehauptung und die Förderung der Kultur: einesteils exklusive, nur dem Staat zukommende, andererseits konkurrierende, auch anderen offenstehende Zwecke. Ähnlich z. B. Max Wundt, Staatsphilosophie (1923) 62; Krabbe, Die Lehre der Rechtsouveränität (1901) 217 ff., 248; vgl. aber Die moderne Staatsidee (1919) 255.

die Formen des Vertragsschlusses, andererseits den Umfang erlaubter privater Tätigkeit überhaupt, umschreiben müssen. Diese letzteren Vorschriften werden erklären, was der Einzelne nicht tun darf oder nicht mit verbindlicher Wirkung verabreden kann; es werden im Wesentlichen negative Rechtssätze zu Handen des einzelnen Privatmannes sein; diese Vorschriften werden auf Klage oder von Amts wegen durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden mit Zwang oder Strafe durchzusetzen sein. Der Staat, der sich darauf beschränkt, die private Tätigkeit der Einzelnen in richtigen Bahnen zu halten, beschränkt sich nach der obigen Unterscheidung auf den „Rechtswert“. Allein, wenn der Staat die „Kultur“ fördert, nach den verschiedenen Richtungen, in denen er es z. B. heute tut, tritt er nicht gewissermaßen aus der Sphäre des Rechts heraus. Wenn er Schulen errichtet, so schreibt er vor, wer den Unterricht erteilen, wer ihn nehmen darf oder soll, und wie der Unterricht zu erteilen sei; wenn er dem Verkehr Wege oder Eisenbahnen zur Verfügung stellen will, erläßt er Vorschriften über Bau und Unterhalt dieser Verkehrsmittel, über die Berechtigung, sich ihrer zu bedienen und die Bedingungen dieses Gebrauches. Wenn er die Bewohner mit Wasser und Energie versorgt, erläßt er ähnliche Bestimmungen. Positive Normen, zu Handen des staatlichen Organs, vermöge deren der Staat selbst zunächst tätig werden soll, um der Allgemeinheit dienende Anstalten zu treffen und zu unterhalten. Das sind in der Tat zwei verschiedene Formen rechtlicher Regelung: die Regelung zu Handen der Privatpersonen durch allgemeinverbindliche Rechtssätze, deren Befolgung der Staat überwacht und nötigenfalls erzwingt, und die Regelung durch Vorschriften zu Handen der staatlichen Organe behufs Herstellung einer Anstalt, deren die Privaten sich bedienen mögen oder sollen. Aber beides sind rechtliche Regelungen. Der Staat wird sich der einen oder der anderen Form bedienen, je nachdem sie seinem Zweck, einen gerechten, vernünftigen gesellschaftlichen Zustand herbeizuführen, besser dient. Wenn es z. B. als gerecht erkannt worden ist, daß allen Kindern mindestens die elementare Schulbildung zuteil werde, kann der Staat, der diese Forderung der Gerechtigkeit zu verwirklichen hat, entweder den abstrakten Satz aufstellen, daß alle Eltern verpflichtet seien, ihren Kindern diese Bildung zu verschaffen;

er kann aber auch, falls er damit besser zum Ziele gelangt, den Unterricht unentgeltlich zur Verfügung stellen und die Eltern verpflichten, die Kinder in die Schule zu schicken, und die Steuerzahler, die Kosten aufzubringen. Wenn es gilt, die mittellosen Arbeitsunfähigen zu erhalten, kann der Staat gewisse Privatpersonen zur Unterstützung verpflichten und sie dazu zwingen, wenn sie es nicht tun; er kann aber auch von Staats wegen Unterstützungsanstalten treffen und sie den Unterstützungsbedürftigen zur Verfügung stellen. Wenn die Versorgung des Landes mit elektrischer Energie zu ordnen ist, kann der Staat bloß rechtssatzmäßig bestimmen, welche Privatpersonen über die Wasserkräfte verfügen können, wie sie sie technisch ausnützen dürfen und wie sie die gewonnene Energie rechtsgeschäftlich veräußern können; wenn er aber befürchtet, damit eine billige Verteilung dieses unentbehrlich gewordenen Gutes nicht erreichen zu können, wird er durch staatliche Beamte (die Verleihung ist eine Zwischenform) die Wasserwerke anlegen und die daraus gewonnene Energie verteilen lassen, nach Grundsätzen, die eine billigere Verteilung verbürgen.

Auch in diesem Fall trifft der Staat eine rechtliche Ordnung durch rechtliche Normen; aber durch Normen, die sich zunächst an staatliche Organe richten, die durch ihr Wirken den Zustand herstellen, der als der gerechte erkannt worden ist. Erinnern wir uns aber, daß auch die zu Handen der Privaten erlassenen Normen nur im Zusammenhalt mit den Ergebnissen ihrer Anwendung unter gegebenen Voraussetzungen auf ihre Billigkeit beurteilen lassen; daß sie sich also nur im Hinblick auf den gesellschaftlichen Zustand, der sich unter ihrer Herrschaft einstellt, als gerecht oder ungerecht erweisen, so sehen wir, daß beide Formen der Regelung verschiedene Wege sind, um zu einem als gerecht erkannten Zustand gesellschaftlichen Zusammenwirkens zu gelangen. Es sind verschiedene Mittel, die Forderung gerechter Regelung des menschlichen Zusammenlebens zu verwirklichen. Beides sind rechtliche, grundsätzliche Ordnungen (oder sollen es doch sein), und beide wollen der Ausdruck einer gerechten Regelung sein. Eben deshalb kann der Staat die Aufgaben, die er sich stellt, nie verfolgen, ohne sich an Grundsätze zu binden, an die Grundsätze, welche die gerechte Regelung darstellen; denn eine grund-

satzlose, willkürliche Ordnung (wenn das eine Ordnung wäre) kann nie gerecht sein. Die staatliche Tätigkeit kann nie grundsatzlos sein, frei von rechtlichen Normen¹. Der Staat muß sich immer und überall zu Rechtsgrundsätzen bekennen, in allem, was er tut, eben weil er dazu berufen ist, in der menschlichen Gesellschaft nicht bloß zufällige, „nützliche“ Ziele nach Zweckmäßigkeit, sondern das Postulat der Gerechtigkeit zu verwirklichen und nur dadurch die Verbindlichkeit seines staatlichen Auftretens zu rechtfertigen vermag. Diese Grundsätze soll er verwirklichen hier wie dort, ob er den „Rechtswitz“ oder den „Kulturwitz“ verfolge. In beiden Fällen ist sein Zweck die Verwirklichung des Rechtspostulates; er verfolgt ihn nur in verschiedenen rechtlichen Formen².

Der Staat ist also nicht dazu da, einerseits das „Recht“ zu verwirklichen, andererseits daneben noch andere Dinge zu treiben, je nach Gelegenheit und Belieben; Schule zu halten, Elektrizität zu erzeugen, Verkehrsanstalten zu betreiben, Kreditinstitute zu eröffnen, um die „Kultur“, wo es gerade paßt, zu fördern. Er ist nur dazu da, die Gerechtigkeit zu verwirklichen; das ist sein einziger Zweck, und alles, was er tut, soll diesem Zwecke dienen, aber er kann es in verschiedenen Modalitäten tun.

Hievon bestehen allerdings zwei Ausnahmen: Der Staat kann handeln, ohne sich an Grundsätze zu binden, nach der willkürlichen Art eines Privaten, wenn er eine Angelegenheit nicht von Rechts wegen betreibt, sondern zufällig und bloß als Mittel zur besseren Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben; namentlich, wenn er sein fiskalisches Vermögen, Domänen oder bewegliches Gut, verwaltet, um daraus möglichst hohen Ertrag für die Bedürfnisse seiner öffentlichen Aufgaben zu ziehen³. Was zufällig dem Staate zusteht oder obliegt, braucht er nicht anders auszuüben oder zu erfüllen, als wenn es einem Privaten zustände oder

¹ Wie z. B. Jellinek a. a. O. 617 meint, wenn er von „freier“ Verwaltungstätigkeit spricht. Bindet der Gesetzgeber die ausführenden Organe nicht selbst an feste Normen, so müssen diese sie selbst finden und sich eine grundsatzfeste Praxis schaffen.

² Hänel, Das Gesetz im formellen und im materiellen Sinne 217.

³ Weshalb die Vermögensverwaltung des Staates, d. h. die Verwaltung des Vermögens, das nicht Selbstzweck, sondern Mittel zu anderen staatlichen Zwecken ist, stets und folgerichtig unter den Normen des Privatrechts steht.

oblage; aber er kann darin folgerichtigerweise auch nicht die staatliche Autorität, die Befehlsgewalt, in Anspruch nehmen; er steht hier zu den Privatpersonen im Verhältnis des Privatrechts, der Gleichberechtigung (vgl. oben S. 82). Diese Eigenschaft eines privatrechtlichen Rechtssubjektes ist aber dem Staat nicht wesentlich, sondern zufällig (vgl. oben S. 69).

Und ähnlich verhält es sich, wenn ein Staat anderen Staaten gegenübertritt im völkerrechtlichen Verkehr: auch hier kann der eine Staat nicht als der Vertreter des Rechts auftreten und braucht er sich deshalb nicht an Grundsätze zu binden; er ist an das allen Staaten übergeordnete Völkerrecht gebunden, aber nicht als der zur Verwirklichung dieses Recht Berufene, sondern als ein ihm Unterstellter, als ein Völkerrechtssubjekt dem anderen gegenüber; daher ist er auch nur an die Grundsätze gebunden, die die anderen Staaten ebenfalls anerkennen. Was dem einzelnen Staat hier zunächst obliegt, ist vielmehr die Wahrung seines Rechts gegenüber den anderen, denn niemand anders als er selbst schützt es ihm. Diese besondere Stellung nach außen ist aber für die rechtliche Natur des Staates nicht entscheidend, weil sie zufällig ist; ein Staat könnte als Staat auch bestehen, wenn er der einzige wäre und es kein Völkerrecht gäbe; er wäre dieselbe Einrichtung und bliebe in seinem Wesen unverändert. Im Gegenteil: er würde erst dann sein Wesen ganz entfalten, seine Aufgabe vollständig und folgerichtig lösen, in der einheitlichen, widerspruchlosen Verwirklichung der Rechtsidee¹. Daß es mehrere Staaten gibt, ist, logisch gesprochen, ein Zufall, der das Wesen des Staates nicht ändert; der Begriff des Staates geht dem des Völkerrechts voraus.

Sobald und solange es mehrere Staaten gibt, wird also zum eigentlichen Zweck des Staates, den er im Verhältnis zu seinen Rechtsgenossen verfolgt, noch der zufällige Zweck der Behauptung nach außen, im Verhältnis zu den anderen Staaten hinzukommen. Wo sich aber die Einheit des staatlichen Zweckes bewähren muß, das ist auf dem ersten Gebiet, auf dem allein der Staat als Herrscher auftritt.

In was diese Einheit besteht, ist soeben gezeigt worden. Hier

¹ Vgl. meinen Vortrag: Die Unvollkommenheit des Völkerrechts, 23.

sei aber noch bemerkt, daß die Gestaltung des materiellen Rechts für die Organisation des Staates nicht gleichgültig ist. Die Organisation des Staates hängt zusammen einerseits mit dem Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht, andererseits mit dem Verhältnis von allgemeinverbindlichem und Amtsrecht.

Was das erste betrifft, so ist leicht einzusehen, daß ein Staat, der der Privatautonomie weiten Raum läßt, einer anderen Behördenorganisation bedarf als ein Staat, der durch zwingende Vorschriften der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit enge Schranken setzt. Dort bestehen nur wenige Rechtssätze, für deren Anwendung er von Amtes wegen, durch Polizei oder Strafe, zu sorgen hätte; der Staat tritt nur auf, wenn Streit entsteht und dann müssen die Zivilgerichte (nicht Verwaltungs- oder Strafbehörden) tätig werden, weil es einen eigentlichen Streit zu entscheiden gibt (vgl. S. 67). Für die Einhaltung der zwingenden Vorschriften dagegen müssen Behörden sorgen, die von Amtes wegen tätig werden.

In der zweiten Beziehung zeigt sich, daß, wenn sich der Staat darauf beschränkt, negative Normen zu Handen der Privatpersonen zu erlassen, er seine Behördenorganisation anders gestalten muß, als wenn er das gesellschaftliche Zusammenwirken positiv normiert und nicht nur vorschreibt, was nicht geschehen, sondern auch, was geschehen soll. Im ersten Fall muß der Staat durch Behörden mit staatlicher Befehlsgewalt den Privatpersonen gegenüber darüber wachen, daß die Privatpersonen die ihnen gesetzten Schranken nicht überschreiten. Im zweiten Fall dagegen muß er, um die von ihm angeordnete positive Tätigkeit zu entfalten, bestimmte Einzelne, und wenn man annimmt, daß er die gesamte gesellschaftliche Tätigkeit übernommen habe: alle Einzelnen in seinen Dienst nehmen. Wenn z. B. die Verarbeitung der Rohstoffe der privaten, rechtsgeschäftlich geordneten Tätigkeit überlassen wird, werden Polizeiorgane die Aufsicht ausüben, die nötig ist, um die Befolgung des Rechts der Gewerbe- und Arbeitspolizei zu sichern. Übernimmt aber der Staat selbst die Verarbeitung der Rohstoffe, so muß er die nötigen Hilfskräfte in seinen Dienst nehmen, und was sie tun, ist die Erfüllung eines amtlichen Dienstes. Sie stehen in dieser Tätigkeit dem Staate nicht mehr als Privatpersonen, sondern als Beamte gegenüber,

und was er ihnen vorschreibt, ist nicht mehr ein allgemeinverbindlicher Rechtssatz, sondern eine Dienstvorschrift der höheren Verwaltungsinstanz an die untere. Stellt man sich vor, daß alle gesellschaftliche (andere berührende) Tätigkeit derart geregelt, d. h. verstaatlicht wäre, so gäbe es kein allgemeinverbindliches Recht mehr, sondern nur noch Beamten-, Dienstrecht¹.

Die heutige Organisation des Staates ist nun aber aufgebaut auf der Unterscheidung zwischen allgemeinverbindlichen Normen und bloßen Dienstvorschriften; zwischen „öffentlichem“ (nicht nur die Staatsbediensteten angehendes) Recht und Amtsrecht. Das erste soll nach konstitutioneller Auffassung nur durch die gesetzgebende Behörde erlassen werden; das zweite mag auch durch die Regierung aufgestellt werden. Die gesetzgebende Behörde sollte aber, eben deswegen, aus den Vertretern derjenigen, die durch ihre Gesetze verpflichtet werden sollen, gebildet werden², im Gegensatz zu denjenigen Personen, die, im Dienste der staatlichen Gewalt, der „Gesellschaft“³ gegenüberstanden, und deren

¹ Vgl. meinen Aufsatz: Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im Schweizer. Staatsrecht, in der Festgabe für Ph. Lotmar (1920) 101 f.

² Gemäß der naturrechtlichen Anschauung, wie sie zur Zeit der Entstehung unseres Verfassungsrechts herrschte, daß die Volksgenossen nur mit ihrer eigenen Zustimmung oder mit der ihrer Vertreter verpflichtet werden könnten.

³ Als „Gesellschaft“, „gesellschaftlich“, „sozial“ bezeichnet man bekanntlich sehr verschiedenes; z. B. v. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften I 67; Stämmeler, Wirtschaft und Recht § 17; Sauer, Die Grundlagen 142 und die dort angeführte Literatur; aber in einer Bedeutung bringt der Staat den Gegensatz der Gesamtheit der nach Willkür handelnden Privatpersonen und der organisierten Rechtsgemeinschaft, die sich im Staat verkörpert, zum Ausdruck; sie beruht dann auf dem Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht. Binder, Philosophie 600; Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 3. A. (1920) 157: die Gesellschaft beruht auf „Kürwille“; Hänel, Deutsches Staatsrecht I 133. — Gesellschaft in diesem Sinne ist ein sekundärer Begriff: man kann sich die rechtsgeschäftlich tätige Gesellschaft nur denken als unter einem Privatrecht stehend, also auch nur unter einem Staate. Der Begriff der Gesellschaft geht nicht dem des Staates voraus, wie es häufig dargestellt wird, weder logisch noch historisch. Wenn der Begriff der Gesellschaft im Sinne des Gegensatzes zum Staat auf dem Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht beruht, ist es nicht verwunderlich, daß die („bürgerliche“) Gesellschaft die Gemeinschaft der Vermögensinteressen, der Privatwirtschaft bedeute. Vgl.

Amt unvereinbar war mit dem Mandat eines Volksvertreters. Diese Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft (als der Gesamtheit der nichtbeamteten Privatpersonen) einerseits, gesetzgebender und verwaltender Tätigkeit andererseits, ist nun offenbar nicht mehr haltbar, wenn, infolge der Verstaatlichung der gesellschaftlichen Tätigkeit, die Privatpersonen zu Beamten, und die Rechtsätze zu Dienstvorschriften geworden sind.

Welche organisatorische Änderungen die Folge dieser Änderungen der Rechtsordnung (die ja zum Teil im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts schon eingetreten sind) sein müßten, ist hier nicht auszuführen. Es genügt gezeigt zu haben, daß die Organisation des Staates im Zusammenhang steht mit der gesamten staatlichen Rechtsordnung¹.

v. Mohl a. a. O. 83; L. v. Stein, *Der Begriff der Gesellschaft* (Die soziale Geschichte der französischen Revolution), 2. A., I (1855) S. XVII, XIX: „Organismus des Güterlebens“; S. XXXI. Es bestätigt sich auch hier, daß soziale Erkenntnis in Rechtsbegriffe gefaßt sein muß. *Stammler, Wirtschaft und Recht* Nr. 16, 20. Vgl. auch G. Rümelin, *Studien und Aufsätze*, 3. Folge, 248ff., 259.

¹ Worüber sich die sozialistische Lehre am wenigsten scheint Rechenschaft gegeben zu haben, indem sie glaubte, mit der Sozialisierung der Produktion den „Staat“ überflüssig machen zu können. Vgl. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, 2. A. (1923) So sicher jede menschliche Gesellschaft, wenn sie Anspruch auf vernunftmäßiges Verhalten macht, einer Rechtsordnung bedarf, so sicher muß auch die Zuständigkeit, das Recht zu bestimmen, anzuwenden und zu erzwingen, in jeder Gesellschaft geordnet sein; aber die Zuständigkeitsordnung wird folgerichtigerweise eine andere sein müssen, in der Gesellschaft, die alle (oder auch nur die „wirtschaftlichen“) gesellschaftlichen Funktionen verstaatlicht hat, und in derjenigen, die sie rechtsgeschäftlicher Ordnung überläßt. Nicht von ungefähr hat das Staatsrecht Sowjetrußlands die Gewaltentrennung abgelehnt, das Stimmrecht der „werktätigen“, d. h. im sozialisierten Staat gerade der beamteten Staatsangehörigen eingeführt und die Behörden stufenweise aufgebaut. Vgl. Timaschew, *Grundzüge des sowjetrussischen Staatsrechts* (1925) 2, 73, 79, 130, 143: „Die Sovietgesetze, sagte der Vorsitzende des höchsten Gerichtshofes, sind bloß technische Instruktionen, aus welchen nur die allgemeinsten Bestimmungen wirklich bindend sind. Handelt es sich um Prozeßnormen, um den Post- oder Telegraphendienst, oder schließlich um Ackerbau oder Bienenzucht in den Sovietbetrieben — die Verbindlichkeit der Normen bleibt immer eine relative.“ Verbindlich müssen nun auch diese Normen bleiben, wenn der Staat seiner Berufung treu bleiben will; aber es sind nicht mehr Rechtssätze, die die Verwaltung im Verhältnis zu

3. Kapitel.

Der Begriff der staatlichen Organisation.

Organisierte Gemeinschaften gibt es auch außerhalb des Staates; wenn nicht in der Völkerrechtsgemeinschaft (vgl. III. Teil, 2. Absch.), so doch in der privatrechtlichen Gesellschaft (III. Teil, 1. Absch.); auch Unterabteilungen des Staates können in begrenztem Sinn als besondere Organisation gelten. Im Staate (mitsamt seinen Unterabteilungen) treffen aber zwei Merkmale zusammen: 1. Die staatliche Organisation ist eine Einrichtung des objektiven Rechts; 2. sie ist die oberste rechtliche Organisation.

a) Die Organisation des Staates ist eine **Einrichtung des objektiven Rechts**, nicht das Werk der Willkür einiger Personen, eines Rechtsgeschäftes. Das will nicht sagen, daß tatsächlich, geschichtlich oder politisch, die Verständigung einzelner Personen nicht unter Umständen zur Entstehung eines Staates wesentlich beigetragen habe oder zu seiner Erhaltung notwendig sei; daß sich also die Entstehung oder der Fortbestand dieses Staates psychologisch nicht durch eine solche Verständigung erkläre; aber rechtlich erklärt sich der Staat, nämlich die Verbindlichkeit der staatlichen Einrichtung, wo sie besteht und wie sie besteht, nur unter der Annahme, daß sie ein Stück der allgemeinen Rechtsordnung ausmache, auf objektivem Recht beruhe und nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen einiger oder auch vieler, sogar aller Personen. Die Zurückführung des Staates, d. h. die Ableitung seiner Verbindlichkeit, auf ein Vertragsverhältnis ist nicht deshalb untauglich zur Erklärung, weil der tatsächliche Abschluß eines Gesellschaftsvertrages schwer nachzuweisen wäre, der Abschluß durch jeden neu hinzukommenden Einzelnen wie der Abschluß durch das gesamte Volk auf einmal, sondern weil diese Annahme die rechtliche Eigenart des Staates nicht erklären würde. Die staatliche Einrichtung ist für den Einzelnen nicht deshalb ver-

den außer ihr stehenden Privaten binden, sondern Dienstvorschriften, die von einer Instanz ausgehen, die selbst der Verwaltung angehört, was auch für die Auslegung dieser Vorschriften von Bedeutung ist. Vgl. W. Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes (1915) 72. — Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im eigentlichen Sinne fällt hier weg, was aber nicht Grundsatzlosigkeit bedeutet.

bindlich, weil er ihr zugestimmt hat, also nur für denjenigen, der ihr zugestimmt hat oder zustimmt, sondern für jeden, der ihm angehören soll, kraft Rechtssatzes, *ex lege*, ohne Rücksicht auf seinen Willen. Wenn ein Vertrag gleichen Inhaltes wie die Verfassung abgeschlossen würde, so könnten aus diesem Vertragsverhältnis die Pflichten der Staatszugehörigkeit, wie sie sind, nicht erklärt werden. Denn das Verhältnis der Staatsbürger zum Staat ist kein vertragsmäßiges¹; es steht für seinen Bestand so wenig wie für seine Entstehung und sein Erlöschen oder seine Abänderung unter den Regeln des Vertragsrechts. Und endlich: die staatliche Einrichtung ist nicht verbindlich aus einem vor ihr bestehenden Rechtsgrund, einem Rechtsgeschäft nämlich, dessen Verbindlichkeit wieder aus einer vor dem Staate schon bestehenden Rechtsordnung abzuleiten wäre; denn die staatliche Organisation, die Verfassung, läßt sich auf keinen anderen Rechtsgrund zurückführen (siehe unten S. 202).

Die staatliche Organisation ist eine rechtssatzmäßige; sie beruht auf Rechtssatz und besteht kraft Rechtssatzes (Verfassung); sie ist ja auch bestimmt, objektives Recht, die Rechtsordnung des Landes, zu schaffen und anzuwenden. Das macht ihre Bestimmung und ihr Wesen aus².

Es gibt allerdings auch Organisationen, die auf Rechtsgeschäft beruhen: die organisierten Verbände des Privatrechts. Solche Organisationen sind gegeben, wenn nach einem vereinbarten Statut für alle Mitglieder in gewissen Formen einheitlich über subjektive Rechtsverhältnisse verfügt wird. Ihre Eigenart besteht darin, daß sie, weil auf Rechtsgeschäft (Statut) beruhend, 1. einen solche Rechtsgeschäfte vorsehenden Rechtssatz voraussetzen, also nur bedingte Geltung haben; 2. im Verhältnis zum objektiven Recht zufällig sind, d. h. begründet werden können oder auch nicht, ohne Verletzung des objektiven Rechts; und 3. sich beziehen auf Rechte und Pflichten, die in der Verfügung von Privatpersonen sind, also auf private Rechtsverhältnisse und die daraus entstehenden Befugnisse, nicht auf die Anwendung zwingender Rechtssätze, denn die kann nur dem Staate zustehen; sie beziehen

¹ Carré de Malberg, *Theorie générale de l'Etat* I 60, II 165.

² Ebenso Schuppe, *Gewohnheitsrecht* 53: das Recht verkörpert sich in der Staatseinrichtung.

sich also auf Befugnisse, die willkürlich geltend gemacht werden können.

Die staatliche Organisation dagegen, d. h. die öffentlich-rechtliche Organisation des Staates mitsamt seinen Unterabteilungen, bildet das Gegenstück dazu: 1. sie beruht auf Rechtsatz, einem Rechtssatz, der als geltend vorausgesetzt werden muß, der seine Geltung aber nicht von einem anderen schon geltenden, ableiten kann; 2. sie ist rechtsnotwendig, nicht zufällig, d. h. sie besteht kraft zwingenden Rechts, nicht kraft willkürlicher Entschliebung; und 3. hat sie zum Zweck die Begründung und Betätigung objektiven Rechts, nicht subjektiver Rechtsverhältnisse, weshalb sie ihre Befugnisse planmäßig und nach Grundsätzen, nicht beliebig, ausübt.

Deshalb genügt auch die Vertragstheorie, die Ableitung der Verbindlichkeit der staatlichen Organisation aus einem Vertragsverhältnis nicht; der Vertrag würde einen Rechtssatz voraussetzen, der vor dem Staat nicht gelten kann; der Staat wäre ein zufälliges Rechtsverhältnis¹, nicht eine rechtsverbindliche Einrichtung; er könnte also durch beliebige Entschliebung der Beteiligten gegründet und wieder aufgelöst werden; und er könnte nur Rechtsverhältnisse, subjektive Rechte, nicht objektives Recht begründen; also gerade das, dessen Verbindlichkeit zu erklären ist, die objektive staatliche Rechtsordnung, bliebe unerklärt. Denn deshalb fragt man doch nach der Verbindlichkeit des Staates, um die Verbindlichkeit der von ihm geschaffenen und erhaltenen Rechtsordnung zu erklären.

Wie die Verbindlichkeit der staatlichen Rechtsordnung zu erklären sei, das ist die Frage. Es haben denn auch nicht alle Naturrechtslehrer den Gesellschaftsvertrag, von dem sie ausgingen, als ein einmaliges, geschichtliches Faktum aufgefaßt; Fichte, Kant, vielleicht auch Rousseau und Hobbes wollten nicht behaupten, jeder Staatsgründung sei einmal in der Geschichte ein Vertrag de societate civili condenda vorausgegangen, sondern

¹ Wie schon Fries, *Philosophische Rechtslehre* (1803) 78, Adam Müller, *Elemente der Staatskunst* (1809 [1922]) 27, 37, 129, und Schleiermacher, *Entwurf d. Systems der Sittenlehre* § 269, namentlich aber Hegel, *Rechtsphilosophie* § 75, bemerkt haben. Vgl. über Schleiermachers Staatsauffassung: Walz in der *Zeitschrift für öffentliches Recht* VI 40ff.

nur, man müsse sich die Verbindlichkeit des positiven staatlichen Rechts durch die Annahme eines Vertrags erklären¹. Daß das erste nicht möglich ist, wurde soeben dargetan. Hätten die Naturrechtslehrer diese zweite rationelle Frage scharf ins Auge gefaßt, so hätten sie gesehen, daß sie notwendig über die Annahme eines Vertrags hinausführt und nicht klar gestellt ist. Der Vertrag ist im logischen Sinne immer eine historische Tatsache, im Gegensatz zu einem vernunftnotwendigen Satz. Ob man annehme, das Volk habe einmal in der Geschichte einen solchen Vertrag geschlossen oder ob man jeden Volksgenossen einen besonderen Vertrag abschließen lasse, das ist grundsätzlich gleichgültig; die staatliche Ordnung ist in beiden Fällen nur verbindlich kraft einer zufälligen Entschliebung der Einzelnen und soll kraft dieser gefaßten Entschliebung endgültig verbindlich sein. Denn beides gehört wesentlich zum Begriffe des Vertrages oder des Rechtsgeschäftes; sowohl die Freiheit der Eingehung wie die Unwideruflichkeit des einmal Eingegangenen². In einem grundsätzlichen Gegensatz dazu steht aber allerdings die Auffassung, daß überhaupt kein wirklicher Vertrag anzunehmen sei, weder ein einziger, noch viele einzelne, wie es Kant annahm; wenn dem einmal eingegangenen „Vertrag“ vielmehr keine verbindliche Wirkung für die Zukunft zugeschrieben wird, derart, daß jeder nach wie vor gleich frei bleibt, sich vom staatlichen Verbands zurückziehen, wie es Fichte³ meinte. Dann vermeidet man allerdings die Widersprüche der historischen Auffassung des Vertrages, aber man nimmt dem Vertrag auch alle Kraft, die Verbindlichkeit des Staates zu erklären, weil er ja selbst nicht mehr verbindlich, also auch kein Vertrag mehr ist. Entweder ist der „Vertrag“ dann nur eine präkaristische Zustimmung, in welchem Falle die staatliche

¹ Vgl. Stammler, Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit, 2. A. (1925), 32.

² So wie es versprochen worden ist. Nimmt man an, es seien im Verträge Vorbehalte gemacht worden, wie Gegenleistungen oder Befristungen, von denen die Verbindlichkeit für den die Gesellschaft eingehenden Einzelnen abhängt, so ist der Staat nicht endgültig gegründet worden und kann gegebenenfalls vom Einzelnen wieder in Frage gestellt werden.

³ Sämtliche Werke VI 147. Vgl. meine Ansprache im Schweizer Juristenverein von 1919. in Zeitschrift für schweizer. Recht 38 (1919) 576 ff.

Rechtsordnung nur solange verbindlich ist, als jeder zustimmt; die Theorie des Anarchismus; oder der Vertrag wird nur „gedacht“, in dem Sinne nämlich, daß verbindlich nur derjenige Staat ist, den man sich als von Vertragsparteien frei gewollt denken könnte, und zwar von vernünftigen Vertragsparteien im freien Gebrauch ihrer Vernunft, wie Kant es meinte; dann liegt die Rechtfertigung des Staates in der Vernunft, und aus ihr hat er seine Verbindlichkeit abzuleiten, nicht aus einem Vertrag. Aber wie er sie aus der Vernunft ableiten könne, ist mit jener Redewendung noch nicht gesagt.

Heute scheint man mitunter den Vertrag eher umgekehrt für die Entstehung des Staates oder gewisser Staaten verwenden zu wollen, als für die grundsätzliche Erklärung seiner Verbindlichkeit. Man meint etwa die Entstehung eines Bundesstaates auf die „Vereinbarung“ oder den „Gesamtakt“ zurückführen zu können, in der Meinung, damit nur die Entstehung dieser Staaten rechtlich konstruiert, nicht die Verbindlichkeit des Staates überhaupt begründet zu haben.

Allein diese beiden Fragen lassen sich nicht trennen; oder besser: die einzige wirkliche Frage ist die rationelle nach der Verbindlichkeit des (als bestehend gedachten) Staates.

Die Frage, wie ein Staat entstanden sei, kann nur beantwortet werden, wenn man weiß, wie Staaten überhaupt entstehen, und die Frage, wie der Staat oder seine Verfassung entstehe, kann nur heißen, wie sie verbindlich werden. Was sie aber verbindlich macht, ist nichts anderes als was sie verbindlich erhält, oder besser: der Grund der Verbindlichkeit überhaupt. Es ist also die Frage nach dem Grund, aus welchem die (geltende) Verfassung verbindlich ist. Wenn sich die Entstehung des Staates, der Verfassung, durch ein Rechtsgeschäft erklären ließe, müßte auch ihre Verbindlichkeit damit (als ein Rechtsverhältnis) erklärt sein; denn die „Entstehung“ ist nur der Anfang der Verbindlichkeit, der Geltung.

Es gibt also nur eine Frage: wie erklärt sich die Verbindlichkeit der (als geltend gedachten) Verfassung?; denn nur geltende sind ja verbindlich. Die Verbindlichkeit aller Verfassungen wird aber stets in einer und derselben Weise erklärt werden müssen; denn verschiedene Erklärungen würden nicht erklären, hier,

auf ethischem Gebiete, sowenig wie auf naturwissenschaftlichem. Aber im Gegensatz zum naturwissenschaftlichen Gebiet muß hier die Erklärung nicht genetisch, sondern rationell sein. Erklärt wird die Verbindlichkeit einer rechtlichen Ordnung, einer Verfassung, doch nur, wenn der Grund dafür eingesehen werden kann, daß sie befolgt werden soll (nicht die Ursache davon, daß sie befolgt wird). Mit andern Worten: die tatsächlichen Begebenheiten, die historisch zur Annahme und zum Inkrafttreten der Verfassung geführt haben, geben niemals diejenige Erklärung, die hier erforderlich ist: die Einsicht nämlich dafür, daß die Zuständigkeitsordnung Anspruch auf Nachachtung erheben konnte und kann. Nicht sowohl weil diese Begebenheiten nach Zeit und Ort verschieden sein können und die Erklärung einheitlich sein muß, sondern weil die Tatsache, daß vorher etwas geschehen ist, niemals die Erklärung dafür sein kann, daß jetzt etwas geschehen soll. Es gilt überhaupt nicht, einen zeitlichen Vorgang zu erklären, sondern ein ethisches Postulat; nicht irgend ein tatsächliches Verhalten von Menschen, z. B. die Tatsache, daß das Volk jetzt eine neue Verfassung befolgt, sondern die Forderung, daß es sie befolgen soll. Die zeitliche Abfolge der Ereignisse ist für den Psychologen interessant, der Naturwissenschaft unter dem einheitlichen Gesichtspunkt des Kausalgesetzes treibt; er wird vielleicht durch die frühere Geistesverfassung der Volksgenossen die spätere Tatsache erklären, daß sie sich gegen die bisherige Verfassung aufgelehnt und für die neue Verfassung in die Schanze geworfen haben. Aber erklärt ist damit nur dieses tatsächliche Verhalten. Die Frage, die uns, die Ethiker, interessiert, ist aber die, wie die neue Verfassung Anspruch auf Verbindlichkeit erheben konnte (und noch kann); und diese Frage wird durch die psychologische Deutung jener historischen Vorgänge in keiner Weise beantwortet; sie wird, wenn überhaupt, nur durch die Darlegung der Vernünftigkeit, der sachlichen Richtigkeit des Inhaltes der neuen Verfassung unter den gegebenen Umständen beantwortet. Was sich so erklärt, ist als verbindliche Regel begründet; was sich so nicht begreift, erklärt sich nur „historisch“, eben aus geschichtlichen, zufälligen Umständen, d. h. eben (als verbindliche Norm) gar nicht.

Und selbstverständlich gilt das Gesagte für jede „geschichtliche“ Erklärung des Rechts: jedes Recht, das gilt oder gegolten hat,

erklärt sich als die verbindliche Norm, die es sein will, nur insofern und soweit, als sich einsehen läßt, daß es die unter den gegebenen Umständen gerechte und vernünftige Ordnung ist oder war¹. Eine vergangene Ordnung im Rahmen der damaligen tatsächlichen Umstände als eine gerechte, vernünftige Regelung zu begreifen, soweit sie sich begreifen läßt, ist die wahre und eigentliche Aufgabe des Rechtshistorikers.

b) Durch diese rechtssatzmäßige Natur unterscheidet sich die staatliche Organisation von derjenigen einer gewillkürten Gemeinschaft, wie sie ein Verein, eine Handelsgesellschaft, eine privatrechtliche Anstalt darstellen. Dadurch gleicht sie aber den öffentlich-rechtlichen Organisationen, wie den Anstalten des öffentlichen Rechts, den Gemeinden, Provinzen und anderen Körperschaften, die, wie er, nicht durch den Zufall einer rechtsgeschäftlichen Entschliebung von Privatpersonen entstehen, sondern durch den Willen des objektiven Rechts, der Rechtsordnung selbst: als Bestandteile des Planes, welcher die Zuständigkeitsordnung, die Verfassung des Landes ausmacht.

Worin unterscheidet sich aber der Staat von diesen Organismen?

Dadurch, daß er der oberste ist².

Das will nicht bloß sagen, daß er diesen engeren Verbänden gegenüber der weitere, umfassendere ist; denn das wäre ja nur ein relativer Unterschied der schließlich zur Annahme führen könnte, daß die Völkerrechts-Gemeinschaft, weil die allumfassendste, der eigentliche Staat, die *civitas maxima*, wäre. Es will vielmehr sagen, daß die staatliche Organisation schlechthin die höchste ist,

¹ Es sei denn, sie lasse sich aus einer anderen, schon geltenden Norm ableiten, wie das Gesetz aus der Zuständigkeitsnorm der Verfassung. Wir sprechen hier nicht von dieser abgeleiteten Geltung, sondern von der primären.

² Das ist der qualitative Unterschied, den Kelsen, Allgemeine Staatslehre 117ff., vermißt. Es ist kein bloß relativer Unterschied, wie er in „Problem der Souveränität“ S. 40 meint. Diese Eigenschaft ist bekanntlich von vielen als eine wesentliche Eigenschaft des Staates erkannt worden. Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. A., 486, im Gegensatz zu Jellinek selbst, Laband und die von ihm angeführten Schriftsteller I 64; Carré de Malberg I 88, 172; Hatscheck, Deutsches und Preußisches Staatsrecht I (1922) 4.

oder mit andern Worten: daß diejenige Organisation, welche die entscheidende Zuständigkeit in sich schließt, die staatliche ist¹.

Daß ein privater Verband nicht diese Stellung einnehmen kann, ergibt sich daraus, daß private Verbände überhaupt nur eine bedingte, nämlich durch die objektive Rechtsordnung bedingte, Verbindlichkeit haben. Die Verbände des objektiven Rechts aber müssen entweder einem einheitlichen staatlichen Verbände untergeordnet sein oder selbst jeder einen Staat bilden. In jeder, durch eine objektive Rechtsordnung beherrschten Gemeinschaft muß es eine Organisation geben, welche letztlich entscheidet darüber, was im Grundsatz und in der Anwendung rechtens sein soll und welche das als Recht Erkannte erzwingt.

Das ist leicht einzusehen im Verhältnis zu all den Organisationen, die wir als dem Staat untergeordnet betrachten, den Kommunalverbänden und Anstalten. Ihre Unterordnung besteht eben darin, daß sie, gleichgültig ob sie historisch die älteren sind oder nicht, nach dem geltenden Verfassungsrecht nicht endgültig über die Verbindlichkeit ihrer eigenen Anordnungen zu entscheiden vermögen. Widersprechen sich die (generellen oder individuellen) Anordnungen einer staatlichen und einer kommunalen, besonderen Behörde, so gehen jene vor: der Rechtsgenosse hat sich an sie zu halten. Es geht nicht an, daß in einer Gesamtgemeinschaft eine besondere Instanz, mit sachlich oder personell beschränktem Wirkungskreis, endgültig und abschließend über die Rechtmäßigkeit ihrer Tätigkeit befinde; denn die eine sachliche beschränkte Tätigkeit muß sich nach einem allgemeinen Plane den anderen angliedern und die sachlich gleichartigen, aber personell getrennten Gemeinschaften müssen auch untereinander in einem bestimmten Verhältnis stehen; und diesen allgemeinen Plan, dieses bestimmte Verhältnis zu wahren, kann nicht Aufgabe jeder dieser Sondergemeinschaften sein, sondern nur einer über ihnen stehenden Gemeinschaft, deren Anordnungen für die unteren Gemeinschaften, und zwar nicht nur für diese Gemeinschaften als solche, sondern auch für ihre Mitglieder verbindlich sind; wenn anders sie alle

¹ Ähnlich viele ältere und neuere; vgl. Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsgemeinschaft (1923) 16 ff.; damit stimmt es aber nicht überein, von einer Völkerrechtsverfassung zu sprechen. Vgl. unten III. Teil, 2. Abschn.

einem Rechtssystem, einer planmäßig geordneten Rechtsgemeinschaft angehören sollen. Die Einheit des Ganzen wird aber eben dadurch hergestellt, daß eine höhere gemeinsame Organisation endgültig darüber entscheidet, was für alle Einzelnen rechtens ist.

Wohl kann diese Einheit mehr oder weniger straff durchgeführt werden: die unteren Organisationen brauchen nicht in allem und jedem der Aufsicht und der Überprüfung durch die eine höchste Instanz zu unterliegen; sie können eine gewisse Selbständigkeit, Bewegungsfreiheit genießen; aber in gewissen Beziehungen unterstehen sie stets jener Aufsicht, wenn es auch nur darin wäre, daß sie die ihnen durch die höhere Ordnung gezeichneten Grenzen ihrer Autonomie nicht überschreiten. Darüber kann im Bereiche einer staatlichen Gemeinschaft nicht jede ihm eingegliederte Sondergemeinschaft endgültig entscheiden, sondern nur die Organe der einen staatlichen Gesamtgemeinschaft selbst.

Einer Instanz muß die endgültige Entscheidung darüber zustehen, was rechtens sei¹. Nicht einer scholastischen Kontroverse über die begriffliche Einheit der Souveränität zuliebe, sondern gemäß der praktischen Notwendigkeit, daß jeder Einzelne wissen muß, welche Instanz für ihn endgültig darüber entscheidet, was rechtens ist, an wessen Ausspruch er sich zu halten hat, wenn widersprechende Anordnungen an ihn ergehen.

Die Einheit der staatlichen Gemeinschaft muß sich aber nicht nur in dieser Unterordnung der Teilverbände geltend machen, sondern auch in der **Ausschließung jeder gleichgeordneten Gewalt**. Neben dem Staat kann es, ohne Widerspruch, nicht eine andere höchste Rechtsorganisation geben; etwa die Kirche². Wenn der

¹ Fries, Philosophische Rechtslehre 75, streift den Gedanken: Dem Gesetzgeber müsse auch der höchste entscheidende richterliche Ausspruch zukommen; denn wenn ein Höherer den Gesetzgeber noch richten könnte, so hätte dieser und nicht jener das höchste Urteil darüber, was als Gesetz gelten solle, und wäre also der eigentliche Gesetzgeber. Aber Fries betrachtet nur das innere Verhältnis der staatlichen Organe untereinander.

² Oder eine allmächtige Partei, wie die russische kommunistische Partei in Sowjetrußland; daß die Partei nicht mit der Zuständigkeitsfülle des Staates in Wettbewerb treten kann, ergibt sich schon daraus, daß sie, per definitionem, ein privater Verband ist, der nicht von Rechts wegen besteht und auch keine rechtssatzmäßige Zuständigkeit haben kann. Daß er tatsächlich, wie jetzt in Rußland, die staatlichen Behörden beherrsche,

Staat Staat sein will, d. h. die oberste für die Verwirklichung des Rechts zuständige und auch verantwortliche Instanz, so kann er nicht einer anderen Instanz, auch nur auf beschränktem Gebiete, die endgültige Entscheidung darüber überlassen, was rechtens sein soll. Die Anordnungen der kirchlichen Instanz können entweder bloß kraft staatlicher Anerkennung verbindlich sein; dann entscheidet nicht die Kirche, sondern der Staat endgültig auch über die Verbindlichkeit der kirchlichen Anordnungen; oder, wenn der Kirche die endgültige Entscheidung darüber zuerkannt wird, können ihre Anordnungen nicht in foro externo, als Recht, sondern nur in foro interno, als Gewissensnorm, verbindlich sein. Denn entscheidet die Kirche auch nur auf einem sachlich begrenzten Gebiet endgültig, wie die katholische Kirche es für das Eherecht beanspruchte, so entscheidet sie notwendig auch darüber, was dem Staat zu verbleiben habe, und die Entscheidung des Staates über die ihm überlassenen Fragen gelten nicht mehr unbedingt, sondern nur mehr unter der Bedingung, daß die Kirche sie nicht als ihrer Zuständigkeit zuwider betrachte; mit anderen Worten: der Staat wäre auf keinem sachlichen Gebiete mehr die höchste rechtliche Instanz. Will die Kirche aber diese Zuständigkeit in Anspruch nehmen (die höchste rechtliche Instanz zu sein), so muß sie auch die ganze Verantwortung dafür übernehmen, die Verantwortung nämlich dafür, daß das, was sie dem Staate überläßt, auch richtig ausgeübt und der Rechtszwang nur da und gerade da eingesetzt werde, wo das Recht es verlangt; mit anderen Worten: die Verantwortung für die ganze Aufgabe der Rechtsverwirklichung. Es ist ein Widerspruch, wenn sie sich eines Rechtsgebietes bemächtigt, es souverän ordnen will, und die Verantwortung für alles übrige ausschlägt.

Der Staat kann allerdings zu anderen Staaten in ein rechtliches Verhältnis der Gleichordnung treten, ohne aufzuhören, Staat zu sein. Aber das ist eben die Besonderheit (und Unvoll-

ist dadurch nicht ausgeschlossen; das macht aber die Partei nicht zum Staat, sondern nur vielleicht den Staat zum Scheinstaat, sofern die Partei nämlich, die staatlichen Formen zu ihren Zwecken mißbraucht und nicht sich in den Dienst des staatlichen Zweckes stellt. Vgl. meinen Aufsatz: Über die Berechtigung der politischen Parteien, im Politischen Jahrbuch der Schweizer. Eidgenossenschaft 28 (1914) 137 ff.

kommenheit) des Völkerrechts, daß es eine unorganisierte Ordnung ist; eine Ordnung ohne eigene, rechtssatzmäßige Organisation. Über den Staaten gibt es (wie noch auszuführen) von Völkerrechts wegen keine solche Organisation; die Staaten bleiben die obersten Instanzen zur Entscheidung darüber, nicht nur was im Lande rechtens sei, sondern auch was völkerrechtsmäßig sei, jeder für seinen Geltungsbereich. Daß dies ein unbefriedigender Zustand ist, ist klar; und daß er dem Völkerrecht wesentlich anhaftet, ist anderwärts zu begründen (vgl. unten S. 376); hier ist nur festzustellen, daß in der Tat der Staat verbindlich für die Bewohner seines Gebietes das geltende Recht bestimmt, auch das im Verhältnis zu anderen Staaten geltende Recht. Im örtlichen Bereiche ihrer Zuständigkeit entscheiden die Landesbehörden für jeden Einzelnen, was das Völkerrecht von der Gemeinschaft, der sie angehören, verlange: wie sie sich z. B. gegenüber niedergelassenen Ausländern oder gegenüber Vertretern anderer Staaten, als Einzelne wie als Gesamtheit, zu verhalten haben; welche gerichtliche Immunität die Gesandten genießen, welcher Rechtsschutz nach Vertrag oder „allgemeinem Völkerrecht“ den Ausländern gebühre, welche Verträge zu Recht bestehen und wie sie auszulegen sind. Was die oberste Landesbehörde, die gesetzgebende, regierende oder richtende, darüber befindet, daran muß der Einzelne sich halten und daran kann er sich auch zuverlässig halten. Er muß sich daran halten, weil die staatliche Landesbehörde erzwingen kann, was sie als rechtmäßig erklärt hat und der Völkerrechts-Ordnung keine solche Gewalt zur Seite steht; er kann sich daran halten, weil über den Staaten auch gar keine Instanz besteht, die unabhängig von ihnen, von Völkerrechts wegen und nicht bloß in ihrem Auftrag, mit formeller Zuständigkeit anders entscheiden könnte¹. Nicht daß jeder Staat in schrankenloser Willkür befinden könnte, was völkerrechtsmäßig sei und was nicht; diese Erlaubnis wäre die Aufhebung des Völkerrechts; sie sollen nach Grundsätzen, nach den Grundsätzen des Völkerrechts entscheiden; aber sie sind im Verhältnis zu ihren Angehörigen zuständig zu entscheiden; sie stellen fest, was jeder Einzelne auch gegenüber anderen staatlichen

¹ Alle zwischenstaatlichen Instanzen haben nur bedingte „Zuständigkeit“, bedingt durch einen Auftrag der Staaten, über den diese letztlich entscheiden.

Gemeinschaften als verbindlich ansehen muß. Die Staaten stehen in dieser Beziehung zum Völkerrecht nicht anders als die obersten Behörden des Staates zum Verfassungsrecht: die gesetzgebende Behörde soll als Gesetz anordnen, was vernünftig und gerecht ist; dazu ist sie von der Verfassung mit der Gesetzgebung betraut; aber sie entscheidet, und was sie entscheidet, ist Gesetz; die Regierung soll als oberste Verwaltungsbehörde, nach Gesetz verwalten, nicht gesetzwidrig und willkürlich; aber was sie (sofern sie die oberste Verwaltungsinanz ist und anderenfalls diejenige, die es ist) in Anwendung der Gesetze verfügt, ist für einmal verbindlich, auch wenn es gesetzwidrig sein sollte; das Gericht soll seinerseits nach Gesetz und Recht urteilen; aber es urteilt, und was es entschieden hat, ist verbindlich, auch wenn es rechtswidrig wäre.

Das Gesagte führt uns auf eine letzte Seite der hier besprochenen Eigenschaft des Staates: Eine Instanz, sagten wir, muß dem Einzelnen schließlich die Norm seines Verhaltens diktieren, im Grundsatz und in der Anwendung; die eine oberste Instanz ist der Staat. Aber der Staat selbst, wenigstens der heutige, besteht aus mehreren Behörden, und zwar auch in den höchsten Instanzen; z. B. aus einer höchsten rechtssetzenden, einer höchsten verwaltenden und vollstreckenden und einer höchsten rechtsprechenden. Wie wird der so gegliederte Staat der Forderung einheitlicher Entscheidung gerecht: stehen sich hier nicht im Staat mehrere gleichgeordnete Instanzen gegenüber, über deren gegenseitiges Verhältnis doch auch wieder eine noch höhere Instanz entscheiden sollte? Zweifellos verlangt die unbedingte Verbindlichkeit der staatlichen Anordnungen, daß sie auch widerspruchlos seien; daß der Einzelne nicht zwei widersprechenden Anordnungen gegenüberstehe, die beide formell unbedingte Verbindlichkeit beanspruchen. Dieser Forderung wird die staatliche Organisation am leichtesten gerecht, welche einer Amtsstelle alle obersten Befugnisse der Staatsgewalt verleiht, z. B. dem Monarchen. Schwieriger ist es, wenn die staatlichen Aufgaben geteilt und je verschiedenen Behörden als den höchsten Instanzen dieses Teilgebietes übertragen werden. Über die Abgrenzung dieser Sachgebiete kann nicht jede selbständig entscheiden; über die Grenzkonflikte muß schließlich eine Instanz entscheiden, was positivrechtlich auch vorgesehen ist. Aber nicht, ob die an jede staatliche Organisation

zu stellende Forderung, eine widerspruchlose, einheitliche Ordnung aller Zuständigkeiten zur Verwirklichung des Rechts zu sein, vollkommen erfüllt worden ist, ist das Entscheidende für unsere Frage, sondern die Erkenntnis, daß eine solche Organisation bestehen muß, und daß diejenige Organisation, welche mit dem Anspruch auftritt, die endgültige Entscheidung der mehrerwähnten Rechtsfrage zu geben, die staatliche Organisation ist, auch wenn sie tatsächlich ihrer Aufgabe nicht vollkommen gerecht wird. Der Staat ist die Einrichtung, die endgültig darüber entscheidet, was in einer Gemeinschaft Recht sein soll, oder, wenn man die so organisierte Gemeinschaft selbst als Staat bezeichnen will: die Rechtsgemeinschaft, deren Organe darüber entscheiden, was Recht sein soll.

A n h a n g.

Der Bundesstaat.

Die Richtigkeit des eben entwickelten Staatsbegriffes läßt sich am besten durch die Anwendung auf den **Bundesstaat** nachprüfen:

Während der Staatenbund und andere vertragliche Verbindungen von Staaten, wie die Realunion und die Verwaltungsgemeinschaft, in der Hauptsache rechtlich klar bestimmt werden können, klar genug jedenfalls, um vom unverbundenen Einzelstaat und von der besonderen Verbindung des Bundesstaates unterschieden werden zu können, ist die staatsrechtliche Lehre noch nicht zu einer befriedigenden, allgemein anerkannten Bestimmung dieses letzteren Gebildes gelangt. Der Staatenbund, sagt man, ist die vertragliche, völkerrechtliche Verbindung mehrerer Staaten zu einer („organisierten“) Gemeinschaft; die Verbindung beruht hier auf einem völkerrechtlichen Vertrag eigenartigen Inhaltes¹. Das ist eine klare rechtsbegriffliche Bestimmung, wenn

¹ G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen (1882) 101, 172, 257, 315. Ebers, Die Lehre vom Staatenbund (1910) 268, 294, 303, der den Staatenbund als eine Gemeinschaft zu gesamter Hand bezeichnet, spricht sich über die rechtliche Natur des verbindenden Rechtsgeschäftes nicht näher aus; aber eine rechtsgeschäftliche Verbindung nimmt auch er an. Über die Möglichkeit der juristischen Person und der gesamten Hand im Völkerrecht vgl. unten S. 384.

auch die Art der Verbindung damit noch nicht genügend abgeklärt ist, namentlich die Frage, ob ein solcher Staatenbund im Verhältnis zu anderen Staaten, wie im Verhältnis zu seinen Gliedern, als juristische Person, als Einheit der gesamten Hand, als schlichtes Vertragsverhältnis oder als Gebilde *sui generis* zu betrachten ist (S. 386). Die Charakterisierung des Gegenstückes aber, des Bundesstaates, als eine verfassungsrechtliche, staatsrechtliche Verbindung mehrerer Staaten zu einem Gesamtstaat hebt wohl mit derselben Klarheit den Gegensatz zum Staatenbund hervor: die staatsrechtliche, nicht völkerrechtliche Natur des Gebildes, den verfassungsrechtlichen Charakter des Bandes, welches die Gliedstaaten umschlingt; aber sie läßt das staatsrechtliche Problem ungelöst, wie es möglich ist, daß das Ganze ein Staat sei und auch die Teile dieses Ganzen; oder, nach einer anderen Zergliederung, daß ein staatliches Gebilde zusammengesetzt sei aus zwei Staaten, dem Zentral- oder Gesamtstaat und den Gliedstaaten, derart daß auf ein und demselben Gebiete, für ein und dasselbe Volk, je zwei staatliche Organisationen bestehen, die zentrale und die gliedstaatliche.

Es sollen hier nicht alle Versuche dargestellt werden, die gemacht worden sind, um dieses Problem zu lösen¹. Eine schematische Übersicht der Gegensätze genügt, um zu zeigen, daß keine Lösung gelingt, welche für den einzelnen Angehörigen des Bundesstaates mehr als einen staatlichen Organismus gelten läßt; welche also gerade das wahre will, was die charakteristische Eigenart des Bundestaates ausmachen soll: die Zusammensetzung eines Staates aus mehreren anderen Staaten.

Die Erörterung dreht sich um den Begriff der Souveränität: Ist die Souveränität teilbar, und, wenn sie nicht teilbar ist, wem steht sie zu, dem Zentralorganismus oder den territorialen Organismen, den Gliedern oder dem Ganzen? Und wenn sie nur einem, dem Zentralstaat oder dem Gliedstaat zusteht, ist der andere dennoch ein Staat; mit anderen Worten: ist die Souveränität ein wesentliches Merkmal des Staates oder kann es auch nicht-

¹ Es sei verwiesen auf die Arbeiten von Brie, *Der Bundesstaat*, I. Abt. (1874); *Theorie der Staatenverbindungen* (1886); Laband, *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 5. A., I 62 ff.; Burckhardt, *Kommentar der Schweizer Bundesverfassung*, 2. A., II; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* I (1920) 95 ff.

souveräne Staaten geben, derart, daß der Bundesstaat z. B. aus einem souveränen Zentralstaat und nicht-souveränen Gliedstaaten zusammengesetzt wäre, oder aus souveränen Gliedstaaten, die zusammen einen nicht-souveränen Gesamtstaat bilden würden.

Die ältere Doktrin, die von Waitz begründet worden ist, betrachtete die Souveränität als teilbar, oder genauer gesagt: sie meinte, die staatliche Hoheit könne inhaltlich auf zwei einander gleichgestellte staatliche Organismen verteilt werden, derart, daß zwei staatliche Persönlichkeiten, der Zentralstaat je mit einem der mehreren Gliedstaaten, gemeinsam und zu geteilten Rechten die Befugnisse, welche sonst den Inhalt einer Staatsgewalt ausmachen, ausübten, ungefähr wie zwei Gesellschafter sich in die Verwaltung eines geschäftlichen Unternehmens teilen oder die zwei römischen Konsuln ihr Amt nebeneinander ausübten¹. Dieser Auffassung steht im Wege die Einheit des Staates, oder, wie man in etwas mystischer Weise sagte: die Unteilbarkeit der „Souveränität“. Diese letztere Formel ist nicht klar, weil es nicht klar ist, was unter Souveränität hier zu verstehen ist: die Staatsgewalt, d. h. die Zuständigkeit des Staates zur Rechtsverwirklichung, oder eine Eigenschaft dieser Staatsgewalt, nämlich die höchste rechtliche Gewalt zu sein. Wenn die Souveränität im ersten Sinne unteilbar genannt wird, will das heißen, daß die Befugnisse, welche zur staatlichen Aufgabe der Rechtsverwirklichung gehören, nicht inhaltlich unter zwei voneinander unabhängige Organisationen geteilt werden können; versteht man unter Souveränität die Eigenschaft der Staatsgewalt als der höchsten, so bezieht sich die Unteilbarkeit nicht sowohl auf diese Eigenschaft selbst (da eine Eigenschaft weder teilbar noch unteilbar ist), als auf das Verhältnis zweier staatlicher Organisationen zueinander und will sagen, daß zwei staatliche Organisationen nicht beide die höchste sein können, oder besser: daß die beiden nicht gleich hoch sein können, sondern die eine der anderen übergeordnet sein muß. Beides kommt also im Grunde auf dieselbe Frage hinaus, ob zur Verwaltung der Aufgabe des Staates zwei gleichgeordnete Organisationen berufen sein können; nur wird einmal die Unmöglichkeit damit begründet, daß

¹ Ähnlicher Ansicht: U. Lampert, Das schweizerische Bundesstaatsrecht (1918) 13; Hausmann, im Archiv für öffentliches Recht 33 85.

die staatlichen Funktionen nicht auseinandergerissen werden können, das andere Mal damit, daß das Verhältnis zweier gleichgeordneter Organisationen zueinander, jede mit einem Teil der staatlichen Funktionen ausgerüstet, sich nicht vorstellen lasse. Es sind zwei Seiten einer Frage; die materielle, der Einheit der Aufgabe entnommen, und die formelle, der Einheit der Zuständigkeitsordnung (zur Ausübung jener Aufgabe) entnommen.

Wie diese Teilung der Aufgabe und der dazu bestehenden Organisation mit der Einheit des Staates und der Rechtsordnung vereinbar ist, darin liegt in der Tat die Schwierigkeit. erinnert man sich nämlich, daß die staatliche Organisation dazu berufen ist, die Rechtsidee in einer menschlichen Gemeinschaft zu verwirklichen, so ersieht man ohne Schwierigkeit, daß diese Aufgabe, wie sie selbst eine einheitliche ist, nur durch einen einheitlichen Organismus ausgeübt werden kann; oder, konkreter gesprochen: nur von Menschen, die nach einem Plane diese Aufgabe besorgen. Denn so sicher die Rechtsordnung inhaltlich als eine Einheit aufgefaßt werden muß, so sicher bedarf sie auch, um verwirklicht zu werden, einheitlicher Entscheidung.

Gäbe es aber in derselben Gemeinschaft für zwei verschiedene Reihen von staatlichen Aufgaben zwei gleichgeordnete höchste Organismen, eine gesamtstaatliche und eine gliedstaatliche, so wäre jene Einheit in zweifacher Weise gestört:

1. in positiver und materieller Beziehung. Die Rechtsordnung läßt sich niemals vorstellen als bestehend aus zwei voneinander-trennbaren Bestandteilen, deren jeder für sich und unabhängig vom anderen bestehen könnte. Schon wenn man sie als Bestandteile eines größeren Ganzen (das bei der Teilung vorausgesetzt wird) bezeichnet, setzt man zugleich das Ganze, d. h. die Einheit, zu der jeder Teil gehört, zu der er beitragen muß; Bestandteile, das ist klar, gehören zusammen und müssen zusammen eine Einheit bilden. Sie müssen also auch so gebildet (bzw. weitergebildet) und angewendet werden, daß sie eine Einheit bleiben, nach einheitlichem Plane. Das wäre aber unmöglich, wenn sie zwei voneinander unabhängigen und keiner höheren dritten Instanz untergeordneten Organisationen überantwortet würden, die, jede souverän, d. h. in unüberprüfbarer und unabänderlicher Weise darüber entscheiden würden. Der eine Teil der (materiellen) Rechts-

ordnung setzt den anderen voraus, und muß auf diesen abgestimmt sein, wenn beide ein vernünftiges, einheitliches Ganzes bilden sollen. Es geht nicht an, daß die eine Organisation (wie es die Schweizerische Bundesverfassung vorsieht) etwa das Strafgesetzbuch erläßt und die andere frei sein soll, darüber zu entscheiden, ob sie Gerichte und eine Kriminalpolizei einsetzen wolle; denn die Strafgesetzgebung ohne Gerichte und ohne Polizei wäre ein unvollständiges, sinnloses Bruchstück. Es geht nicht an, daß der Gesamtstaat als der Ordner des Zivilrechts das Grundeigentum oder die Vertragsschließung ordne und der Gliedstaat als der für das öffentliche Recht zuständige den Grund und Boden verstaatliche oder gewisse Verträge, zwar nicht ungültig erkläre, aber zu schließen verböte, und so die privatrechtlichen Institute des Grundeigentums und der betreffenden Vertragsformen unanwendbar mache. Der eine kann nicht das Zollrecht ordnen ohne auf die Kosten der Lebenshaltung einzuwirken und damit den anderen, dem die soziale Fürsorge und das Steuerrecht obliegt, in Mitleidenschaft zu ziehen. Die Ordnung der Steuerpflicht und der Armenunterstützung setzen wiederum nebst anderem eine bestimmte Ordnung der Familie, der Handelsgesellschaften, des Kredites und Geldverkehrs voraus. Kurz, kein Gebiet rechtlicher Ordnung kann in klarbewußter Weise geregelt werden, wenn es nicht in den Rahmen einer bestimmten Ordnung der übrigen Gebiete gestellt werden kann; denn je nach der Ordnung dieser anderen Gebiete wird auch die jenes ersten so oder anders wirken; ja, sie ist ohne die anderen nicht möglich und sie dient selbst wieder der anderen zur notwendigen Ergänzung¹. Wie jede Teilordnung andere voraussetzt, so muß jede im Hinblick auf ein bestimmtes Ganzes entworfen werden; jede Teilordnung kann ihre Aufgabe nur im Hinblick auf einen einheitlichen Gesamtplan lösen. Wenn die einen Aufgaben vom Gesamtstaat, die anderen von den Gliedstaaten zu erfüllen sind, so muß also der eine den anderen berücksichtigen. Nun kann gewiß der Gesamtstaat den gliedstaatlichen Einrichtungen Rechnung tragen, wo sie eine gewisse Einheitlichkeit haben; aber grundsätzlich, unter allen Umständen, kann er es nicht, weil die eine Gesamtorganisation sich nicht verschie-

¹ Vgl. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. A., I 63.

denen gliedstaatlichen Ordnungen anpassen kann. Grundsätzlich müssen diese vielmehr sich jener anpassen in der Art und Weise, wie sie ihr sachliches Gebiet bestellen.

Die Gliedstaaten können daher nicht beliebigen Gebrauch von ihren Kompetenzen machen, in gleicher Unabhängigkeit vom Gesamtstaat wie ein Staat von einem (gebietlich geschiedenen) anderen. Sie müssen ihre Aufgaben irgendwie erfüllen; sie können sie nicht unerfüllt lassen, weil sonst ein notwendiger Teil der ganzen Ordnung unerfüllt bliebe. Tun sie es nicht, so muß der Gesamtstaat an ihrer Stelle dafür sorgen. Und ebenso, wenn sie es in einer Weise tun, welche mit der vom Gesamtstaat getroffenen praktisch nicht vereinbar ist, wenngleich kein formeller Widerspruch der rechtlichen Vorschriften besteht. Und eben deshalb, weil der Gliedstaat ein notwendiger Bestandteil des Ganzen ist, ist es für den Gesamtstaat nicht zufällig und gleichgültig, ob die Teilorganisationen bestehen und funktionieren oder nicht; sie gehören zum Ganzen, über das der Gesamtorganismus zu wachen hat¹. Wenn ein Gliedstaat nicht mehr aus eigener Kraft leben könnte, wegen sozialer, politischer, finanzieller oder anderer Hemmungen, müßte der Gesamtstaat ihm beistehen, um ihn am Leben zu erhalten, während das Umgekehrte nicht denkbar ist; sollte nämlich der zentrale Organismus ins Wanken geraten, so könnten ihm unter Umständen die Gliedstaaten wohl tatsächlich Hilfe leisten; aber die einheitliche Leitung des Ganzen wäre mit dem Versagen des Zentralorganismus dahin, und wenn die vielen Gliedstaaten den Gesamtorganismus wiederherstellen müßten, würde die letzte Entscheidung in die Hand dieser vielen gleichgeordneten Organisationen gelegt, die nur durch Verständigung einheitlich vorgehen könnten. Wenn die Gesamtorganisation ins Wanken gerät, gerät der Bundesstaat selbst ins Wanken, weil die Einheit des Staates in Frage gestellt ist.

¹ Weshalb die so aufgefaßte Aufsichtsgewalt des Gesamtstaates über die Gliedstaaten in der Tat wesentlich ist für den Bundesstaat: Triepel, Die Rechtsaufsicht (1917) 2—3, 449. Triepel übersieht aber, daß die Gliedstaaten selbst eine Einrichtung des Gesamtstaates und der Gesamtverfassung sind, die auch auf „ihrem“ Gebiet nicht vollständig sich selbst überlassen werden können; auch die Erfüllung der gliedstaatlichen Aufgaben ist eine Bundespflicht.

2. in negativer und formeller Beziehung. Die beiden Teilordnungen, die gliedstaatliche und die zentralstaatliche, können nicht gleiche Zuständigkeit, gleiche formelle Geltung haben; mit anderen Worten: die Zuständigkeit der Gliedstaaten kann nicht gleichgeordnet sein der Zuständigkeit des Gesamtstaates. Eine muß der anderen vorgehen. Entweder bestimmt sich die Zuständigkeit des Gesamtstaates nach den Vorschriften (Verfassungen) der Gliedstaaten oder die Zuständigkeit der Gliedstaaten bestimmt sich nach den Vorschriften des Gesamtstaates. Es können nicht beide Verfassungen beanspruchen, mit gleicher Autorität die Grenze zu ziehen¹.

Nun ist klar, daß, wenn der Gesamtstaat nur zuständig wäre, weil und soweit die Verfassungen der Gliedstaaten es ihm gestatten, er weder eine einheitliche noch eine eigene Zuständigkeit hätte: er wäre nur berufen, als „Staat“ zu handeln vermöge der verschiedenen Verfassungen der Gliedstaaten, also kraft verschiedener Rechtstitel und abgeleiteter Weise; die Verfassungen der Gliedstaaten wären der letzte Rechtsgrund seiner Kompetenz, und diejenigen Organisationen, die diese Verfassungen zu handhaben haben, die gliedstaatlichen, hätten auch über die daraus fließende Zuständigkeit des Zentralstaates zu entscheiden. Dem Zentralstaat würde auf seinem räumlichen Gebiet überall ein und dieselbe Gewalt nur dann zustehen, wenn sich die Gliedstaaten über die der Zentralorganisation zu übertragenden Kompetenzen und auch über die jeweilige Auslegung dieser Kompetenzbestimmungen verständigten. Mit anderen Worten: der „Zentralstaat“ würde auf einem Vertrag der Gliedstaaten beruhen; er wäre kein Bundesstaat mehr, sondern ein Staatenbund.

Beruhet aber umgekehrt die Zuständigkeit der Gliedstaaten auf der Gesamtverfassung, so ist die Einheit und Selbständigkeit der zentralen Organisation gewahrt, da sie auf dem einen und selbständigen (von ihr selbst zu handhabenden) Rechtstitel der Gesamtverfassung beruht. Aber ebenso sicher ist die staatliche Selbständigkeit der Gliedstaaten aufgehoben. Denn wenn die Gesamtverfassung in selbständiger Weise die Grenzen der zentralen Zuständigkeit zieht, zieht sie auch die der gliedstaatlichen Zuständigkeit;

¹ W. Burckhardt, Kommentar der Schweizer. Bundesverfassung, 2. A. (1914) 17.

während im ersten Fall dem Gesamtstaat verblieb, was die Gliedstaaten nicht für sich beanspruchten, verbleibt jetzt den Gliedstaaten, was der Zentralstaat nicht für sich, bzw. die Zentralverfassung nicht für ihre Organisationen beansprucht. Nach der Gesamtverfassung bestimmt sich also, inwiefern die Gliedstaaten zuständig sind, nicht nach ihren eigenen Verfassungen. Wenn Zweifel entsteht darüber, ob die zentrale oder die gliedstaatliche Organisation zuständig sei, muß die Zentralverfassung befragt werden. Weil es dort steht, sind die Gliedstaaten zuständig; aber auch weil es dort steht, existieren die Gliedstaaten überhaupt rechtlich, als verbindliche Einrichtungen, und so wie es dort steht, mit den dort gegebenen Einschränkungen und Modalitäten, sind sie anerkannt¹. Ihr letzter Rechtsgrund ist also nicht ihre Verfassung, sondern die Gesamtverfassung, und die Entscheidung darüber, wieweit diese Verfassung sie anerkenne, steht bei der Organisation, welche die Gesamtverfassung zu handhaben hat, bei der Gesamtorganisation; sie liegt also nicht in der Hand der Gliedstaaten selbst, sondern in einer anderen Hand.

Auf dieses grundlegende Verhältnis der beiden Verfassungen geht der in jedem Bundesstaat anerkannte Satz zurück, daß Bundesrecht Landesrecht bricht², und, was notwendig damit zusammenhängt, daß die bundesstaatliche Behörde darüber entscheidet, ob das gliedstaatliche Recht dem gesamtstaatlichen widerspreche oder nicht; welches gliedstaatliche also schließlich gültig sei und welches nicht, welches Recht also in diesem Lande überhaupt verbindlich sei und gelte. Und zwar entscheidet sie nicht nur als schiedsgerichtliche Instanz zwischen den souveränen Gliedstaaten, sondern

¹ Was nicht sagen will, die Gliedstaaten wären nicht entstanden, wenn die Gesamtverfassung nicht entstanden wäre — sie haben ja meist vor dem Gesamtstaat bestanden —, sondern: die gegenwärtige Grundlage ihrer rechtlichen Existenz sei die Gesamtverfassung, nicht die besonderen Verfassungen der Gliedstaaten. Es fragt sich nicht, wie die betreffende Verfassung entstanden sei oder was sie in Geltung erhalte, sondern, unter der Voraussetzung der Geltung, welche Verfassung die entscheidende Norm für das im Lande verbindliche Recht enthalte; und das ist die des Gesamtstaates. Danach entscheidet sich, ob die Gliedstaaten eine eigene Verfassung haben, was Carré de Malberg, II 527f., übersieht.

² Vgl. W. Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in der Festschrift für F. Fleiner (1927) 59.

als oberste landesrechtliche Instanz für jeden Einzelnen¹. Diese Organisation verkörpert also den Staat in diesem ganzen räumlichen Bereiche, und die gliedstaatlichen Organisationen, weil sie nicht letztinstanzlich entscheiden, verkörpern sie nicht².

Allerdings läßt das Bundesrecht den „staatlichen“ Organisationen der Bundesglieder große Freiheit; manches können sie ordnen und ausführen nach eigenem Ermessen und ohne Überprüfung durch die Zentralbehörde. Allein das Entscheidende für die Frage, ob sie Staatseigenschaft haben oder nicht, ist nicht diese Freiheit; auch die Gemeinden des Einheitsstaates können weitgehende Autonomie genießen, ohne daß sie deshalb zu Staaten würden; ja, ein gewisses Maß von unüberprüfbarer Selbstbestimmung wird jeder Staat seinen Lokalorganisationen einräumen müssen, und das Maß dieser Freiheit kann hier nicht entscheidend sein. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Freiheit der Entscheidung der partikulären Organisationen kraft eigenen Rechts, d. h. kraft ihrer besonderen Ordnungen (Verfassungen) zusteht, die sie letztinstanzlich handhaben, oder kraft der gemeinsamen Verfassung,

¹ Es ist daher nicht richtig, wie Laband, Staatsrecht, 5. A., I 59, annimmt, daß die Gliedstaaten auf ihrem Zuständigkeitsgebiet den Einzelnen gegenüber die höchste Instanz darstellten und daß dem Oberstaat hier nur die Gliedstaaten als solche unterständen; was die gliedstaatlichen Behörden anordnen, ist für den Einzelnen nicht unbedingt verbindlich, sondern stets nur unter der Bedingung, daß die Zentralbehörden es nicht ungültig erklären; und das kann die Zentralbehörde auch, mit Wirkung für jedermann; nicht aber können die gliedstaatlichen Behörden Anordnungen der Zentralbehörden letztinstanzlich ungültig erklären. Die Zentralbehörden sind überall auch für den Einzelnen die letzte Instanz.

² Darin war die in meinem Kommentar der Schweizer Bundesverfassung, 2. A., 20—21, vertretene Auffassung unrichtig, daß Bund und Kantone zwei voneinander formell unabhängige Organismen seien; sie sind das nicht, weil die Bundesbehörden letztinstanzlich auch über die Gültigkeit des kantonalen Rechts entscheiden. Deshalb läßt sich die Koordination zweier höchster Organismen innerhalb eines Gesamtstaates, wie sie neuerdings Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff (1920), und Kelsen, Die Bundesexekution, in der Festgabe für F. Fleiner (1927) 127ff., versuchen, nicht durchführen: ist die über beiden Organismen stehende Ordnung ein Vertrag, wie Nawiasky meint, so ist die Gemeinschaft eine völkerrechtliche und keine staatliche; und soll sie eine Verfassung sein, wie Kelsen meint, so muß dieser Verfassung auch eine den Gliedstaaten übergeordnete Organisation entsprechen.

die andere Behörden unabhängig von den gliedstaatlichen haben; ob ihre Autonomie auf ihrem eigenen Recht beruht oder sie ihnen verliehen ist durch einen anderen Rechtstitel, dessen Tragweite eine andere Instanz bestimmt. Nun ist, wie dargelegt, das letztere der Fall: der Gliedstaat ist zuständig nach Maßgabe der Gesamtverfassung, d. h. weil, soweit und solange sie ihn zuständig erklärt; es entscheidet sich nicht nach diesem Bundesrecht, ob die partikulären Behörden in ihrer Wirksamkeit die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschritten haben, sondern es sind auch die Organe der Gesamtorganisation, die darüber endgültig entscheiden. Daß die Gliedstaaten eine weitbemessene Autonomie genießen, ist richtig, gehört aber zu dem Gesamtplan, dessen Grundriß die Bundesverfassung darstellt: diese Autonomie ist, nach der Meinung der Bundesverfassung, das beste Mittel zur richtigen (d. h. für jeden Landesteil zutreffenden) Verwirklichung des Rechts auf den betreffenden sachlichen Gebieten; es ist ein Mittel zum Zweck einer richtigen Gesamtordnung.

Zwischen den Gliedstaaten eines Bundesstaates und den autonomen Kommunalverbänden eines Einheitsstaates besteht also nicht ein gleich wesentlicher Unterschied wie zwischen dem auf Verfassung beruhenden Bundesstaat und dem auf völkerrechtlichem Vertrag beruhenden Staatenbund; Gliedstaaten und Kommunalverbände sind beides Glieder eines einzigen Gesamtorganismus, der eine Rechtsordnung nach einem Plane verwirklichen soll, die also einen Staat ausmachen¹. Ein Staat kann nicht aus Staaten zusammengesetzt sein, ein Ganzes aus Ganzen, wie Kelsen richtig bemerkt². Der grundsätzliche Unterschied zwischen Bundes-

¹ Am handgreiflichsten zeigt sich die Einheit des Bundesstaates da, wo sich die Vielheit unfehlbar offenbaren müßte, im Verhältnis zu anderen Staaten; der Bundesstaat wird als Ganzes berechtigt und verpflichtet und nur als Ganzes. Wenn die Einzelstaaten mit ausländischen Staaten Verträge abschließen, schließt sie durch ihre Organe und für ihr Gebiet, der Gesamtstaat, ab; er wird daraus berechtigt und verantwortlich. Vgl. A. Affolter im Archiv für öffentliches Recht 34, 70; Donot, Responsabilité de l'Etat fédéral; thèse (Paris 1913); Schoen in Zeitschrift für Völkerrecht X 28, 100ff. Vertragspartei ist in Wirklichkeit der Gesamtstaat.

² Problem der Souveränität 287, und auch schon Pufendorf bemerkt hatte; Gierke, Althusius 147. Daß aber die Verfassung aus einem Satze des Völkerrechts abgeleitet werden könne, ist nicht richtig, wie anderwärts

staat und Einheitsstaat, d. h. der einzige durchgreifende Unterschied, den man machen kann, ist der, daß die Autonomie der Glieder des Bundesstaates auf der Verfassung dieses Staates beruht, also ohne Änderung der Verfassung selbst nicht abgeändert werden kann, während die Autonomie der Kommunalverbände auf Gesetz beruht¹, also auf einer Ordnung, welche die rechtssetzende Behörde innerhalb ihrer verfassungsmäßig (gegebenen) Zuständigkeit abändern kann².

* * *

Im Aufstieg von den engeren zu den weiteren Rechtskreisen bis zu dem der Menschheit gibt es nur einen Durchgangspunkt, dem staatliche Eigenschaft zukommt; weil sich nur an einem Punkt die entscheidende Instanz der Rechtsverwirklichung befinden kann.

II. Abschnitt.

Die Tatsächlichkeit des Staates und die Geltung des Rechts.

1. Kapitel.

Die Geltung des Rechts.

Man kann über den Begriff des Staates im klaren und doch im unklaren darüber sein, wie er seine Anwendung findet, oder mit anderen Worten: wann ein konkreter Staat gegeben sei und was seine Wirklichkeit ausmache. Was dem Begriffe des Staates nicht entspricht, ist kein Staat; aber wann existiert ein Staat und in was besteht diese „Existenz“? Wann hat sich der Begriff verwirklicht?

noch auszuführen; warum wäre auch die bundesstaatliche Verfassung, die nach Kelsen nicht verschieden ist von der eines Einheitsstaates, im Gegensatz zu dieser aus einer Vereinbarung abzuleiten?

¹ Vgl. meinen Kommentar der Bundesverordnung, 2. A., 16; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat* 162.

² Daß die Möglichkeit der Verfassungsänderung für die rechtliche Bestimmung des Staates nicht in Betracht kommt, ist unten (S. 220) ausgeführt; vgl. auch Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. A., 78.

**DIE
ORGANISATION
DER
RECHTSGEMEINSCHAFT**

Untersuchungen über die Eigenart
des Privatrechts, des Staatsrechts
und des Völkerrechts

von

Dr. WALTHER BURCKHARDT

Professor der Rechte an der Universität Bern



Basel 1927

Verlag Helbing & Lichtenhahn