

DIE MODERNE STAATSIDEE

DIE MODERNE STAATS-IDEE

VON

DR. H. KRABBE

PROFESSOR DES STAATSRECHTS AN DER UNIVERSITÄT LEIDEN

DEUTSCHE, ZWEITE VERMEHRTE AUSGABE



HAAG
MARTINUS NIJHOFF
1919

ISBN 978-94-015-0122-4

ISBN 978-94-015-0600-7 (eBook)

DOI 10.1007/978-94-015-0600-7

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1919

VORWORT.

Die in diesem Buche entwickelte Staatslehre ist aus den Ergebnissen meiner Schrift: „die Lehre der Rechtssouveränität“ (1906) hervorgegangen. Während jene Schrift insbesondere die Lehre von der Staatssouveränität kritisierte, bezweckt die jetzt vorliegende hauptsächlich, die positiven Grundlagen der gegenüberstehenden Lehre von der Rechtssouveränität auseinanderzusetzen und damit die moderne Staatsidee zum Ausdruck zu bringen.

Auch diese Schrift wurde in der niederländischen Sprache, meiner Muttersprache, abgefasst, ist aber in eine den Ausländern zugänglichere Sprache übersetzt worden, wofür ich auch diesmal die deutsche Sprache wählte, weil die Ergebnisse speziell denjenigen der deutschen Staatswissenschaft gegenüber Stellung nehmen.

Der Uebersetzung liegt das unter dem gleichen Titel in niederländischer Sprache erschienene Werk, welches im Jahre 1915 veröffentlicht wurde, aber bereits vor dem Kriege druckfertig war, zu grunde. Nachher veröffentlichte ich, gleichfalls in niederländischer Sprache, eine Schrift: „Het Rechtsgezag“ (1917), welche, anlässlich der hierzulande erschienenen Kritiken, eine Verteidigung und Erläuterung der modernen Staatsidee enthielt. Diese Schrift ist in der hier vorliegenden mitverarbeitet worden, demzufolge diese deutsche Ausgabe eine Zusammenfassung der beiden obenerwähnten niederländischen Schriften bietet.

H. K.

LEIDEN, Mai 1919.

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
EINLEITUNG.	
DIE MODERNE STAATSIDEE	1
ERSTES KAPITEL	
STAATSAUTORITÄT UND RECHTSAUTORITÄT	3
I. Der Gegensatz zwischen der alten und der neuen Staatsidee	3
II. Das Aufkommen der modernen Staatsidee.	6
III. Die Bedeutung der modernen Staatsidee	9
ZWEITES KAPITEL.	
OBRIGKEITSGEWALT UND RECHTSGEWALT IN DER GE- SCHICHTE	12
I. Der Staat ursprünglich eine Rechtsgemeinschaft	12
II. Das Aufkommen der Obrigkeitsgewalt	12
III. Die Staatslehre des Altertums als die Lehre von der Gemeinschaftsordnung	15
IV. Die Staatslehre des Mittelalters als die Lehre von der Obrigkeitsgewalt	16
V. Die Bedeutung des Obrigkeitsvertrages und des Gesellschaftsvertrages unter dem Absolutismus	17
VI. Der Zusammenhang zwischen Obrigkeitsgewalt und Gemeinschaftsordnung bei Grotius und an- deren	20
VII. Die Staatslehre als die ausschliessliche Lehre von der Obrigkeitsgewalt	23

	Seite
VIII. Der Zusammenhang zwischen Obrigkeitsgewalt und Gemeinschaftsordnung in England . . .	25
IX. Die deutsche Staatsphilosophie unter dem ancien régime	26
X. Montesquieus Teilung der Gewalten; ein Erzeugnis der Staatslehre als Lehre von der Obrigkeitsgewalt	26
XI. Die Lehre von der Staatssouveränität im achtzehnten Jahrhundert	29
XII. Die Volkssouveränität Rousseaus	30
XIII. Das Aufkommen der modernen Staatsidee unter dem konstitutionellen System	32
XIV. Die Ersetzung der Obrigkeitsgewalt durch die Rechtsgewalt	36

DRITTES KAPITEL.

DIE GRUNDLAGE DER VERBINDLICHKEIT DES RECHTES	39
I. Der Begriff der Rechtssouveränität	39
II. Rechtsgewalt als Willensherrschaft	44
III. Kritik der Willensherrschaft	47
IV. Die Bedingungen für die Geltung des Rechtes .	48
V. Die Grundlage der Rechtsnorm	48
VI. Die Bekämpfung der Grundlage	56
A. Der normative Charakter des Rechtsbewusstseins	57
B. Obrigkeitsgewalt als Rechtsgewalt	61
C. Die Rechtssicherheit	67
D. Macht und Recht	70
VII. Das Recht als Gemeinschaftsnorm	76
VIII. Die Herrschaft der Majorität	80
IX. Beurteilung der an das Majoritätsprinzip geübten Kritik	87
X. Das individuelle Rechtsbewusstsein	92
XI. Die Qualität des Rechtsbewusstseins	98

INHALTSVERZEICHNIS.

IX

	Seite
XII. Die Erzeugung des Gesetzesrechtes	102
XIII. Die Gesetzgebung als Wirkung des organisierten Rechtsbewusstseins	106
XIV. Das ungeschriebene Recht	111
A. Inhalt	111
B. Notwendigkeit	113
C. Ergänzend	115
D. Abschaffend und umändernd	121
E. Gesetz und Recht	124
XV. Verstärkung der Herrschaft des Rechtes . . .	130
A. Die Verwaltung in Bezug auf Strafe und Exekution	131
B. Die weitere Aufgabe der Verwaltung . . .	139

VIERTES KAPITEL.

DIE RECHTSBILDUNG	145
I. Die Rechtsbildung als intellektueller Prozess	145
II. Der Einfluss der Kodifikation	147
III. Der Umschwung im Strafrecht	148
IV. Der Umschwung im Privatrecht	150
V. Der Einfluss auf die Rechtsprechung	152
VI. Die Obrigkeitsidee und das konstitutionelle Recht	155
VII. Die Obrigkeitsidee im Verwaltungsrecht . . .	159
VIII. Die Zwitterhaftigkeit der Systeme des Konstitu- tionellen und Verwaltungsrechtes	163
IX. Die prinzipiellen Folgen der alten und der neuen Staatslehre	165
A. Geltung des Rechtes	165
B. Monopol des Rechtes	165
C. Dauer der Geltung	166
D. Deutung des Gesetzes	167
E. Rechtsprechung	168

FÜNFTES KAPITEL.

	Seite
INTERESSE UND RECHTSBEWUSSTSEIN	171
I. Interessenkenntnis und Unparteilichkeit	171
II. Das Platonische Ideal	172
III. Das Königtum	173
IV. Der Intellekt	175
V. Das Gleichgewicht der Interessen	182
VI. Die Lösung des Konfliktes	184

SECHTES KAPITEL.

DEZENTRALISATION DER RECHTSBILDUNG	187
I. Dezentralisation auf Grund der Interessengemeinschaft	187
II. Die Ausbildung der Interessengemeinschaften zu Rechtsgemeinschaften	192
III. Das Manko an rechtsbildenden Organen	194

SIEBENTES KAPITEL.

DIE QUELLEN DES RECHTES	198
-----------------------------------	-----

ACHTES KAPITEL.

DIE RECHTSENTWICKLUNG	203
I. Das historisch Gewordene	204
II. Der Intellektualismus	212
III. Das Gefühlsleben	218

NEUNTES KAPITEL.

DER STAAT	226
I. Die alte Staatsauffassung	226

INHALTSVERZEICHNIS.

	XI
	Seite
II. Kritik	230
III. Die moderne Staatsauffassung	235
IV. Der Staat als Interessengemeinschaft	240
V. Ursprung des Staates als einer Interessengemeinschaft	243
VI. Ursprung des Staates als einer Rechtsgemeinschaft	250
VII. Die Organisation der Interessengemeinschaft	255

ZEHNTES KAPITEL.

DIE INTERNATIONALE RECHTSGEMEINSCHAFT	264
I. Die Autorität des internationalen Rechtes	264
A. Ableitung der Gewalt aus der Staatsgewalt	264
B. Kritik	267
II. Der Inhalt des internationalen Rechtes	270
A. Die Bedeutung des internationalen Rechtes für den Staat als eine Rechtsgemeinschaft	270
B. Die Subjekte des internationalen Rechtes	272
C. Der Zusammenhang zwischen dem nationalen und dem internationalen Recht	278
III. Die Erzeugung des internationalen Rechtes.	281
A. Die Organe	281
B. Gewohnheitsrecht	285
C. Vertragsrecht	286
D. Kontrakt und Vereinbarung	290
E. Gesetzgebung	294
F. Die innere Veränderung des internationalen Rechtes	298
G. Das Aufkommen eines Weltstaates	305

EINLEITUNG.

DIE MODERNE STAATSIDEE.

Der fundamentalen Frage nach dem Grunde der in der Staatsidee enthaltenen Herrschaft muss die Staatslehre ihre Aufmerksamkeit aufs Neue zuwenden. Der landläufige, aus der absoluten Regierungsform herstammende Staatsbegriff betrachtet den Staat als eine ursprüngliche, kraft seiner Natur mit dem Herrschaftsrechte ausgestattete Machterscheinung.

Nachdem die Lehre vom Rechtsstaat sich durchgesetzt hat, entsteht ein Konflikt zwischen diesem Begriffe und demjenigen einer ebenso ursprünglichen Machterscheinung: des Rechtes; was dazu führt, dass der Staat dem Rechte *untergeordnet* wird, oder, in der bekannten Formulierung LABANDS, „dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes“.

Die Staatslehre kann sich trotzdem nicht entschliesen, nun auch den alten Begriff des Staates als einer ursprünglichen Machterscheinung preiszugeben, und so verwickelt sie sich in einen unlösbaren Widerspruch, indem sie jetzt einen Dualismus der Macht, nämlich die Macht des Staates und diejenige des Rechts, zum Ausgangspunkte nehmen muss. Die Versuche, diesen Dualismus zu überwinden und die Unterordnung des Staa-

tes unter dem Rechte zu erklären, verfehlen ihr Ziel.

Aus der Praxis des Staatslebens tritt aber eine Staatsidee hervor, welche die Schwierigkeiten der Staatslehre beseitigt. Diese, die moderne Staatsidee, erkennt als herrschende Macht die unpersönliche Gewalt des Rechtes. Insofern stellt sie sich auf den Standpunkt der Lehre vom Rechtsstaat, wie dieselbe von LABAND formuliert wurde. Sie zieht aber aus dem dieser Lehre zugrunde liegenden Gedanken die letzten Konsequenzen, behauptet nicht mehr, dass der Staat sich dem Rechte unterordnet, sondern dass die Autorität des Staates nichts weiter *ist* als die Autorität des Rechtes. Es giebt also nur noch Eine herrschende Macht, nämlich die Macht des Rechtes. Der Staat wird, dieser Auffassung zufolge, nicht vom Rechte bezwungen, sondern er ist von der Autorität des Rechtes erfüllt. Das Recht ist nicht eine übergeordnete und der Staat eine untergeordnete Macht, sondern die im Staate gegebene Autorität und die Autorität des Rechts sind identisch, so dass die Grundlage der Herrschaft des Staates mit der bindenden Kraft des Rechtes zusammenfällt.

Diese moderne Staatsidee darzustellen beabsichtigt die vorliegende Schrift.

ERSTES KAPITEL.

STAATSAUTORITÄT UND RECHTSAUTORITÄT.

I. *Der Gegensatz zwischen der alten und der neuen Staatsidee.* Die moderne Staatsidee, so wie sie die Einleitung andeutet, war in der Praxis des Staatslebens schon zur Herrschaft gelangt, als die Staatslehre noch immer den alten, dem Absolutismus entnommenen Staatsbegriff behauptete. Nicht oder nicht in genügendem Maasse hat sie die Veränderung in den Herrschaftsverhältnissen beachtet, welche seit etwa einem halben Jahrhundert sich allmählich vollzieht.

Jahrhunderte lang ist unser Leben beherrscht gewesen von der Vorstellung einer *Obrigkeit*, also eines Subjektes, welches das Recht hatte zu befehlen, und eines *Volkes*, welches diesem Subjekte unterworfen war, also der Obrigkeit gegenüber in einem Untertanenverhältnis stand. Jenes Subjekt fand man entweder in einem Fürsten oder in einem Kollegium verkörpert; das Herrscherrecht wurde also als ein persönliches Recht aufgefasst. Seit dem Mittelalter hat die Staatslehre stets wieder die Frage erörtert, woher dieses persönliche Obrigkeitsrecht stamme und zu welchen Zwecken es angewendet werden müsse, wo also die Grenzen des der Obrigkeit zustehenden Befehlsrechtes zu finden seien. Die auf diese Fragen sich beziehenden Theorien können wir hier unberücksichtigt lassen, da praktisch der Wille

der Obrigkeit, eben weil er der Wille der *Obrigkeit* war, als für sämtliche Untertanen bindend anerkannt wurde.

Neben der Autorität der Obrigkeit stand aber von Anfang an, sogar schon vor der Ausbildung der Obrigkeitsidee, eine andere Autorität: diejenige des Rechtes. Dieses Recht beherrschte die wechselseitigen Verhältnisse zwischen den Volksgenossen, und wurde während langer Zeit als eine gleich selbständige Quelle der Gewalt, wie die in der Obrigkeit gegebene, angesehen. Von mehreren Seiten ist die Tatsache festgestellt worden, dass die Gewalt der Obrigkeit vor dem sogenannten Volksrechte Halt machen musste. Nur unter Mitwirkung derjenigen Volksgenossen, deren gesellschaftliche Bedeutung im Rechte ihren Ausdruck gefunden hatte, konnte die Obrigkeit dieses Volksrecht ändern. Und auch für jede Verkürzung der Rechte der Volksgenossen zu gunsten der Obrigkeitsinteressen, also etwa für Expropriation und Steuererhebung, war die Genehmigung der betreffenden gesellschaftlichen Klasse erforderlich. Fürs übrige wuchs und veränderte sich das Volksrecht ohne Mitwirkung der Obrigkeit, und beschränkte diese sich darauf, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten.

In diesem Verhältnis zwischen Obrigkeit und Volksrecht brachte nun das achtzehnte Jahrhundert eine Veränderung zugunsten der Obrigkeit. Indem die Obrigkeit sich in zunehmendem Maße um die verschiedenartigsten öffentlichen Interessen zu kümmern begann, und indem auf diesem Gebiete die von ihr erlassenen Vorschriften sich häuften, trat stets mehr, ne-

ben dem alten gemeinen Rechte, auch ein sogenanntes öffentliches Recht als herrschende Macht im gesellschaftlichen Leben hervor. Von diesem öffentlichen Recht war nicht zu bezweifeln, dass es seine Gültigkeit ausschließlich dem Willen der Obrigkeit verdankte; musste nun auch nicht die bindende Kraft jenes anderen, im Volksrechte vorliegenden Teiles der Gemeinschaftsordnung, auf die Autorität der Obrigkeit zurückgeführt werden? Dieses Recht war zwar nicht von der Obrigkeit gebildet und erlassen worden; die Sorge für die Aufrechterhaltung desselben hatte aber doch jedenfalls die Obrigkeit übernommen. Eben hier, in dieser Sorge für die Handhabung auch des Volksrechtes, lag der Anknüpfungspunkt, dessen man bedurfte um die bindende Kraft alles und jedes Rechtes in dem Willen der Obrigkeit begründen zu können. Damit war der Dualismus zweier selbständigen Autoritäten, derjenigen des Rechtes und derjenigen der Obrigkeit, beseitigt. Die im achtzehnten Jahrhundert beliebte Auffassung des Rechtes als eines Produktes der Vernunft musste dieser Lehre eine Stütze gewähren, denn diese Vernunft war weit mehr bei der Obrigkeit als beim Volke zu finden. Und als vollends die Obrigkeitsgewalt von dem alten historischen Subjekte auf das Volk übertragen wurde, verstärkte auch noch die Lehre von der Volkssouveränität, für welche Volksrecht und Obrigkeitsrecht zusammenfallen, die Tendenz, alles Recht als Obrigkeitsrecht anzusehen.

In dieser Weise wurde theoretisch und praktisch der Gedanke von der Alleinherrschaft des Gesetzes, als der Offenbarung des Obrigkeitswillens und demnach

auch des Rechtes, durchgeführt. Die Obrigkeitssidee erreichte damit ihre höchste Entfaltung. Und es ist diese Obrigkeitssidee welche noch immer die Staatslehre in ihrem Banne gefangen hält. Nur hat man sich von dem Gedanken, dass der Obrigkeit ein persönliches Befehlsrecht zukomme, zu befreien gesucht. Nicht der König, sondern der *Staat* wird jetzt als das Subjekt der Obrigkeitssgewalt anerkannt; da aber der Staat als eine Rechtsperson betrachtet wird und demnach zum Wollen und zum Handeln Organe nötig hat, werden diese Organe wieder zu Trägern der Obrigkeitssgewalt und ist tatsächlich die Obrigkeitssidee, auch was das *persönliche* Befehlsrecht anbelangt, unberührt geblieben. Dieser Obrigkeit, oder nach moderner Terminologie dem Staate, wird nun jene unübersteigliche Macht zuerteilt, von welcher in der Literatur so vielfach die Rede ist. Die Staatsmacht, so heisst es bei MAURENBRECHER, ist unwiderstehlich, unfehlbar, heilig; OTTO MAYER spricht von der „unbedingten Uebermacht der Staatsgewalt“, von „des Staats Fähigkeit eines rechtlich überwiegenden Willens“; JELLINEK von „unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen andere“; LABAND von der „Herrschaft“ als dem „spezifischen Vorrechte des Staates“; und alle diese Bestimmungen stammen in gerader Linie aus der Idee der absoluten Monarchie.

II. *Das Aufkommen der modernen Staatsidee.*
 Die Staatsidee, welche in einem vorausgesetzten, bestimmten Personen zukommenden, wenn auch im Namen der Rechtsperson Staat ausgeübten Befehlsrecht

ihren Schwerpunkt hat, gerät nun bei der Durchführung des konstitutionellen Systems ins Wanken. Der Wille des alten historischen Subjektes der Obrigkeitsgewalt ist an und für sich nicht mehr bindend; die Mitwirkung des Parlamentes ist erforderlich. In dem Parlamente aber ist es eine wechselnde, bald aus diesen, bald aus jenen Personen zusammengesetzte Majorität, deren Mitwirkung genügt; weshalb die dem Parlamente zustehende Ausübung der Obrigkeitsgewalt wenigstens nicht mehr in den Händen bestimmter Personen ruht. In dem Maasse nun, als die entscheidende Macht im Staate stets mehr dem Parlamente zufällt, stellt sich heraus, dass das Gesetz seine Geltung einer abstrakt gedachten, in concreto stets wechselnden Obrigkeit, welche man zum „Gesetzgeber“ hypostasiert, verdankt, und dass also die Herrschaft des Gesetzes einer anderen Stütze bedarf als derjenigen, welche in dem Willen der Parlamentsmitglieder gegeben ist.

Indem nun bereits diese Sachlage die Notwendigkeit mit sich führt, in dem Gesetze etwas anders zu erblicken als den Willen der althergebrachten Obrigkeit, begünstigt die Tatsache, dass das Parlament durch das Volk und aus dem Volke gewählt wird, die Auffassung desselben als eines Organes des Rechtsbewusstseins des Volkes, wonach es also dieses Rechtsbewusstsein wäre, welches im Gesetz seinen Ausdruck findet. Damit ist eine völlig neue Grundlage für die Herrschaft des Gesetzes in den Gesichtskreis getreten. Nicht der Wille einer nur in der Einbildung gegebenen Obrigkeit, sondern die Rechtsüberzeugung des Volkes erteilt dem Gesetze seine bindende Kraft; das *Gesetz* gilt also nur

kraft des *Rechtes*, welches sich darin verkörpert.

Mit diesen neuen theoretischen Einsichten in bezug auf die Geltung des Gesetzes geht nun praktisch, als eine weitere Folge des konstitutionellen Systems, die Möglichkeit einher, den früheren Träger der obrigkeitlichen Gewalt, den König, dem Gesetze unterzuordnen. In der Praxis wurde schon angenommen, dass der Staat an das gemeine bürgerliche Recht gebunden sei; die Erklärung suchte man in einer theoretischen Konstruktion, welche dem Staate eine doppelte Persönlichkeit verlieh, deren eine, der „Staat-Fiskus“ wohl, die andere, der „Staat-Obrigkeit“, dagegen nicht dem für alle gültigen Rechte unterworfen war. Unter der Herrschaft des konstitutionellen Systems aber, wo der König und das Parlament zusammen die Gesetze erlassen, brauchte man nicht mehr diese Konstruktion um die Geltung des gemeinen Rechtes auch für die Obrigkeit zu begründen. In Wirklichkeit war ja das Gesetz, als ein Erzeugnis des Königs *und* der Volksvertretung, der eigentlichen Obrigkeit übergeordnet. Und demzufolge konnte auch für das öffentliche Recht die Suprematie des Gesetzes ohne Schwierigkeit anerkannt werden. Unter dem Schlagworte des „Rechtsstaates“ ist diese Suprematie Schritt für Schritt durchgeführt worden. Zunächst bloss in der Form einer *Beschränkung* der Obrigkeitengewalt; dann in der Forderung einer *Ersetzung*, soweit wie möglich, des blossen Obrigkeitswillens durch das Recht; und endlich in dem unbedingten Siege des Rechts, *mit Ausschluss jeder ursprünglichen Obrigkeitengewalt*. Damit hat sich eine vollständige Umkehr vollzogen. Die Obrigkeit, als eine originäre Quelle

der Gewalt mit Anspruch auf unbedingten Gehorsam, fällt weg, — genau so, wie früher das Recht, als eine unabhängig der Obrigkeit gegenüberstehende verpflichtende Macht, in Wegfall gekommen war.

III. *Die Bedeutung der modernen Staatsidee.* Wenn nun gefragt wird, welcher grosse Gedanke damit den Sieg errungen hat, so können wir antworten, dass eine *geistige Macht* an die Stelle einer *persönlichen Gewalt* getreten ist. Wir leben jetzt nicht mehr unter der Herrschaft von Personen, seien es natürliche oder konstruierte (Rechts-) personen, sondern unter der Herrschaft von Normen, geistigen Kräften. Darin offenbart sich *die moderne Staatsidee*. Das alte Fundament, welches bisher im wesentlichen das Leben der Gemeinschaft getragen hat, die persönliche Obrigkeitsgewalt, hat einem anderen Platz machen müssen (oder macht wenigstens in zunehmendem Maasse einem anderen Platz), welches der geistigen Natur des Menschen entnommen ist. Hier liegt die Quelle, aus welcher *reelle* Kräfte entspringen, und durch welche Pflichten zu lebendigem Bewusstsein erwachen. Diese Kräfte herrschen, im strengsten Sinne des Wortes. Denn diesen Kräften kann, eben weil sie aus der geistigen Natur des Menschen hervorgehen, freiwillig Gehorsam geleistet werden; nur darin, dass wir freiwillig ihrer Führung folgen, hat die Macht, welche sie ausüben können, ihre Wurzeln. Eine solche geistige Kraft lässt, und lässt fortwährend aufs neue, das *Recht* geboren werden. In demjenigen, was als Rechtsinstinkt, Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein in uns wirkt und als eine ursprüng-

liche Macht von Natur in unserem Innern lebt, liegt der Grund jener Gewalt, welche uns nötigt in einer Gemeinschaft zu leben, und der Grund der Herrschaft, welche in der Staatsidee enthalten ist. Wir lokalisieren den Staat also nicht mehr in einer Obrigkeit, sondern wir finden ihn überall, wo das Recht seine verpflichtende Kraft erkennen läßt. Was jetzt in der Praxis des Lebens noch stets mit dem alten Namen der Obrigkeit geschmückt erscheint, ist ein Mensch oder ein Kollegium, dem das Recht eine Aufgabe zuerteilt hat, — nicht also ausgerüstet mit einer vom Rechte unabhängigen Macht, welche in dem Willen jenes Menschen oder jenes Kollegiums ihren Ausdruck fände.

Die Staatslehre hat von alledem nicht Notiz genommen; sie hat sich dauernd an die alte Obrigkeitsidee festgeklammert. Sie kann nicht verkennen, dass auf jedem Gebiet, auch auf demjenigen der internationalen Beziehungen, die Herrschaft des Rechtes im Wachsen begriffen ist; aber sie schreckt zurück vor dem prinzipiellen Schritt: die Obrigkeitsidee preiszugeben, die Macht des Staates auf die Autorität des Rechtes zurückzuführen, also die Tatsache der Rechtssouveränität anzuerkennen. Es fällt eben schwer, sich von dem durch eine Tradition von Jahrhunderten getragenen Begriff der persönlichen Gewalt und von der zu diesem Begriff passenden Terminologie zu befreien. Daher denn jene künstlichen juristischen Konstruktionen, welche, indem sie die herrschende Macht des Rechtes anerkennen, dennoch die Obrigkeitsidee zu retten versuchen. Wir kennen diese Konstruktionen, wie etwa diejenige JELLINEKS, welche eine „Selbstverpflich-

tung" der Obrigkeit annimmt, um die Unterordnung derselben unter dem Recht aufrecht erhalten zu können. Wir kennen jene Hypertrophie der Macht, welche man mit Worten bei dem König hervorrufft, während man bei der Ausübung dieser Macht den König nach allen Seiten an das Recht bindet. Wir kennen den Sophismus der Unterscheidung zwischen der Macht an und für sich und der Ausübung derselben. So ergeht man sich in juristischer Dialektik, während das praktische Staatsleben uns bereits die Wirksamkeit einer ganz anderen Idee offenbart. Für diese, die moderne Staatsidee, welche dem Obrigkeitsgedanken mit seinem Postulate einer ausserhalb des Rechtes stehenden Macht gerade gegenübersteht, ist also jetzt volle Aufmerksamkeit zu fordern, damit man klar einsehe, dass auch in den politischen Gemeinschaften in wachsendem Maasse nicht äussere Mächte, sondern innere, im Menschen lebende und aus dem Menschen heraus wirkende geistige Kräfte herrschen. Ueberall, auf jedem Gebiete des gesellschaftlichen Lebens tritt der neue Machthaber, das Recht, hervor, mit der vollen Gewissheit, dass dereinst über das ganze Erdreich ihm jene unbeschränkte und ungeteilte Herrschaft zufallen wird, wohin die Sehnsucht der Besten unseres Geschlechtes zu allen Zeiten ausgegangen ist.

ZWEITES KAPITEL.

OBRIGKEITSGEWALT UND RECHTSGEWALT IN DER GESCHICHTE.

I. *Der Staat ursprünglich eine Rechtsgemeinschaft.*

Die wechselseitige Abhängigkeit, welche von den frühesten Zeiten an zwischen den Menschen bestanden hat, hat dieselben, wie soziologische und historische Forschungen festgestellt haben, dazu genötigt, in einer Ordnung zu leben, welche ihnen keineswegs von außen, also von einer Obrigkeit, auferlegt wurden, sondern vielmehr aus der Wirkung zahlreicher instinktiver, erst später differenzierter Gefühle entstanden war. Hier findet sich der Urtypus einer Gemeinschaft, in welcher Pflichten gelten, ohne ihre Sanktion einer Obrigkeit zu verdanken.

II. *Das Aufkommen der Obrigkeitsgewalt.* Eine Obrigkeit tritt erst dann auf, wenn der Stamm, vermutlich aus militärischen Rücksichten, ein Oberhaupt anerkennt und diesem Gehorsam leistet. Dieses Oberhaupt entlehnt anfangs seine Rechte der Gemeinschaftsordnung; seine Befugnisse haben daher ihren Ursprung in der nämlichen Gewalt, welche auch die gegenseitigen Beziehungen zwischen den Volksgenossen beherrscht. Wenn also die moderne Staatslehre ausschließlich die Autorität des Rechtes, und nicht mehr eine selbständige ursprüngliche Autorität der Obrigkeit als bindend

anerkennt, so bedeutet das eine Rückkehr zum ursprünglichen Verhältnis zwischen dem Haupte der Gemeinschaft und dieser Gemeinschaft selbst, insofern als damals aus der Ordnung dieser Gemeinschaft die Gewalt jenes Hauptes entsprang, und also ausschließlich die Autorität jener Ordnung als die Quelle der Herrschaft anerkannt wurde.

Das ursprüngliche Verhältnis des Fürsten zur Gemeinschaft hat sich aber nicht behaupten können. Dafür wäre nötig gewesen das Fortdauern einer geordneten Rechtserzeugung; eben diese aber wurde durch den Wegfall der Volksversammlung oder Volksvertretung, welche sie besorgte, unterbrochen. Zwar tritt zeitweise in der Organisation des Staates eine Ständeversammlung hervor; aber diese ist nicht auf die Rechtsbildung eingerichtet, sie ist vor allem eine Vertretung von Interessen. Ihr Ursprung und ihr Daseinsgrund liegt in der Einschränkung der fürstlichen Gewalt, in der Verteidigung der Rechte und Privilegien der Stände. Eben der Wegfall eines Volksorganes für die Rechtsbildung machte es der Gemeinschaft weiterhin unmöglich, zwischen der in ihr gültigen Ordnung und der Gewalt des Oberhauptes eine Verbindung herzustellen, welche diese Gewalt als ein Erzeugnis der Gemeinschaftsordnung aufzufassen gestattete.

Ausserdem aber gelang es dem Oberhaupte, indem es sowohl grossen Grundbesitz erwarb wie auch Heer und Beamte sich dienstbar machte, eine grosse gesellschaftliche Macht für seine Zwecke zu organisieren. Mit dem Anwachsen dieser Macht, und nicht weniger durch das Erblichwerden der Würde des Oberhauptes,

tritt eine faktische persönliche Gewalt von so gewaltigem Umfang hervor, dass dieselbe sich von jeder Macht, auch von derjenigen der im Volke herrschenden Rechtsordnung, unabhängig machen konnte und *re vera* unabhängig machte. Von diesem Augenblicke an herrschen über die Gemeinschaft tatsächlich zwei verschiedene, nicht aufeinander zurückführbare Gewalten, nämlich die uralte Gewalt des Rechtes, und die neue Gewalt, welche sich als Obrigkeitengewalt anmeldete. Häufig fallen die beiden Gebiete, welche von der einen und von der anderen Gewalt beherrscht werden, nicht zusammen. In Deutschland findet man innerhalb des Gebietes, wo ein identisches Recht gilt, mehrere selbständige Obrigkeiten; in Frankreich verhält es sich genau umgekehrt, indem ein grosses Obrigkeitengebiet in mehrere besondere Rechtsgebiete mit eigener Jurisdiktion (Parlamenten) zerfällt.

Zugleich mit dem Hervortreten einer besonderen, von der Gewalt des Rechtes unterschiedenen Obrigkeitengewalt entstand nun das Bedürfnis, diese Gewalt als eine rechtmässige, der Gewalt des Rechtes gegenüber selbständig fundierte zu begründen. Bis zum heutigen Tage hat die Staatslehre sich dieser Aufgabe unterzogen, und die Obrigkeitengewalt, mit fast gänzlicher Vernachlässigung der Rechtsgewalt, in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen gestellt; demzufolge sich denn behaupten lässt, dass seit dem Mittelalter die Staatslehre nichts weiter gewesen ist als eine Lehre von der Obrigkeitengewalt, während der Staatsbegriff sich in eine Umschreibung der mit jener Gewalt verbundenen Machtsorganisation auflöste.

III. *Die Staatslehre des Altertums als die Lehre von der Gemeinschaftsordnung.* Dies war anders im griechischen Altertum. Dort trat die Volksorganisation, die Gemeinschaftsordnung, weit mehr in den Vordergrund als die Machtsorganisation. Der Gedanke einer mit eigener, selbständiger Gewalt bekleideten Obrigkeit wird man in der griechischen Staatslehre kaum finden. Die Republik PLATOS versucht eine Klassenordnung zu entwerfen, in welcher die Gerechtigkeit sich verwirklicht. Und in seinen „Nomoi“ lässt PLATO nicht Personen, sondern nur Gesetze, also eine unpersönliche Gewalt, als Herrscher auftreten. Bei ARISTOTELES wird der Machtsorganisation mehr Aufmerksamkeit geschenkt; auf ihn ist ja die Einteilung dieser Organisation in Monarchie, Aristokratie und Demokratie (Timokratie) zurückzuführen; dieselbe hat aber keine prinzipielle Bedeutung, und weist nicht auf eine Unterscheidung zwischen Recht und Obrigkeit hin. Sie ist nur eine Organisationsform, in welcher die Autonomie der Gemeinschaft, als einer Bedingung für die sittliche Entwicklung des Menschen oder der Menschheit, zum Ausdruck gelangt; ein ethischer Zweck, welcher auch die platonische Staatsauffassung beherrscht. Wenn also, unter Verweisung nach den Schriften PLATOS und ARISTOTELES', von der griechischen Staatsidee geredet wird, so bedeutet diese Idee nicht ein Verhältnis wie dasjenige zwischen Obrigkeit und Volk, sondern vielmehr ein solches zwischen Individuum und Gemeinschaft. Dabei wird der Nachdruck gelegt auf die natürliche Einordnung des Menschen in die denselben umfassende Gemeinschaft; demzufolge denn eine Unter-

ordnung unter einer äusseren Gewalt, wie dieselbe später in der Monarchie zum Ausdruck kam, hier nicht hineinpasst, und also der Staat als Obrigkeitsverhältnis nicht zum Bewusstsein gelangen kann. In der Philosophie der Stoa tritt dann die Idee der Gemeinschaft noch mehr hervor, indem sie sich auf die ganze Menschheit ausdehnt, und wo eine naturrechtliche Ordnung die Beziehungen zwischen den Gliedern jener Gemeinschaft bestimmt, während eine politische Organisation vollständig fehlt.

IV. *Die Staatslehre des Mittelalters als die Lehre von der Obrigkeitsgewalt.* Die durch den Gegensatz Obrigkeit: Untertan charakterisierte Auffassung finden wir zuerst im Mittelalter, nachdem sich tatsächlich eine Obrigkeitsgewalt ausserhalb der Gemeinschaftsordnung entwickelt hatte. Im Mittelalter richtet sich die ganze Aufmerksamkeit auf die politische Organisation, und wird die Gemeinschaft und die damit gegebene Rechtsordnung aus den Augen verloren. Obrigkeitsgewalten sind es, deren Zusammenstoss in der Staatslehre wiederhallt; Kaiser und Pabst, die Personifikationen der weltlichen und der geistlichen Gewalt, kämpften um die Hegemonie. Die Staatslehre interessiert sich also ausschliesslich für die politische Organisation; von der Gemeinschaft und von ihrer Ordnung ist in der Staatslehre kaum mehr die Rede. Nach einem von der Kirche unabhängigen Fundament der weltlichen Obrigkeitsgewalt wird eifrig gesucht, — bis die Tatsache von der Selbständigkeit der Staatsgewalt sich so übermächtig aufdringt, dass die Begründung derselben ge-

genüber der Kirche ihre Wichtigkeit einbüsst, und von jetzt an die Bedeutung der Obrigkeit gegenüber dem beherrschten Volke zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird. Es ist aber bemerkenswert, dass im Mittelalter, sofern die griechische Philosophie wieder mehr Terrain gewinnt, auch die Gemeinschaft, der Volksverband, von Neuem in die Betrachtung hineinbezogen wird. Es zeigt sich dies hauptsächlich bei THOMAS VON AQUIN, der mit der aristotelischen Philosophie auch die griechische Staatsidee, welche die Herrschaft aus der natürlichen Unterordnung des Individuums unter die Gemeinschaft herleitet, wieder zu neuem Leben erweckt. Jedoch macht er keinen Versuch, aus diesem Gesichtspunkte das Verhältnis zwischen der damaligen Obrigkeitsgewalt und der Rechtsorganisation des Volkes zu erörtern; und in der Tat gab es dazu für ihn keine Veranlassung, da auch seine Staatslehre an erster Stelle darauf gerichtet war, die dienstbare Stellung der Obrigkeitsgewalt den Zielen der Kirche gegenüber zu begründen.

V. *Die Bedeutung des Obrigkeitsvertrages und des Gesellschaftsvertrages unter dem Absolutismus.* Nach dem Mittelalter, als die Selbständigkeit der Obrigkeit gegenüber der Kirche eine gesicherte Tatsache geworden war, behauptet sich doch noch immer die Obrigkeit im Mittelpunkte des Interesses, jetzt aber mit dem Ziele, dem erstarkenden Absolutismus gegenüber die Schranken ihrer Macht zu bestimmen. Die Staatslehre verwendet dazu bekanntlich die Konstruktion des Obrigkeitsvertrages, welche auch schon dazu

gedient hatte, der weltlichen Gewalt ein eigenes Fundament gegenüber demjenigen der Kirche zu sichern. Dieser Vertrag geht von der Gemeinschaft, der *universitas populi* aus, und denkt sich diese durch die Magnaten des Landes vertretene Gemeinschaft als eine Partei, welche unter bestimmten Bedingungen dem Fürsten die Obrigkeitsgewalt auf- oder überträgt. Solange es nur darauf ankam, auf diesem Wege für die weltliche Obrigkeit ein besonderes Fundament im Gegensatze zum göttlichen Ursprung der Kirche zu behaupten, wurde die mit jener *universitas populi* gegebene Gewalt keiner weiteren Untersuchung unterzogen. Als man jedoch anfing, im Obrigkeitsvertrage eine Grenzbestimmung für die Macht der Obrigkeit dem Volke gegenüber zu suchen, lag es nahe, nach dem Ursprung der bei der Volksgemeinschaft beruhenden, weil doch von ihr auf- oder übertragenen Gewalt zu forschen. Man nimmt allgemein an, dass der Erste, welcher sich speziell mit dieser Untersuchung beschäftigt hat, ALTHUSIUS gewesen ist (*Politica methodice digesta*, 1610). Und nun ist es überraschend zu bemerken, dass zwar auch ALTHUSIUS, um zur Obrigkeitsgewalt zu gelangen, ein *pactum subjectionis* voraussetzt, dass aber für dieses *pactum* in seinem Systeme eigentlich kein Platz ist, da mit der Entstehung der Gemeinschaft, durch den sogenannten Gesellschaftsvertrag, auch die verschiedenen Organe für das Besorgen der Gemeinschaftsinteressen hervorgerufen werden. Die Obrigungsorganisation ist, ebenso wie die Rechtsordnung zwischen den Volksgenossen, ein Erzeugnis des Gesellschaftsvertrages. Eine mit allen erfordernten Organen vollständig ausge-

rüstete Gemeinschaft tritt durch den Gesellschaftsvertrag ins Dasein. Und demzufolge ist ALTHUSIUS der erste Schriftsteller, welcher genau genommen (wenn man seinen Obrigkeitsvertrag hinwegdenkt) Obrigkeitsgewalt und Rechtsgewalt nicht auf verschiedene Fundamente stellt, sondern die erstere als ein Stück der Gemeinschaftsordnung auffasst, so zwar, dass die Obrigkeit und die mit ihr zusammenhängende Machtsorganisation nicht unabhängig vom Rechte und ausserhalb des Rechtes existieren, sondern vielmehr im Rechte wurzeln. Dennoch finden wir, wie oben bemerkt wurde, auch bei *Althusius* noch einen Obrigkeitsvertrag, obgleich die Gemeinschaft, auch für die Erfüllung der Obrigkeitssaufgabe, vollständig mit allem Nötigen ausgestattet ist. Durch Vermittlung seiner höchsten Organe, der Ephoren, schliesst das organisierte Volk einen Obrigkeitsvertrag ab, durch welchen ein *summus magistratus* angestellt und mit beschränkter Obrigkeitsgewalt ausgerüstet wird, mit dem Vorbehalte des Widerrufs im Falle des Missbrauchs. Seine Erklärung findet aber dieser im Zusammenhang der Althusiusschen Lehre überflüssige Vertrag in der Organisation des deutschen Reiches, welche ihm offenbar als Muster vorgeschwebt hat, und in welcher dem deutschen Kaiser so ungefähr die Rolle des *summus magistratus* zufiel. Mit Rücksicht auf den Inhalt, welche er dem Gesellschaftsvertrage giebt, ist ja in seiner Staatslehre ein solcher Vertrag überflüssig, da alles ohne Obrigkeitsvertrag und ohne den *summus magistratus* genau so glatt verläuft wie mit denselben. Wenn also ALTHUSIUS sich der Bedeutung, welche in seiner Staatslehre

dem Gesellschaftsvertrage zugestanden wird, besser bewusst gewesen wäre, so würde man ihn den Vater der Lehre von der Rechtssouveränität nennen können, nur mit dem Vorbehalt, dass als Grundlage dieser Souveränität jetzt nicht mehr die Fiktion eines Gesellschaftsvertrages angenommen wird.

VI. *Der Zusammenhang zwischen Obrigkeitsgewalt und Gemeinschaftsordnung bei Grotius und anderen.* Auch bei GROTIUS finden wir, dass zwischen Obrigkeitsgewalt und Gemeinschaftsordnung ein Band gelegt wird, aber hier ist dieses Band viel weniger bedeutsam als bei ALTHUSIUS.

Der Ausgangspunkt bei GROTIUS ist folgende Begriffsbestimmung der civitas: „est autem civitas coetus perfectus liberorum hominum, iuris fruenti et communis utilitatis causa sociatus“ (I, cap. I, § XIV, 1). Zu betonen ist in dieser Begriffsbestimmung der „coetus *perfectus*“, womit ein solcher Zusammenhang gemeint ist, dass die „summa potestas“ daraus hervorgeht oder wenigstens darin enthalten ist. Soweit gehen also GROTIUS und ALTHUSIUS den gleichen Weg. Es kann jedoch jene summa potestas ganz von der Gemeinschaft losgelöst werden, entweder mittels Entäußerung, wenn das Volk darauf zu gunsten eines anderen (des Fürsten) verzichtet, oder wenn jene potestas von einem Fürsten erobert wird, in welchem Falle dieser sie als ein patrimoniales Gut besitzt (I, cap. III, § XI, 1). Nur dann wird die Anerkennung der Gemeinschaft als Quelle der summa potestas bedeutsam, wenn diese Macht verloren geht oder wenn die regierende Familie

ausstirbt; sie kehrt dann zum Volk zurück, welches wieder „sui iuris“ wird (I, cap. III, § VI und II, cap. IX, § VIII). Diese Verbindung zwischen der Gemeinschaft (civitas) und der summa potestas, mitsamt der Möglichkeit, dass letztere in den Besitz eines anderen als des Volkes gelangt, bringt GROTIUS dadurch zum Ausdruck, dass er sagt, die summa potestas könne ein doppeltes Subjekt haben, nämlich das Volk und den Fürsten. Das Volk nennt er das *subjectum commune*, den Fürsten das *subjectum proprium*. Den Grund, weshalb er in bezug auf das Volk von einem *subjectum commune* spricht, deutet er mit folgenden Worten an: „Nam imperium quod in rege est ut in capite, in populo manet ut in toto, cuius pars est caput“. Mit diesen letzteren Worten: „cuius pars est caput“, wird aufs neue dem Gedanken Ausdruck verliehen, dass die Macht des Fürsten ein Teil der Gemeinschaftsordnung ist.

In den Werken anderer Schriftsteller wird dieses Verhältnis durch den Gegensatz der *majestas realis* und *personalis* zum Ausdruck gebracht. Keineswegs wird damit, wie GIERKE glaubt, eine doppelte Souveränität angenommen. Die summa potestas ist entweder beim Volke (der Gemeinschaft oder civitas), oder beim Fürsten. Aber man fühlt heraus, dass zwischen dem Volke und der summa potestas, auch wo diese dem Fürsten zukommt, ein Zusammenhang besteht, indem beide Anteil an der *majestas* haben, und eben dies wird in der vorliegenden Terminologie zum Ausdruck gebracht. Durch diese Terminologie wollte man Obrigkeit und Gemeinschaft von einander absondern, und

zugleich den Zusammenhang zwischen beiden erkenntlich machen. GROTIUS hat es aber nicht weiter gebracht als bis zur Einsicht, dass die Obrigkeit, die *summa potestas*, aus dem Gemeinschaftsleben entspringt: dass sie aber daraus in der gleichen Weise entspringt, wie auch das Recht sich in der Gemeinschaft erzeugt, da ja die Machtorganisation in Grund und Wesen eine Rechtsorganisation ist, — von diesem Gedanken ist GROTIUS viel weiter entfernt als ALTHUSIUS, weil jener, ebenso wie seine Vorgänger und noch viele Spätere, überall von einer persönlichen Gewalt und von einem persönlichen Recht auf die Gewalt (durch Entäusserung oder Eroberung gewonnen) ausgeht. Demzufolge musste man, um zwischen der Gemeinschaft und dem Fürsten eine Verbindung herzustellen, zu solchen erkünstelten Unterscheidungen wie denjenigen von *subjectum commune* und *subjectum proprium*, oder von *majestas realis* und *majestas personalis* seine Zuflucht nehmen.

Im Gegensatze zu ALTHUSIUS, welcher die Verbindung der *summa potestas* mit dem Volke (der Gemeinschaft oder der *civitas*) für unverbrüchlich hält, erkennt GROTIUS die Möglichkeit einer Trennung an, da der Fürst auch durch Eroberung zur Staatsmacht gelangen kann, und dann darüber, wie über ein *patrimoniales* Gut, verfügen darf. In der Geschichte der Staatslehre erweitert sich nun je länger je mehr die Kluft zwischen dem Staate oder der Obrigkeit und der Gemeinschaft, und tritt die Bedeutung der Gemeinschaft und ihrer Ordnung für die Erklärung der Obrigkeitsgewalt entsprechend zurück. Für nichts sonst als für den

Staat als Machterscheinung, für die Obrigkeitse-
gewalt, hat man Augen.

VII. *Die Staatslehre als die ausschliessliche Lehre von der Obrigkeitse-
gewalt.* Der erste, der sich ausschlies-
slich mit dem Staate als Machtorganisation beschäf-
tigt, ist HOBBS. Für ihn ist die Obrigkeit nicht ein
Erzeugnis der Gemeinschaft, sondern umgekehrt die
Gemeinschaft ein Erzeugnis der Obrigkeitse-
gewalt. Das Leben im Naturzustande hat für den Menschen so
grosse Nachteile, dass er, unter der Führung der Ver-
nunft, sich an andere anschliesst um eine unwidersteh-
liche Gewalt, welche Recht, Ordnung und Sicherheit zu
verbürgen vermag, ins Leben zu rufen. Hier wird der
Gesellschaftsvertrag nicht dazu verwendet, eine Ge-
meinschaft (civitas) ins Dasein zu rufen, welche, ein-
mal existierend, sich durch einen Obrigkeitse-
vertrag der Gewalt und der Macht eines Fürsten oder Königs un-
terordnet, womit dann die Obrigkeit eingesetzt worden
ist, — sondern der Gesellschaftsvertrag lässt nach
HOBBS unmittelbar jene höchste Gewalt hervortreten.
Er erläutert dies durch eine scharfsinnige Konstruk-
tion, indem er nämlich die Volksgenossen miteinander
übereinkommen lässt, dass jeder alle seine Rechte einer
Person oder einem Kollegium abtritt, unter der Bedin-
gung, dass jeder andere ein Gleiches tut. „Ego huic
homini, vel huic coetui, auctoritatem et ius meum
regendi meipsum concedo, ea conditione ut tu quoque
tuam auctoritatem et ius tuum tui regendi in eundem
transferras.“ Wenn dies geschehen ist, entsteht die
Respublica. „Atque haec est generatio magni illius Le-

viathan, vel, ut dignius loquar, mortalis Dei cui pacem et protectionem sub Deo immortali debemus omnem."

Wir haben es also hier mit einem Vertrage zu gunsten eines Dritten zu tun. Dieser Dritte, der König, empfängt nichts von der Gemeinschaft, dagegen von jedem Individuum Recht und Macht; und er empfängt diese auf Grund einer darauf gerichteten Uebereinkunft zwischen den Individuen unter sich. Er selbst schliesst mit den Individuen keine Uebereinkunft ab, und ist also ihnen gegenüber zu nichts gebunden. Dem Fürsten steht also keine universitas gegenüber, sondern nur Individuen, sodass von „singulis major, universitati tamen minor" nicht die Rede sein kann. Wenn man hier von einer Gemeinschaft reden will, so ist es diejenige, welche durch das Auftreten der Staatsgewalt geschaffen wird. Damit bringt HOBBS einen neuen Begriff der Gemeinschaft zum Ausdruck, nämlich denjenigen einer Gemeinschaft, welche aus der Unterordnung unter eine einzige Macht hervorgeht, während bisher von der Gemeinschaft als universitas, d. h. als einem durch das Recht gebildeten Volksverbande ausgegangen wurde. Mit anderen Worten: die Entstehung des Staates bewirkt auch die Entstehung einer Gemeinschaft, jedoch nur in dem Sinne, dass dadurch ein Stück Menschheit in den Zustand der Unterwerfung unter dieselbe Gewalt hineingerät. Eben diese Vorstellung ist in der deutschen staatsrechtlichen Literatur im wesentlichen noch immer gang und gäbe. Sie hat sich wahrsch einlich bei HOBBS ausgebildet infolge seines Aufenthaltes in Frankreich, wo er im Kreise der ausgewanderten Stuarts verkehrte,

und wo die absolute Monarchie in ihrem Kulminationspunkte stand. In bezug auf Frankreich konnte man damals einwandfrei behaupten, dass das Volk, hoch und niedrig, nur durch die vollständige Unterwerfung unter die königliche Gewalt eine Einheit bildete. Eine Rechtsgemeinschaft war Frankreich mit seiner Trennung der Stände und seinem zerstückelten provinziellen Rechte in keiner Hinsicht, demzufolge der Gedanke an eine Gemeinschaft gegenüber dem Staate sich schwerlich Bahn brechen konnte.

VIII. *Der Zusammenhang zwischen Obrigkeitsgewalt und Gemeinschaftsordnung in England.* Anders lag die Sache in England, wo die Existenz der common Law auf einen Volksverband, gesondert vom Staatsverbande, hindeutete. Deshalb nimmt auch LOCKE, wie er bei der Verfassung des Essay on Civil Government fortwährend englische Zustände ins Auge fasst, den Volksverband zum Ausgangspunkte. In seinem ursprünglichen Zustande liegt diesem Verbande eine unvollkommene Ordnung zu grunde, da der Inhalt dieser (naturrechtlichen) Ordnung manchmal zweifelhaft ist und jede Bürgerschaft für die Aufrechterhaltung derselben fehlt. Diesem Mangel wird durch die Einsetzung einer Obrigkeit abgeholfen, und damit ist die Aufgabe dieser Obrigkeit, die Realisierung des Naturrechtes, von vornherein angewiesen. Bei LOCKE ist also die Obrigkeitsgewalt ein Erzeugnis der Gemeinschaft, aber ebensowenig wie bei seinen Vorgängern hat jene Machtsorganisation in der Rechtsordnung jener Gemeinschaft ihre Wurzeln. Sie hat eine eigene selb-

ständige Grundlage, nämlich den Gesellschaftsvertrag. Der Zusammenhang zwischen Staat und Gemeinschaft liegt also nur hierin, dass der erstere eine notwendige Ergänzung der zweiten ist, nicht aber dass die Obrigkeitengewalt ein Bestandteil der aus der Gemeinschaft hervorgekommenen Rechtsordnung ist und also die nämliche Grundlage hat wie das in der Gemeinschaft herrschende Recht.

IX. *Die deutsche Staatsphilosophie unter dem ancien régime.* Die deutsche Staatsphilosophie (PUFENDORF, THOMASIVS, WOLFF) lässt in bezug auf unseren Gegenstand keinen einzigen neuen Gesichtspunkt hervortreten. Wie hätte man auch von ihr eine Zurückführung der Obrigkeitengewalt auf diejenige Gewalt, welche die Gemeinschaftsordnung im Stande hält, erwarten können? Die über 300 Obrigkeiten, unter welchen das deutsche Volk seufzte, strebten danach, sich von der Reichsgewalt unabhängig zu machen, um den Untertanen gegenüber sich als Souveräne aufführen zu können. Eine Staatslehre, wie diejenige von ALTHUSIVS, stand mit dem Zeitgeiste in allzu grellem Widerspruch. Eben daraus ist es wohl zu erklären, dass sein Werk der Vergessenheit anheimfiel, und erst von GIERKE wieder derselben entzogen wurde. Die Begründung einer vom Rechte unabhängigen Obrigkeitengewalt betrachtete jene Philosophie nach wie vor als ihre Aufgabe, und diese Aufgabe erfüllte sie, indem sie in der hergebrachten Weise Verträge konstruierte, und für die bindende Kraft dieser Verträge sich auf das Naturrecht berief.

X. *Montesquieus Teilung der Gewalten: ein Erzeugnis*

der Staatslehre als Lehre von der Obrigkeitsgewalt. In diesen überall akzeptierten Gedankengang einer auf eigenem Fundamente beruhenden Obrigkeitsgewalt passte nun die Auffassung des englischen konstitutionellen Systems, welche bei MONTESQUIEU vorherrschte, trefflich hinein. Es ist durchaus verständlich, dass dieses System ihm eine Teilung der Gewalten in sich zu enthalten schien, denn es war ja die allgemeine Voraussetzung der Staatslehre, dass der Staat nichts weiter ist als eine Machterscheinung, ein Zustand der Unterworfenheit des Volkes unter eine Obrigkeit. Dass demzufolge im Staate eine Gefahr liegt für die Freiheit, hatte die Geschichte Englands bewiesen, und in diesem Lande dazu geführt, die Obrigkeit, den König, unter „legal obligation“ (LOCKE) zu stellen, womit eine Trennung zwischen der exekutiven und der legislativen Gewalt eingeleitet war. Indem nun MONTESQUIEU diese praktische Versicherung gegen Gewaltsmissbrauch zu einem Systeme ausbildete, verkündete er, dass die Weisheit der englischen Verfassung in folgender Einsicht beruhe: „pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir“.

Es musste also die Obrigkeitsgewalt in Stücke gebrochen werden. Die Notwendigkeit einer unabhängig funktionierenden legislativen und richterlichen Gewalt ist mit der Idee einer ausserhalb des Rechtes stehenden Obrigkeitsgewalt von selbst gegeben, indem der darin liegenden Gefahr für die Freiheit gesteuert werden muss; demzufolge es verständlich ist, dass man die Lehre von der Teilung der Gewalten zu den fundamen-

talen Lehrstücken des Staatsrechtes zählte. Und da in der Staatslehre auch jetzt noch der Staat als eine ursprüngliche Machterscheinung charakterisiert zu werden pflegt, kann dieselbe sich von der trias politica nicht befreien (OTTO MAYER), obgleich diese Dreifaltigkeit der Macht mit der vorausgesetzten Einheit der Staatsgewalt unvereinbar ist.

Von dem Augenblicke an, in welchem die Existenz einer besonderen Obrigkeitsgewalt verneint und nur das Recht als herrschende Macht anerkannt wird, erscheint nun aber die im Namen des Staates ausgeübte Macht als eine vom Rechte erzeugte und nach Rechtsnormen wirkende Befugnis zur Rechtsbildung, zur Exekution und zur Bestrafung, und ist es das Recht, welches die grössere oder geringere Selbständigkeit der zur Erfüllung dieser Aufgabe berufenen Organe bestimmt. Es mag sein, dass jene Selbständigkeit der Organe mit den uralten Funktionen der Legislation, Exekution und Jurisdiktion zusammengeht, aber auf dieser Grundlage braucht die Staatsorganisation nicht aufgebaut zu sein und fusst sie auch tatsächlich in der Praxis seit lange nicht mehr. Die Notwendigkeit dieser Teilung besteht aber allerdings, wenn der Staat ein Leviathan ist, also eine Bestie, welche mittels dieser Teilung einigermaassen unschädlich gemacht werden kann; wonach also das berühmte Lehrstück der trias politica mit einer bestimmten Staatsbetrachtung unverbrüchlich zusammenhängt. Nimmt man dagegen das Recht zum Ausgangspunkt, so sieht man sofort, dass dem Rechte als herrschender Macht gegenüber die Freiheit nicht gesichert zu werden braucht. Man kann

sich nach Mitteln umsehn, welche eine möglichst zuverlässige Rechtsbildung verbürgen, aber das auf diesem Wege festgestellte Recht ist niemals eine uns bedrohende Gewalt, sondern vielmehr eine Macht, deren Geltung in ihrem ethischen Charakter beruht, und welche also, ihrer Idee nach, niemals die Freiheit verletzen kann.

XI. *Die Lehre von der Staatssouveränität im achtzehnten Jahrhundert.* Es setzt jedoch dieser Gedankengang voraus, dass das Recht als solches eigene Geltung besitze, und als wirklich herrschende Macht nur das Recht anzuerkennen sei. Von diesem Gedanken war man im achtzehnten Jahrhundert, auf dem Kontinente wenigstens, noch weit entfernt. Denn eben in dieser Zeit findet die Meinung Eingang, dass das Recht, wenn auch nicht seinem Inhalte so doch seiner Geltung nach, eine Schöpfung der Obrigkeit sei, womit dem Staate jener souveräne Charakter angedichtet wurde, in welchem die deutsche Staatslehre auch jetzt noch das Wesen des Staates zu finden glaubt. Im Zeitalter der aufgeklärten Despotie bringt Deutschland diesen Gedanken in Anwendung, und wird das Recht als ein Erzeugnis des Staates, als der Wille der Obrigkeit, angesehen, wenn auch die Obrigkeit unter der Verpflichtung stand, dabei den Vorschriften des Natur- oder Vernunftrechtes zu folgen. Nirgends aber gelangt dieser Gedanke zu so vollständiger Entwicklung als in Frankreich zur Zeit der französischen Revolution, wo die Abhängigkeit des Rechtes vom Staate durch die Lehre von der Volks-

souveränität in ein Dogma umgewandelt wurde.

XII. *Die Volkssouveränität Rousseaus.* Die Lehre von der Volkssouveränität, wie dieselbe von ROUSSEAU verkündet wurde, unterscheidet sich von der gleichnamigen Lehre aus der Zeit des Mittelalters und nachher durch die gänzliche Verschlingung des Staates durch die Gemeinschaft. Die Gemeinschaft (das Volk) ist bei ROUSSEAU der Staat. Während früher Gemeinschaft und Staat einander gegenübergestellt wurden, und das Volk, als Gemeinschaft oder universitas, durch einen Obrigkeitsvertrag sich dem Herrscher unterwarf und damit den Staat konstituierte, ist nach ROUSSEAU die Gemeinschaft (das Volk) ein „corps organisé, vivant et semblable à celui de l'homme“, mit Souveränität über seine Glieder ausgerüstet. Ursprung und Rechtsgrund einer solchen Assoziation sucht er, ähnlich wie seine Vorgänger, im Gesellschaftsvertrag, durch welchen insbesondere die Souveränität der Gesamtheit über ihre Glieder legitimiert wird. Mit dieser Vorstellung von einer als Person organisierten und wirkenden Gemeinschaft, welche Macht über ihre Glieder besitzt, ist ein neuer und fruchtbarer Gedanke in der Staatslehre in den Vordergrund getreten, weil damit zum ersten Male die Autorität einer unpersönlichen Gewalt gesetzt wird. Bis auf ROUSSEAU kann man sich keine andere als eine persönliche Gewalt denken, und wird in der Staatsmacht ein bestimmten Personen zustehender Befehlsrecht gesehen. Diese persönliche Gewalt beseitigt ROUSSEAU, indem er annimmt, dass die Staatsmacht nichts weiter ist als die Macht der Gemein-

schaft über ihre Glieder, also eine unpersönliche Herrschaft, welche unübertragbar ist, sodass jede Regierung nur eine „commission du peuple“ ist, welche ein in jedem Augenblicke widerrufliches Mandat zur Ausführung bringt. In Uebereinstimmung damit wird jener Gemeinschaft ein Wille zuerkannt, die *volonté générale*, an deren Erzeugung die Glieder sich zwar beteiligen, welche aber darum doch keineswegs mit der *volonté de tous* zusammenfällt. Dieser Wille des sozialen Körpers ist das Gesetz; im Gesetze offenbart sich also die Macht der Gemeinschaft (des Volkes) über ihre Glieder, und eine höhere Autorität als diejenige des Gesetzes, in welchem der souveräne Wille des Volkes sich ausspricht, giebt es nicht. Hätte man sich an den Hauptgedanken der ROUSSEAU'schen Staatslehre gehalten, und nicht ausschliesslich das Urteil gesprochen über dasjenige, was er aus der alten Staatslehre mithinübergenommen hatte, namentlich die Erklärung der Gemeinschaft und die Begründung ihrer Souveränität aus dem Gesellschaftsvertrage, so hätte man in seiner Staatslehre gefunden, was dieselbe zweifellos enthält, die Grundlage der modernen Staatsidee, welche die Gemeinschaft, und nicht eine nur in der Einbildung bestehende Obrigkeit zum Ausgangspunkte nimmt um die mit der Staatsidee gegebene Gewalt zu erklären. Indem man die Gemeinschaft als die zentrale Tatsache anerkennt, gelangt man naturgemäss zum Fundamente der Staatsgewalt, nämlich zum Rechte. Denn die Gemeinschaft ist die aus dem Rechte hervorgekommene Ordnung, in welcher Ordnung sowohl die Zusammensetzung wie die Wirkung und die Befugnis

des ganzen Organismus wurzelt, der (wenn auch, wie später zu zeigen sein wird, vielleicht mit Unrecht unter dem Namen des „Staates“) die Gemeinschaftsinteressen zur Geltung bringt.

In der Praxis jedoch beharrte man bei der alten Obrigkeitidee, übertrug dieselbe auf das Volk und hielt sich an die Vorstellung, dass das Recht Obrigkeitwille, was hier sagen will: *Volkswille*, sei; demzufolge der Gedanke von der Selbständigkeit der Rechtsgewalt keine Wurzeln schlagen konnte und das Gesetz als die einzige Quelle des Rechtes angesehen wurde. Die deutsche Staatslehre ist die treue Nachbeterin dieser Praxis gewesen, mit dem einzigen Unterschiede, dass an die Stelle des Volkes der Begriff des *Staates* eingesetzt wird, dass der *Staat* als Obrigkeit, als Machterscheinung aufgefasst wird und dass das Recht zum *Staatswillen* wird, womit also das Recht von der Macht abhängig gemacht ist. Daher gilt für sie die Bemerkung ROUSSEAUS (I, ch. III): „Sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec sa cause; toute force qui surmonte la première succède à son droit". Um die Frage: „qu'est ce qui peut le rendre légitime?" kümmert sich diese Staatslehre nicht.

XIII. *Das Aufkommen der modernen Staatsidee unter dem konstitutionellen System.* Was die Staatslehre ROUSSEAUS, indem sie Rechts- und Obrigkeitsgewalt vermischte und gleichzeitig alte und neue Gedanken gelten liess, nicht vermochte, hat die Praxis des konstitutionellen Systems zu stande gebracht. Der alten historischen, in dem Könige verkörperten Obrigkeitsge-

walt, stellt sie ein aus dem Volke und durch das Volk gewähltes Organ als die Volksvertretung gegenüber, welches eine andere Gewalt als die Obrigkeitsgewalt zur Offenbarung bringt. Will man sich an die alte Terminologie halten, so stehen aufs neue das Volk (universitas, Gemeinschaft) und die Obrigkeit einander gegenüber, jetzt aber nicht mehr für einen Augenblick, um auf dem Wege des Vertrages Obrigkeitsrechte zu begründen oder einzuschränken, sondern dauernd, als fester Bestandteil der Verfassung, wie auch der König ein Bestandteil derselben ist. Praktisch und theoretisch ist anfangs die Bedeutung, welche dem neuen Organe gegenüber dem alten Obrigkeitsorgane zukommt, unsicher. Hatte man anzunehmen, dass dem alten Obrigkeitsorgane die entscheidende Macht erhalten blieb, sodass die Volksvertretung als ein Organ des Volkes, nicht aber des Staates (VON MOHL), zum Informationsdienste für jene Obrigkeit bestimmt war? Diese Auffassung erwies sich schon sehr bald, als die Genehmigung der Volksvertretung für zahlreiche Obrigkeitsmaassnahmen gefordert wurde, als unhaltbar. Welche andere Autorität, die nicht bereits in der Obrigkeit enthalten war, wurde dann aber jenen Obrigkeitsmaassnahmen hinzugefügt? Oder war dies die Lösung, dass die Obrigkeitsgewalt zwischen dem Könige und der Volksvertretung geteilt sein sollte? Dann blieb aber unerklärt, warum eben ein *Volksorgan* mit Obrigkeitsgewalt ausgestaltet war; dies forderte jedoch eine Erklärung, weil irgendwelche Beteiligung einer Volksvertretung bei der Erfüllung der Staatsaufgabe als ein wesentliches Stück des konstitutionellen Systems betrachtet wurde.

Die Entwicklung des konstitutionellen Systems hat über alle diese Fragen Klarheit verbreitet. Zunächst erscheint dieses System als eine Anwendung der Lehre von der Teilung der Gewalten, insofern als die Volksvertretung mit der ihr zuerteilten Aufgabe dazu bestimmt ist, die Obrigkeit zu einzuschränken um Missbräuchen zu steuern. Die Form jener Einschränkung lag in der Forderung einer *gesetzlichen* Regelung. Mit dem Worte *Gesetz* verbindet sich also der Gedanke einer erforderlichen Mitwirkung der Volksvertretung. Was mit Genehmigung der Volksvertretung zustande kommt oder zustandekommen soll, heisst *Gesetz*; dieses Wort erhält also eine formelle Bedeutung. Wie weit sich die Mitwirkung der Volksvertretung erstrecken soll, was also das *Gesetz* zu regeln oder nicht zu regeln hat, darüber liegt eine feste Meinung und eine feste Praxis nicht vor. Für Veränderungen im Privatrecht und im Strafrecht ist ein Gesetz erforderlich; für Verordnungen, welche sich auf die Wohlfahrt oder auf die Polizei beziehen, dagegen nicht. Sicherheitshalber wird also bei einer Revision der Verfassung die Gelegenheit benutzt, um das Gebiet der gesetzlichen Regelungen nominatim zu erweitern, und also das selbständige Auftreten der Obrigkeit zu beschränken.

In dem Maasse nun wie die *gesetzlichen* Regelungen zunehmen, entkeimt die Einsicht, dass das Gesetz die *Grundlage* für das Auftreten der Obrigkeit ist, und nicht mehr eine Beschränkung ihrer natürlichen Befugnis als Obrigkeit. Mit dem Auftreten dieses Gedankens entfällt jedoch der Obrigkeit ein Teil ihrer Selbständigkeit, da jetzt, sofern sie eines Gesetzes als Un-

terlage bedarf, ihr Obrigkeitscharakter verloren gegangen ist. Die Durchführung dieses Gedankens, welche sich unter dem Wahlspruch des „Rechtsstaates“ vollzieht, führt schliesslich dazu, in der Mitwirkung der Volksvertretung eine notwendige Bedingung zu sehen, ohne welche dem Obrigkeitswillen der Charakter einer *Rechtsnorm* nicht zukommen kann; womit also, zur Bestimmung der Kompetenz der Volksvertretung, das Wort Gesetz eine *materielle* Bedeutung gewinnt, und mit der Zuerkennung der gesetzgebenden Gewalt an den König und die Volksvertretung nicht mehr die Bezeichnung der Organe gemeint ist, welche zur Feststellung der namentlich angedeuteten *gesetzlichen* Bestimmungen zusammenwirken müssen, sondern vielmehr die Zuerkennung einer bestimmten Aufgabe, nämlich der Rechtsbildung. Damit kommt deutlich ans Licht, dass die Volksvertretung als eine *Rechtsquelle* funktioniert, während auch die Obrigkeit, wo ihr Anteil an der gesetzgebenden Gewalt erhalten bleibt, den Charakter eines *Rechtsorganes* bekommt, und also nur noch mit Rücksicht auf diese Funktion als Obrigkeit betrachtet werden kann. Von dem Augenblicke an, wo die Obrigkeitsidee sich umbildet, und nicht mehr in einem Rechte zu befehlen, sondern vielmehr in der Aufgabe, sich an der Rechtsbildung zu beteiligen, gefunden wird, tritt von selbst die neue Staatsidee hervor, welche die mit dem Staate gegebene Herrschaft ausschliesslich in der imperativen Macht des Rechtes sucht, demzufolge überall, wo eine wie auch gebildete Rechtsnorm sich anmeldet, jene Herrschaft sich erkennen lässt. Vollständig gelangt aber diese Staatsidee erst

dort zum Ausdruck, wo entweder die republikanische oder die parlamentarische Regierungsform sich ausgebildet hat. Wo dagegen, wie etwa (früher) in Preussen, das Sanktionsrecht des Königs noch ein lebendiges Recht ist, ist die alte Obrigkeitsidee noch nicht ganz ausgeschaltet, da jenes Sanktionsrecht als die Aeusserung eines eigenen Befehlsrechtes angesehen werden kann und häufig angesehen wird, statt, wie die moderne Staatsidee es fordert, die Funktion eines Rechtsorganes zu sein, welche mit derjenigen, welche die Volksvertretung, als ein Rechtsorgan, betätigt, ganz auf einer Stufe steht. Nur wo die Rechtsbildung ausschliesslich in den Händen der Volksvertretung ruht, tritt auch äusserlich die Alleinherrschaft des Rechtes hervor, da die Volksvertretung ihre Bedeutung demjenigen entnimmt, was sie repräsentiert, nämlich dem Rechtsbewusstsein der Nation, und sie also die Trägerin ist jener geistigen Macht, aus welcher die Herrschaft, die imperative Natur des Rechtes, entspringt.

XIV. *Die Ersetzung der Obrigkeitsgewalt durch die Rechtsgewalt.* Wenn wir schliesslich fragen, welche Ursache dazu geführt hat, dass die Obrigkeitsidee, d.h. also der Idee eines selbständig geltenden Befehlsrechtes, der Rechtsgewalt ihren Platz hat einräumen müssen, so finden wir dieselbe in der Tatsache, dass, mit der Einführung des konstitutionellen Systems, die Gemeinschaft in der Volksvertretung ein eigenes rechtbildendes Organ zurückgewonnen hat. Eben der Wegfall eines solchen Organes im Mittelalter hat das Aufkommen einer auf eigene Grundlage sich stützenden

Obrigkeitsgewalt möglich gemacht. Dass diese Gewalt, welche in der monarchischen Regierungsform am deutlichsten zum Ausdruck kam, im Leben der Völker eine wichtige Rolle gespielt hat, und dass auf dem Wege der persönlichen Herrschaft die Kultur gefördert worden ist, wird Niemand bezweifeln. Auch ist zuzugeben, dass eine solche persönliche Gewalt erst dann ihr Existenzrecht verloren hat, wenn das Volk eine Kulturstufe erreicht hat, auf welcher ein lebendiges und kräftiges Rechtsbewusstsein unter den Volksgenossen unausgesetzt sich wirksam zeigt, und nicht bloss in Revolutionen und Reformationen dann und wann einmal auf ungeordnetem Wege hervorbricht. Wir leugnen also keineswegs, dass die Obrigkeitsidee existenzberechtigt gewesen ist; wir behaupten bloss, dass sie unter den Kulturvölkern jetzt nicht mehr anerkannt wird, und demnach auch aus der Staatslehre ausgeschieden werden muss. Augenscheinlich erweitert sich das Gebiet der Rechtsgewalt, nicht nur in der Weise, dass in stets tieferen Schichten der Bevölkerung Rechtsüberzeugungen sich kräftig entwickeln und also in zunehmendem Maasse dem Rechtsbewusstsein sämtlicher Volksschichten Rechnung zu tragen ist, sondern auch so, dass ausserhalb der Grenzen territorialer Gemeinschaften ein gemeinsames Rechtsbewusstsein sich ausbildet und, in grösserem Umfange als je zuvor, ein internationales Recht erzeugt. Für die persönliche Gewalt ist eine unpersönliche Macht, für das „*sic volo sic jubeo*“ eine geistige Herrschaft an die Stelle getreten. In diesem Gedanken erreicht die moderne Staatsidee ihren Höhepunkt. Und wenn diese die Rechtsgewalt

auf den Tron erhebt, so weist sie dieser Gewalt nur den Platz an, welchen dieselbe kraft ihrer realen Herrschaft beanspruchen darf. Damit ist die Macht, welche ursprünglich, zur Zeit des Volksrechtes, die Gemeinschaft ausschliesslich beherrschte, aufs neue zur alleinigen Geltung gelangt. Die Ordnung in jener ursprünglichen Gemeinschaft entlieh ihre Geltung nicht der Autorität einer Obrigkeit, und ebensowenig tut sie dies in der soviel grösseren Gemeinschaft der jetzigen Zeit. Dazwischen liegen Jahrhunderte, in welchen sich der Rechtsgewalt gegenüber eine Obrigkeitengewalt breit machte, und man, wie wir wiederholt in der Geschichte der Staatslehre bemerken konnten, das Verhältnis zwischen beiden festzustellen versuchte. Der Höhepunkt der Obrigkeitengewalt wird im achtzehnten Jahrhundert erreicht, als die Selbständigkeit der Rechtsgewalt verschwand und das Recht als Obrigkeitswille angesehen wurde. Seit der französischen Revolution, als in der Gemeinschaft ein rechtbildendes Organ seine Wirksamkeit anfängt, tritt aber der Umschlag ein. Stück für Stück gelingt es diesem Organe, der Obrigkeit gegenüber, das Recht wieder zur Geltung zu bringen; aufs neue findet sich die Staatslehre einem Dualismus der Gewalten gegenübergestellt, bis derselbe, unter der Einwirkung der Lehre und der Praxis des Rechtsstaates, aufgehoben wird und dem Rechte abermals die alleinige Herrschaft zugeteilt wird.

Das Fundament dieser Herrschaft hat jetzt die Staatslehre an erster Stelle zur Klarheit zu bringen.

DRITTES KAPITEL.

DIE GRUNDLAGE DER VERBINDLICHKEIT DES RECHTES

I. *Der Begriff der Rechtssouveränität.* Die Lehre von der „Rechtssouveränität“ ist, je nachdem man es nehmen will, entweder die Beschreibung eines wirklich bestehenden Zustandes, oder ein Postulat, nach dessen Verwirklichung gestrebt werden soll.

Verwendet man das Wort in dem Sinne einer Lehre, welche die Praxis durchgängig beherrscht, so ist es überall dort am Platze, wo keine andere Gewalt als diejenige des geltenden Rechtes, also namentlich nicht eine von der Rechtsgewalt unabhängige Obrigkeitse Gewalt vorgefunden wird. Anders liegt die Sache, wenn mit der Lehre von der Rechtssouveränität ein Ideal gemeint ist, das man sich vom Rechte gebildet hat. In diesem Falle verbindet sich mit dieser Lehre das Bestreben, möglichst vollständig das „richtige“ Recht zur Offenbarung zu bringen, und folglich den Staat solcherweise einzurichten, dass die Idee der Gerechtigkeit ungehemmt zur Geltung gelangen kann. Diese zweite Bedeutung, in welcher die Lehre verstanden werden kann, setzt voraus, dass jener zuerst gemeinte Zustand sich bereits verwirklicht hat und dass also im positiven Recht und nicht in einer Obrigkeit die Macht ihren Ursprung findet. Ist ein solcher Zustand eingetreten, so kann, zum weiteren Ausbau des Staa-

tes, versucht werden, den Inhalt des Rechtes soviel als möglich ist zu verbessern.

Ebenso wie in der Rechtslehre sind also auch in der Lehre von der Rechtssouveränität die Begriffe *Recht* und *Gerechtigkeit* sorgfältig zu unterscheiden. Der Sprachgebrauch ist unsicher, besonders in bezug auf das Wort *Recht*, welches nicht immer im Gegensatze zu *Gerechtigkeit*, sondern auch als damit gleichbedeutend verwendet wird. Wenn z. B. von einem Widerstreit mit dem Rechte die Rede ist, kann ebensowohl Widerstreit mit den geltenden Rechtsnormen, wie mit der Idee der Gerechtigkeit gemeint sein. Es ist darum nötig, von Anfang an hervorzuheben, dass bei der Forschung nach der Grundlage der Verbindlichkeit des Rechtes, dieses Wort als die Gesamtheit der *geltenden Rechtsnormen* zu verstehen ist. Ausser Betrachtung bleibt demnach die Frage nach dem Gerechtigkeitsgehalt der geltenden Rechtsnormen, die Frage also, ob der bei der Erlassung oder Anerkennung der Rechtsnormen verwendete Maassstab richtig war oder nicht. Gesetzt dass wir, als Grund für die Verbindlichkeit der Rechtsnormen, uns an einer Verweisung nach dem Willen des Gesetzgebers genügen lassen, so bleibt noch immer die Möglichkeit, nachzuweisen dass der vom Gesetzgeber verwendete Maassstab nicht oder nur zum Teil der Idee der Gerechtigkeit entspricht. Nach diesem Maassstabe zu forschen, liegt nicht auf unserem Wege, sondern ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie. Wir fassen hier also ausschliesslich das geltende Recht ins Auge.

Wann kann aber von „geltendem“ Rechte die Rede sein? Im Prinzip wird hier die nämliche Frage aufge-

worfen wie früher unter der Herrschaft der Obrigkeitsgewalt, wo gleichfalls untersucht wurde, aus welcher Kraft die Obrigkeit ein Befehlsrecht habe, also eine Gewalt zu üben vermöge, der gegenüber die Bürger zum Gehorsam verpflichtet seien. Während man hier, wo die Obrigkeitgewalt zum Ausgangspunkt genommen wurde, den Grund dieser Gewalt entweder im Willen Gottes, oder in einem am Anfang abgeschlossenen gesellschaftlichen oder Obrigkeitsvertrag, oder aber in der natürlichen Herrschaft des Starken über den Schwachen suchte, findet die Lehre von der Rechtssouveränität den für sie allein in betracht kommenden Grund der Gewalt im geistigen Leben des Menschen, und zwar in jenem Teil desselben, welches als Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein in uns wirkt. Geltendes Recht ist also jede allgemeine oder besondere, geschriebene oder ungeschriebene Norm, welche in dem Rechtsgefühl oder dem Rechtsbewusstsein des Menschen wurzelt. Statt in einem äusseren Titel, wie nach der Lehre von der Obrigkeit, liegt der Grund der Gewalt nach der Lehre von der Rechtssouveränität in einer inneren Macht. Das Erzeugnis dieser Macht wird nicht beurteilt. Als Urquelle der Gewalt wird das Rechtsbewusstsein, so wie es sich tatsächlich offenbart, *mit* seinen Defecten, anerkannt.

Man kann nun hierin entweder eine Registrierung dessen, was jetzt Wirklichkeit ist, oder einen Zustand, der noch verwirklicht werden soll, erblicken. Die Wirklichkeit entspricht jener Lehre, wenn die Wirkung des Rechtsbewusstseins der Volksgenossen nicht gebändigt ist und wenn daraus allein alle Rechte und Befug-

nisse hervorgehen. Nicht oder nicht ganz hat sich jene Lehre verwirklicht, wenn, unabhängig vom Rechte, irgend eine Gewalt sich noch geltend machen kann, und also die Obrigkeitssidee, mit der darin enthaltenen natürlichen Unterwerfung des Volkes unter jene Gewalt, noch lebendig ist. Von den westlichen Staaten lässt sich im grossen und ganzen sagen, dass dort praktisch die Lehre von der Rechtssouveränität die Herrschaft gewonnen hat. In den östlichen Staaten, namentlich in Deutschland, Oesterreich und Ungarn, ist (war) das noch nicht vollständig der Fall; daher denn auch in diesen Ländern der Staatslehre noch stets der Gedanke einer ausserhalb des Rechtes bestehenden, vom Rechte mehr oder weniger eingeschränkten Obrigkeitssgewalt zu grunde gelegt wird. Wo dieser Gedanke sich praktisch noch behauptet, lebt man unter einer dualistischen Gewalt, deren Unhaltbarkeit ich in meiner „Lehre der Rechtssouveränität“ nachzuweisen versucht habe. Das Neue jedoch, welches die Lehre von der Rechtssouveränität verkündete, lag weniger darin, dass sie sich von dem Dualismus der Obrigkeits- und Rechtssgewalt lossagte — denn eine einheitliche Grundlage kann ja auch gewonnen werden und wurde im 18. Jahrhundert tatsächlich gewonnen durch die Zurückführung der Rechtssgewalt auf die Obrigkeitssgewalt —, als vielmehr in dem Umstande, *dass sie innerhalb des Rechtes brachte, was bis dahin immer ausserhalb desselben seinen Platz gehabt hatte*. Die Unwirklichkeit der Obrigkeitssgewalt, das Fehlen einer Grundlage für diese Gewalt nötigte dazu, sich auf das eigentliche Fundament aller und jeder Gewalt zu besinnen; und indem man

sorgfältig achtete auf dasjenige was die Praxis lehrt, ergab sich von selbst der Gedanke, dass das Recht, das positiv geltende Recht, nicht nur als die Quelle der Rechte und Verpflichtungen der Bürger, sondern auch als die Grundlage der sogenannten Obrigkeitsrechte oder, wenn man will, der öffentlichrechtlichen Befugnisse anerkannt werden musste. Zu dieser Einsicht hat man sich nach der Einführung des Repräsentativsystems allmählig aufgeschwungen; dieselbe kleidete sich in die Doktrin der Lehre vom Rechtsstaat, aus welcher die Lehre von der Rechtssouveränität nur noch die notwendigen Konsequenzen zu ziehen hatte.

Nachdem man nun aber einmal das Recht als die Grundlage aller privaten und öffentlichen Befugnisse anerkannt hatte, musste des weiteren untersucht werden, woher der Rechtscharakter einer Norm, also die Verbindlichkeit derselben, stammt. Denn man kann sich nicht mehr begnügen mit einer Verweisung nach den verschiedenen abstrakten Willenssubjekten, hinter denen die alte Obrigkeitsidee sich versteckte, wie Staat, Gesetzgeber, Volk, Parlament. Ein Souverän allerhöchster Realität musste ausfindig gemacht werden. Diese Aufgabe wurde dadurch erleichtert, dass die Untersuchung mit der neuen Bewegung auf dem Gebiete der Rechtslehre, welche die Identität von Gesetz und Recht leugnete und die sogenannte freie Rechtsschule ins Dasein rief, zusammentraf. Auch diese Schule hatte sich mit der Grundlage der Geltung des Rechtes zu beschäftigen. Und aus den Bestrebungen beider ist, als erster Schritt auf dem Wege zu einer reellen Staats- und Rechtslehre, die Einsicht hervorgegangen, dass

der Grundpfeiler des Rechtes und der Verbindlichkeit seiner Normen nicht ausserhalb sondern innerhalb des Menschen liegt, und zwar in seinem geistigen Leben, so wie dasselbe sich in seinem Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein offenbart.

II. *Rechtsgewalt als Willensherrschaft.* Ehe jedoch versucht werden kann, die jetzt verkündete Grundlage des Rechtes genauer zu bestimmen, sind zuallererst zwei andere Auffassungen über die verbindende Gewalt des Rechtes ins Auge zu fassen. Die verbindende Gewalt des Rechtes ist nämlich zurückgeführt worden, entweder auf den Willen der dem Rechte unterworfenen Individuen, oder auf den Willen eines herrschenden Subjektes, welches sich dadurch als Obrigkeit erkennen lässt.

Die zuerst erwähnte Grundlage findet man am schärfsten formuliert bei GROTIUS, welcher die Gemeinschaft und demzufolge auch das Recht aus einem Vertrage zwischen den Volksgenossen hervorgehen lässt. In keiner anderen Weise, so behauptet er, kann die Verbindlichkeit des geltenden Rechtes zu stande kommen. „Necessarius enim erat inter homines aliquis se obligandi modus, neque vero alius modus naturalis fingi potest.“ Fragt man dann weiter, wo dieser Vertrag seinerseits seine verbindende Kraft hernimmt, so wird man auf das Naturrecht mit seiner Forderung des „stare pactis“ verwiesen. Dieser Vertrag manifestiert sich durch den Eintritt in die Gemeinschaft, wobei man, wie vorausgesetzt wird, ausdrücklich oder stillschweigend die Herrschaft der direkt oder indirekt der

Gemeinschaft entstammenden Normen gewollt hat: „Nam qui se coetui alicui aggregaverunt, aut homini hominibusque subjecerant, hi aut expresse promiserunt aut ex negotii natura tacite promissis debent intelligi, secuturos se id quod aut coetus pars major, aut hi quibus delata potestas erat, constituissent.“

Auf diesen Gedanken hat ROUSSEAU seine Lehre von der Volkssouveränität aufgebaut, und auch jetzt noch findet man, wie Kelsen (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre) richtig bemerkt, diese Auffassung manchmal in der Rechts- und Staatslehre wieder, namentlich bei BIERLING, dessen Anerkennungstheorie, dem Grundgedanken nach, mit der Vertragstheorie übereinstimmt, da er die Verbindlichkeit des Rechtes auf der Anerkennung desselben durch die Volksgenossen fundiert. In der Formulierung mancher gesetzlichen Vorschriften stösst man bisweilen auf die nämliche Meinung, also etwa, wo von „sich verbinden“ die Rede ist, alsob es der menschliche Wille wäre, welcher verbindet, und nicht das Recht. Auch als Rechtsgrund dient der menschliche Wille, beispielsweise bei der Erklärung der Vorschriften in bezug auf das Intestaterbrecht und auf das sogenannte dispositive Recht.

Gegenüber dem Gedanken, welcher die Verbindlichkeit des Rechtes aus dem Willen des *Individuums* herleitet, steht die Auffassung, welche diese Verbindlichkeit unmittelbar auf die „Obrigkeitsgewalt“ zurückführt. Die Obrigkeit wird hier nicht von den Individuen eingesetzt, sondern ist entweder ein göttliches Institut, oder von Natur mit der Gemeinschaft gegeben (der katholische Standpunkt). Die Gewalt der

Obrigkeit ist hier also eine ursprüngliche Gewalt, und dieser Gewalt entstammt die Geltung des Rechtes.

Diese beiden Auffassungen von der Verbindlichkeit des Rechtes haben also miteinander gemeinsam, dass sie als Grundlage jener Verbindlichkeit den *Willen* setzen, jedoch im ersten Fall den Willen des Individuums, im zweiten den Willen der Obrigkeit; dort wird das Fundament des Rechtes *in* dem Menschen gesucht, hier *ausserhalb* desselben.

Mit der Ableitung der verbindenden Kraft des Rechtes aus einer ursprünglichen Obrigkeitsgewalt gelangt die *objektive* Geltung des Rechtes zum schärfsten Ausdruck; gleichgiltig ist dabei, ob die Normen mit dem geistigen Leben des Individuums im Zusammenhange bleiben oder nicht: das Recht gilt kraft des Willens der Obrigkeit. Diesem Willen gegenüber bedeutet das geistige Leben des in Unterwürfigkeit befindlichen Volkes, in dessen Leben diese Normen doch eingreifen müssen, prinzipiell nichts. Die Obrigkeit kann dem Rechtsgefühl und dem Rechtsbewusstsein des Volkes Rechnung tragen, wird es auch vielleicht tun aus Zweckmässigkeitsrücksichten, etwa um Widerstand zu brechen und freiwillige Befolgung der Gesetze zu sichern, aber im Prinzip ist die Geltung der Obrigkeitennormen davon unabhängig.

Die andere Auffassung, welche die Geltung der Rechtsnorm auf dem Willen des Individuums beruhen lässt, raubt dem Rechte seine ganze Objektivität. Wenn die Norm wirkt, so gilt sie, wenn nicht, nicht. Der geistige Inhalt der Norm jedoch kommt dadurch ganz zu seinem Rechte. Sie will das geistige Leben des

Individuums beherrschen, und die Bedingung dazu, die Harmonie zwischen jenem Leben und der Norm, ist hier gegeben.

III. *Kritik der Willensherrschaft.* Keine dieser beiden Auffassungen kann sich behaupten. Die letztere nicht, weil das Recht, welches eine Umbiegung des menschlichen Willens bezweckt, diesem Willen selbst seine Geltung nicht entziehen kann. Die Harmonie, von welcher gesagt wurde dass sie gegeben ist, ist nicht eine solche zwischen dem Rechtsgefühl des Individuums und dem Inhalte der Norm, sondern eine Harmonie des Willens. Der Normcharakter geht damit dem Rechte verloren; dasselbe büsst seine Objektivität vollständig ein und steht im Widerspruch mit der Wirklichkeit.

Die andere Auffassung nicht, weil einer Obrigkeit, einem Subjekte mit dem Rechte zu befehlen, alle Realität fehlt. Einen Menschen, der ein Recht auf Gehorsam hätte, kennen wir nicht mehr, wenn auch die Tradition und die Geschichte einer persönlichen Gewalt noch in den Titeln König oder Kaiser, sowie in einer theologischen Orthodoxie, welche eine solche Gewalt für ihr Dogma braucht, ihr Leben fristen. Dass das „Volk“ ein Recht auf Gehorsam sollte beanspruchen können, — es giebt keinen einzigen Jakobiner mehr, der das glaubt. Und auf dem Wege der Vernunft lässt sich dieses Recht unmöglich nachweisen, da das Subjekt desselben nicht ein lebendiges Wesen ist, sondern ein Begriff. Am längsten hat sich der „Staat“ als das Subjekt der Gewalt behauptet. Dass aber auch

dieser Vorstellung keine Wirklichkeit zu grunde liegt, ist endgiltig bewiesen durch die Unfähigkeit der deutschen Schule, dieselbe gegenüber der Praxis und der Lehre vom Rechtsstaat, welcher ausserdem den „Staat“ dem Rechte unterordnet, aufrecht zu erhalten.

IV. *Die Bedingungen für die Geltung des Rechtes.* Ungeachtet der Verwerfung jener beiden Fundamente der Geltung des Rechtes, behält dennoch die Einsicht in der Bedeutung des Rechtes, welche die besprochenen Auffassungen, jede von ihrem Standpunkte aus, bekunden, ihren Wert. Das Recht, sofern es als Norm gedacht wird, muss notwendig zweien Bedingungen genügen. Erstens dieser, dass es seine Geltung einer ausserhalb des menschlichen Willens stehenden Macht verdankt und also diesem Willen gegenüber Objektivität besitzt. Zweitens der anderen, dass, da das Recht das Handeln zu bestimmen bezweckt, der Inhalt der Norm mit der geistigen Natur der Menschen, an welche die Normen sich wenden, im Zusammenhange stehen muss.

V. *Die Grundlage der Rechtsnorm.* Diesen beiden grundlegenden Bedingungen, welche für jede Norm gelten, lässt die Auffassung von der Verbindlichkeit des Rechtes, welche in dieser Schrift verteidigt wird, volle Befriedigung zu teil werden. Sie nimmt die geistige Natur des Menschen zum Ausgangspunkt und hebt aus den vielen mehr oder weniger ausgebildeten Gefühlen eines hervor, nämlich das Rechtsgefühl, welches, in niedrigerer Form als Rechtsinstinkt, in

höherer als Rechtsbewusstsein, bei dem Menschen in gleicher Weise wirkt wie das sittliche Gefühl, das aesthetische Gefühl, das religiöse Gefühl; von anderen Gefühlen, wie Liebe und Freundschaft, ganz zu schweigen. Dieses Rechtsgefühl existiert ebensowenig wie irgend ein anderes Gefühl kraft des menschlichen Willens, und ist auch in seiner Wirkung von diesem Willen unabhängig. Es tritt offenbar bei dem einen mehr als bei dem anderen hervor, darf aber sicher als eine gegebene allgemeinmenschliche Neigung angesehen werden. Auf die Frage, ob es ein Letztes, nicht weiter Reduzierbares ist, welche ich meinerseits bejahend beantworten möchte, sowie auf die andere, wo die genauen Grenzen zwischen ihm und anderen geistigen Kräften, wie etwa dem sittlichen Gefühl, zu stecken sind, brauche ich hier nicht einzugehen. Es genügt für unseren Zweck festgestellt zu haben, dass das Rechtsgefühl eine allgemeinmenschliche Neigung ist, welche eine bestimmte Reaktion auf das Betragen unserer selbst und anderer Menschen hervorruft. Normen, welche aus *dieser* Reaktion entspringen, sind Rechtsnormen, und haben auch gegenüber dem Willen desjenigen Individuums, dessen Rechtsbewusstsein als Maassstab galt, eine objektive Geltung, da doch das Rechtsgefühl unabhängig vom Willen besteht.

Das Recht ist also die Offenbarung einer der zahllosen Wertungen, welche wir, kraft unserer geistigen Anlage, vollziehen. Alle menschlichen Lebensäusserungen, ja sogar die ganze Wirklichkeit, unterziehen wir der Beurteilung, und ebensoviele Maassstäbe als wir dabei verwenden, ebensoviele Arten der Normen kann

man unterscheiden. Es steht nicht in unserem Belieben, diese Normen anzuerkennen oder nicht anzuerkennen; wir können uns nicht willkürlich gleichgiltig verhalten oder nicht; unser Inneres reagiert mit oder ohne unseren Willen, und wir fühlen uns demjenigen, was wir dieser Reaktion zufolge als gut, schön, rechtmässig bezeichnen, unterworfen. Es ist diese Werte verleihende und Werte anerkennende Natur des Menschen, welche uns die Welt der Normen entschliesst, und der diese Normen ihre Herrschaft entnehmen. Dementsprechend ist auch die Autorität des Rechtes in der Reaktion des Rechtsgefühles zu suchen, und liegt also diese Autorität nicht ausserhalb, sondern innerhalb des Menschen.

Auf dieser natürlichen geistigen Kraft beruht die Geltung alles Rechtes. Es giebt nicht, wie die Handbücher lehren, *Quellen* des Rechtes; es giebt bloss *eine* Quelle des Rechtes, nämlich das in dem Menschen lebende Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein, welches ähnlich wie alle andere Werturteile bedingende Neigungen, im Bewusstseinsleben der Menschen seine Stelle hat. Alles Recht hat hier seine Grundlage, auch das gesetzliche Recht, auch das Gewohnheitsrecht, auch das ungeschriebene Recht im allgemeinen. Ein Gesetz, welches nicht auf diese Grundlage sich stützt, ist *nicht* Recht, es mangelt der Geltung, auch wenn es freiwillig oder aus Zwang befolgt wird. Es ist also die Möglichkeit anzuerkennen, dass es gesetzliche Vorschriften giebt, denen der Charakter der Rechtsnorm abgeht. Das gesetzgebende Organ ist der Gefahr ausgesetzt, Normen zu erlassen, welche den Rechtscharak-

ter entbehren, sei es weil die Organisation jenes Organes eine mangelhafte ist, sei es weil es sich in demjenigen, was vom Rechtsbewusstsein des Volkes gefordert wird, irrt. Andererseits besteht die leichter sich verwirklichende Möglichkeit, dass das im Gesetze verkörperte aufhört Recht zu sein, und also nicht mehr gilt, weil demselben die Grundlage seiner Verbindlichkeit abhanden gekommen ist. Und in keinem Falle darf dabei der Zwang, die Strafe oder die Exekution, welche bei Nichtbefolgung des Gesetzes in Wirksamkeit treten, berücksichtigt werden. Dieser Zwang findet seine Rechtfertigung in der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Rechtes, kann aber niemals einer Norm den Charakter der Rechtsnorm verleihen. Die bloße Macht, mag sie organisiert sein wie im Staate oder nicht organisiert wie im Aufruhr oder in der Revolution, vermag niemals einer Norm das *ethische* Element beizubringen, welches einer Rechtsnorm anhaftet. Allerdings kann umgekehrt die Gewalt dadurch einen ethischen Charakter gewinnen, dass sie sich dem Rechte dienstbar macht. Dann muss aber auch der Rechtscharakter der Norm feststehen, und dieser Charakter lässt sich aus keiner anderen Quelle schöpfen als aus dem Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein, welches von Natur in der Psyche des Menschen gewurzelt ist.

Dieses Ergebnis in bezug auf die verbindende Kraft des Rechtes ist nicht eine Folgerung aus einer Lebensanschauung oder einer philosophischen Betrachtung, sondern es wird uns durch eine Erfahrungstatsache aufgenötigt. Wir werden wiederholt Gelegenheit haben, dies nachzuweisen, und können uns für jetzt da-

mit begnügen ein Doppeltes anzudeuten. Erstens, dass im Laufe der Geschichte das Rechtsbewusstsein der Völker in stets grösserem Maasse ihr Gemeinschaftsleben beherrscht. Der Einfluss des Rechtsbewusstseins als einer Massenerscheinung, verbunden mit dem Rückgang der Herrschaft verschiedenartiger Machtsorganisationen, namentlich der „Obrigkeit“, liegt aller Welt offen vor Augen. Was im Inneren des Menschen lebt, gewinnt mit jedem Tage grössere Kraft, indem die Hemmungen wegfallen, welche die Assoziationen des geistigen Lebens in ihrer Entwicklung aufhielten. Und in gleichem Maasse wie diese Assoziationen sich verstärken und sich auch zu Verbindungen zwischen den Bevölkerungen verschiedener Staaten erweitern, bildet sich ein Weltbewusstsein aus, welches die Schicksale der Menschheit lenkt.

Mit dieser überwältigenden Tatsache hängt aufs Engste die andere zusammen, dass das Gemeinschaftsleben ohne Pflichtbewusstsein der Bürger nicht bestehen kann. Und man mag die Sache drehen wie man will, wenn das Rechtsbewusstsein sich erkenntlich macht, lässt es sich als eine *verpflichtende* Macht gelten. Um die Pflicht des Gehorsams einer Obrigkeit gegenüber aufrecht erhalten zu können, muss man zu Glaubensartikeln oder zu dürren Konstruktionen, welche beide durch Ueberlieferung oder schulmässige Lehre in den Menschen hineingebracht worden sind, dort ein kümmerliches Leben führen und sich niemals zu dauerhafter Wirkung fähig gezeigt haben, seine Zuflucht nehmen. Das Pflichtbewusstsein dagegen ist eine ursprüngliche Macht im menschlichen Leben,

deren Realität wir tagtäglich erfahren, und eben diese Erfahrungstatsache verbreitet ein ausgiebiges Licht über die Existenz und die Entwicklung des Rechtes und des daraus hervorgehenden Gemeinschaftslebens.

Wir sind demnach der Meinung, dass wir mit der Lehre vom Rechtsbewusstsein als Grundlage für die Geltung des Rechtes auf dem festen Boden der Tatsachen stehen. Bloss von der hier angewiesenen Basis der Rechtsgewalt lässt sich des weiteren behaupten, dass sie dem *ethischen* Charakter des Rechtes durchgängig und vollständig Rechnung trägt. Der Grundton der Rechtsordnung giebt einen ganz anderen Klang, wenn dieselbe als eine sittliche Macht verstanden wird und verstanden werden soll, als wenn man darin eine uns auferlegte, von unserem inneren Leben unabhängige Herrschaft sieht, deren man sich zu gelegener Zeit bedienen kann um eigene Interessen zu fördern und fremde zu schädigen. Die positive Rechtsschule hat es auf dem Gewissen, dass diese schmähliche Art der Rechtsbetrachtung in der Praxis die herrschende ist, vielleicht dürfen wir sagen: gewesen ist. Von ihr rühren die konstruktiven Kunstkniffe her, mittels deren ein niemals auf seinen Feingehalt geprüftes Recht beim Richter angemeldet wurde. Ueber diese Art der Rechtsproduktion, mit ihren von aller Innerlichkeit verlassenen Ergebnissen, ist alles Nötige bereits gesagt. Wenn aber jetzt einer solchen Rechtsgewinnung die Tür gewiesen ist, so ist das eine Folge der Einsicht; dass die Herrschaft des Rechtes aus keiner anderen Quelle als aus dem menschlichen Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein abgeleitet werden kann. Diese

geistige Grundlage des Rechtes erfordert eine unausgesetzte Prüfung des Rechtes, dessen Handhabung in Frage steht. Aber nicht eine Prüfung nach dem Maassstabe eines nur auf rechtsphilosophischem Wege zu erreichenden Rechtsbewusstseins. Wie gesagt, kann die Lehre von der Rechtssouveränität sich auch dieses, d. h. also die Auffindung des richtigen Rechtes, zur Aufgabe stellen, aber wir haben es hier doch an erster Stelle mit einer Theorie zu tun, welche aus der Praxis des Rechtslebens hervorgegangen ist und also die Frage zu beantworten hat: wo liegt der Grund für die Verbindlichkeit des *positiven* Rechtes? Wenn zur Beantwortung dieser Frage auf das menschliche Rechtsbewusstsein hingewiesen wird, so ist mit diesem Rechtsbewusstsein gemeint die Gerechtigkeitsidee, so wie sich dieselbe in Gesetz oder Verordnung, in der Gewohnheit oder auch, als ungeschriebenes Recht, in ihrer unmittelbaren Anwendung auf Veranlassung eines konkreten Interessenkonfliktes offenbart. Für den Philosophen und für jeden Aussenstehenden kann das in solcher Weise zur Aeusserung gelangende Recht sich als ein nicht richtiges Recht darbieten. Man soll die Tür möglichst weit für die Kritik offen halten, und vor allem nicht mit Geringschätzung auf die Tat herabsehen, welche im Widerstreit mit dem positiven Recht kraft eines höheren Rechtsmaassstabes stattgefunden hat. Das eine sowie das andere ist eine unerlässliche Bedingung der Rechtsentwicklung. Aber dies liegt alles ausserhalb des positiven Rechtes. Wenn die Geltung dieses positiven Rechtes auf das menschliche Rechtsbewusstsein zurückgeführt wird, so ist damit das

Rechtsbewusstsein gemeint, welches dem Gemeinschaftsleben, so wie es tatsächlich verläuft, zu grunde liegt. Es ist durchaus möglich, dass dieses Rechtsbewusstsein, unter der Einwirkung zahlreicher materiellen und ideellen Faktoren und infolge mangelhafter Einsicht in Natur und Charakter des auf seinen Rechtswert zu prüfenden Interesses, sich heute anders als früher manifestiert, ebenso wie es auch beim einzelnen Menschen unter dem Drucke verschiedenartiger Erfahrungen und Interessen verschiedene Ergebnisse liefert. Mit diesem mehr oder weniger unreinen Rechtsbewusstsein haben wir nun einmal zu rechnen. Die Wirksamkeit dieses Rechtsbewusstseins erzeugt die Normen und erteilt denselben den Charakter positiver Rechtsnormen; daher die Richtigkeit des STAMMLERschen Adagiums: „alles gesetzte Recht ist ein *Versuch*, richtiges Recht zu sein“ (Die Lehre von dem richtigen Recht, 1902, S. 31). Die Praxis muss sich mit einer Rechtsordnung begnügen, deren Normen auf ein mangelhaftes, d. h. mehr oder weniger gehemmtes Rechtsbewusstsein der Volksgenossen sich stützen. Wenn man in der Rechtsordnung eine höhere Gerechtigkeit zum Ausdruck bringen will, so hat man eben die Rechtserziehung des Volkes zur Hand zu nehmen. Aber man darf das Rechtsbewusstsein keines einzigen Menschen, der im stande ist sich an dem geistigen Leben seiner Zeit zu beteiligen, ausser Dienst stellen. Die einzige Beschränkung, welche sich mit der Lehre vom Rechtsbewusstsein verträgt, besteht darin, dass jenem Bewusstsein eine Wirkung innerhalb seiner natürlichen Grenzen, also die Mitarbeit an der Rechts-

bildung ausschliesslich für diejenigen Interessen, welche der Volksgenosse versteht, zugesichert wird. Verlangt man von denjenigen, welche ohne jede Kenntnis der Interessen, für welche die Rechtsbildung stattfinden soll, leben, eine Entscheidung über den Rechtswert jener Interessen, so nötigt man das innere Leben auf Erscheinungen zu reagieren, von denen es keine Einwirkung erfährt; es kann daher keine Rede davon sein, dass die Ausschliessung derselben eine Verleugung des Rechtsbewusstseins als der Grundlage des Rechtes bedeuten sollte. Bei der Besprechung der Qualität des Rechtsbewusstseins kommen wir noch auf diesen wichtigen Punkt zurück.

VI. *Die Bekämpfung der Grundlage.* Es ist sonderbar, dass die Anerkennung des Rechtsbewusstseins oder des Rechtsgefühls als die Grundlage des positiven Rechtes manchem so schwer wird. Die Geschichte, auch die der Gegenwart, lässt uns jeden Tag aufs neue die Kraft des Rechtsgefühls erkennen. Dieses Rechtsgefühl erzeugt Aufstände und Revolutionen; es lässt wohlgefestete Dynastien nach der Demokratie hinüberschwenken; es verändert Sinn und Bedeutung der Gesetze und Konstitutionen; wie das Gewitter reinigt es eine verdorbene politische Atmosphäre —, aber die Ordnung, innerhalb deren ein ganzes Volk seine Tagesaufgabe jedesmal aufs neue vollbringt, sollte für ihre Geltung jener geistigen Macht nicht bedürfen! Ich verstehe das nicht. Vielleicht würde ich es verstehen können, wenn die Anerkennung jener Macht als der Grundlage des Rechtslebens mit einer bestimmten Lebenssa-

schauung, einem religiösen Bekenntnis, einer politischen Ueberzeugung zusammenhinge. Aber wie kann diess der Fall sein, da doch die Lehre aus Tatsachen, welche niemand leugnet, herausgelesen worden ist?

Ich habe nur einige wenige Ursachen ausfindig machen können, welche den Widerstand gegen die Lehre vom Rechtsbewusstsein, wie man unsere Auffassung nennen könnte, einigermaassen zu erklären vermögen.

A. *Der normative Charakter des Rechtsbewusstseins.* Die erste Ursache liegt in einem merkwürdigen Missverständnis in bezug auf die Bedeutung, welche dem Rechtsbewusstsein für das menschliche Leben zukommt. Mehr als einer unter den Widersachern glaubt dem Rechtsbewusstsein den normativen Charakter überhaupt absprechen zu müssen. Es sei zwar ein wertvolles Stück unserer Seele, enthalte aber in sich keine Nötigung zum Handeln und Urteilen. Dafür sei wieder eine von sonstwo herstammende Norm: handle und urteile nach deinem Rechtsbewusstsein, erforderlich.

Die Autorschaft dieses Fundes gebührt, wenigstens für Holland, Herrn Prof. STRUYCKEN (Recht en Gezag, 1916). Wir lesen dort folgendes: Wenn gefragt wird, „warum jener Rechtsinstinkt, jenes Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein, sei es allgemein, sei es in einer bestimmten Kulturperiode, *Rechtswert* besitzt, so hört man zwar ein Klingspiel von Worten wie „natürliche Neigung“, „geistige Macht“, „unpersönliche Macht“, „geistige Anlage“, „ethische Macht“ u. s. w., aber auf die Frage selbst, auf die fundamentale Frage, erhält man keine Antwort“. (S. 20) Und etwas weiter (S. 25)

finden sich dann die merkwürdigen Worte: „Nur die Regel: handle stets so wie dein Rechtsbewusstsein dir zu handeln vorschreibt, würde den Inhalt des Rechtsbewusstseins zur *Norm* stempeln, aber diese Regel wäre eine von aussen dem Individuum auferlegte Lebensmaxime; — aus dem Rechtsbewusstsein, so wie wir es als eine psychische Erscheinung kennen, geht sie so wenig hervor, dass niemand daran denkt ihr folge zu leisten: kein vernünftiger Mensch wird stets sein Betragen durch sein Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein bestimmen lassen.“ Dem in diesem Abschnitt enthaltenen Gedanken stimmen andere niederländische Rechtsgelehrte, wie Prof. DE SAVORNIN LOHMAN und Prof. ANEMA, bei; ersterer giebt demselben noch besonderen Nachdruck durch die Behauptung, es werde nur der psychologische Prozess, aus dem das Recht geboren wird, erklärt, und dann der Eindruck hervorgehoben, alsob nachgewiesen wäre, warum das Recht uns sittlich bindet. Auch für Prof. Anema ist das Rechtsgefühl ein totes Ding, das seine normative Kraft von sonstwoher erhalten muss. „Wenn auch“, sagt er, „aus meinem Rechtsgefühl eine bestimmte, von meinem Willen unabhängige Norm entspringt, so bin ich doch deshalb nicht dadurch gebunden“. Und an anderer Stelle: „An sein eignes Rechtsgefühl hält sich niemand für gebunden“.

Wir wollen die Konsequenzen dieses Standpunktes einmal etwas weiter verfolgen. Es liegt demselben der Gedanke zu grunde, dass in unserem Bewusstsein, nebst anderem, auch Erlebnisse und Gefühle des Rechtes und Unrechtes vorliegen können; diese bilden eine

besondere Art der Bewusstseinszustände, welche wir erleben. Sie können und werden unser Handeln und Urteilen beeinflussen. Durch welche Empfindungen oder Gefühle wir uns aber führen lassen *sollen*, das hängt, wie die genannten Schriftsteller lehren, nicht von der Eigenart dieser Empfindungen ab, sondern von etwas anderem, etwa von einer sittlichen Norm, welche uns dazu verpflichtet, unser Handeln der Empfindung der Gerechtigkeitsidee entsprechend einzurichten. Die Konsequenz dieses Gedankenganges ist jedoch, dass wir bei jener sittlichen Norm nicht Halt machen können. Was man eine sittliche Norm nennt, ist auch eine Empfindung, nach welcher wir uns zu verhalten haben, nicht aber weil in der Moral die verpflichtende Kraft ihrer Gebote enthalten ist, sondern weil ausserhalb derselben eine Norm existiert, welche uns verpflichtet, den sittlichen Gefühlen gemäss zu handeln und zu urteilen. Gesetzt nun dass es gelänge, auch diese Norm zu finden, etwa in der Religion, so muss der normative Charakter des religiösen Gefühls auch wieder ausserhalb dieses Gefühles liegen, und aus einer anderen Norm, welche uns verpflichtet nach demselben zu leben, seinen Ursprung nehmen. Wo diese Anhäufung von Normen, deren jede ihrer unmittelbaren Vorgängerin den normativen Charakter verleiht, ihr Ende findet, vermag ich nicht zu sagen, und Prof. STRUYCKEN beobachtet darüber Stillschweigen, vielleicht weil er es auch nicht zu sagen vermag. Dann habe ich aber auch das Recht, bis über diese Entdeckung einer endlosen Normenkaskade ein befriedigendes Licht aufgegangen sein wird, die hier aufs Tapet

gebrachte Neuigkeit für reine Phantasie zu halten. Dagegen liegt mein Ausgangspunkt, welchen man bei HEYMANS (Einführung in die Ethik, 1914), LIPPS (Die ethischen Grundfragen, 1905), HENSEL (Hauptprobleme der Ethik, 1913) WINDELBAND (Präludien, II^e, 1915) erläutern findet, in der durch die Erfahrung jedesmal aufs neue bestätigten Tatsache, dass von den Gefühlen, welche unser Bewusstsein erfüllen, einige von Haus aus den normativen Charakter an sich tragen, also sich als eine uns verpflichtende Kraft, der von solchen Gefühlen gewiesenen Richtung gemäss zu urteilen, zu denken und zu handeln, erkenntlich machen. Das Rechtsbewusstsein ist also eine psychologische Tatsache, jedoch eine Tatsache besonderer Natur, ähnlich wie das Schönheitsgefühl, das Sittlichkeitsbewusstsein, das Wahrheitsbewusstsein, das religiöse Gefühl. Welches Kriterium hierbei, bewusst oder unbewusst, zur Anwendung gelangt und welches Lebensgebiet jede dieser Empfindungen und Gefühle beherrscht, lässt sich näher untersuchen, aber der Ausgangspunkt bleibt hier stets die Tatsache ihres *verpflichtenden* Charakters. Was LIPPS in bezug auf die sittlichen Forderungen bemerkt: dass wir uns diesen gegenüber unbedingt verpflichtet fühlen, dass wir dadurch getrieben und genötigt werden sie zu verwirklichen, das gilt auch und ganz besonders vom Rechtsgefühl und vom Rechtsbewusstsein. Dass in unserem Bewusstsein so etwas wie Gerechtigkeit tront, liegt jedem offen vor Augen. Und dass diese Gerechtigkeitsidee mehr ist als eine blosser Seelenstimmung, in welcher man sich sonnt, dass sie sich mit verpflichtender

Kraft für unser Tun und Lassen nach aussen betätigt, — ist diese bei uns und anderen sich tausendfach wiederholende Erfahrung für die Gegner verborgen geblieben? Wenn diese in der Wirkung der Gerechtigkeitsidee nichts weiter sehen als ein mit allen anderen „auf einer Linie stehendes“ Motiv des Handelns und Urteilens, so setzen sie das Menschenleben zu einem Puppenspiel herab. Aber wir, und schliesslich auch sie, wissen, dass das Leben dem widerspricht. Der Ehre ordnen wir unsere Existenz unter, der Gerechtigkeit die Sorge um unsere Interessen, der Wahrheit unser gesellschaftliches Glück, der Liebe unsere Person, der Gottesverehrung unsere Ruhe, der Erschaffung des Schönen unsere materiellen Genüsse, — in allen diesen Richtungen wirken „objektive Werte“, sind die Gebiete der *Pflicht* zu finden. Alles Pflichtgefühl und Pflichtbewusstsein ist eine Ausstrahlung des Absoluten; dass aber dieses Absolute, um für den Menschen zu gelten, noch einer besonderen Ermahnung zur Verwirklichung desselben bedürfen sollte, ist das sonderbare Credo der Gegner. Es ist ihnen also durchaus entgangen, dass ein Bewusstseinsereignis aus eigenen Mitteln einen verpflichtenden Charakter besitzen kann, was dann zum Aufstellen der Ungeheuerlichkeit geführt hat, dass das Individuum an sein Rechtsbewusstsein als eine psychische Erscheinung nicht gebunden ist und dass dieses mit allen anderen Motiven „auf einer Linie steht“!

B. *Obrigkeitsgewalt als Rechtsgewalt*. In aller Kritik, welche bis dahin über die Lehre von der Rechtssouveränität ausgeschüttet worden ist, ist prinzipiell nichts zu finden, welches die dargebotene Erklärung der Grund-

lagen unserer positiven Rechtsordnung angreift. Im Gegenteil haben die Anhänger jener Lehre allen Grund, sich darüber zu beklagen, dass man, alsob kein Wölkchen am Himmel wäre, an dem Dualismus von Rechts- und Obrigkeitengewalt festhält. Die Frage ist nicht die, welche man gegen uns einwendet: ob denn in der früheren Staatspraxis und Staatslehre die Obrigkeit nicht als eine selbständige Quelle der Gewalt anerkannt wurde, — wer könnte vor dieser Tatsache die Augen schliessen? Meinerseits habe ich das nicht nur zugegeben, sondern auch auf die Vorteile, welche dieser Gedanke mit sich geführt hat, hingewiesen. Die Frage ist aber, ob diese Vorstellung haltbar ist. Dass frühere Geschlechter sich von der Quelle der Gewalt eine Vorstellung gebildet haben, welche es nötig machte eine unabhängig vom Rechte funktionierende Obrigkeit anzuerkennen, lässt sich nicht bezweifeln. Wohl aber — und eben dies geschieht von Seiten der Anhänger der Lehre von der Rechtssouveränität —, dass diese Vorstellung richtig war. Es verhält sich mit der Obrigkeits- oder Gewaltidee genau so wie mit der Gottesidee. Wem fällt es ein, sich der Gottesidee, unter deren Herrschaft frühere Geschlechter gelebt haben, ohne Kritik anzuschliessen? Wer wird aber leugnen, dass der Gottesbegriff auch in seinen anthropomorphistischen Gestaltungen, eine bedeutsame ideelle Kraft gewesen ist, wenn dieselbe auch jetzt für Viele von jenen Elementen gereinigt worden ist? Mehr will die Lehre von der Rechtssouveränität auch für ihr Gebiet nicht behaupten. Für euren Gott von dazumal: die Obrigkeit, welche Befehle ausfertigt und Recht erzeugt und zer-

stört, haben wir keinen Platz mehr. Die Besinnung über die Praxis des Lebens hat uns eine andere Gottheit offenbar werden lassen, welche vergeistigt ist und in dieser vergeistigten Gestalt eine weit reellere Herrschaft über uns ausübt als in der Vorstellung einer von Natur gegebenen Unterworfenheit unter irgendwelche mit angeblicher Gewalt ausgestatteten Obrigkeiten enthalten war. Die Gewalt liegt, wie wir es jetzt erfahren und mit jedem neuen Tage schärfer hervortreten sehen, in unserem geistigen Leben verankert. Von dort aus nimmt das Gericht über Recht und Unrecht seinen Ausgang; dort entspringt die Majestät der Gewalt, welche, um Anerkennung zu finden, des äusseren Glanzes nicht bedarf. Wie weit man davon entfernt ist, die neue Lehre zu verstehen, erhellt am deutlichsten aus demjenigen, was gegen diese Lehre angeführt wird: dass nämlich auch in jenen Zeiten, wo eine persönliche Gewalt herrschte, der Rechtstitel nicht fehlte. „Jene persönliche Gewalt hat doch Jahrhunderte lang sich als *Recht* können gelten lassen, die jener Gewalt entstammenden Befehle und Regeln haben doch als eine *rechtskundige Ordnung* der Gemeinschaft gegolten, viele derselben haben sogar ihre Geltung als solche bis auf heute behalten —, darin ist in höchster Vollkommenheit der positive historische Rechtstitel gegeben, nach dem man sich erkundigt.“ Ich frage noch einmal, ob dasjenige, was sich Jahrhunderte lang als *Recht* hat können gelten lassen, auch jetzt noch als *Recht* anerkannt wird. Darauf kommt es in der neuen Lehre an. Je weiter man im Leben der Gesellschaft zurückgeht, um so primitiver werden die

Vorstellungen über das Recht. Wir sind nicht weiter zurückgegangen als bis zur Zeit des Aufkommens und der Blüte des absoluten Königtums, und stiessen für jene Zeit auf die Vorstellung einer eigenmächtigen Obrigkeit, mit einer ausserhalb des Rechtes liegenden Befugnis, den jener Obrigkeit Unterworfenen Befehle, in bezug auf ihr gesellschaftliches Verhalten, zu erteilen. Ich will für einen Augenblick annehmen, dass darin eine „*rechtskundige Ordnung* der Gemeinschaft“ vorlag; sind wir dann aber für immer an jene frühere Auffassung gebunden? Die Art und Weise, wie man damals und wie man jetzt den Staat betrachtet, ist doch sehr verschieden. Damals insbesondere waren die Geister ganz von der Machtsorganisation eingenommen, und wurde darin das wesentliche Merkmal des Staates gesehen. Jetzt dagegen, infolge der Einsichten welche die Praxis uns gegeben hat, kennzeichnet sich der Staat durch das Rechtsleben, welches innerhalb der Gemeinschaft zu finden ist. Nehmen wir aber diese auf die Erfahrung gegründete Tatsache zum Ausgangspunkt, so muss untersucht werden, ob auch jetzt noch die „*rechtskundige Ordnung* der Gemeinschaft“, sowie dieselbe unter der Herrschaft des Obrigkeitgedankens anerkannt wurde, einen passenden Ausdruck hergiebt für die veränderte Wirklichkeit, innerhalb deren es weder eine eigenmächtige Obrigkeit noch ein natürliches Unterwürfigkeitsverhältnis des Volkes zu dieser Obrigkeit mehr giebt. Auf diese Frage giebt die Lehre von der Rechtssouveränität eine verneinende Antwort. Sie kann sich mit „*historischen Rechtstiteln*“, deren Geschichte zu

Ende gegangen ist, nicht zufrieden geben; vielmehr fasst sie die volle Wirklichkeit ins Auge und stellt fest, dass jetzt die „rechtskundige Ordnung“ eine andere Grundlage hat als diejenige, auf welche man sie unter die Herrschaft des Obrigkeitsgedankens glaubte aufzuführen zu müssen. Diese *andere Grundlage*, und mit derselben die moderne Staatsidee scharf zu beleuchten, das ist vor allem anderen die Aufgabe der Lehre von der Rechtssouveränität.

Für die Auffindung dieser anderen Grundlage waren keine spekulativen Betrachtungen und keine rechtsphilosophischen Untersuchungen erforderlich. Auch hier ist es die Praxis, das wirkliche Leben, welches uns den Grund der Rechtsherrschaft hat erkennen lassen. Denn seitdem man eingesehen hatte, dass der Gesetzgeber das Monopol der Rechtsbildung nicht mehr besass, dass vielmehr neben und gegenüber dem Gesetzesrecht eine auf eigenen Füßen stehende Rechtsordnung in zahlreichen Lebensbeziehungen zur Herrschaft gekommen war, hatte die Rechtslehre sich auf die Fundamente dieser Rechtsordnung zu besinnen. Die Grundlage, die Quelle derselben war nur in dem Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein der Volksgenossen zu finden. Nachdem dies aber festgestellt worden war, musste auch für die Herrschaft des Gesetzesrechtes die gleiche Grundlage anerkannt werden, da die Gewalt des Gesetzgebers als solchen in der Luft schwebt, und da ausserdem eine dualistische Gewalt, eine Zweiheit einander selbständig gegenüberstehender Rechtsarten, auch wenn sie sich konstruieren liesse, nicht zu erdulden wäre. Damit war also eine

gemeinsame Quelle für alles, auf welchem Wege auch entstandene Recht angewiesen. Dieses Ergebnis führt uns auf das Gebiet der Psychologie, von welcher die Lehre von der Rechtssouveränität die Einsicht in den ursprünglichen Charakter des Rechtsbewusstseins herübernimmt (KRAMENBUBG, Tijdschrift voor Wijsbegeerte, 1914). Auf die Wirkung dieses Bestandstückes des geistigen Lebens ist dann die gesamte Rechtsordnung, unter welcher wir leben, zurückzuführen. Diese Einsicht schliesst die Kritik, die Beurteilung des Inhaltes jener Rechtsordnung keineswegs aus. Wir werden uns hüten, in den Fehler des Naturrechtes zu verfallen, welches der Verwicklung der menschlichen Natur nicht Rechnung trug und den Menschen auf ein reines Rechtswesen reduzierte. Was als Rechtsnorm an den Tag tritt, ist möglicherweise unter dem Einfluss einer ungenügenden Kenntnis der in betracht kommenden Interessen oder einer vorwiegenden Berücksichtigung eigener Interessen zu stande gekommen, weshalb eine bessere Kenntnis jener und ein weiteres Zurücktreten dieser Interessen zu einem anderen Rechtsurteil geführt haben würde. Auch wollen wir nicht behaupten, dass man durch die blosse Verweisung nach dem Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein sich der Aufgabe entledigen könnte, eine Untersuchung nach dem bei Rechtsurteilen angewendeten letzten Kriterium anzustellen. Um darüber zur Klarheit zu gelangen, wird ein umfassendes Studium, welches sich an erster Stelle auf die Erfahrung zu stützen hat, erforderlich sein. Und vielleicht wird das Ergebnis dieses Studiums uns nötigen, der STRUYCKEN'schen, jedoch von ihm ohne jede Er-

läuterung dargebotenen Formel beizutreten, dass die „letzte Bestimmung des Menschenlebens“ (excusez du peu) dereinst die Wolken zerreißen wird, — was alles nur sagen will, dass für die Rechtswissenschaft noch ein unermesslich weites Forschungsfeld offenliegt, und dass diese Forschung uns ganz andere und viel höher hinaufführende Bahnen erschliessen muss, als der Gesichtskreis der positiven Rechtsschule, für welche das Recht kaum mehr als ein Spielzeug für die Juristen war, zu umfassen vermag. Für die Praxis des gesellschaftlichen Lebens jedoch müssen wir nun einmal mit den Urtheilssprüchen des mehr oder weniger verunreinigten Rechtsbewusstseins auskommen. Ueber diese Grundlage lässt sich nicht weiter diskutieren: sie ist die einzige, welche Wirklichkeitswert besitzt. Ueber die Beschränktheit unseres geistigen Horizontes mögen wir uns beklagen, wir mögen es als eine zwingende Verpflichtung anerkennen, für uns selbst und für andere die Rechtserziehung zur Hand zu nehmen, wir wollen versuchen Rechtsorganisationen zu stiften, welche das Rechtsbewusstsein eines Jeden zur Wertschätzung der innerhalb seines Gesichtskreises liegenden Interessen mitarbeiten lassen —, von dem Rechtsbewusstsein, so wie es nun einmal gegeben ist, kommen wir jedoch unter keinen Umständen los.

C. *Die Rechtssicherheit.* Damit stehen wir einem dritten Bedenken gegenüber, welches viele von der Anerkennung der Lehre von der Rechtssouveränität zurückhält. Wir können, so lautet hier die Argumentation, von eurem Fundamente keinen Gebrauch machen, weil dasselbe *Rechtsunsicherheit* mit sich führt.

Dieser Satz ist aber in hohem Maasse irreführend. Das Recht hat nun einmal einen Inhalt von veränderlichem Werte, und von demjenigen, was seiner Natur nach der Festigkeit entbehrt, darf man nicht fordern, dass es immuabel sei. Und wenn man sich auf das Rechtsbewusstsein beruft, welches auf ein mehr oder weniger unveränderliches Recht Wert legt, so verwickelt man sich in einen fundamentalen Widerspruch. Man erreicht ja damit nichts weiter als dass eine Norm, welche nicht mehr Rechtsnorm ist, im stande erhalten wird. Sicherheit des *Rechtes* ist ein Widerspruch; nur Sicherheit der *Norm* lässt sich erzielen. Dass feste Normen ihrer Festigkeit den Rechtscharakter verdanken, ist Unsinn und wird von niemandem behauptet. Liegt also jener Charakter in etwas anderem, und ist dieses andere seiner Natur nach fließend, so hat man das Recht zu nehmen wie es ist, mit aller Unbeständigkeit welche ihm anhaftet. Dass man sich von dieser Unbeständigkeit übertriebene Vorstellungen gebildet hat, braucht hier kaum noch in Erinnerung gebracht zu werden. Wollte man einen Vergleich anstellen zwischen dem auf der Grundlage der Obrigkeitsgewalt aufgebauten Rechte, so würde ein Unterschied der Festigkeit sicher nicht zu Ungunsten des ersteren festzustellen sein. Denn das Obrigkeitsrecht bedarf stets eines Ausbaues, welcher durch Herbeiziehung der Geschichte, der Absicht, der Worterklärung, des Begriffes, des Systems zu stande kommen muss, und das Ergebnis dieses Komplexes von Deutungsmitteln ist, wie die Erfahrung lehrt, unberechenbar. Dagegen gewinnt das Recht, welches sich auf das Rechtsbewusstsein stützt,

seinen Ausbau durch eine Interessenbewertung, wobei nur ein einziger, und zwar ein ausserhalb des Bereiches der Dialektik fallender Faktor, nämlich das im Kreise der Interessierten herrschende Rechtsbewusstsein, den Ausschlag giebt.

Jedoch die grössere oder geringere Festigkeit des Inhalts entscheidet prinzipiell nichts. Ebenso wenig wie die Wertschätzung einer Religionslehre auf grund ihres Ertrages an wohltätiger geistiger Ruhe stattfinden darf, ebenso wenig darf die Wahl der Grundlage des Rechtes durch die Aussicht, bei der Auffindung seines Inhaltes Mühe zu ersparen, bestimmt werden. Diese Wahl kann nur auf dem Boden der Wahrheit geschehen. Und der Boden der Obrigkeitsgewalt hat keine Wahrheit. Recht mit Festigkeit verbunden liesse sich nur gewinnen, wenn wir einen Rechtspapst über uns hätten. Allerdings wäre damit ein wertvolles Stück des geistigen Lebens des Menschen ausgeschaltet, da das menschliche Rechtsbewusstsein ausser Dienst gestellt wäre; es könnten dann aber jedesmal *ex cathedra* genau die Grenzen bestimmt werden, innerhalb deren das gesellschaftliche Leben sich zu bewegen hätte. In Ermangelung der Gläubigen steht ein solcher Rechtspapst noch nicht zur Verfügung. Aber der Glaube an ein weit geringere Autorität besitzendes Subjekt ist noch da, und demzufolge ist in der Rechts- und Staatslehre noch immer eine Art Papst zu finden. Aber dieser ist wirkungslos, da nur auf seinen Namen gestellt wird, was ausser ihm liegende Kräfte zu stande gebracht haben, genau so, wie die Ausübung des gesamten Staatsbetriebes auf den Namen des „konstitutionellen“ Königs ge-

stellt wird. Das ist der Papst „Obrigkeit“. Wer sich von diesem Automaten, der stets genau zurückerstattet, was andere in ihn hineingelegt haben, nicht befreien kann, ernährt sich mit Unwirklichem und verleugnet die Wahrheit. Ausserhalb des menschlichen Inneren ist kein Platz, wo der ausgeworfene Anker haften kann. Das gilt auch für das Recht. Wer für seine Herrschaft diese Grundlage entbehren zu können glaubt, giebt sich einer Täuschung hin. Und wer mit einem Hinweis auf die Rechtssicherheit die Obrigkeitsidee als ein Postulat aufstellt, nimmt in den Rechtsbegriff Elemente auf, welche die Verbindlichkeit der Rechtsnorm angreifen und demzufolge niemals als Ausgangspunkt eines Postulates, welches dies auch sei, gebraucht werden dürfen. Indem man ausserhalb des *Rechtsinhaltes* auch noch die *Sicherheit* der Norm fordert, verlangt man etwas, was nur auf kosten des Rechtscharakters der Norm gewonnen werden kann. Das Maass der Sicherheit ist von der Grundlage des Rechtes abhängig; wer eine grössere Sicherheit verlangt, verleugnet die Grundlage.

D. *Macht und Recht*. Noch auf eine vierte Ursache des Widerspruchs, dem die Lehre von der Rechtssouveränität begegnet, mag hier hingewiesen werden. Sie liegt in der Ansicht, dass auch auf den Machtsfaktor Rücksicht genommen werden müsse, während die vorliegende Lehre nur mit dem Rechte rechne, und also als einseitig zu bezeichnen sei. Das Fundamentale im Rechte, sagt Prof. Paul *Scholten*, liegt in seinem dualistischen Charakter: Idee *und* Tatsache, Norm *und* Macht, was in der Lehre von der Rechtssouveränität durchaus verkannt wird. Auch Prof. DE SAVORNIN

LOHMAN legt hierauf den Nachdruck; er nimmt aber den Staat zum Ausgangspunkt und sagt, dass eine Theorie zur Erklärung des Staates „beiden Elementen, dem Machts- und dem Rechtselement, Rechnung zu tragen haben wird“.

Dieses Bedenken kann ich in keiner anderen Weise widerlegen als durch Verweisung auf die Kritik, die ich wiederholt an jenem Dualismus von Recht und Macht geübt habe. Die Hervorhebung des Hauptpunktes wird, wie ich glaube, hinreichen. Zunächst muss ich aber davor warnen, zwei Gedankengänge zu vermischen, wie dies geschieht wenn man sagt: „es besteht nun einmal ein Dualismus zwischen Macht und Recht, wie auch im Individuum neben einander Machts- und Rechtsbewusstsein beide vorliegen“. Dieses letztere nun — dass nämlich unser Bewusstsein ausser der Idee der Gerechtigkeit auch andere Gefühle, wie etwa dasjenige der Machtbegierde, umfasst — kann ohne weiteres zugestanden werden, und wurde auch im Vorhergehenden, wo von den Faktoren, welche die freie Wirkung der Gerechtigkeitsidee beeinträchtigen die Rede war, wiederholt von mir hervorgehoben. Auch die Mittel, welche diese störende Wirkung ganz oder zum teil aufheben können, sind unserer Aufmerksamkeit nicht entgangen. Aber die mehr oder weniger richtige Zergliederung unseres Bewusstseinslebens hat nichts mit dem Kerne der Lehre von der Rechtssouveränität zu schaffen, nach welchem ausserhalb des Rechtes keine Gewalt als eine rechtmässige anerkannt wird, also eine *Pflicht* des Gehorsams nur aus einer *Rechtsnorm* entspringen kann. Es versteht sich von selbst, und niemand kann blind

dafür sein, dass die gesellschaftlichen Verhältnisse häufig durch physische, von dem Individuum entweder selbsttätig oder mit Hilfe der Polizei ausgeübten, oder auch durch psychische, meistens wieder einen Hintergrund physischer Macht voraussetzende Macht beherrscht werden —, alledem widerspricht unsere Lehre nicht. Sie verneint nur, dass es nach der gegenwärtigen Rechts- und Staatsauffassung Platz geben sollte für eine über Exekutions- und Strafmittel verfügende Obrigkeit, der gegenüber das Volk sich in einem Zustande der Unterworfenheit befindet, während es daneben noch eine andere Unterworfenheit giebt, welche durch das Recht begründet wird. Das ist der Dualismus, gegen welchen die Lehre von der Rechtssouveränität sich wendet, nicht an erster Stelle weil es ein Dualismus ist, sondern weil jetzt eingesehen wird, dass ein natürliches Unterworfenheitsverhältnis in bezug auf die Obrigkeit nichts weiter ist als eine Erfindung; dass der Obrigkeitsbegriff eine bloße Konstruktion ist, welche der Wirklichkeit nicht entspricht; dass die Grundlage der Obrigkeitengewalt sich nirgends nachweisen lässt, und dass eine Pflicht zu gehorchen, ohne welche unsere Gesellschaft auseinanderfallen müsste, sich daher aus keinen reellen Daten ableiten oder auch nur postulieren lässt. Diese negative Seite der Lehre von der Rechtssouveränität ist von keinem unter ihren Kritikern bestritten worden. Unrichtig ist aber, was gegen die positive Seite jener Lehre angeführt wird, namentlich von Prof. ANEMA, wo dieser sagt: „wenn er“ (der Verfasser) „diesen Gegensatz mit demjenigen zwischen Macht und Recht identifiziert und dann lehrt, dass

früher alles Unrecht war und jetzt alles Recht wird, so begeht er eine grosse Unbilligkeit". Die Lehre von der Rechtssouveränität hat sich niemals diese Unbilligkeit zu schulden kommen lassen. Sie hat hervorgehoben, dass nach früheren Auffassungen die gesamte Machtsorganisation eine eigene Grundlage hatte und nicht ein Produkt der Rechtsordnung des Gemeinschaftslebens war. Wir sind jetzt in dieser Sache zu anderen Einsichten gelangt, seitdem wir die Frage nach dem Titel der Obrigkeitse Gewalt aufgeworfen haben. Seitdem ist ans Licht gekommen, dass keiner von den Titeln, welche man dafür gewöhnlich voraussetzte, eine Verpflichtung zum Gehorsam begründen konnte und dass also der Obrigkeitse Gewalt die eigene Grundlage fehlte, während dies nicht der Fall ist, wo das Recht als die Quelle aller Gewalt angesehen wird. Damit ist nicht gesagt, und kein einziger Anhänger der Lehre hat behauptet, „dass früher alles Unrecht war und jetzt alles Recht wird“, sondern nur, dass die früheren Ansichten über die Obrigkeitse Gewalt nicht mehr als richtig anerkannt werden können. Die Sache liegt hier genau so, wie in bezug auf Institute wie Sklaverei, Zehntrecht u. dergl., welche früher allgemein, jetzt aber nicht mehr als Rechtsinstitute anerkannt werden.

Ebenso ist es ein Irrtum, dass die Lehre von der Rechtssouveränität sich anheischig machen sollte, den Gegensatz zwischen Macht und Recht zur Lösung zu bringen. Dass die Macht ebensowohl wie das Recht an der Ordnung des gesellschaftlichen Lebens Anteil nimmt, wer sollte es verneinen? Ebensowenig wird geleugnet, dass die Rechtsentwicklung häufig durch die Mittel der

Machtsanwendung und der Gewalt zu stande gekommen ist und noch zu stande kommt. Nicht nur die Revolutionen beweisen dies, sondern auch der Gebrauch von Rechten zur Machtsübung, wie etwa bei der Obstruktion in parlamentarischen Versammlungen, bei Arbeitseinstellungen u. dergl. der Fall sein kann. Es kann sich dabei schliesslich herausstellen, dass das angewendete Machtmittel die Weihe des Rechtes besitzt, indem es zwar den Rechtsfrieden in höherem oder geringerem Grade durchbricht, zugleich aber die Tendenz hat, die Ordnung auf einen höheren Plan zu bringen. Demgegenüber lässt sich aber feststellen, dass in zunehmendem Maasse das Recht seine eigene Entwicklungsmöglichkeit organisiert, und die Rechtsentwicklung je länger je weniger durch eine ausserhalb der Rechtsordnung liegende Gewalt zu stande gebracht zu werden braucht. Je nach dem die Organisation der Rechtsbildung sich vervollkommnet und man besonders an die Dezentralisierung der Rechtsbildung eifriger die Hand legt, wird die Macht als Recht erzeugender Faktor ausgeschaltet und braucht die Verbesserung des Rechtes nicht mehr stossweise und durch Verletzung des Rechtsfriedens zu geschehen.

Dies alles liegt in der Blicklinie der Lehre von der Rechtssouveränität. Aber an erster Stelle fasst sie den Gegensatz zwischen Macht und Recht dadurch ins Auge, dass sie die organisierte, auf Beamte, Polizei und Heer sich stützende, Exekution und Strafe vollziehende Macht nicht mehr mit dem Staate oder der Obrigkeit identifiziert und diese dem Rechte gegenüberstellt, sondern dass sie dieselbe als einen Rechtsorganismus,

als einen Teil der Rechtsordnung, welche das gesellschaftliche Leben beherrscht, erkennen lässt; oder mit den Worten Duguits: der organisierte Zwang (Exekution und Strafe) ist einer aus den vielen „services publics“, welche vom Rechte her ihre Organisation erhalten haben. Die Meinung, dass dieser Zwang, als Offenbarung der Staats- oder Obrigkeitsidee, eine eigene selbständige Existenz führen sollte, ist nach der Lehre von der Rechtssouveränität zu verwerfen.

Des weiteren befasst sich diese Lehre keineswegs mit soziologischen Untersuchungen über die verschiedenen Formen, in welchen beliebige gesellschaftliche Mächte zur Erscheinung gelangen (wie VON WIESER, *Recht und Macht*, 1910), da sie sich ausschliesslich für diejenige Art der Gewalt, welche aus der *Pflicht* des Gehorsams hervorgeht, interessiert. Und eine solche Verpflichtung kann sie nur aus dem Rechte herleiten. Nur in so weit nimmt sie die tatsächlich in der Gesellschaft vorliegenden Machtverhältnisse in ihre Untersuchung auf, als solche Verhältnisse die Wirkungen des Rechtsbewusstseins beeinflussen und man also danach streben muss, etwaige Störungen so gut wie möglich unschädlich zu machen. Doch unterscheidet sich in diesem Punkte die gesellschaftliche Macht nicht von anderen Faktoren, welche gleichfalls ein triftiges Rechtsurteil gefährden. Dagegen ist es in hohem Maasse einseitig, wie VON WIESER, zu sagen, dass das Recht eine Ordnung tatsächlicher Machtverhältnisse ist, denn dieser Satz trägt der Verwicklung des gesellschaftlichen Lebens nicht Rechnung. Gegenüber oder neben dem Rechtsbewusstsein steht in der Gesellschaft nicht bloss eine vom

Rechte einzuschränkende oder aufzuhebende tatsächliche Macht, sondern noch zahlreiche andere die Wirkung des Rechtsbewusstseins beeinflussende, hemmende, bisweilen auch unterstützende Bewusstseins-erlebnisse. Das Recht bezwingt nicht nur die Macht, sondern auch andere Formen des Eigennutzes; und das Recht wird in seiner Herrschaft nicht nur vom Rechtsgefühl des Menschen getragen, sondern ausserdem von allen Tugenden und geistigen Werten, welche in der menschlichen Seele ihren Sitz haben können, gestützt.

Unser Endergebnis ist also folgendes. Gewalt und Macht liegen in hundertfachen Gestaltungen vor. Diesen allen gemein ist der entweder Menschen, oder Gedanken, oder Ideen geleistete *Gehorsam*. Die Staatslehre sucht aus allen jenen Quellen des Gehorsams die eine heraus, aus welcher eine *Verpflichtung* zum Gehorsam entspringt, und sie findet als solche keine andere neben dem Rechte, dessen verpflichtende Kraft im Rechtsbewusstsein des Menschen ihre Wurzeln hat. Und daraus folgt, dass die Staatsgewalt nichts weiter ist als die Rechtsgewalt, und dass der Staatsbegriff in seinem vollen Umfange sich auf das besondere Rechtsleben, welches sich bei einem Volke vorfindet, zurückführen lässt.

VII. *Das Recht als Gemeinschaftsnorm.* Auf die Untersuchung nach der Verbindlichkeit der Rechtsnorm hat diejenige nach dem Gegenstande oder dem Inhalte derselben zu folgen. Aus diesem Gesichtspunkte können wir sagen: das Recht ordnet das Verhalten von Menschen, zur Erreichung gemeinschaftlicher Ziele,

und tritt also auf zur Ordnung einer Gemeinschaft. Natürlich ist es gleichgiltig, ob diese Gemeinschaften vorübergehender Art sind oder sich zu einem dauernden Zwecke gebildet haben. Eine Gemeinschaft ist schon da, wenn zwei Personen einen Kaufvertrag schliessen; Rechtsnormen bestimmen das Verhalten der Parteien in bezug auf die daraus hervorgehenden Leistungen, nach deren Abwicklung die Gemeinschaft ihr Ende erreicht. Mehr bleibender Art sind die Gemeinschaften, welche durch die Bildung von Vereinen, Handelsgenossenschaften, Stiftungen zu stande kommen, während ein dauerhafter Bestand denjenigen Gemeinschaften zukommt, welche die Besorgung öffentlicher Interessen bezwecken, wie Deichbehörden, Gemeinden, Provinzen, Staate, Staatenbunde, Bundesstaaten.

Wenn nun jeder Gemeinschaft ein gemeinschaftliches Ziel zugrunde liegt, müssen die auf die Erreichung desselben gerichteten Normen für jedes Glied jener Gemeinschaft in gleichem Maasse gelten. Mit der Einheit des Zieles ist die *Einheit der Rechtsnorm* als Postulat gegeben. Woraus folgt, dass den in jenen Gemeinschaften geltenden Rechtsnormen eine gemeinsame Rechtsüberzeugung zu grunde liegen muss. Die Norm, welche ausschliesslich dem Rechtsgeföhle eines Individuums entsprungen ist, herrscht auch nur über den Willen dieses Individuums, und kann also nicht Gemeinschaftsnorm sein. Zwar ist es möglich — und nicht selten verhält es sich wirklich so — dass das einzelne Gemeinschaftsglied nach einem höherem Rechtsmaassstabe lebt als dies in der Gemeinschaftsnorm seinen Ausdruck findet, aber dies kann nur bedeuten, dass er sich

zu mehr als dem für alle geltenden „ethischen Minimum“ (JELLINEK) verpflichtet fühlt.

Die Rechtsnorm, als Gemeinschaftsnorm aufgefasst, fordert eine gemeinschaftliche Rechtsüberzeugung. Dass diese, bis zu einem gewissen Punkte, durchaus erreichbar ist, lehrt die Erfahrung. An erster Stelle behalte man sorgfältig im Auge, dass nicht mit jedem Individuum ein besonderes Rechtsbewusstsein gegeben ist, dergestalt dass der Maassstab des Rechtes ebensoviele Unterschiede aufweist, als es Individuen giebt, welche sich an dem Rechtsleben beteiligen. Wie in bezug auf die Norm der Wahrheit gilt, dass nämlich nicht, wie die Sophisten behaupteten, diese Wahrheit eine bloss individuelle Bedeutung besitzt, sondern dass derselben vielmehr allgemeingiltige Kriterien zu grunde liegen, so lässt sich auch für das Recht der Satz aufrecht erhalten, dass, wie für die Ethik von HEYMANS (Einführung in die Ethik, 1914) gezeigt worden ist, bei der Beurteilung von Recht und Unrecht ein allgemeingiltiger Maassstab zur Offenbarung gelangt. Nicht durch den zu verwendenden Maassstab kommt daher Ungleichheit in die Rechtsüberzeugung hinein, sondern durch die Reflexion des Gegenstandes der Rechtswertung in unserem Bewusstsein. Dieser Gegenstand ist das Gemeinschaftsleben der Menschen, also ihre damit zusammenhängenden Verhaltensweisen und Interessen. Wenn unsere darauf bezüglichlichen Vorstellungen ihren Gegenständen vollkommen adäquat wären, so würde es keine Verschiedenheit der Rechtsüberzeugung geben. Aber eben weil die Wirklichkeit erstens bloss zum Teil zu unserem Bewusstsein durchdringt,

und zweitens, sofern sie darin zur Erscheinung gelangt, infolge unserer angeborenen oder erworbenen Neigungen uns in verschiedener Weise affizieren kann, ist der Gegenstand der Rechtswertung im Bewusstseinsleben der Menschen verschieden, und ergibt sich aus dieser Verschiedenheit der Reflexion die Verschiedenheit der Rechtsüberzeugung. Aber jene Verschiedenheit der Reflexion wird zum grösseren Teile aufgehoben durch die Wechselwirkung im Bewusstseinsleben der Menschen, durch die Gleichheit der Erziehung, durch den Einfluss der Umgebung. Und in dem Maasse, wie das Zusammenleben der Menschen inniger und vielseitiger ist, steigt die Möglichkeit, dass in den Vorstellungen und im Gefühlswerte derselben ein gewisse Gleichheit zu stande kommt, und dass dadurch bei einer stets wachsenden Anzahl auch Einheit der Rechtsüberzeugung sich ausbildet. Grosse Verschiedenheit des Rechtsbewusstseins in dieser Hinsicht wird die Gewinnung der Einheit der Rechtsnorm verhindern; und die Wirkung davon wird sein, dass auch die Gemeinschaft auseinanderfällt, und dass das von ihr verfolgte Ziel entweder nicht erreicht werden kann, oder nur in getrennten Gemeinschaften, welche den Bedingungen für die Ausbildung einer einheitlichen Rechtsnorm genügen, sich verwirklichen lässt.

Wenn nun aber solche Bedingungen gegeben sind, so wird dennoch Einstimmigkeit der Rechtsüberzeugung sich nur selten vorfinden, und es erhebt sich die Frage, wie, bei Differenzen in bezug auf den Inhalt, eine Gemeinschaftsnorm und also Einheit der Rechtsnorm gesichert werden kann.

VIII. *Die Herrschaft der Majorität.* Der Beantwortung der aufgeworfenen Frage stellte sich die grösste Schwierigkeit in den Weg beim Gewohnheitsrecht, weil man dort einem Rechte gegenüber stand, dessen Geltung unmittelbar aus einer Gemeinsamkeit des Rechtsbewusstseins begründet werden musste, während es auch als für diejenigen verbindend angesehen wurde, bei denen dieses Rechtsbewusstsein entweder fehlte oder einen anderen Inhalt hatte. Beim Gesetzesrecht kann man sich helfen, und hat man sich geholfen, mit der Personifizierung des Gesetzgebers, aus dessen Willen das Recht hervorging, womit die Einheit der Norm von selbst gegeben war. Beim Gewohnheitsrechte dagegen lässt sich ein solches Subjekt nicht konstruieren, wenigstens nicht wenn man, wie in dieser Schrift geschieht, das reale Rechtsbewusstsein des Menschen als die Grundlage der Geltung des Rechtes betrachtet. Die historische Rechtsschule dagegen arbeitete auch beim Gewohnheitsrechte mit einem Subjekte, von dem dieses Recht herstammte, nämlich dem „Volksgeiste“, und setzte damit eine vom individuellen Bewusstsein unabhängige Macht ein, welche gleiche Rechtswirkungen bei den Individuen hervorruft. Die Geltung des Gewohnheitsrechtes hatte also nach der historischen Schule ihre Wurzeln in einem vom konkreten Rechtsbewusstsein losgelösten Oberbewusstsein des „Volksgeistes“, und durch die Einheit dieses Subjektes war die Geltung des Gewohnheitsrechtes für *alle* Individuen festgestellt. Für uns dagegen, die wir eben an jenes konkrete Rechtsbewusstsein die Herrschaft des Rechtes anknüpfen, ist die Frage, wie,

mit Aufrechterhaltung dieses Ausgangspunktes, Einheit der Rechtsnorm bei Verschiedenheit des Rechtsbewusstseins in bezug auf den Inhalt der Norm zu gewinnen ist, noch keineswegs gelöst.

SCHUPPE, der in seiner viel zu wenig bekannten Abhandlung über „Das Gewohnheitsrecht“ (1890) für die Erklärung der Verbindlichkeit des Rechtes ebenfalls auf die Wirkung des konkreten Rechtsbewusstseins den Nachdruck legt, hat sich in ein Labyrinth von Konstruktionen begeben um nachzuweisen, dass das Gewohnheitsrecht in einer *allgemeinen* Rechtsüberzeugung wurzelt, und versucht durch diese Argumentation die Behauptung ZITELMANN'S (Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv f. d. civil. Praxis LXVI) zu widerlegen, dass, wenn das Gewohnheitsrecht aus der Wirksamkeit des menschlichen Rechtsbewusstseins entsteht, dasselbe nur diejenigen bindet, welche es befolgen.

SCHUPPE versucht sich aus dieser Klemme zu befreien indem er sagt, dass das von den Forderungen des Gewohnheitsrechtes abweichende Handeln entweder das Ergebnis einer Rechtsüberzeugung ist, oder die Folge einer Ueberwältigung des Rechtsgefühles durch andere Neigungen. Im letzteren Fall liegt ein Unrecht vor; im ersteren steht Recht gegenüber Recht. Aber der Praxis kann dieser letztere Ausspruch nicht genügen, und so versucht er sich zu retten indem er die Norm aufstellt: „du *sollst* aber diese Rechtsüberzeugung haben“. Hier können wir uns dem gelehrten Verfasser nicht anschliessen. Mit dem Aufstellen einer Verpflichtung zu einer Verpflichtung kommt man keinen Schritt weiter, da jede Verpflichtung, dem Aus-

gangspunkte gemäss, in der Rechtsüberzeugung des verpflichteten Subjektes wurzeln muss und eben diese Ueberzeugung hier nicht vorhanden ist. Nein, ZITELMANN hat durchaus Recht; das Gewohnheitsrecht in diesem Sinne (und eben so wird von ZITELMANN die historische Schule verstanden) gilt nur für diejenigen welche es befolgen, oder mit anderen Worten: wenn das Gewohnheitsrecht seine verbindende Kraft der Reaktion des konkreten Rechtsbewusstseins verdankt, so sind nur diejenigen Menschen, bei welchen jene Reaktion vorliegt, demselben unterworfen. Dennoch ist es Tatsache, dass überall, wo ein Gewohnheitsrecht existiert, dasselbe auch auf solche angewendet wird, die ein demselben widerstreitendes Rechtsbewusstsein haben erkennen lassen. Folgt daraus nicht, dass sie sich jenem Rechte entsprechend hätten betragen *sollen*? Wenn ja, so liegt für sie die Geltung jenes Rechtes in etwas anderem als in der Reaktion ihres Rechtsbewusstseins auf die Normen desselben, und müsste auch der Ausgangspunkt für die Verbindlichkeit der Normen preisgegeben werden. Dies kann aber nicht geschehen, denn es giebt keinen einzigen anderen realen Grund für die Verbindlichkeit des Rechtes als die Uebereinstimmung seiner Normen mit dem Rechtsbewusstsein des Menschen.

Die Lösung dieser Schwierigkeit muss also sonstwo gesucht werden, und sie lässt sich auch wirklich finden, wenn man im Auge behält was oben betont wurde, dass nämlich das Recht Gemeinschaftsnorm ist, woraus folgt, dass es Normen, welche einander widersprechen, überhaupt nicht geben kann. Der Zweck

einer Gemeinschaft kann nur durch die Einheit der Norm verwirklicht werden. Diese *Einheit der Norm* hat also grundlegenden Wert; sie besitzt den *höchsten Rechtswert*, einen höheren als derjenige, welcher dem *Inhalte* der Norm eignet, da die Einheit der Rechtsnorm eine unerlässliche Bedingung ist für die Erreichung des Gemeinschaftszieles. Dieses Ziel kann auf verschiedenen Wegen mehr oder weniger vollständig verwirklicht werden, aber es kann jedenfalls *nicht* verwirklicht werden ohne Einheit der Norm. Demzufolge legt unser Rechtsbewusstsein jener Einheit den höchsten Wert bei, mit Aufopferung, sofern es nötig ist, eines bestimmten Inhaltes, dem man den Vorzug geben würde.

Wenn diese Analyse unseres Rechtsbewusstseins richtig ist, so erhebt sich die Frage, welcher Inhalt aufgeopfert werden muss um zu jener Einheit der Rechtsnorm zu gelangen. Wenn bei den Gliedern der Gemeinschaft das Rechtsbewusstsein sich in bezug auf die zu befolgenden Normen verschiedentlich äussert, so werden, bei qualitativer Gleichheit des Rechtsbewusstseins, diejenigen Normen einen höheren Wert besitzen, welche von einer *Majorität* der Glieder als Rechtsnormen gewünscht werden. Einheit der Norm ist erforderlich und eine Wahl zwischen den Inhalten der Normen kann, wenn die sich an der Rechtsbildung beteiligenden Personen gleichwertig sind, in keiner anderen Weise getroffen werden als durch Beachtung der *Quantität* der Personen welche denselben beipflichten. Hat aber die Quantität zu entscheiden, so führt dies von selbst zur Anerkennung der Norm der *Majorität*, weil

aus dieser Majorität erhellt, dass die Norm derselben allen anderen gegenüber den *höchsten* Wert besitzt. Behält man dies im Auge, so ist klar, dass der Schlüssel zur Herrschaft des Gewohnheitsrechtes, auch für diejenigen welche eine andere Rechtsüberzeugung hegen, darin liegt, dass der Rechtswert der Einheit der Norm jene Herrschaft rechtfertigt. Diejenigen, welche nach einer anderen Norm hätten leben wollen, dürfen das nicht tun, weil in der Gemeinschaft, welcher sie angehören, die Einheit der Norm auch ihrem Rechtsbewusstsein zufolge höheren Wert besitzt als der Inhalt der Norm. Demzufolge beruht die Herrschaft des Gewohnheitsrechtes bei denjenigen, deren Rechtsüberzeugung darin zum Ausdruck gekommen ist, auf dem Werte des *Inhaltes* der Norm, während sie bei allen anderen in dem Werte der *Einheit* der Norm begründet ist, in dem Sinne, dass diejenige Norm als herrschend anerkannt werden muss, wovon sich herausgestellt hat, dass sie quantitativ den *grössten* Rechtswert besitzt. Der grössere Wert wird hier quantitativ bestimmt, und eine gewohnheitsrechtliche Norm liegt also vor, sobald sie von der Rechtsüberzeugung der *Majorität* getragen wird, da es für die Existenz des Gewohnheitsrechtes durchaus gleichgiltig ist, welche die Personen sind, deren Rechtsbewusstsein zur Bildung jenes Rechtes beigetragen hat.

Ein Gleiches gilt natürlich auch für das Gesetzesrecht. Wo eine Volksvertretung gegeben ist, hat das Rechtsbewusstsein jedes Mitgliedes derselben für die Bildung des Rechtes gleichen Wert, und wird also auch hier die Majoritätsnorm, als diejenige welche quantita-

tiv den grössten Rechtswert besitzt, zur Gemeinschaftsnorm erhoben.

Dieser natürlichen Rechtfertigung der Rechtskraft der Majoritätsnorm treten diejenigen Vorschriften entgegen, welche für die Abänderung bestimmter Gesetze eine verstärkte Majorität fordern. Mehrere Verfassungen stellen als Bedingung für ihre Abänderung die Genehmigung dieser Abänderung durch eine grössere Anzahl von Parlamentsmitgliedern als die Majorität ausmacht, also etwa zwei Drittel oder drei Viertel. Solchen Vorschriften kommt kein Rechtswert zu; sie sind nicht Rechtsnormen und also unverbindlich. Wenn eine einfache Majorität sich für eine bestimmte Rechtsabänderung ausgesprochen hat, so ist dadurch gleichzeitig über das bestehende Recht der Stab gebrochen. Indem man das neue Recht nur bei einer verstärkten Majorität gelten lässt, wird ein Minoritätsrecht im Stande erhalten, d. h. der grössere wird dem geringeren Rechtswert geopfert, was, wenn einmal die gleiche Bedeutung jedes Parlamentsglieders anerkannt worden ist, nicht nur diesem Prinzip der Gleichheit offenbar widerspricht, sondern auch das Recht als Gemeinschaftsnorm angreift. Denn eben als Gemeinschaftsnorm fordert das Recht Einheit der Norm, während bei Abweichung vom einfachen Majoritätssystem mehr als eine Norm zur Herrschaft gelangen könnte, da doch eine Quantität, der Natur der Sache gemäss, mehr als eine Minorität in sich enthalten kann. Das stärkste Recht ist ohne Zweifel diejenige Norm, deren Inhalt bei sämtlichen Mitgliedern der rechtbildenden Organe Beifall findet. In dem Maasse als man sich

mehr der einfachen Majorität nähert, wird der Rechtswert der Norm mehr durch den Wert, welche die *Einheit* der Norm besitzt, bestimmt, bis jene einfache Majorität überschritten ist; wonach zwar nicht der ganze Rechtswert des *Inhaltes* in Wegfall kommt, wohl aber diejenige der *Einheit* der Norm, und damit hat die Norm notwendig den Charakter einer Rechtsnorm eingebüßt. Dies wird aber bei Verfassungsrevisionen, für welche eine verstärkte Majorität vorgeschrieben ist, jedesmal vorkommen, wenn infolge des Fehlens jener verstärkten Majorität, während jedoch eine einfache Majorität vorliegt, das bestehende Verfassungsrecht im stande erhalten wird. Denn dieses Imstandehalten bedeutet nur, dass man auch weiterhin die bestehenden Normen befolgen wird, nicht aber, dass diese Normen Rechtsnormen sind und also befolgt werden *sollen*.

Zusammenfassend dürfen wir also sagen, dass, während der Rechtsbegriff einerseits durch den Zusammenhang der Norm mit dem menschlichen Rechtsbewusstsein bestimmt wird, andererseits der Zusammenhang der Norm mit dem Gemeinschaftsleben seinen Charakter beherrscht. Wenn man das Recht von dem menschlichen Rechtsbewusstsein loslöst, so verliert es den Rechtscharakter und hat also seine Herrschaft ein Ende. Wenn man das Recht von dem Gemeinschaftsinteresse loslöst, so hört die Norm gleichfalls auf eine Rechtsnorm zu sein. Sie kann zwar noch eine sehr wertvolle Norm sein, aber liegt dann auf anderem Gebiete als demjenigen des Rechtes. Von einem *Rechtsbewusstsein* kann nicht die Rede sein, wenn nicht auch

dem Gebiete, wo sie gelten soll, Rechnung getragen wird. Das Rechtsbewusstsein hat einen eigenen Gegenstand der Wertschätzung. Sowie die Logik das Denken beherrscht, beherrscht das Rechtsbewusstsein das Gebiet des Gemeinschaftslebens. Und mit Rücksicht auf diesen besonderen Gegenstand hat hier die *Einheit* der Norm höheren Wert als der *Inhalt* derselben. Da nun diese Einheit nicht anders als durch Anerkennung des Majoritätsprinzips sich erzielen lässt, ist in dem Gemeinschaftsleben, welches unser Bewusstsein erfüllt und infolgedessen das Rechtsbewusstsein in uns wirkt, die Verpflichtung enthalten, unser Betragen entsprechend der Majoritätsnorm einzurichten.

IX. *Beurteilung der an das Majoritätsprinzip geübten Kritik.* Hier liegt der Angriffspunkt für die Gegner. Denkt euch doch: eine Theorie, welche die Entscheidung über Recht und Unrecht von der Quantität abhängen lässt; schaut zu, wie aus einem „anarchistischen“ Elemente — dem individuellen Rechtsbewusstsein — eine geordnete Gemeinschaft aufgebaut wird; vergesst nicht den „verrufenen Tageswahn“, der einer „augenblicklichen“ Majorität ihren Beschluss vorschreiben kann; achtet auf die hier gebotene Reproduktion des berühmten Rousseau'schen Spieles mit „volonté générale“ und „volonté de tous“ —, ist damit das Urteil über eine Theorie, welche den Willen der Majorität als Recht anerkennt, nicht bereits gesprochen?

Ich schlage die niederländische Verfassung auf und lese in Art. 106: „Bei allen Abstimmungen über sach-

liche Angelegenheiten entscheidet die absolute Majorität". Das muss ein Irrtum sein; dann aber ein Irrtum, welcher in allen Verfassungen sich wiederfindet. Das Uebel ist also sehr verbreitet, um so dringender dann aber auch die Frage, wie das dargebotene Licht hier und überall sonst so lange hat verborgen bleiben können. Ich vermute, dass die Ursache nirgends sonst als in der Unumgänglichkeit einer Rechtsbildung nach der absoluten Majorität zu finden ist. Es beruht auf einer vollständigen Verkennung der Wirklichkeit, wenn gegen jene allgemein geltende Regel Widerspruch erhoben wird. Das einzige, was die Wissenschaft hier leisten kann, ist, die Regel zu erklären, also nachzuweisen, warum dieselbe unumgänglich ist. Dies kann entweder geschehen ohne Berücksichtigung der Tatsache, dass man es mit *Rechtsbildung* zu tun hat, und dann steht man einer rein psychologischen Frage gegenüber; oder aber, die Erklärung kann sich insbesondere auf die *Rechtsbildung* beziehen, in welchem Falle die Frage zu beantworten ist, wie ein Majoritätsbeschluss verbindliches Recht erzeugen kann, wenn diese Verbindlichkeit doch aus dem individuellen Rechtsbewusstsein ihren Ursprung nimmt.

Die psychologische Erklärung findet man in der Analogie mit der innerseelischen Willensbildung. Wenn uns die Verwirklichung eines bestimmten Zieles vor Augen steht, so versuchen wir, die zu unserem Bewusstsein gelangenden Wirkungen, welche die Verwirklichung jenes Zieles mit sich führen wird, auf ihren Wert zu schätzen. Einige dieser Wirkungen werden unseren Neigungen entsprechen, andere denselben

zuwiderlaufen. Das Nachspüren dieser Wirkungen und die Wertschätzung derselben können wir nicht bis ins Unendliche fortsetzen. Wir sind nicht nur theoretische, sondern auch praktische Wesen. Zu einer gegebenen Zeit schliessen wir den Prozess ab, und das zu verwirklichende Ziel wird dann zum Gegenstand unseres Wollens oder nicht, je nachdem die positiven Gefühlsreaktionen stärker oder schwächer sind als die negativen. Auch das geringste Uebergewicht an einer oder der anderen Seite entscheidet über unser Handeln. Das ist eine psychologische Notwendigkeit, aus welcher es kein Entrinnen giebt. Von grösster Bedeutung ist also der Augenblick, wo der Ueberlegung ein Ende gesetzt wird. Je nach der Beziehung, in welcher dann das zu verwirklichende Ziel zu unseren Neigungen steht, wird unser Wille diesen oder jenen Inhalt erlangen, demzufolge wir fast immer unter dem Willensentschluss einigermaassen zu leiden haben werden, indem gewisse Seiten unserer Persönlichkeit durch denselben Schaden erfahren. Die Verwicklung unseres Lebens nötigt uns, dieser Tragik uns zu fügen. Je nachdem diese Verwicklung von Natur eine geringere ist, wie etwa bei unerwachsenen Personen oder Völkern, treten diese Zustände der Unlust und des Unbefriedigtseins seltener auf. In dem Maasse dagegen, wie die Differenzierung unserer Persönlichkeit fortschreitet, vermehren sich die Konflikte und wird es beschwerlicher eine Entscheidung zu treffen. Bis zur Zeit, wo es uns gelingt, dieser Verwicklung Herr zu werden, indem wir unser ganzes Leben der Verwirklichung einzelner wertvoller Ziele unterordnen.

Ein Gleiches liegt nun auch vor, wenn eine Gruppe von Menschen eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen hat. Zu diesem Zwecke müssen Ziele verwirklicht, Urteile gefällt werden, in bezug auf welche die einzelnen Mitglieder verschiedener Meinung sein können. Ebenso natürlich wie beim inneren Willensprozess die Entscheidung der Majorität, nach der Seite des Für oder Wider, über den Inhalt des Entschlusses, ebenso natürlich ist die Geltung des Majoritätsprinzips bei einer Gruppe. Die Vielfältigkeit der Meinungen lässt sich auf keine andere Weise zur Einheit bringen. Nur durch Verminderung oder Aufhebung jener Vielfältigkeit selbst kann man der Anwendung dieses groben Mittels entgehen.

Und hier liegt in der Tat der Hebel unserer Freiheit: Verminderung, vielleicht Aufhebung der innerhalb jeder Gruppe gegebenen Vielfältigkeit, welche entweder von innen oder von aussen her zu stande kommen kann. Von innen her wird dieselbe erreicht, wenn einzelne Teile jener Gruppe sich um ein bestimmtes Prinzip sammeln und diesem Prinzip die Entscheidung anheimstellen. In politischen Versammlungen bieten die Parteischaften ein Beispiel, wie auf diesem Wege eine Herabsetzung der Vielfältigkeit erzielt werden kann. Man darf aber nicht vergessen, dass damit immer ein Stück unserer Persönlichkeit verloren geht und also das geistige Leben, sei es auch freiwillig, in Fesseln gelegt wird. Von aussen her lässt sich jene Vielfältigkeit vermindern, indem man Gruppen bildet aus Personen, welche wohlbewandert sind in der Sache, worüber sie zu entscheiden haben. Durch Einheit in den auf das

Tatsächliche sich beziehenden Vorstellungen wird auch die Verschiedenheit der Wertschätzungen und Urteile zurückgedrängt, und braucht das Fallbeil der Entscheidung durch die Hälfte plus Eins nicht oder seltener mehr in Wirkung gesetzt zu werden. Auf dieser Ueberlegung beruht die empfohlene Dezentralisierung der Rechtsbildung.

Und damit kommen wir zur Erklärung des Majoritätsprinzips bei der Rechtsbildung, im Zusammenhange mit der von uns für die Geltung des Rechts angenommenen Grundlage: dem Rechtsgefühl oder dem Rechtsbewusstsein der Menschen. Wir fanden jene Erklärung in dem fundamentalen Werte der Einheit der Norm, dem der Wert des Inhaltes der Norm sich unterordnet. Diese Formulierung der Bedeutung des Majoritätsprinzips auf dem Gebiete des Rechts schliesst sich aufs engste an die Vorstellung an, welche wir oben von dem beim Individuum stattfindenden inneren Prozess der Willensbildung gegeben haben. Sowie wir durch Pflicht oder Zwang der Umstände genötigt werden, unser diffuses Leben zur Einheit zu bringen, so ist in der Aufgabe einer zur Rechtsbildung berufenen Körperschaft der Auftrag enthalten, in der Gemeinschaft, für welche sie arbeitet, Einheit der Norm zu stande zu bringen. Das Majoritätsprinzip ist die unumgängliche Bedingung für die Möglichkeit, diesen Auftrag zu erfüllen. Sofern die Vielfältigkeit des Urteils nicht durch eines der obenerwähnten Mittel hat beseitigt werden können, ist die Verwendung des mechanisch wirkenden Majoritätsprinzips eine Rechtsforderung, da dieselbe sich aus dem Rechte als einer

Gemeinschaftsordnung ergibt. In dieser Funktion des Rechtes liegt seine primäre Bedeutung. Unser Rechtsbewusstsein offenbart sich an erster Stelle in dem Werte, welchen wir der Gemeinschaftsordnung, was auch ihr Inhalt sein mag, beilegen, und eine Gemeinschaftsordnung ohne Einheit der Norm ist unmöglich. Also ist das Majoritätsprinzip, ohne dessen Anwendung jene Einheit sich nicht immer zu stande bringen lässt, als eine Rechtsforderung, als ein Postulat unseres Rechtsbewusstseins anzuerkennen.

Bei alledem darf man aber nicht vergessen, dass ein Recht, welches für eine starke Minorität nur den Wert einer Ordnung besitzt und seinem Inhalte nach ihr Rechtsbewusstsein nicht befriedigt, auf schwachen Füßen steht und die freiwillige Befolgung, die autonome Wirkung der Rechtsordnung ernstlich zu gefährden vermag, wodurch also das Recht als eine geistige Macht seine Bedeutung einbüsst. Das Majoritätsprinzip genügt der Rechtsidee, wenn die äusserste Grenze seiner Herrschaft erreicht worden ist und also nicht mehr als die Hälfte plus Eins mit dem Inhalt derselben zufrieden ist, fast nur noch in formeller Hinsicht. In dem Maasse wie die Majorität sich verstärkt, gewinnt das Recht, kraft seines steigenden inneren Wertes, auch an Geltung. Und da wir uns eben dies zum Ziele setzen, muss die Rechtsbildung darauf eingerichtet sein, ein Recht zu schaffen, welches der Gerechtigkeitsidee, so wie dieselbe sich im Rechtsurteil eines jeden offenbart, vollständig entspricht.

X. *Das individuelle Rechtsbewusstsein.* Nach den

obigen Erörterungen, welche dem Majoritätsprinzip seinen richtigen Platz bei der Rechtsbildung anweisen und nach welchen sich auch die Praxis verhält, können die gegen jenes Prinzip erhobenen Einwände uns kaum mehr beunruhigen. Indem wir die Grundlage der Rechtsordnung im individuellen Rechtsbewusstsein suchen, wäre, wie man behauptet, die geordnete Gemeinschaft auf einem anarchistischen Elemente aufgebaut worden. Das individuelle Rechtsbewusstsein ein anarchistisches Element! Mit welchem anderen Bewusstsein ausser demjenigen des individuellen Menschen können wir denn überhaupt rechnen? In individuellen Bewusstseinen kommen alle Schätze geistigen Lebens zusammen, und nur dort können wir dieses Leben belauschen. In unmittelbarer Erfahrung ist uns nur unser eigenes Bewusstseinsleben gegeben; indem wir aber die Erscheinungen beachten, in welchen sich das Bewusstseinsleben anderer nach aussen offenbart, können wir uns auch von diesem eine Vorstellung bilden. Und diese unmittelbare und mittelbare Erfahrung widerspricht aufs bestimmteste dem Satz, dass in jedem Individuum das Rechtsbewusstsein nach anderen Kriterien wirkt.

Es liegt noch ein anderer Gedankengang vor, welcher, ebenso wie der eben besprochene, Vernachlässigung der psychologischen Wissenschaft verrät. Denn wie liesse sich sonst erklären, dass von der einschlägigen Lehre behauptet wird, sie nehme ihren Ausgang von einem „absoluten Individualismus“, statt der Tatsache Rechnung zu tragen, „dass die Natur ihre ewigen Gesetze hat, welche nicht nur von der Willkür, sondern auch von der Bejahung und Wertschätzung des Men-

schen unabhängig sind und seinen Willen beherrschen", während dagegen die Lehre eine „Gebundenheit durch objektive Normen" überhaupt nicht kenne. Ich kann in dieser Beschuldigung nur einen Missbrauch von Worten sehen. Von einem „absoluten Individualismus" würde nur dann die Rede sein können, wenn, wie die Naturrechtsschule annahm, der Staat aus der Versorgung individueller Interessen hervorgegangen wäre und eben darin seine Bestimmung fände. Aber war es und ist es nötig, eine solche Vorstellung auch jetzt noch zu bekämpfen? Je weiter man in der Kulturgeschichte zurückgeht, um so mehr fällt auf, dass der Mensch nach allen Seiten seines Lebens in solchem Maasse gebunden ist, dass das Individuum ausser Sicht gerät und das Gruppenleben den Menschen beherrscht, so dass wenigstens historisch von einem Aufbau der Gemeinschaft vom Individuum heraus nicht die Rede sein kann. Wenn aber die aus der Gemeinschaft entspringende Gebundenheit von Natur gegeben ist und alle Menschen in einer bestehenden Gemeinschaft geboren werden, wie könnte man dann glauben, dass das Bewusstseinsleben nicht von der Gemeinschaftsidee durchtränkt wäre? Wo und bei wem findet sich denn ein ausschliesslich von individuellen Interessen erfülltes Bewusstseinsleben? Es ist darum eine Torheit, eine Staatslehre des „absoluten Individualismus" zu zeihen, weil dieselbe das Bewusstseinsleben der Individuen zum Ausgangspunkte nimmt. Wenn in diesem Bewusstseinsleben die Gemeinschaftsidee sich als etwas Unausrottbares vorfindet, so kann auch ein absoluter Individualismus niemals Anfang oder Ende jener Lehre sein. Um so weni-

ger aber ist das in der hier verteidigten Lehre möglich, weil diese aus dem Bewusstseinsleben die Rechtsidee heraushebt und also damit notwendig die Gemeinschaft und nicht das Individuum als primär anerkennen muss. Mit dem Rechtsbewusstsein als Quelle des Rechtes und also der Gewalt, ist nicht das Individuum sondern die Gemeinschaft als Ausgangspunkt gesetzt worden.

Aber auch wenn mit dem Vorwurf des Individualismus nichts weiter gemeint sein sollte als die Leugnung einer „Gebundenheit durch objektive Normen“, hat man die richtige Spur verloren. Denn dasjenige was als Pflichtbewusstsein sich in unserem Seelenleben vorfindet, hat eben objektiven Wert, ist m. a. W. unserer Willkür durchaus entzogen. Was aus der Wirkung eines solchen Bewusstseins hervorgeht, hat also keines der Merkmale, welche den Ergebnissen einer bloss subjektiven Wertschätzung zukommen. Der objektive Charakter der Rechtsnorm ist mit der Tatsache eines in uns vorliegenden objektiv wirkenden Maassstabes ohne weiteres gegeben.

Demgegenüber wird nun aber behauptet, dass wir nach dem objektiven Wert des *Inhaltes* der Normen, und also nicht nach demjenigen des inneren *Maassstabes* zu suchen hätten. Von welchen Normen man annimmt, dass sie ihrem Inhalte nach solch einen objektiven Wert besitzen, haben wir schon früher gesehen, als wir dem Vorwurfe zu begegnen hatten, dass unsere Lehre der „Grundbestimmung des Menschenlebens“ und der „historisch gegebenen Wirklichkeit des Volkslebens“ nicht Rechnung trage. Wie mit Hülfe dieser

Formeln das positive Recht zur Geburt gebracht werden kann, ist mir unbekannt. Wer es weiss, möge es sagen. Für mich, und vielleicht auch für viele andere, ist das Mystik. Wir können nichts damit anfangen, ebenso wenig wie mit den rationalistischen Formeln aus der Schule des Naturrechts, wo diese beispielsweise als oberste Norm die „Vervollkommnung des Menschen“ aufstellte. Wenn man sich nicht auf die Wirkung des Rechtsbewusstseins verlassen will, fällt man wieder in das alte Naturrecht zurück, wie dies nur noch von katholischer Seite uns in gutem Ernste vorgesetzt wird. Wir müssen dann damit anfangen, ein paar Grundnormen aufzustellen, und können auf logischem Wege daraus alle Rechtspflichten herleiten, welche der Mensch zu erfüllen hat. Vielleicht steht diese Methode unseren Gegnern vor Augen. Es fehlt aber dieser Methode eben dasjenige, was in der Lehre von der Rechtssouveränität die Hauptsache ist, nämlich ein Endurteil über die verbindende Kraft der solcherweise gewonnenen Pflichten. Die Tatsache, dass eine Norm aus einer anderen (etwa aus einer Grundnorm) sich ergibt, entscheidet ja nicht über ihre verbindende Kraft, da die Logik nur innerhalb ihres Gebietes Entscheidungen treffen kann. Die Richtigkeit der Schlussfolgerung mag logisch unangreifbar sein, aber sie führt auf dem Gebiete des Rechtes ebensowenig wie auf demjenigen der Ethik die Verpflichtung mit sich, sein Betragen dem Inhalt dieser Schlussfolgerung gemäss einzurichten.

Eine Verpflichtung kann nur aus der Wirkung eines im menschlichen Bewusstsein vorliegenden Pflichtgefühles hervorgehen. Hier ist nun ein Doppeltes möglich.

Der Inhalt jenes Pflichtgefühls kann uns durch eine Offenbarung Gottes zum Bewusstsein gebracht worden sein. Wer an eine solche Offenbarung glaubt, verfügt wenigstens über eine gewisse Anzahl von Normen, deren Inhalt objektiv feststeht. Denjenigen, die nicht daran glauben, fehlen solche Normen durchaus, und sie bleiben also ausschliesslich auf die jeweiligen Vorschriften des Pflichtgefühls angewiesen. Aber auch hier stehen wir einer Macht gegenüber, der wir uns untergeben fühlen und die also für unser Leben objektiven Wert besitzt. Der Unterschied liegt nur im Gegensatz zwischen der Objektivität des *Norminhaltes* und derjenigen des *Normkriteriums*. Für die Offenbarungsgläubigen giebt es eine gewisse Anzahl apriori feststehender, in der Bibel oder in den kirchlichen Vorschriften zu findender Normen. Wer diese Autoritäten nicht anerkennt, muss sich auf dasjenige besinnen, was die Erfahrung in bezug auf das bei Rechtsurteilen zur Anwendung gelangende Kriterium lehrt. Aber weiter als bis zur Kenntnis dieses Kriteriums kommt er nicht. Und wo das solcherweise gefundene Kriterium ihn im Stiche lässt, entscheidet das Pflichtgefühl in voller Unmittelbarkeit über dasjenige, was getan oder unterlassen werden soll. Besonders wo ungeschriebenes Recht in Anwendung gebracht werden muss, ist es diese unmittelbare, intuitive Wirkung unseres Rechtsgefühles oder Rechtsbewusstseins, welche die Entscheidung bestimmt. Aber überall, sei es dass wir unmittelbar oder mittelbar, auf Grund der Erfahrung, Rechtsurteile aussprechen, haben diese ihre Wurzeln in einer psychischen Ordnung innerhalb deren für subjektive Willkür kein Platz

bleibt. Wir dürfen denmach in voller Reinheit unsern Standpunkt behaupten und an der Objektivität der Grundlage des Rechtes, welche wir im menschlichen Rechtsbewusstsein gefunden haben, festhalten. Sehr bestimmt kennt also die Lehre von der Rechtssouveränität „objektive Wertnormen“, aber nur in dem Sinne, dass diese Objektivität nicht in ihrem unveränderlichen und ewigen Inhalte, sondern in der Quelle, aus welcher die Normen ihren Rechtscharakter schöpfen, gefunden wird.

XI. *Die Qualität des Rechtsbewusstseins.* Muss aber nicht auch der Qualität des Rechtsbewusstseins Rechnung getragen werden? Auf diese Frage passt ohne Zweifel eine bejahende Antwort. Und es wird derselben auch tatsächlich Rechnung getragen, wenn auch, wie wir sehen werden, noch in durchaus ungenügendem Maasse. Man hat sich aber zuerst Rechenschaft davon zu geben, was mit der Qualität des Rechtsbewusstseins gemeint ist. Wenn man damit sagen will, dass mit jedem Menschen eine besondere psychische Reaktion gegeben ist, und dass, je nachdem diese Reaktion so oder anders verläuft, die Qualität des Rechtsbewusstseins höher oder niedriger auszusprechen ist, so muss dieser Ansicht von anfang an aufs bestimmteste widersprochen werden. *Kranenburg* hat es den Juristen schon wiederholt klarzumachen versucht und aus der Erfahrung erläutert, dass die individuellen Rechtsbewusstseine nach einer gemeinsamen festen Gesetzmäßigkeit wirken, dass aber diese Wirkung durch zahlreiche Einflüsse gestört und modifiziert werden kann. Da, wie er (*Positief recht en rechtsbewustzijn*, 1912) bemerkt,

„die tatsächlichen Umstände, unter welchen das Gesetz (des Rechtsbewusstseins) wirkt, in den verschiedenen Entwicklungsstadien so verschieden sind, muss notwendig auch das positive Recht ein verschiedenes sein“. Das Rechtsbewusstsein ist also bei den verschiedenen Individuen nicht darum verschieden, weil jeder eigene Kriterien und Maassstäbe anwenden sollte, sondern weil die reine Wirkung des bei allen in gleicher Weise vorliegenden Rechtsbewusstseins in so verschiedener Weise gestört wird. Könnte diese Störung aufgehoben werden, so würde die Wirkung des Rechtsbewusstseins bei allen zu gleichen Ergebnissen führen.

Mit der höheren oder niedrigeren Qualität des Rechtsbewusstseins kann also nur gemeint sein die geringere oder grössere Möglichkeit einer Störung seiner Wirkung. Aus diesem Gesichtspunkte hat man bei der Organisation der Rechtsbildung die Ausschliessung von der Teilnahme an derselben an erster Stelle zu bestimmen und zu beurteilen. Dann aber kann die Ausschliessung von der Teilnahme an der Rechtsbildung in der Form des Wahlrechtes sich auf nichts anders als auf *natürliche* Qualitäten, welche die Wirkung des Rechtsbewusstseins beeinträchtigen, wie Jugend oder Geisteskrankheit, stützen. Sie darf sich nicht an Mängel heften, welche, wie die Armut, eine Folge der bestehenden *Rechtsordnung* sind, denn dadurch würde man die Störung, welche das Interesse des Besitzenden verursacht, nicht, dagegen diejenige, welche das Interesse des Besitzlosen bedingt, wohl berücksichtigen, während doch die Rechtsbildung die Interessen beider in gleichem Maasse ins Auge fassen soll.

Von weit grösserer Bedeutung ist diejenige Unterscheidung zwischen den individuellen Rechtsbewusstseinen, welche sich auf die grössere oder geringere *Kenntnis der Interessen*, für welche die Rechtsbildung statt finden soll, bezieht. Hier liegt das Gebiet, wo die Qualität des Rechtsbewusstseins sich gelten lässt, wenigstens sich gelten lassen soll. Während auf der Seite des Subjektes der Rechtswertung zur Teilnahme an der Rechtsbildung kein weiterer Titel erforderlich ist, als dass das geistige Leben desselben innerhalb der für eine bestimmte Zeit gesteckten Grenzen als normal betrachtet werden kann, sind dagegen auf der Seite des Objektes der Rechtswertung höhere Anforderungen zu stellen. Denn mit dem Satze, dass das Rechtsbewusstsein aller den obigen Forderungen genügenden Individuen in die Rechtsbildung hineinbezogen werden soll, ist noch keineswegs gesagt, dass das Rechtsbewusstsein eines jeden über den Rechtswert *sämtlicher* Interessen mitreden darf. Dazu ist auch *Kenntnis* dieser Interessen nötig. Vom Rechtsbewusstsein darf nicht gefordert werden, dass es sich über den Rechtswert von Interessen, welche nicht oder nur zum kleinsten Teil das Bewusstsein erfüllen, aussprechen soll. Der Vorwurf, den man gegen die zur Zeit bestehende Organisation der Rechtsbildung anführen kann, ist eben in der Tatsache begründet, dass man die Menschen auch zur Rechtsproduktion ruft in bezug auf Interessen, welche ausserhalb ihres geistigen Horizontes liegen. Indem man alle Rechtsbildung in die Hände einiger weniger Organe zusammenhäuft, nötigt man die Rechtsversorger, sich über die Rechtsbedürfnisse zahlreicher Interessen, die

sie nicht oder kaum kennen, auszusprechen. Für jedes Rechtsbewusstsein ist sein Anteil an der Rechtsbildung zu bestimmen mit Rücksicht auf die Interessen, wofür die Rechtsbildung stattfindet; dergestalt, dass das Maass der auf irgendein Interesse sich beziehenden Kenntnisse darüber entscheidet, ob und in wiefern das Rechtsbewusstsein des betroffenen Individuums dafür in Wirkung gesetzt werden soll. Man darf keinen geistig Normalen von der Möglichkeit ausschliessen, auch seine Rechtsüberzeugung geltend zu machen; aber man soll diese Möglichkeit auf die Teilnahme an solcher Rechtsproduktion, wozu er befähigt ist, einschränken. Und er kann unter keinen Umständen zu mehr befähigt sein als zum Beeinflussen derjenigen Rechtsbildung, welche über den Rechtswert der im Kreise seiner Einsichten und Kenntnisse liegenden Interessen zu entscheiden hat. Dies lässt sich aber nur erreichen, wenn man der Organisation der Rechtsbildung einen unvergleichlich viel grösseren Ausbau verschafft als sie zur Zeit besitzt. Eine viel weiter gehende Dezentralisation als jetzt vorliegt (worüber im folgenden noch besonders gehandelt werden soll) ist eine direkt aus der modernen Staatsidee sich ergebende Forderung, insofern diese alle Herrschaft aus der Wirkung des Rechtsbewusstseins herleitet. Um dem Rechtsbewusstsein zur Fülle der wirklichen Macht zu verhelfen, ist eine Einschränkung seines Wirkungsgebietes unbedingt nötig. Seine natürlichen Grenzen liegen in den Interessen, welche der Rechtsversorger überblicken und verstehen kann. Wenn es also gelingt, für die verschiedenen Gruppen aus der Gemeinschaft annähernd die Interessen zu bestimmen,

in deren Kenntnis ihre Stärke besteht, und dann solche Gruppen zu einem rechtsbildenden Verbände zusammenzufügen, dann erst wird auch qualitativ das Rechtsbewusstsein des Volkes seine Ordnung erhalten haben.

Von ganz anderer Art ist das qualitative Rechtsbewusstsein, welches das Repräsentativsystem herzustellen beabsichtigt und dessen Wirksamkeit sich bei der Erzeugung des Gesetzesrechtes entfaltet. Davon wird in einem besonderen Kapitel zu reden sein.

XII. *Die Erzeugung des Gesetzesrechtes.* Die Erzeugung dieses Rechtes nimmt in den meisten Kulturstaaten ihren Ausgangspunkt in der Wirkung des Rechtsbewusstseins desjenigen Teiles der Bevölkerung, welcher das Wahlrecht auszuüben berechtigt ist. Worin besteht diese Wirkung?

Die mittels der Ausübung des Wahlrechtes statt findende Rechtsbildung kann eine Form sein, in welcher die Wähler ihr Urteil abgeben entweder über den *Inhalt* der Rechtsnormen, oder über den *Maassstab*, nach welchem der Rechtswert der Normen bestimmt werden soll. Die Zuerkennung des Wahlrechtes bezweckt hauptsächlich das letztere: die Feststellung eines Maassstabes, und diese findet statt durch die Anweisung von Personen, an deren Rechtsbewusstsein, mit Ausschluss jedes anderen, die Normen geprüft werden sollen. Das Wahlrecht bringt eine *Auslese* unter den Volksgenossen zu stande, und so wird das Rechtsbewusstsein der Wähler behufs der Rechtsbildung zu nichts weiter verwendet als um diese Auslese zu bewerkstelligen. Dies ist entscheidend für die Zuerkennung des Wahlrechtes.

Mit derselben ist der erste Anfang einer Organisation der Rechtsbildung gegeben, und in diese Organisation *können* also alle aufgenommen werden, deren Rechtsbewusstsein zur Vollziehung jenes Ausleseprozesses befähigt ist. Wo jedoch ein solches Rechtsbewusstsein vorliegt, *soll* es auch in jenen Prozess mitheineinbezogen werden, da die ethische Kraft, so wie auch die Verbindlichkeit des Rechtes dies postuliert.

Allein über die Wirkung des Rechtsbewusstseins hat Niemand in der Welt zu entscheiden. Man kann diese Wirkung organisieren, wie bei der Anordnung des Wahlrechtes geschieht; bis zu welchem Punkte aber das Rechtsbewusstsein der Wähler sich aussprechen darf, das hat kein Gesetzgeber in der Hand. Daraus folgt dass die Wähler, gleichzeitig mit der Wahl der Parlamentsglieder, auch ihre Einsichten in bezug auf die Hauptpunkte der Staatsverwaltung zu erkennen geben, und auf grund seiner Einstimmung mit denselben einen Kandidaten wählen. Das in den meisten Verfassungen vorkommende Verbot der Aufträge und Instruktionen ist ein eitles und kraftloses Wort. Die Wähler vermögen ihr Wahlrecht auch dazu zu verwenden, sich über den *Inhalt* der Rechtsnormen auszusprechen; und insofern sie dieses tun, steht der Volksvertreter nicht mehr frei den Gesetzesentwürfen gegenüber, in welchen solche Hauptpunkte verkörpert worden sind. Die Autorität des Volksvertreters liegt in dem Werte, den sein Rechtsbewusstsein für die Erzeugung von Normen besitzt, und dieser Wert ist der Rechtsüberzeugung der Majorität der Wähler entlehnt. Dieser Rechtsüberzeugung, sofern dieselbe sich er-

kenntlich gemacht hat, soll Rechnung getragen werden. Denn man vergesse nicht, dass nach der modernen Staatsidee das bei dem Wähler vorliegende Rechtsbewusstsein den Grund seines Wahlrechtes abgibt, und dass dieses Rechtsbewusstsein das Fundament der Verbindlichkeit des Gesetzes ist. Dasselbe soll also beim Gewählten fortwirken, insofern der Gewählte eben wegen seiner politischen Meinung in bezug auf bestimmte Rechtsgebiete abgeordnet worden ist.

Aus dieser Auffassung lässt sich nicht folgern, dass der Gewählte dauernd mit seinen Wählern Rücksprache halten soll. Sicher liegt die Bedeutung der Stimme, welche ein Kammermitglied über Gesetzesentwürfe abgibt, in dem Werte, welchen sein Rechtsbewusstsein, kraft seiner Wahl, für die Rechtsbildung beanspruchen darf. Aber vorbehältlich der wenigen Hauptpunkte der Rechtsbildung, über welche der Wähler bei der Ausübung seines Wahlrechtes sich ausgesprochen hat, besteht zwischen der Rechtsgewalt des Gesetzes, welches durch das Votum des Abgeordneten zu stande gekommen ist, und dem Wähler kein unmittelbarer Zusammenhang. Zu hunderten Malen giebt der Abgeordnete seine Stimme ab über Normen, welche dem Wähler nicht vor Augen gestanden haben und nicht vor Augen stehen konnten. In diesen Fällen wird also bei der Ausübung des Wahlrechtes nicht objektiv sondern bloss subjektiv etwas über die Normen bestimmt, d.h. es wird bloss das Rechtsbewusstsein angewiesen, welches über den Rechtswert der Normen wird zu entscheiden haben. Wenn es sich aber so verhält, so darf der Abgeordnete für seine Entscheidungen kein ande-

res Rechtsbewusstsein, auch nicht dasjenige seiner Wähler, als Maassstab anerkennen. Der Terminus „Volksvertreter“ führt zu Missverständnissen. Der Abgeordnete *kann* das Rechtsbewusstsein seiner Wähler nur in bezug auf die wenigen Hauptpunkte vertreten, welche den Einsatz des Wahlkampfes bildeten. Denn was alle andern Punkte betrifft, ist ihm dieses Rechtsbewusstsein der Wähler unbekannt. Der Abgeordnete ist nur für ein kleines und engbegrenztes Gebiet der Rechtsbildung Vertreter; ausserhalb desselben vertritt er nichts und darf er auch nur sein *eigenes* Rechtsbewusstsein zu rate ziehen, denn dieses, sein eigenes Rechtsbewusstsein und nicht die mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit vermutete Rechtsüberzeugung der Wähler besitzt den Wert, welcher die Normen zu Rechtsnormen zu erheben vermag. Ein Abgeordneter, welcher am Gängelbände der Wähler läuft, verkennt die Bedeutung des Votums derjenigen, die ihm zu seinem Amte verholfen haben, da die Gruppe der Wähler, denen er seine Wahl verdankt, sein und nicht ein anderes Rechtsbewusstsein zum Maassstabe bei der weiteren Rechtsbildung gestempelt hat. Bei der Ausübung des Wahlrechtes wird also in der Regel nur dem Rechtsbewusstsein bestimmter Personen *normative Kraft* zuerkannt. Und vorbehältlich derjenigen Fälle, wo ein Referendum gestattet ist, haben die Wertbestimmungen, welche aus *deren* Rechtsbewusstsein hervorgehen, für das Zustandekommen des Gesetzes endgiltige Bedeutung. An die Selbständigkeit der Abgeordneten gegenüber den Wählern soll also mit Rücksicht auf die Bedeutung des Rechtes, als einer

Norm welche durch die Reaktion des Rechtsbewusstseins zur Rechtsnorm gestempelt wird, nicht gerüttelt werden. Denn wenn man jene Selbständigkeit ganz oder zum Teil preisgibt, so überlässt man die Entscheidung dem Rechtsbewusstsein anderer Personen als derjenigen, deren Rechtsüberzeugung normative Kraft besitzt, und wird also die Bedeutung der Wahl, welche darauf gerichtet ist eine Auslese des Rechtsbewusstseins zu erzielen, gefälscht.

XIII. *Die Gesetzgebung als Wirkung des organisierten Rechtsbewusstseins.* Forscht man also nach der verbindenden Autorität des Gesetzes, sowie dasselbe in den meisten Kulturstaaten zustande kommt, so findet man diese in der normativen Kraft des Rechtsbewusstseins der Glieder der gesetzgebenden Körper, welche Kraft dem Rechtsbewusstsein der Wähler entnommen ist. Das durch diese Auslese gewonnene Rechtsbewusstsein steht auf einem ganz anderen Boden als der Ausleseprozess, welche in dem erblichen Königtum enthalten ist. Dieses versucht ein hochentwickeltes Rechtsbewusstsein zu erzielen auf dem Wege der Abstammung aus bestimmten Geschlechtern, deren Voreltern sich um die öffentlichen Interessen mehr oder weniger verdient gemacht haben. Die Auslese beruht hier auf biologischen Faktoren, auf der Vererbung der Rasseigenschaften, sie ist also eine natürliche Auslese. Vom Standpunkte, aus welchem wir jetzt die Rechtsbildung betrachten, kann ein auf diesem Wege gewonnener Maassstab nicht als eine genügende Bürgschaft für den Verband angesehen werden, welcher zwischen dem

Gesetz und dem Rechtsbewusstsein der Volksgenossen bestehen muss um dem Rechte eine möglichst grosse innere Kraft und Verbindlichkeit zu sichern.

Auf dieses Fundament: das Rechtsbewusstsein der Volksgenossen, muss, wenn die Ordnung unter welcher wir leben eine *Rechtsordnung* sein soll, die Norm sich stützen, und hat sie sich auch, mehr oder weniger vollständig, immer gestützt. Mit der Einführung einer Volksvertretung und mit der Zuerkennung des Wahlrechtes ist keine neue Herrschaft entstanden, sondern ist die Grundlage, auf welcher stets die Rechtsherrschaft beruhte, *organisiert* worden. Das Rechtsbewusstsein ist immer dagewesen, hat immer seine Wirksamkeit empfinden lassen, bildete immer, unter jeder beliebigen Regierung, den Eckstein der rechtmässigen Herrschaft; aber erst mit dem sogenannten konstitutionellen System hat man angefangen, für den Strom dieses Rechtsbewusstseins ein normales Bett zu graben, in welchem es regelmässig und kontinuierlich abfliessen und dem Gemeinschaftsleben einen sicheren Fahrweg bieten kann.

Vor dieser Zeit ist die Geschichte aus Perioden aufgebaut, in welchen eine aus der Gesellschaft historisch entstandene Machtsorganisation, eine Kaste von Kriegern und Beamten, die Herrschaft ausübte und bei der Bevölkerung das Bewusstsein aufrecht erhielt, dass in jener Machtsorganisation die Obrigkeit „von Gottes Gnaden“ oder kraft des „Gesellschaftsvertrages“ zu finden sei. Und während solcherweise dem Geiste das Joch überlieferter Dogmen aufgebürdet wurde, lehnte sich bloss fragmentarisch das Rechtsbewusstsein der

Volksgenossen dagegen auf, sich offenbarend in Wort und Schrift, bisweilen auch in Taten, aber stets aus Mangel an Ordnung und Zusammenwirkung unfähig, die Kastenherrschaft zu vernichten. Bis jene Ordnung und Zusammenwirkung plötzlich und spontan zu stande kommt, unter der Führung eben derjenigen Männer, welche, *wenn* die Zeiten reif sind, niemals vergeblich gesucht werden, sondern vonselbst hervortreten, um das unverbundene Bewusstseinsleben der Menge zu einer unwiderstehlichen Gewalt zusammenzuschmieden. Und dann weicht alles zurück, was durch sein Geflimmer die Geister verwirrte, stürzt das Blechwerk zusammen. Von diesem Augenblicke an eröffnet sich die Periode, an deren Anfang wir auch jetzt noch stehen, in welcher die Rechtsherrschaft zur Entwicklung gelangen kann. Das konstitutionelle System knüpft jedoch an bei den Einrichtungen des ancien régime. Der ganze Apparat des Heeres und der Beamten wird nicht bloss beibehalten, was kaum anders möglich gewesen wäre, sondern auch nach wie vor als herrschende Macht, als *Staatsgewalt* aufgefasst, welche sich nach der Lehre MONTESQUIEUS in drei Verzweigungen, gesetzgebender Gewalt, Exekutivgewalt und richterlicher Gewalt, offenbart. Das Auftreten einer Volksvertretung betrachtet man als die Zuerkennung eines Anteiles in einer dieser Verzweigungen, in der gesetzgebenden Gewalt, demzufolge die Volksvertretung nicht die alles beherrschende Stellung eines Rechtsorganes einnimmt, sondern vielmehr ihre Macht ihrer Verbindung mit dem Staate verdankt, während die Machtsorganisation sich als der eigentliche Staat

behauptet. Ein ihr ursprünglich fremdes Element (die Volksvertretung) ist in sie eingefügt worden, sodass die Bedeutung dieser Volksvertretung in dieser Stellung und nicht in ihrem eigenen Charakter, als der organisierten Rechtsüberzeugung des Volkes, gefunden wird.

Schritt für Schritt drängt sich jedoch dieser Charakter hervor, und damit bricht sich die Einsicht Bahn, dass, kraft des Ursprungs und des Zweckes der Volksvertretung, nur bei ihr die wahrhafte Gewalt zu finden ist, nicht aber in dem althergebrachten Machtsapparat, der sich infolge seines tatsächlichen Uebergewichts Jahrhunderte lang als die herrschende Gewalt aufgeführt hat, und in Lehre und Leben als „der Staat“ behandelt, verehrt und begründet wurde.

Wenn aber anerkannt wird, dass die Staatsgewalt vor allem eine ethische Potenz, und nicht eine auf Uebermacht sich stützende, durch Organisation gewonnene Herrschaft sein *soll*, und wenn die Einsicht sich entwickelt, dass jene ethische Kraft ausschliesslich im Rechtsbewusstsein der Menschen sich vorfindet, so leuchtet wieder aufs neue die ursprüngliche Staatsidee, welche von keiner anderen als von einer geistigen Gewalt erfüllt ist, und wird die Souveränität des Rechtes wieder lebendig. Demgegenüber entpuppen sich die verschiedenen Staatsgewalten von ehemals als Erzeugnisse des Rechtes, und kann diesen Gewalten keine Autorität zukommen, ausser sofern dieselbe dem Rechte entnommen worden ist.

Diese Einsicht ist der Reingewinn aus der Entwicklung des konstitutionellen Systems; viel weiter als bis zu dieser Einsicht sind wir aber noch nicht gekommen.

Ueber die praktische Verwirklichung dieser Staatsidee werden wir später zu reden haben, schon hier jedoch soll der volle Nachdruck auf das praktische Problem gelegt werden, welches von jetzt an vor allem anderen in den Vordergrund tritt, nämlich das *Organisieren* des Bewusstseinslebens der Menschen, sofern es sich als Rechtsbewusstsein erkennen lässt. Quantitativ und qualitativ lässt diese Organisation in allen Ländern noch viel zu wünschen übrig, weil die führenden Staatsmänner noch nicht genügend durchdrungen sind von der Bedeutung, welche einer Lösung des Problems von der Rechtsbildung zukommt. Die Konzentration des jetzt noch so zerstreuten und zusammenhangslosen Rechtsbewusstseins der Bevölkerung, in zahlreichere Organe als bisher die Erzeugung des Rechtes besorgen, sollte die ganze Aufmerksamkeit sämtlicher Regierungen auf sich ziehen. Aber neben der Erweiterung der Anzahl der Werkstätten für die Bildung des Rechtes ist auch, und zwar nicht weniger, die Frage ins Auge zu fassen, ob die bestehenden Organisationen: unsere Generalstaaten, unsere Provinzialstaaten, unsere Gemeindevorstände so organisiert sind, dass nicht nur alles bei der Bevölkerung überhaupt zu findende Rechtsbewusstsein auf die Zusammensetzung derselben seinen Einfluss haben kann, sondern dass auch, entsprechend der Klassifikation des Rechtsbewusstseins, nicht mehr von jenem Bewusstseinsleben gefordert wird als dasjenige, wozu ihm die Befähigung zugeschrieben werden kann. Jetzt wird mancher Bürger, sei es als Wähler, sei es als Mitglied irgend eines vertretenden Körpers, bei der Rechtsbildung zu einer Wert-

schätzungsarbeit gerufen, welche seine Einsichten in die vorliegenden Interessen und also sein Rechtsbewusstsein übersteigt, wie es auch umgekehrt vorkommt, dass einem reicheren Rechtsbewusstseinsleben die Gelegenheit vorenthalten wird, seinen vollen Einfluss bei der Rechtsbildung zur Geltung zu bringen.

Mit einer Ordnung des Rechtslebens des Volkes hat sich also die Staatslehre an erster Stelle zu beschäftigen. Hier liegt auch das zentrale Problem der Rechtslehre überhaupt. Und erst wenn diese beiden Wissenschaften sich in dem Bestreben, die Lösung dieses Problems zu befördern, zusammenfinden, steht zu erwarten, dass die moderne Staatsidee, welche jetzt noch vielfach in den Windeln liegt, sich durchsetzt, und dass die volle Herrschaft des Rechtes im gesellschaftlichen Leben zur Geltung gelangen wird.

XIV. *Das ungeschriebene Recht. A. Inhalt.* Mit dem Namen „ungeschriebenes Recht“ wird die Norm bezeichnet, welche aus der Wirkung eines nichtorganisierten Rechtsbewusstseins des Volkes hervorgeht. Anfangs hält man dabei den Gedanken, dass das Recht gewissermaßen greifbar sein soll, noch fest, indem man die Forderung aufstellt, dass das Recht, wenn es nicht im Gesetze zu finden ist, sich wenigstens in einer Gewohnheit offenbaren muss. Indem man aber darauf besteht, bleibt noch ein Teil des Rechtes, welches tatsächlich Anwendung findet, ausserhalb des Blickfeldes. Auch ohne auf einer Gewohnheit zu beruhen, wird richterlichen Urteilsprüchen und administrativen Entscheidungen Recht zu grunde gelegt, demzufolge die Unter-

suchung ein ausserordentlich grosses Gebiet ungeschriebenen Rechtes, welches doch nicht Gewohnheitsrecht ist, ans Licht treten lässt. Damit wird die Grundlage des Rechtes noch weiter verschoben. Mit dem Willen des Gesetzgebers ist niemand mehr zufrieden; die Ergänzung durch ein von Gewohnheiten getragenes Recht stellt sich als ungenügend heraus. Auch alles andere, neben dem Gewohnheitsrecht existierende ungeschriebene Recht muss ins Auge gefasst werden. Unter verschiedenen Namen wie Zweckmässigkeit, Billigkeit, Vernünftigkeit, Sitte, gesellschaftlicher Anstand, schreibt hier das Rechtsbewusstsein direkt, ohne Vermittlung durch Gesetz oder Gewohnheit, die Entscheidung vor, welche der Richter oder die Verwaltung in einem Interessenkonflikte zu treffen hat. Damit stehen die Rechtsuchenden und die Richter vor einer weit zarteren Aufgabe als früher. Um das Recht zu finden, müssen beide mit den Rechtsauffassungen des gesellschaftlichen Kreises, wo die Interessen hingehören, in Berührung treten und nach den dort herrschenden Einsichten ihr Verhalten bzw. ihren Rechtsspruch einrichten. Insbesondere fordert dies *Kosters* („De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht“, 1912 S. 101) vom Richter, namentlich beim Suchen nach dem Gewohnheitsrecht. „In Ermangelung einer positiven Offenbarung des Rechtsgeföhles des Volkes durch Gewohnheit, wird der Richter dies selbst mit den zur Verfügung stehenden Mitteln (Erklärungen Sachverständiger, Literatur, Volksüberlieferung u. s. w.) festzustellen haben. Das Wohl der Gesellschaft, zu deren Nutzen der Richter seine Aufgabe

erfüllt, bringt m. A. n. mit sich, dass der Richter sich nicht über ihre Auffassungen stelle, sondern seine Urteile in Uebereinstimmung mit den in der Gesellschaft, besonders im Kreise der Beteiligten herrschenden, mit Ordnung und Sitte sich vertragenden Einsichten erteile". Eine allgemeinere Bestätigung dieses Standpunktes aus dem Kreise der schweizerischen Juristen findet man in der Rektoratsrede *Eggers* („Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft", 1913), wo er von dem schweizerischen Bürgerlichen Gesetzbuch sagt, dass darin zahlreiche einen weiten Spielraum offenlassende Vorschriften enthalten sind, welche nicht nach der eigenen Meinung des Richters verweisen, sondern in erster Instanz „an die Einsicht und richtige soziale Gesinnung der *Rechtsgenossen*" appellieren. Das ungeschriebene Recht hat demnach, auch wenn es sich nicht aus einer Gewohnheit erkennen lässt, einen objektiven Charakter, insofern als, hier wie sonst, die anzuwendende Norm ihren Inhalt dem Gemeinschaftsleben verdankt.

B. *Notwendigkeit*. Auch bei der vortrefflichsten Organisation des Rechtsbewusstseins des Volkes kann diese Organisation dem Bedürfnis nach Recht nicht genügen. Und zwar aus mehreren Gründen. *Erstens* nicht, weil nicht alle Lebensbeziehungen, ebensowenig für die Gegenwart als für die Zukunft, sich erschöpfend ordnen lassen, sowohl weil das Vorstellungsvermögen des Gesetzgebers nicht ausreicht, wie auch, weil die Auffindung des richtigen Rechtes in zahlreichen Fällen nur in concreto möglich ist. Und *zweitens* nicht, weil die Erzeugung des Rechtes durch die gesetzgebenden Organe mit der Verschiebung des Wertes der gesell-

schaftlichen Interessen nicht gleichen Schritt zu halten vermag. Das Gesetz kann für einen bestimmten Augenblick den Rechtswert jener Interessen zum Ausdruck bringen, indem es auf die Bedeutung achtet, welche dieselben nach der gegenwärtigen Konstellation besitzen, aber bei Veränderung des Zusammenhangs tritt eine andere Rechtswertung hervor, welche nicht immer in einer veränderten Gesetzgebung ihren Ausdruck findet; und dann kommt, unabhängig von der Wirkung der gesetzgebenden Organe, ein ungeschriebenes Recht an den Tag, welches für seine Verbindlichkeit die nämliche Grundlage besitzt, auf welcher auch die Geltung des Gesetzesrechtes beruht.

Die Bedenken gegen die Anerkennung dieses ungeschriebenen Rechtes entspringen aus der besonderen Bedeutung, welche man dem Gesetzesrecht beilegt. Diese besondere Bedeutung kommt jedoch dem Gesetzesrecht nur dann zu, wenn man die Verbindlichkeit des Rechtes in dem Willen einer Obrigkeit, von welcher die Norm erlassen wurde, sucht. Für diese Auffassung haben ungeschriebenes Recht und Gesetzesrecht, jedes für sich, in bezug auf ihre Geltung eine eigene Grundlage, und zwar so, dass das von der Obrigkeit herstammende Gesetzesrecht den Vorrang behauptet. Es wird sogar diese Ansicht dahin zugespitzt, dass dem Gesetzesrecht die Befähigung zugeschrieben wird, die Wirkung jedes beliebigen ungeschriebenen Rechtes, auch des Gewohnheitsrechtes, zu verhindern, was denn auch wirklich der holländische Gesetzgeber in den Artikeln 3 (Gewohnheitsrecht gilt nur wenn das Gesetz darauf verweist) und 5 (Ein Gesetz kann nur durch ein späte-

res Gesetz seine Kraft verlieren) des Gesetzes über die Gesetzgebung im allgemeinen, zu tun unternommen hat. Dieser ganze Gedankengang muss aber von dem Augenblicke an preisgegeben werden, wo eine mit ursprünglicher Gewalt bekleidete Obrigkeit wegfällt und demzufolge das Gesetzesrecht zwar in der Form seiner Entstehung, nicht aber in dem Grunde seiner Verbindlichkeit, sich von dem ungeschriebenen Rechte unterscheidet. Der Wirkung des Rechtsbewusstseins kann keine Macht in der Welt steuern, und wo es wirkt, ergiebt sich auch von selbst die verbindende Norm. Mittels des Repräsentativsystems wird diese Wirkung normalisiert, keineswegs hat aber jenes System das Monopol derselben. Damit soll nicht geleugnet werden, dass in der Schätzung der Menschen bisweilen das Gesetzesrecht über das ungeschriebene Recht gestellt wird; dies liegt dann aber an der Tatsache, dass ersteres von einem durch Selektion gewonnenen qualitativen Rechtsbewusstsein herrührt, keineswegs an dem Obrigkeitscharakter desselben. Und wenn man im Auge behält, dass das Gesetzesrecht, wenn auch auf dem Wege der Selektion, doch in letzter Instanz in dem Rechtsbewusstsein der Volksgenossen seine Wurzeln hat, so muss das ungeschriebene Recht, welches seine Verbindlichkeit aus den nämlichen Wurzeln zieht, sobald es als ein lebendiges Recht empfunden wird und sich als solches kenntlich macht, auch als gleichwertig mit dem Gesetzesrecht angesehen werden.

C. *Ergänzend.* Das Gebiet, wo das ungeschriebene Recht am meisten zu finden ist, liegt dort, wo das Gesetzesrecht keine Vorschriften gegeben hat. Das unge-

schriebene Recht hat an erster Stelle eine *ergänzende* Funktion; es ergänzt die Lücken des Gesetzes. Wenn einmal das Auge für die Auffindung des ungeschriebenen Rechtes geschärft ist, so staunt man über den Umfang desselben. Als Beispiele achte man auf die folgenden Fälle. Es kommt wiederholt vor, dass irgendwelche Organe öffentlicher Interessen vom Gesetze mit Befugnissen bekleidet werden, ohne dass in bezug auf die Ausübung derselben eine Norm vorgeschrieben würde. Das Amandierungsrecht, das Enqueterrecht sind dem gesetzgebenden Körper ohne irgendwelche Einschränkung verliehen. Folgt daraus aber, dass diese Rechte für beliebige Zwecke verwendet werden dürfen? Giebt es keine Grenzen, ausser welchen der Gebrauch derselben nicht zulässig ist? Ohne Zweifel. Freiheit vom Gesetz bedeutet keineswegs Freiheit vom Rechte. Und daher findet man, dass die Handbücher sich bemühen, Normen zu entdecken, welche die Ausübung jener Befugnisse genauer bestimmen. Was sie dabei suchen, ist aber ein ungeschriebenes Recht, welches, als Ergänzung des konstitutionellen Rechtes, einen wichtigen Teil des Staatsrechtes umfasst.

Des weiteren liegt eine Anwendung des ungeschriebenen Rechtes vor, wenn die Regierung ohne Budget, wenn dieses vom Parlamente nicht zeitig festgestellt worden ist, Ausgaben macht oder Einkünfte erhebt; wenn die Polizei, ohne ausdrückliche Ermächtigung durch Gesetz oder Verordnung, bei einer Störung des Strassenverkehrs, zur Verhütung von Unglücksfällen, bei einer Anhäufung von Menschen, zur Sicherung des Benutzungsrechtes der öffentlichen Strassen, selb-

ständig Maassnahmen trifft; wenn der Minister, mit Beisetztesetzung des Gesetzes, die Ausfuhr des Goldes verbietet und hemmt, um in besonderen Umständen die Kaufkraft des Landes auf dem ausländischen Markte zu sichern —; diese alle handeln nach ungeschriebenem Rechte. Sie stehen bei ihren Verrichtungen im Zusammenhang mit dem Rechtsbewusstsein der Bürgerschaft, und dies, aber auch nur dies, und dies bloss insofern als sie vernünftigerweise das Vorliegen eines solchen Zusammenhanges annehmen dürfen, erteilt ihrem Auftreten den Charakter der Rechtmässigkeit.

Das zuletzt erwähnte Beispiel insbesondere führt uns auf das von Alters her bekannte Gebiet des ungeschriebenen Rechtes, welches als *Notrecht* bezeichnet wird. Solange man an der Meinung festhält, dass das Recht ein Erzeugnis der Obrigkeit und also ausschliesslich im Gesetze zu finden ist, bedeutet das Notrecht ein Beisetztesetzen des Gesetzes und also eine durch die Notwendigkeit gebotene Verkürzung des Rechtes. Es muss dann versucht werden, dieses Notrecht soweit als möglich ist vom Gesetzgeber regeln zu lassen, damit auch im Notzustande die Herrschaft des Rechtes gesichert bleibe. Mit der Preisgabe der Obrigkeitsidee jedoch, und mit der Anerkennung der reellen Grundlage, auf welcher die Verbindlichkeit des Rechtes beruht, erscheint das Notrecht in einer ganz anderen Beleuchtung und kann darin nichts anderes gesehen werden als ein ungeschriebenes Recht für Zustände, welche vom Gesetze nicht vorgesehen worden sind und manchmal auch nicht hätten vorgesehen werden können. Das Notrecht ist also ein *anderes* Recht, welches

die nämliche Geltung beanspruchen kann wie das Gesetzesrecht und sich von demselben nur dadurch unterscheidet, dass es ungeschrieben ist, und des weiteren sich auf die Regelung anderer Verhältnisse als der normalen, welche vom Gesetze ins Auge gefasst wurden, bezieht.

Das Gebiet des Verwaltungsrechtes erfordert wiederholt eine Ergänzung mittels Normen des ungeschriebenen Rechtes. Zuerst dort, wo den Verwaltungsbehörden gesetzlich eine sogenannte diskretionäre Befugnis verliehen worden ist. Dass eine solche Befugnis — wo also etwa eine Genehmigung vorgeschrieben ist ohne Hinzufügung irgendwelcher Norm, welche bei der Verleihung oder Verweigerung jener Genehmigung zu beachten wäre — nicht nach Willkür ausgeübt werden darf, ist vollkommen klar. Wird dies aber anerkannt, so müssen sich auch Rechtsnormen auffinden lassen, an welchen die Rechtmässigkeit der getroffenen Entscheidung sich prüfen lässt. Jede Befugnis ist verliehen worden unter der Bedingung der Vernunftmässigkeit ihrer Ausübung, und so müssen wir denn an das ungeschriebene Recht appellieren um jeder Entscheidung den Maassstab der Rechtmässigkeit anlegen zu können.

Jedoch auch dann, wenn für die Ausübung von Befugnissen gewisse unbestimmte Normen aufgestellt worden sind, wenn nach der öffentlichen Ordnung, nach der öffentlichen Ruhe, nach der öffentlichen Sittlichkeit, nach einem ausreichenden Bedürfnis, nach dem allgemeinen Interesse verwiesen wird, muss das ungeschriebene Recht zu rate gezogen werden um

inconcreto feststellen zu können, was diese unbestimmten Andeutungen eigentlich besagen, und also auch hier über die Rechtmässigkeit der getroffenen Entscheidungen urteilen zu können.

Sogar auf dem Gebiete des Strafrechtes, wo übrigens wie es heisst, ausschliesslich das Gesetzesrecht herrscht, lässt das ungeschriebene Recht sich nachweisen. Das holländische Gesetz über die Leichenbestattung schreibt zwar vor, dass jeder Gestorbene beerdigt werden muss, vergisst aber anzugeben, wer die Verpflichtung hat, für die Beerdigung zu sorgen. Daraus hat man abgeleitet, dass hier eine Bestrafung ausgeschlossen ist, da Niemand als der Täter bezeichnet werden kann. Diese Folgerung ist unwiderleglich, wenn ausserhalb des Gesetzes kein Recht zu finden ist. Derjenige aber, welcher die Wirkung des Rechtsbewusstseins auch ausserhalb der Gesetzgebung zu erkennen vermag, steht, trotz des Schweigens des Gesetzes, nicht hilflos da. Denn er findet im Rechtsbewusstsein der ganzen Christenheit vollkommen deutlich ausgesprochen, welche Personen verpflichtet sind, für die Bestattung der Toten zu sorgen. Wer wird Bedenken tragen, jene Verpflichtung anzuerkennen bei den Eltern gegenüber den Kindern und umgekehrt, zwischen den Ehegenossen, den Brüdern und Schwestern wechselseitig? Niemand. Wenn aber dieses in weitaus den meisten Fällen nach unserem innerlichen Rechtsbewusstsein feststeht, hat dann dieses ungeschriebene Recht hier nicht eine Geltung von mindestens gleich unbedingter Natur wie das Gesetzesrecht?

Und wenn man nun endlich noch einmal im Privat-

rechte sich umschaute, so treten einem viele Institute und Verhältnisse vor den Geist, über welche das Gesetz schweigt, und die dennoch im gesellschaftlichen Leben sich als Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, ohne Mitwirkung des Gesetzes, geltend machen. Beachtet man des weiteren die jüngsten Gesetze und Kodifikationen des Privatrechtes, so fällt noch mehr auf, wie das Gesetz selbst sich auf manchen Gebieten zurückgezogen hat und die Regelung der Beziehungen zwischen den Volksgenossen dem ungeschriebenen Rechte, also demjenigen, was nach der herrschenden Rechtsüberzeugung als Norm gelten soll, überlässt.

Die Richter würden dieses ungeschriebene Recht schon längst öffentlich anerkannt haben, wenn nicht der Kassationshof (in den Niederlanden) an das Gesetz festgenagelt wäre, und demzufolge für die gesamte Richterschaft das Gesetz als die einzige Quelle des Rechtes gälte. Nun ist das ungeschriebene Recht genötigt, sich auf dem Umwege der Gesetzesdeutung Bahn zu brechen, und man ist häufig erstaunt über den Scharfsinn des Richters, bisweilen auch über dessen Mut, eine Regel des ungeschriebenen Rechtes in das Gesetz hineinzulegen, und dann dieselbe als eine gesetzliche Regel in den Vordergrund zu stellen. Das auffallendste Beispiel hierzu liefert die Deutung des Art. 625 unsres Bürgerlichen Gesetzbuches, welche darauf ausgeht, *unbegründete* Eingriffe in das Eigentum durch Verordnungen einen Riegel vorzuschieben. Wo der betreffende Artikel die begründete oder unbegründete Eigentumsverkürzung mit keinem Worte

erwähnt, und es doch dem herrschenden Rechtsbewusstsein nicht entsprechen würde, den Gemeindevorstand souverain über Eigentumsbeschränkung oder Eigentumszerstörung entscheiden zu lassen, hat der Kassationshof, und zwar mit Recht, hier die Rechtskontrolle zur Hand genommen; indem er dabei jedoch einer gesetzlichen Grundlage zu bedürfen glaubte, hat er sich auf jenen Artikel geworfen, welcher von solcher Rechtskontrolle durchaus schweigt, aber vom Kassationshof zum Reden gebracht worden ist.

D. *Abschaffend und umändernd.* Das ungeschriebene Recht kann nicht bloss das Gesetzesrecht ergänzen, sondern auch dasselbe *entkräften* und *verändern*. Diese Möglichkeit kann schwerlich geleugnet werden, wenn, wie in dieser Schrift behauptet wird, alles Recht, auch das Gesetzesrecht, seine Herrschaft einer identischen normativen Quelle: dem Rechtsbewusstsein, verdankt; wobei es denn für die Verbindlichkeit des Rechtes gleichgiltig ist, ob die Wirkung des Rechtsbewusstseins organisiert ist oder nicht. Dennoch ist nicht zu vergessen, was früher schon betont wurde, bei der Wirkung des organisierten Rechtsbewusstseins liegt sowohl das Vorliegen eines normativen Rechtsbewusstseins wie der Inhalt desselben für jeden offen am Tage während dies beim ungeschriebenen Rechte gewöhnlich nicht zutrifft. Demzufolge fällt der Beweis, das Gesetzesrecht habe seine verbindende Kraft eingebüsst, denjenigen zu, welche an das entgegengesetzte ungeschriebene Recht appellieren. Ein solcher Beweis wird nun im allgemeinen schwieriger zu führen sein, wenn die gesetzgebende Gewalt für die vollständige Durchführung des Rechts-

bewusstseins des Volkes gehörig organisiert ist, als wenn diese Organisation entweder fehlt oder mangelhaft ausgebildet ist, oder aber für gewisse Gegenstände nicht in normaler Weise sich betätigen kann.

Im ersteren Falle, wo grosse Defekte in der allgemeinen Organisation des Rechtsbewusstseins vorliegen, wird die Kraft des ungeschriebenen Rechtes sich insbesondere in der Beseitigung des mit der Rechtsbildung beauftragten Organes offenbaren. Auf dem Wege der Revolution wird dann ein ungeschriebenes Recht zur Geltung gebracht und ein neues Rechtsorgan eingesetzt. Nur so lässt sich das Auftreten des Triumvirates hier zu Lande im Jahre 1813 und die Veränderung in der Regierungsform bei der Ankunft Wilhelms VI rechtfertigen. Dass damit ein Beiseitesetzen des geschriebenen Rechtes einherging, ist kein Grund, von einem Rechtsbruch zu reden, da schon längst infolge der veränderten Rechtsüberzeugung des Volkes dem geschriebenen Rechte seine Verbindlichkeit abhanden gekommen war, und dasselbe sich nur durch die Unterstützung einer organisierten Macht behaupten konnte.

Was aber bei Revolutionen so gewaltsam zu Tage tritt, lässt in dem zweiten oben erwähnten Falle seine ruhige Wirkung erkennen. Infolge der Festlegung eines grossen Teiles unseres konstitutionellen Rechtes in einer Verfassung, für deren Revision ein umständliches und abnormales Verfahren vorgeschrieben worden ist, ist für manche Gebiete die normale Rechtsbildung abgesperrt. Demzufolge kann das geschriebene Recht nicht gleichen Schritt halten mit den veränderten Rechtsüberzeugungen, welche sich in bezug auf be-

stimmte konstitutionelle Interessen ausgebildet haben, und finden diese ihren Ausweg in einem der geschriebenen Verfassung widerstreitenden ungeschriebenen Rechte. Das bekannteste Beispiel dieser Sachlage ist die parlamentarische Regierungsform, welche sich hier zu Lande trotz der Verfassung eingebürgert hat und als Rechtsinstitut funktioniert. Aus dem sich darauf beziehenden ungeschriebenen Recht geht hervor, dass das Sanktionsrecht des Königs auf dem Gebiete der Gesetzgebung, sowie auch das Recht des Königs die Minister zu wählen, welche beide Rechte ihm in der Verfassung ausdrücklich zuerkannt werden, abgeschafft worden sind. Ein nicht weniger sprechendes Beispiel liegt in der Beziehung des Staates zum Unterricht, welche nach 1889 eine ganz andere geworden ist als die Verfassung vorschrieb. Des weiteren beruht die Ausübung des Rechtes zur Auflösung der Kammern und die Einfluss der Wähler auf die Feststellung des Regierungsprogramms nach periodischen Wahlen auf einer ausserhalb der Verfassung liegenden ungeschriebenen Rechtsordnung. Und so wären noch viele andere Beispiele anzuführen, welche die Existenz eines lebendigen konstitutionellen Rechtes bezeugen, das, infolge der abnormalen Art der Rechtsbildung, die von der Verfassung für die Revision derselben vorgeschrieben wird, ausserhalb der Verfassung steht und mit derselben streitet.

Jedoch auch noch in anderer Weise können Gesetze durch die Wirkung des ungeschriebenen Rechtes ihre Kraft verlieren, nämlich so, dass sie nicht mehr oder nur noch mangelhaft befolgt und gehandhabt wer-

den. So verhält es sich beispielsweise mit zahlreichen französischen Gesetzen, welche eigentlich niemals abgeschafft worden sind, aber doch nicht mehr befolgt werden. Die im Jahre 1849 eingesetzte Kommission, welche die Rechtskraft dieser Gesetze zu begutachten hatte, bemerkt wiederholt, dass das eine oder andere Gesetz infolge der veränderten Verhältnisse seine Geltung eingebüsst habe. Dass aber hiermit nicht immer der eigentliche Grund angegeben wurde, erhellt deutlich aus der Tatsache, dass einige Gesetze, welche, wie etwa das Gesetz in bezug auf die Fähren, einem vorliegenden Bedürfnis entsprachen, als verbindend angesehen wurden, trotzdem die veränderten Verhältnisse auch für die Nichtverbindlichkeit dieser Gesetze angeführt werden konnten. Dass einige französische Gesetze noch gelten, andere aber nicht, liegt an der Zustimmung, welche das Rechtsbewusstsein der jetzt lebenden Generation ihnen angedeihen oder nicht angedeihen lässt. Und aus der Zeit nach der Wiederherstellung unserer Unabhängigkeit haben wir in dem Gesetz über die Sonntagsruhe ein deutliches Beispiel eines Gesetzes, welches infolge veränderter Rechtseinsichten mangelhaft befolgt und gehandhabt wird.

E. *Gesetz und Recht.* Wenn auf grund des Vorhergehenden die Existenz eines ungeschriebenen Rechtes als feststehend angenommen und von diesem Rechte behauptet werden darf, dass es seine Verbindlichkeit der nämlichen Quelle verdankt wie das Gesetzesrecht, so sind die schon citierten Vorschriften wie die Artikel 3 (Gewohnheitsrecht gilt nur wenn das Gesetz darauf verweist), 5 (Ein Gesetz kann nur durch ein späteres Gesetz

seine Kraft verlieren) und 11 (Der Richter soll dem Gesetze gemäss Recht sprechen) unseres Gesetzes, welche allgemeine Regeln der Gesetzgebung enthalten, wertlos und ohne praktische Bedeutung. Die Sache liegt nun einmal so, dass Niemand über die Wirkung des menschlichen Rechtsbewusstseins irgendwelche Herrschaft ausüben kann. Ebenso unmöglich wie es dem Einzelmenschen ist, das Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein wessen es auch sei zum Schweigen zu bringen, ebensowenig vermag das ein Gesetzgeber oder irgend ein anderes angebliches Machtssubjekt. Zu sagen, dass die Gewohnheit *kein* Recht erzeugt, ausser sofern das Gesetz darauf verweist; zu sagen, dass ein Gesetz *nur* durch ein späteres Gesetz seine Kraft verlieren kann; zu sagen, dass der Richter nach dem *Gesetze* Recht sprechen soll, — das ist alles begreiflich und erklärlich in Verhältnissen, wo man sich in die Fiktion, dass alles Recht nur mit Erlaubnis des Gesetzgebers gilt, fügt. Aber von dem Augenblicke an, wo man diese Fiktion zur Seite wirft und die reale Gewalt des Rechtes zu erforschen sich anschickt, springt die Machtlosigkeit solcher Feststellungen ins Auge. Was als Recht gelten soll, hat Niemand in der Hand, da es in Wirklichkeit kein anderes *Recht* giebt als dasjenige, welches der einzigen Quelle entfliesst, die befähigt ist eine Norm zur Rechtsnorm zu erheben, nämlich dem ursprünglichen Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein. Was nicht daraus hervorgegangen ist, kann mit Zwang von Seiten des Staates gehandhabt werden, kann von den richterlichen Kollegien als Grundlage ihrer Urtheilssprüche verwendet werden und also „Entscheidungsnorm“ (EHRlich)

sein, aber Recht ist es nie und nimmer. Die moderne Staatsidee will eben aus unserer Gesellschaft alle Machtsbetätigung, allen Zwang und alle Gewalt herausbannen, welche einem anderen Zwecke dient als der Handhabung des Rechtes. Ihr wesentlicher Inhalt liegt daher in der ausschliesslichen Herrschaft, welche sie dem Rechte zusichern will, und eben dadurch steht sie in unversöhnlichem Gegensatz zur alten Staatsidee welche, wie sich am schärfsten bei der absoluten Monarchie offenbart, mit einem Machtsapparate (die Richter, die Polizei, das Heer) anhebt, und das von dieser Organisation beherrschte Gebiet als Rechtsgebiet bezeichnet. Wir wissen sehr wohl, dass auch jetzt noch diese Auffassung häufig verteidigt wird, aber ihre Zeit ist vorüber. In dem Maasse als wir stets mehr das Recht als eine ethische Macht empfinden, entwickelt sich die Einsicht, dass das Recht nicht in der Abhängigkeit von einer Machtsorganisation, welche es auch sein mag, lebt, sondern seine Grundlagen in der menschlichen Natur hat. Und ist dies einmal klar verstanden, so ist es nicht nur unmöglich, die Augen für das weite Gebiet des ungeschriebenen Rechtes, unter welchem die Gesellschaft lebt, zu verschliessen, sondern auch, die Verbindlichkeit dieses Rechtes auf irgend ein anderes Fundament zurückzuführen, als der Herrschaft jedes anderen Rechtes zukommt. Die angeführten Artikel des Gesetzes enthaltend allgemeine Regeln über die Gesetzgebung sind der Ausdruck des alten Staatsgedankens, welche die auf Zwangsanwendung gerichtete Organisation als Staat betrachtet. Wer diese Organisation in Wirksamkeit setzen kann besitzt

Macht, und kann also über die Herrschaft der Rechtsnormen insofern entscheiden, als es diese Macht für die Handhabung einiger Normen verwendet, und für die Handhabung anderer verweigert. Ohne Zweifel ist dieser Staatsgedanke, wie oben auseinandergesetzt wurde, einst theoretisch und praktisch lebendig gewesen, und ist er sogar für einen grossen Teil noch lebendig bei zahlreichen Rechtsgelehrten, demzufolge diese als Recht bezeichnen, was durch Zwang aufrecht erhalten werden kann oder von den richterlichen Kollegien als Grundlage ihrer Entscheidungen verwendet wird. Aber diese Lehre ist theoretisch unhaltbar und praktisch durchlöchert.

Theoretisch unhaltbar, weil ein Machtsinstrument, stets ein Instrument, also etwas Unbeseeltes und nicht durch eine eigene Idee Bewegtes, ist und bleibt. Von aussen muss es zur Dienstbarkeit fertig gestellt werden, daher denn von demjenigen, der damit umzugehen vermag, seine Wirkung abhängt. Und dies ist dann die Obrigkeit, welche in ihrer Machtvollkommenheit Gaben austheilt, und denn auch die ausschliessliche Befugnis zu haben meint, über die Herrschaft des Rechtes zu entscheiden. So hat man es Jahrhunderte lang verstanden, und so wird es jetzt noch häufig verstanden. Wenn man sich aber nach dem Titel dieser Obrigkeit erkundigt, und sich dabei nicht mit den Fiktionen aus den Lehren von der Gottes- und von der Volkssouveränität begnügt, so stellt sich heraus, dass für das Recht einer Obrigkeit kein einziger Titel zu finden ist, und dass dieser ganze Apparat, den man mit dem Namen des Staates bezeichnete, nur durch Tradition sich

erhalten hat, also schliesslich als eine blossе Tatsache, welcher der Rechtsgrund fehlte, anzusehen ist. Demzufolge trat aufs neue die Frage nach der Grundlage der im Staate enthaltenen Herrschaft in den Vordergrund, und das Nachdenken über diese Frage führte zur Einsicht, dass, da diese Herrschaft in nichts anderem liegen konnte als in der Autorität des Rechtes, der Ursprung dieser Autorität des Rechtes erforscht werden müsse. Dieser Ursprung wurde aber in der geistigen Natur des Menschen, in einem ihm ursprünglich eigenen Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein gefunden. Und damit war die dem Rechte zustehende selbständige, von der Wirkung jedes wie auch gearteten Machtsinstrumentes unabhängige Gewalt klargelegt. Aber zugleich war diesem Instrumente seine natürliche Bestimmung angewiesen, nämlich die Bestimmung, die Herrschaft des Rechtes zu versichern, welche es, solange die Willkür einer Obrigkeit über seine Verwendung verfügte, verfehlt hatte.

Dass die Machtsorganisation von Natur dem Rechte, und nicht mehr ausschliesslich dem Gesetze dienstbar ist, fangen auch die Organe der richterlichen Gewalt an einzusehen, demzufolge die hier bekämpfte Lehre auch *praktisch* durchlöchert worden ist. Es war wie eine plötzliche Offenbarung als man bemerkte, wie weit die Jurisprudenz schon vorgeschritten ist auf dem Wege der Ueberordnung des Rechtes über das Gesetz. Der Richter wusste es zu verbergen, konnte es sogar manchmal sich selbst nicht zu klarem Bewusstsein bringen, dass er nicht mehr der Sklave des Gesetzes war, denn äusserlich war alles beim Alten geblieben;

die nämlichen Gesetzesartikel fand man stets wieder in dem Urteilspruch zurück. Aber innerlich war alles verändert, und durch Vermittlung einer künstlichen Konstruktion wurde die Norm, welche das herrschende Rechtsbewusstsein als Rechtsnorm erkannt hatte, in den Text des Gesetzes hineingedeutet. Die Richter wissen jetzt, Dank sei der ihnen von allen Seiten zuteil gewordenen Aufklärung, was sie tun, und fühlen sich gleichsam zu einem neuen Amte berufen. In Wirklichkeit kommt es also bloss darauf an, sie zur öffentlichen Anerkennung ihrer Stellung gegenüber dem Rechte zu bewegen. Und dazu werden sie sich erst entschliessen, wenn ihnen die Einsicht beigebracht wird, dass auch ihr Gehorsam gegenüber dem Gesetze bloss darauf beruhen darf, dass das Gesetz Recht in sich enthält. Wenn also das Gesetz vorschreibt, ausschliesslich nach dem Gesetze Recht zu sprechen, so darf dieser Auftrag nicht ausgeführt werden, weil derselbe in keinem Rechtsbewusstsein jemals eine Stütze finden kann. Dass irgend ein Rechtsbewusstsein sich nicht sollte äussern *dürfen*, oder in seiner Wirkung an irgendein festes Joch *gebunden* wäre, das ist eine Behauptung, welche das ganze Fundament der Herrschaft des Rechtes untergräbt und uns wieder zur Idee einer Obrigkeit zurückführt, welche, unabhängig vom Rechtsbewusstsein der Volksgenossen, Recht zu erzeugen vermöchte. Wenn also der Richter nach dem Gesetze Recht sprechen soll, weil im Gesetze Recht zu finden ist, so steht er unter der nämlichen Verpflichtung allem anderen Rechte neben dem Gesetzesrechte gegenüber. Bei dieser Auffassung von der Art und Weise, wie

sich der Richter zum Gesetze verhält, ist jedoch zu bedenken, dass der Richter, wenn er ungeschriebenes Recht anwendet, keineswegs sich auf den Standpunkt des Gesetzgebers stellt. Sein Amt ist und bleibt, was es zu allen Zeiten war; er stellt ein Rechtsverhältniss fest auf grund einer Norm, welche bereits Geltung hat; er schafft kein neues Recht. Der Unterschied zwischen früher und heute liegt nicht in der Rechtsfindung, sondern im Rechte, dass er seinen Entscheidungen zu grunde legen darf. Nach der Einsicht der modernen Staatsidee hat der Richter allem Rechte, wie es auch entstanden sein mag, also auch dem ungeschriebenen Rechte, Rechnung zu tragen, während nach der Lehre von der ausschliesslichen Geltung des Obrigkeitsrechtes dies ihm nur gestattet war sofern das Gesetz es erlaubte. Auf diese einfache Formel lässt sich der Kampf über die Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetze zurückführen.

XV. *Verstärkung der Herrschaft des Rechtes.* Eine durchaus primitive Rechtsgemeinschaft lässt eine Ordnung erkennen, welche gleichsam automatisch wirkt. Das geistige Leben des Individuums ist noch so wenig differenziert, dass fast alle seine Lebensverrichtungen mit denjenigen anderer von einer gemeinsamen Psyche beherrscht werden. Individuelle widerstrebende Kräfte offenbaren sich nur in sehr geringem Maasse. Demzufolge ist gar kein Bedürfnis vorhanden, die Herrschaft der Ordnung zu verstärken, jene widerstrebenden Kräfte möglichst zu neutralisieren. Erhellte aus dem Verhalten des Individuums, dass es sich

der gemeinsamen Psyche nicht fügen kann, so ist Ausstossung aus der Gesellschaft davon die Folge.

Dies ändert sich in dem Maasse als der einzelne Mensch sich aus dem kollektiven Geistesleben loslöst und das individuelle Geistesleben sich entfaltet. Sofern dann die individuellen Verhaltensweisen den Gemeinschaftsnormen widersprechen und daraus eine Untergrabung der Herrschaft derselben sich ergeben würde, entsteht das Bedürfnis, die antisozialen Neigungen zu zügeln und also die Herrschaft der Gemeinschaftsordnung zu verstärken.

A. *Die Verwaltung in bezug auf Strafe und Exekution.* Strafe und Exekution sind von Alters her die Mittel gewesen, dieses Ziel zu erreichen. Das soll nicht heissen, dass ausschliesslich diese zum Rechtsgehorsam antreiben. Es giebt zahlreiche andere Motive, welche diesen Gehorsam verstärken, wie etwa das eigene Interesse, die sozialen Konventionen u.s.w., aber Strafe und Exekution sind immer die Mittel gewesen, welche die Rechtsordnung selbst zur Hand genommen hat um ihre Gewalt zu verstärken und also das Bewusstsein der Menschen mit der Notwendigkeit des Gemeinschaftslebens zu erfüllen, sofern das Rechtsbewusstsein nicht genügt um die Befolgung der Gemeinschaftsnormen von Seiten aller zu erzielen.

Ein Teil der Rechtsordnung enthält also eine Organisation der Strafe und der Exekution. Dieser Teil versorgt eines der allerältesten öffentlichen Interessen, fast ebenso alt wie das militärische Interesse, die Handhabung der Selbständigkeit der Gemeinschaft. Während die Rechtsbildung mittels der Gesetzgebung

ein öffentliches Interesse darstellt, dem die Rechtssorge erst bei der Einführung des konstitutionellen Systems vollständig zu teil geworden ist, und also kaum seit einem Jahrhundert existiert, trat schon sehr bald nach der Staatsbildung das Bedürfnis nach Verstärkung der Herrschaft des in irgendwelcher Weise gebildeten Rechtes als ein dringendes öffentliches Interesse hervor, und rief dasselbe eine Organisation ins Dasein, mittels welcher auf dem Wege der Strafe und der Exekution, mitsamt der damit verbundenen Ausübung richterlicher Gewalt, jene Verstärkung zu stande gebracht wurde. Ebenso wie das Interesse der Gemeinschaft an der Verteidigung ihrer Selbständigkeit einen Machtsapparat zur Notwendigkeit machte, ebenso erforderte auch die Verstärkung der Rechtsherrschaft eine Machtsorganisation. In dieser Machtsentwicklung hat man den wesentlichen Inhalt der Staatsidee gesehen, und dadurch vor allem ist man dazu gelangt, den Staat als eine Machterscheinung zu betrachten, demzufolge dann der Begriff einer mit eigener Rechtsgewalt ausgestalteten Obrigkeit zum Fundamente der ganzen Staatslehre gemacht wurde. Uebermächtig ist daher noch immer die Auffassung, dass in der Verfügung über jene organisierte Macht die eigentliche Herrschaft liegt, sodass hier nicht nur die Rechtsgewalt ausgeschaltet wird, sondern auch die Verbindlichkeit des Rechtes von der Handhabung desselben durch jene Machtsorganisation abhängig gesetzt wird.

Demgegenüber ist nun an erster Stelle zu bemerken, dass der Zwangsapparat, mittels dessen Strafe und Exekution angewendet werden, auch selbst im Rechte

wurzelt, da die Ausübung des Zwanges und alles was derselben vorhergeht, wie der Rechtsspruch, aus Rechtspflichten entspringt. Wir haben es auch hier mit einer *Rechtsordnung* zu tun, welche jedoch erst subsidiarisch zur Wirkung gelangt, da sie nämlich nur bei Nichtbefolgung der für die Bürger geltenden Gemeinschaftsordnung funktioniert. Die Herrschaft dieser letzteren Ordnung wird also durch eine andere gesichert. Aber quis custodet custodes ipsos? Soll man eine dritte Rechtsordnung mit noch mehr subsidiarischem Charakter, deren Wirksamkeit wieder von der Nichtbefolgung der vorhergehenden abhängig gesetzt wird, ins Dasein rufen? Solcherweise würde sich Rechtsordnung auf Rechtsordnung schichten, ohne dass schliesslich eine Bürgschaft für die Befolgung derselben gewonnen wäre. Für die Befolgung der zweiten Rechtsordnung, auf welche die Anwendung des Zwanges sich stützt, hat man sich demnach nach einer anderen Bürgschaft, als vom Rechte geboten werden kann, umzusehen. Welche ist diese ausserhalb des Rechtes liegende Bürgschaft, welche diejenigen, von denen Rechtspflege, polizeiliche und Kriegsdienste, kurz auf Zwangsübung gerichtete Handlungen gefordert werden, zur Befolgung ihrer Rechtspflichten nötigen wird, wenn diese in dem Rechtscharakter dieser Pflichten keine genügende Stütze findet? Diese Bürgschaft hat man nun von Alters her darin gefunden, dass die Interessen der Personen, denen die Rechtspflichten auferlegt waren, mit der Erfüllung derselben verflochten wurden; und dies erreichte man dadurch, dass man die Leistung der betreffenden Dienste zum Lebensberuf und zum

Broterwerb machte, also die Erfüllung von Aemtern als eingesellschaftliches und ökonomisches Gewerbe regelte.

Ein anderes, früher mehr als jetzt verwendetes Mittel, die Befolgung der Rechtspflichten des Amtes zu unterstützen, ist der *Eid*. Dieses Mittel hat jedoch nur Bedeutung für diejenigen, welche, unter Anrufung des Namens Gottes, einen wirklichen Eid schwören, indem damit in der Regel der Glaube an zu befürchtende göttliche Strafen einhergeht, und dieser Glaube die Erfüllung von Pflichten gewährleisten kann. Die bedenkliche Seite dieses Verstärkungsmittels liegt aber in der Verwendung desselben zur Aufrechterhaltung der Herrschaft des *Gesetzes*, auch wenn dieses seinen Rechtscharakter eingebüßt hat, demzufolge aus religiösen Rücksichten Normen, welche nicht Rechtsnormen sind oder sogar denselben widerstreiten, Gehorsam geleistet wird. Am deutlichsten zeigt sich dies in bezug auf die Verfassung, wo, infolge der beschwerlichen Vorschriften für die Revision derselben, oft zwischen ihren Geboten und demjenigen, was das Rechtsbewusstsein des Volkes fordert, ein weiter Abstand klafft. Die Praxis lehrt, dass auf die Dauer im Kampfe zwischen dem Rechtsbewusstsein und dem Eide ersteres den Sieg davonträgt. Der Unterrichtsartikel in unserer Verfassung mag dies beweisen.

Wo mit einem einfachen Versprechen fürlieb genommen wird, wird höchstens die Rechtspflicht besser zum Bewusstsein gebracht; eine wesentliche Verstärkung der Rechtspflicht bringt dasselbe nicht zu stande. Das so häufig vorkommende Leisten eines Versprechens legt aber den Gedanken nahe, dass die Verpflichtung

zur Befolgung einer Rechtsnorm vom Willen des Individuums abhängt, womit der selbständigen, objektiven Geltung das Rechtes Abbruch getan wird.

Das wichtigste allgemein wirksame Mittel liegt in den persönlichen, mit der Erfüllung des Amtes verflochtenen Interessen des Beamten, welche hauptsächlich in der ökonomischen und gesellschaftlichen Stellung des Beamten ihren Ausdruck finden. Das besondere Fundament, welches damit der Wirkung der den Beamten auferlegten Verpflichtungen untergeschoben wird, macht jedoch die Organisation jener zur Zwangsübung bestimmten Personen zu einer grossen sozialen Macht, welche der ausschliesslichen Herrschaft des Rechtes gefährlich werden kann, wenn jene Macht zu anderen als Rechtszwecken verwendet wird. Die betreffende Möglichkeit liegt vor, wenn die Weigerung zu anderen Zwecken als zur Handhabung des Rechtes Machtsdienste zu leisten, die Beamten der Gefahr aussetzt, ihr Amt zu verlieren und sie also in ihren besonderen Interessen getroffen werden. Dies lässt sich nur dadurch verhüten, dass ihre rechtliche Stellung in einer Weise geregelt ist, welche sie in bezug auf die Erhaltung ihres Amtes nicht von bestimmten Personen abhängig macht; denn solange dies der Fall ist, wird ein Machtszentrum im Stande erhalten, welches eine Bedrohung der Herrschaft des Rechtes in sich schliesst. Eben die Existenz einer solchen auf persönlicher Hierarchie gegründeten Macht leistet der Obrigkeitsidee, der Vorstellung einer ausserhalb des Rechtes, neben und gegenüber der Rechtsordnung bestehenden „Staatsmacht“ Vorschub. Vor allem die militärische Organisation ist diesem Ge-

danken förderlich gewesen, da in dem Heere das grösste und gewaltigste Machtsinstrument gegeben war. Jedoch früher bei weitem mehr als jetzt. Denn früher war jenes Machtsinstrument aus angeworbenen Mietstruppen zusammengesetzt, und war also auch der Dienst mit dem Schwerte eine Erwerbsquelle oder eine Profession, sodass der Fürst die dabei beteiligten Personen, mit Rücksicht auf ihre mit jenem Gewerbe oder jener Profession verflochtenen ökonomischen Interessen, in der Hand hatte. Jetzt aber sind die Mietstruppen durch Volksheere ersetzt worden, womit die Dienstpflicht zu einer schwer drückenden Last geworden ist. Durch strenge Mannszucht versucht man diese Pflicht zu verstärken, aber als reines Machtsinstrument ist die Bedeutung des Heeres heruntergegangen, da die eigenen Interessen bei der Erfüllung jener Pflicht nicht mehr beteiligt sind. Wenn man also jetzt das Heer verwenden will um eine Ordnung, welche bei der Bevölkerung ihre verbindende Kraft eingebüsst hat, aufrechtzuerhalten, so könnte, trotz der persönlichen Subordination, welche darin bis zur Grenze der Leblösigkeit durchgeführt worden ist, die Unzuverlässigkeit des Instruments wohl einmal ans Licht kommen.

Während also im Heere heutzutage weniger als früher eine vom Rechte losgelöste „Staatsmacht“ zu finden ist, erhält sich der Gedanke einer solchen Macht ganz besonders dort, wo eine Leistung von Machtsdiensten als Lebensberuf vorliegt. Dies offenbart sich in dem dauernden Hervortreten von Ideen und Verhaltensweisen, welche beabsichtigen, die so zu stande gekommene Machtsorganisation unter einer besonde-

ren, ausserhalb des gemeinen Rechtes stehenden Ordnung funktion ernen zu lassen. Um die Selbständigkeit der Obrigkeitengewalt — d. h. in den meisten Fällen: der persönlichen Gewalt eines Fürsten — zum Ausdruck zu bringen und zu verstärken, hat die Staatslehre des Absolutismus vor allem die Gewalt des Fürsten ausserhalb des gemeinen Rechtes gestellt, und des weiteren ihm die Befugnis zuerkannt, für die seiner Sorge anvertrauten Interessen ein eigenes Recht ins Dasein zu rufen. Die neuere Staatslehre hat das alles vom Fürsten auf den „Staat“ übertragen, demzufolge jetzt gelehrt wird, dass der Staat „als solcher“ — womit gemeint ist: das organisierte Machtsinstrument — nicht dem gemeinen Rechte unterworfen ist, und dass dieser „Staat-als-solcher“ von Hause aus, unabhängig vom Rechte, eine Mehrwertigkeit besitzt, welche zwar nicht ausschliesst, dass der Staat zu den Bürgern in Rechtsverhältnissen steht, jedoch nur so, dass diese Verhältnisse, wegen der Ungleichheit der Subjekte von denjenigen, welche vom gemeinen Rechte beherrscht werden, sich wesentlich unterscheiden. Damit war ein prinzipieller Unterschied zwischen dem Privatrechte (auf welches das gemeine Recht eingeengt wurde) und dem öffentlichen Rechte aufgestellt worden. Nimmt man diesen Gegensatz als Ausgangspunkt, so werden damit diejenigen Personen, welche mit der Leistung von Machtsdiensten beauftragt worden sind, dem öffentlichen Rechte unterworfen, woraus folgt:

1. dass sie *als Beamte* teilhaben an der bevorzugten Stellung der Obrigkeit, welche ausserhalb des gemeinen Rechtes gestellt ist, und für welche demzufolge die

landläufigen Regeln der Verantwortlichkeit nicht gelten. Diese Vorstellung leistet der Auffassung des Staates als einer mit eigener Gewalt ausgerüsteten Machterscheinung eine dauernde Stütze, — einer Auffassung, welche schliesslich dazu führte, dass, wo die Staatsmacht die Aufgabe hatte das Recht zu handhaben, dieser Macht jetzt auch die Entscheidung über dasjenige, was als Recht zu gelten hatte, überlassen wurde (JELLINEK);

2. dass diese Beamten *als Privatpersonen* sich der Obrigkeit gegenüber in einem Zustande der Ungleichwertigkeit befinden, demzufolge von einem gewöhnlichen Dienstverhältnis nicht die Rede sein kann. Mit der Leugnung eines solchen Verhältnisses ist aber der Beamte dem Staate gegenüber in eine weitgehende ökonomische Abhängigkeit versetzt worden und kann ein etwaiger Widerstand in bezug auf Dienste ausserhalb des Rechtes leicht gebrochen werden.

Die in dieser Schrift vertretene Staatslehre vermag in den gegenseitigen Verhältnissen der Menschen keine andere Gewalt als die Rechtsgewalt anzuerkennen; sie leugnet daher die Existenz einer eigenmächtigen Obrigkeit und verwirft den Gegensatz des privaten und öffentlichen Rechtes, sofern dieser sich auf einen natürlichen Unterschied in der Gleich- oder Ungleichwertigkeit der Subjekte stützt. Der organisierte Machtapparat, mittels dessen Strafe und Exekution Anwendung finden, kann also in seiner Zusammensetzung und Wirkung nur aus Rechtspflichten von durchaus gleicher Art als alle anderen Rechtspflichten hervorgehen, sodass es gar keinen Unterschied macht, ob diese Pfligh-

te aus dem Gemeinen Rechte oder aus besonderen Rechtsordnungen entstehen. Sie dienen der Verstärkung der Herrschaft des Rechtes, dem die Bürger unterworfen sind, und finden ihrerseits ihre Bürgschaft nicht in einer dritten Rechtsordnung von gleicher Tendenz, sondern in einem faktischen Mittel, welches das Recht anwendet um die Erfüllung dieser Machtsdienste zu gewährleisten, nämlich in der Verflechtung derselben mit den besonderen Interessen der Personen, denen diese Pflichten auferlegt worden sind. Wenn jedoch dieses Mittel nicht zu einem dem Zwecke entgegengesetzten Resultat führen soll, so ist es nötig, die ökonomische und gesellschaftliche Stellung der Beamten rechtens so zu sichern, dass eine andere als die zur Handhabung des Rechtes dienende Verwendung ihrer Machtsdienste an ihrem Widerstande scheitern kann.

B. *Die weitere Aufgabe der Verwaltung.* Die nämliche tatsächliche Bürgschaft für die Befolgung der Rechtspflichten finden wir bei derjenigen Rechtsordnung wieder, welche die Rechtspflichten zur Erfüllung der weiteren administrativen Aufgabe des Staates, also der Sorge für die Gesundheit, den Unterricht, die Wasserkehrungen, die Strassen usw. umfasst. Auch hier sind die geforderten Arbeiten zu einem Lebensberufe gemacht und ist damit die Rechtspflicht in der oben angegebenen Weise verstärkt worden. Mit dieser administrativen Aufgabe des Staates ist die herrschende Staatslehre stets einigermassen verlegen gewesen. Die Obrigkeit trat hier nicht deutlich hervor, Zwangsübung war hier nicht zu finden. Demzufolge rechnete man dieses ganze Gebiet zur Domäne der privatrechtl-

chen Bemühungen des Staates, und unterschied die mit solchen Arbeiten beauftragten Personen scharf von denjenigen, welche die Obrigkeitssaufgabe zu erfüllen hatten. Nur die letzteren waren „Beamte“, hatten Anteil an der privilegierten Stellung der Obrigkeit. Jedoch mit der Erweiterung der Verwaltungsaufgabe des Staates, und besonders als dafür eigene Rechtsordnungen ins Dasein gerufen wurden, konnte man schwerlich noch behaupten, dass dieses Lebensgebiet im Grunde privatrechtlicher Natur sei. Das Kriterium für die Unterscheidung des Beamten vom Nichtbeamten, welches man in der Art der Arbeiten, nämlich darin, ob dieselben „obrigkeitlicher Natur oder technischer Art“ waren, gefunden hatte, wurde preisgegeben (LABAND), das ganze Verwaltungsgebiet als ein Teil der Obrigkeitssaufgabe angesehen und demnach dem öffentlichen Rechte einverleibt. Die Staatslehre hatte sich also realiter von der *alten* Obrigkeitssidee losgesagt, denn irgendwelche Machtsübung war bei der Mehrheit der administrativen Bemühungen nicht zu finden. Diesen Widerspruch hat sie nicht zur Auflösung bringen können, da dies nicht anders als durch Verleugnung ihres Fundamentes (der Obrigkeitssidee) möglich gewesen wäre. Ebenso anauflösbar war für sie die Frage, wie jene „administrative“ Obrigkeitssaufgabe und dasjenige, was privatrechtlich im Namen des Staates verrichtet wird, von einander abzugrenzen seien. Die Post war ein Zweig des öffentlichen Dienstes, die Telegraphen- und Telephonverwaltung noch Analogie gleichfalls. Aber die Verwaltung von Eisenbahnen und Bergwerken von seiten des Staates war etwas Neues; hier

fühlte man sich unsicher. Noch deutlicher kam das ans Licht bei der Erweiterung des den Gemeinden zustehenden Arbeitsfeldes. Der Markt, die Börse, die Wage, der Verkehr zu Wasser und zu Lande konnten als alte Institute den öffentlichen Diensten beigerechnet werden; aber die Verwaltung von Gasfabriken, Wasserleitungen, Badeanstalten, Leseräumen, Bodenkreditbanken, und alles weitere, was früher ausschließlich von Privatpersonen, für welche das Privatrecht galt, besorgt wurde, — konnte man das in der Tat als öffentlichen Dienst bezeichnen, und hatte sich also hier die Gemeinde nicht ganz nach den Vorschriften des Privatrechtes zu verhalten?

Die Praxis erhält keine Unterscheidungen im Stande irgendeiner Lehre zu Liebe, and lässt demjenigen, was gleich *ist*, auch eine gleiche Behandlung angedeihen. Und wenn man die Staatslehre von der Zwangsidee der Obrigkeit befreit, so stellen sich ihr auch keine weiteren Schwierigkeiten in den Weg, der Verwaltungsaufgabe den ihr passenden Platz anzuweisen. Das alte, das allerälteste Interesse der Gemeinschaft, ein Interesse, das Jahrhunderte lang fast ausschließlich als ein öffentliches Interesse galt, ist die Aufrechterhaltung der Ordnung, der Ruhe und der Sicherheit, und dafür war eine Organisation von Machtsmitteln erforderlich. Wir wissen jetzt, dass der ganze Apparat von richterlichen Kollegien, Gerichtsboten, Gefängniswärtern, Polizei, Heer in einer Rechtsordnung wurzelt, welche Pflichten zur Leistung jener Machtsdienste vorschreibt und dass hier keine besondere Art der Gewalt, also keine Obrigkeitsgewalt ersonnen zu werden braucht

um zur Versorgung jener Interessen zu gelangen. Andere öffentliche Interessen treten nun allmählig zu diesen hinzu; neue Rechtspflichten und (wo besondere Rechtsordnungen ins Dasein gerufen werden) auch neue, nicht bereits im gemeinen Rechte gegebene Befugnisse werden eingesetzt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Rechtspflichten hier und den Rechtspflichten dort lässt sich ebensowenig auffinden wie ein solcher zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Gemeinschaftsdiensten. Alle Rechtspflichten haben das gleiche Fundament und müssen es haben um als *Rechtspflichten* gelten zu können; alle im Interesse der Gemeinschaft geforderten Dienste sind eben deswegen und nur deswegen *öffentliche* Dienste; und endlich ist es für die Befugnisse, welche zur Versorgung jener öffentlichen Interessen nötig sind, durchaus gleichgiltig, ob sie aus dem gemeinen Rechte oder aus irgendwelchen behufs jener Interessen ins Dasein gerufenen besonderen Rechtsordnungen, welche zusammen das *öffentliche* Recht darstellen, geschöpft werden; gleichgiltig also, ob sie mit Befugnissen, welche auch Privatpersonen haben können, zusammenfallen oder nicht. Alle jene Unterscheidungen, mit welchen die Praxis nicht mehr rechnet, sind auch in der Staatslehre von demjenigen Augenblicke an wertlos geworden, wo man eine ausserhalb des Rechtes stehende Gewalt, die Obrigkeitssidee, daraus entfernt, demzufolge es für die Erklärung der Erweiterung der Staatsaufgabe nicht nötig ist, dem alten Obrigkeitssbegriff einen weiteren Umfang zu geben, welcher auch der Verwaltung Raum gewährt, sondern vielmehr umgekehrt: die frühere

Obrigkeitsthatung ist als ein Bruchteil der öffentlichen Verwaltung zu betrachten, welche nach allen Seiten nur auf dem Boden des gemeinen oder besonderen Rechtes und in Uebereinstimmung mit demselben zu Ende geführt werden kann.

Zusammenfassend können wir also sagen, dass ein Teil der Rechtsordnung, unter welcher ein Volk lebt, seine Bürgerschaft findet in demjenigen Zweige der Verwaltung, der in der Anwendung von Exekution und Strafe besteht; und dass ein anderer Teil, in welchem die Pflichten für die Erfüllung dieser und jeder anderen administrativen Aufgabe enthalten sind, seine Bürgerschaft findet in den persönlichen Vorteilen, welche jene Erfüllung für den mit der Verwaltung Betrauten mit sich führt. Eine scharfe Trennung zwischen den beiden Bürgerschaften giebt es aber nicht; auch die Befolgung des für die Verwaltung geschriebenen Rechtes wird häufig durch Exekutionszwang und Strafe gesichert, aber in letzter Instanz ist hier die Bürgerschaft ausschlieslich in dem Stachel der besonderen Interessen der Verwaltungsbeamten zu suchen; und umgekehrt; viele durch Exekution und Strafe gesicherte Rechtspflichten werden durch jenen Stachel näher gewährleistet.

Es werden also zur Verbürgung der Befolgung von Rechtspflichten zwei Mittel vom Rechte angewendet: der Zwang und der Vorteil. Zum Zwang wird man sich meistens entschliessen, wenn die Rechtspflichten ein gewisses für alle gleiches Maass von Freiheitsopfern mit sich führen; wenn die Opfer dieses Maass übersteigen oder sehr ungleich werden, so wird eine Kompen-

sation erforderlich sein um die Befolgung der Rechtspflicht zu gewährleisten.

Jedoch auch diese Mittel verfehlen ihren Zweck, wenn das eigentliche Fundament der Rechtspflicht wegfällt und etwas gefordert wird, was, indem es im Rechtsbewusstsein des Volkes keine Stütze findet, aus diesem Grunde auch nicht als Rechtserzeugnis anerkannt werden kann, — woraus folgt, dass für die ganze Rechtsordnung, unter welcher ein Volk lebt, die Grundlage jener Herrschaft, ihre verbindende Kraft und ihre Wirkung in der Reaktion des Rechtsgefühls oder des Rechtsbewusstseins enthalten bleibt.

VIERTES KAPITEL.

DIE RECHTSBILDUNG.

I. *Die Rechtsbildung als intellektueller Prozess.* Solange ausschliesslich die Obrigkeitstheorie herrschend war, wurde selbstverständlich angenommen, dass der Befehlscharakter des Rechtes der Obrigkeit (dem König, dem Parlament, dem Volke, dem Staate) entlehnt sei. Kraft des ihr zustehenden Rechtes auf die Gewalt war ihr Wille Gesetz und darum Recht, und als die imaginäre Obrigkeitstheorie, welche das Recht ins Dasein rief oder gerufen hatte, trat daher der Gesetzgeber auf.

An diese Erklärung der imperativen Natur des Rechtes und der Art, wie das Recht entstand oder zur Geltung kam, liess die positive Rechtsschule es sich genügen. Was das Recht vielleicht noch mehr war als Wille und Weisheit eines Gesetzgebers, wurde dem als minderwertig angesehenen Gebiete der Rechtspolitik oder der Rechtsphilosophie zugerechnet. Für den „praktischen“ Juristen war das Recht Obrigkeitbefehl und nichts weiter.

Eine Folge dieser Auffassung war, dass, wenn die in einem imaginären „Gesetzgeber“ hypostasierte Obrigkeit nicht gesprochen hatte, das Recht fehlte. Da es aber eine Rechtslücke nicht geben kann, musste überall dort, wo die Obrigkeit in einer oder der anderen Weise gesprochen hatte, das von ihr kundgegebene

Recht als vollständig angesehen werden, eine Forderung welche nur so befriedigt werden konnte, dass man das Obrigkeitsrecht zu einem *Systeme* umschuf, aus welchem auf deduktivem Wege die fehlenden Normen abgeleitet werden konnten. Die Hauptaufgabe des Juristen war also die *Konstruktion* eines in das Obrigkeitsrecht hineinpassenden *Begriffssystems*. Wunder der Analyse und der Synthese sind auf diesem Gebiete zu stande gebracht worden, and auf diesem Wege ist während vieler Jahre das Bedürfnis nach einer Ergänzung des Obrigkeitsrechtes befriedigt worden, um für die so grosse Verschiedenheit der gesellschaftlichen Beziehungen ein Rechtsband vorrätig zu haben. Aus einer zweifachen Quelle wurde also das Recht geschöpft. Erstens aus dem Willen der Obrigkeit, welcher hauptsächlich aus dem Gesetze erkannt wurde, und zweitens aus dem Rechtssystem, das mit grösserer oder geringerer Virtuosität als dem lückenhaften Gesetze zugrunde liegend konstruiert wurde, daher also angenommen wurde, dass der Gesetzgeber in seinem Rechte ein System entwickelt habe, ohne alle Linien desselben erblicken zu lassen. Diese letztere Rechtsquelle insbesondere, das System, war mittels eines rein intellektuellen Prozesses gewonnen worden; denn das Auffinden eines Rechtssystemes ist ja eine rein verstandesmässige Arbeit. Und da dieses System, nachdem es einmal aufgefunden worden war, seine Herrschaft auch über den Inhalt selbst des Gesetzes ausdehnte, arbeitete die Jurisprudenz in der Hauptsache mit Normen, welche ihren Wert vor allem ihrem *logischen* Zusammenhange unter einander entlehnten. Mit diesen auf bloss ver-

standesmässigem Wege gewonnenen und durch ihren logischen Charakter sich kennzeichnenden Normen wurde das ganze gesellschaftliche Leben in allen seinen Verschiedenheiten und Gegensätzen beherrscht. Die Gutachten der Rechtsanwälte, die Ratschläge der Notare, die Urtheilssprüche der Richter waren von dem Gedanken durchtränkt, dass das Recht sich nur durch ein Aneinanderreihen von Syllogismen bemeistern lasse. Die bei den Juristen vorherrschende Eigenschaft war also die dialektische Gewandtheit, und im Rechtsaal hatte nicht derjenige die besten Chancen, seine Sache zu gewinnen, welcher an das *Rechtsgefühl* des Richters appellierte, sondern der die Seele des Richters von der *konstruktiven* Schönheit des Rechtes, dem er Gehör verschaffen wollte, zu erfüllen wusste.

II. *Der Einfluss der Kodifikation.* Diese Auffassung des Rechtes als eines vom Gesetzgeber herangetragenen Stoffes, welcher vom dialektischen Scharfsinn des Juristen zu einem alle Lebensbeziehungen umfassenden Rechtssystem bearbeitet werden musste, ist durch die Kodifikation zwar verstärkt, aber keineswegs erst geschaffen worden. Das in die Gesetzbücher herübergenommene Recht war schon in der Hauptsache durch eine Jahrhunderte lange juristische Hantierung zu einem Systemrechte umgeknetet worden; die Kodifikation hat es dem Juristen bloss leichter gemacht, an dem architektonischen Ausbau des Rechtes zu arbeiten; und dieser Aufgabe hat er sich dann auch, bis zur Geisteserschöpfung, unterzogen. Für eine bessere Systembildung ist die Kodifikation sogar empfohlen wor-

den, und in dieser Hinsicht hat sie ihrem Zwecke entsprochen. Er wurde jedoch auch von ihr erwartet, dass sie das Recht dem Volke besser zugänglich machen würde. Dieses Ziel ist nicht erreicht worden und konnte nicht erreicht werden, da das kodifizierte Recht Juristenrecht war und, damals genau so wie jetzt, in der Hauptsache ausserhalb der Gedanken und Gefühlswelt der Laien stand.

III. *Der Umschwung im Strafrecht.* Diese Begriffsjurisprudenz, welche das Recht, was seine Geltung anbelangt, aus dem Willen der Obrigkeit herleitet, und, was seinen Inhalt betrifft, mittels eines intellektualistischen Prozesses in eine Begriffskette umwandelt, erhielt einen ersten, gewaltigen Stoss auf dem Gebiete des *Strafrechtes*. Die Behandlung des Verbrechens als einer juridischen Erscheinung stand zur gesellschaftlichen Bedeutung desselben in einem solchen Gegensatz, dass hier am deutlichsten der Konflikt zwischen Lehre und Leben, Gesetz und Recht, ans Licht treten musste. Und noch immer giebt es keinen Zweig des Rechtes, wo die Erstarrung des sozialen Lebens in Konstruktionen, Begriffe und Analysen zu einem so hohen Grade der Leblosigkeit gestiegen ist, wie sich im Strafrechte erkennen lässt. Das gesellschaftliche Missverhältnis, obgleich, wie Diebstahl, Totschlag, Mord so alt wie die Welt, wird in den Strafgesetzen unserer Zeit durch Aufzählung seiner „Elemente“ beschrieben, womit dem Strafrechte alle Beweglichkeit genommen wird. Die Verantwortlichkeit des Täters, ein Faktor von welchem man glauben sollte, dass er sich nur auf

dem Wege der individuellen und sozialen Psychologie feststellen lässt, ist auf einige juristische Schablonen, auf eine begrenzte Anzahl von Arten der Schuld und des Vorsatzes, mittels deren über die Strafbarkeit des Täters und das Maass der Strafe entschieden wird, zurückgeführt worden. Ja sogar die Täterschaft ist in einer Anzahl von Formen der Teilnahme an dem Zustandekommen des Verbrechens (Täterschaft, Mittäterschaft, Verlockung usw.) festgelegt worden, wodurch wieder einmal der juristische Scharfsinn in Wirksamkeit versetzt werden muss um mit unfruchtbarer Geistesanstrengung Begriffe festzustellen, und von diesen den Kreis der möglicherweise Strafwürdigen abhängig zu setzen.

Dass dieser künstliche juristische Apparat nicht im stande war, die erwartete Repression hervorzurufen, und dass darin die Frage nach einer *gerechten* Repression infolge der Uebermacht der Juridizismen kaum aufgeworfen wurde, das hat die neuere Richtung im Strafrechte bis zur hellsten Klarheit gebracht. Indem dieselbe sich von dem juristischen Dogmatismus abwendete, stellte sie der Strafrechtswissenschaft die Aufgabe: den Wert oder Unwert des *Individuums* als eines sozialen Wesens zu untersuchen, die strafbare Handlung als Gegenstand juridischer Zergliederung beiseite zu setzen, und diese Handlung nur als ein Symptom eines bei einer bestimmten Person möglicherweise vorliegenden Defizits an sozialem Werte aufzufassen; welches Defizit eventuell den Ausgangspunkt abgeben kann für die Anwendung verschiedenartiger Mittel um ein gesellschaftliches Missverhältnis in der Zukunft zu verhüten

und abzuwenden. Die Strafrechtswissenschaft wird hiermit von einer juridisch-dogmatischen in eine *Wertungswissenschaft*, welche das Strafrecht als ein Ergebnis der Wertung gesellschaftlicher Interessen versteht und behandelt, umgewandelt, sodass auf diesem Gebiete für den Gesetzgeber und den Richter nicht der juridische Intellektualismus, sondern der jener Interessenwertung zugrunde liegende ethische Standpunkt entscheidend sein soll.

IV. *Der Umschwung im Privatrecht.* Ungefähr zur gleichen Zeit, auch in den siebziger Jahren, wurde an einem merkwürdigen Fall die Disharmonie zwischen den Rechtsbegriffen und dem wirklichen Leben auf dem Gebiete des Privatrechtes demonstriert. Hier zu Lande waren es die Professoren FOCKEMA ANDREAE und HAMAKER und in Deutschland besonders SCHLOSSMANN, welche darauf hinwiesen, dass der in der Wissenschaft gangbare Vertragsbegriff und der im Verkehr als bindend anerkannte Vertrag sich nicht zur Deckung bringen lassen. Der wissenschaftlichen Konstruktion zufolge musste in bezug auf die Willensübereinstimmung die Absicht der Parteien zusammenstimmen; in der Praxis jedoch wurde zu hunderten Malen eine vertragsmässige Verbindlichkeit als vorliegend angesehen, wobei nicht nur jenes Zusammenstimmen des Beweises ermangelte, sondern auch das Fehlen der inneren Uebereinstimmung zwischen den Parteien feststand. Die konstruktiven Juristen ergriffen nach wie vor für die wissenschaftliche Begriffsbestimmung Partei, und forderten, durchaus in Uebereinstimmung

mit dem der Begriffsjurisprudenz eigenen Zwangscharakter, dass die Praxis sich danach richten sollte. Aber diesem schulmässigen Joche widersetzten sich die Verkehrsinteressen in solchem Maasse, dass der alte gelehrte Vertragsbegriff preisgegeben, und überall das Vorliegen einer Verbindlichkeit angenommen wurde, wo das auf die Entstehung einer Verbindlichkeit gerichtete Benehmen der Parteien einen zureichenden Grund in sich enthielt die Parteien als aneinander gebunden zu betrachten, wobei es dann gleichgiltig war, ob die Rechtstatsache als ein Vertrag anzusehen war oder nicht. Als bezeichnend erscheint dieser Fall, weil dabei zum ersten Male mit voller Deutlichkeit ein Recht, welches sich auf den *Wert von Interessen*, im vorliegenden Fall von Verkehrsinteressen, stützte, einem anderen Rechte, das sich nur durch seine Uebereinstimmung mit einem in das Gesetz hineingedachten Systeme legitimieren konnte, entschieden vorgezogen wurde.

Dieser Umschlag in der Gedankenwelt der Juristen ist jedoch keineswegs so plötzlich zu stande gekommen als aus dem oben Mitgetheilten vermutet werden könnte. Den ersten prinzipiellen Schritt in dieser Richtung hatte schon JHERING getan, als er im letzten Bande seines „Geist“, bei der Besprechung der Theorie des Rechtes, statt des menschlichen *Willens* die menschlichen *Interessen* in den Mittelpunkt des Rechtes stellte, und mit der berühmten Umschreibung der Rechte als „rechtlich geschützte Interessen“ in wenigen Worten eine Aussicht auf die Bedeutung des Rechtes eröffnete, durch welche er selbst sich veranlasst fand, der kon-

struktiven Jurisprudenz den Rücken zu wenden, und die Wissenschaft des Rechtes auf einen höheren Plan, als worauf die Pandektensysteme sie gestellt hatten, zu bringen versuchte. Sein „Zweck im Recht“ enthält diesen Versuch, aber der reiche in seinem „Geist“ ange deutete Gedanke, den wesentlichen Inhalt des Rechtes in den geschützten Interessen zu suchen, ist darin nicht zur Entwicklung gebracht worden. Sein Geist hat sich von der dialektischen Methode, welche auch von ihm, trotzdem er sie durchhechelte, häufig in Anwendung gebracht worden war, nicht befreien können, und demzufolge ist dieses gross angelegte Werk voll von den nämlichen dialektischen Sprüngen welche die „juristische Methode“ in Verruf gebracht haben, und hat es zur Vertiefung der Einsicht in die Bedeutung des Rechtes nicht beitragen können.

Aber sein „rechtlich geschützte Interessen“ ging nicht verloren, und allmählig ist von da aus der bedeutsame Satz zur Reife gekommen, dass in dem Rechte ein *Werturteil* über *Interessen* sich offenbart, dass in diesem Urteil die sittliche Natur des Menschen zur Aeusserung gelangt und dass also die Rechtsbildung an allererster Stelle ein *ethischer* und nicht ein juridischer Prozess ist.

V. *Der Einfluss auf die Rechtsprechung.* Der Einfluss dieser Auffassung auf die Jurisdiktion war nicht zu verkennen. Sie hat dieselbe veredelt, indem die logische Methode für die Feststellung des Gesetzesrechtes in den Dienst desjenigen gestellt wurde, was, unabhängig vom Gesetze, als lebendiges Recht existierte. Die

bloss logische Konsequenz konnte, wenn das Ergebnis jenem lebendigen Rechte zuwiderlief, nicht mehr befriedigen, und so wurden der Begriff und das System umgebildet, bis eine Grundlage gewonnen war, aus welcher man auf dem Wege des Syllogismus das wirkliche Recht konnte hervorgehen lassen. Anfangs gab der Richter sich davon keine Rechenschaft; instinktiv brachte er ein anderes Recht als das ursprüngliche Gesetzesrecht zur Herrschaft, indem er sich einbildete, dass damit bloss eine andere Art, das Gesetz zu deuten, in Anwendung gebracht wurde (GÉNY: *Méthode d'interprétation*). Bis schliesslich infolge alles dessen die Jurisprudenz in solchem Umfange einem anderen Rechte als jenem Gesetzesrechte Geltung verschafft hatte, dass die Anerkennung des Einflusses der modifizierten Rechtsanschauung nicht ausbleiben konnte. Es hat jedoch nicht so sehr diese modifizierte Rechtsanschauung die Aufmerksamkeit auf sich gezogen als vielmehr die Stellung, welche der Richter dem Gesetzgeber gegenüber eingenommen hatte. Unter der Maske der Gesetzesdeutung hatte er, wie man glaubte, angefangen sich als Gesetzgeber aufzuführen, und so suchte man denn nach einer Rechtfertigung des Auftretens des Richters auf einem Gebiete, welches eigentlich doch nicht das seinige war. Damit ist die Untersuchung auf eine falsche Spur geraten. Denn nicht die Wirksamkeit des Richters hat eine Veränderung erfahren, sondern vielmehr der Gesichtspunkt, aus welchem man das Gesetz als Rechtsquelle betrachtete. Der Richter hat je länger je mehr angefangen, in seinen Urtheilssprüchen ungeschriebenes Recht anzuwenden, und

er hat damit die Grenzen nicht überschritten, die für die Jurisdiktion überhaupt gelten: dass diese nämlich nicht ein neues Recht erzeugt, sondern ein vorliegendes Recht anwendet. Das Neue liegt also hierin, dass das Rechtsmonopol des Gesetzgebers nicht mehr anerkannt wird; und zu dieser Einsicht kann man nur gelangen, wenn sich herausstellt, dass die Herrschaft des Rechtes aus dem im Menschen lebenden Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein entspringt, also aus unseren sittlichen Neigungen, welche auf das äussere Handeln der Menschen reagieren und uns veranlassen, die dabei beteiligten Interessen einer Wertschätzung zu unterziehen. Mit seiner veränderten Weise Recht zu sprechen hat sich also der Richter bloss inmitten einer viel umfassenderen Normenwelt gestellt als früher, unter der Alleinherrschaft des Gesetzes, der Fall war. Seine Wirksamkeit ist die gleiche geblieben; zum Gesetzgeber ist er nicht geworden. Dass der Richter noch nicht öffentlich die Inbetriebnahme der neu entdeckten Rechtsgrube kundgiebt, ist durchaus verständlich und wohl auch berechtigt, da ein neuer Gedankengang bessere Chancen hat Eingang zu finden, wenn man ihn den Denkgewohnheiten, mit welchen der betreffende Kreis nun einmal vertraut ist, anpasst. Und da dieser sich daran gewöhnt hat, mittels des Instrumentes der Logik das Recht zu gewinnen, arbeitet der moderne Richter fortwährend mit dem Begriffe und dem Systeme des Gesetzes, bringt aber in Wirklichkeit das lebendige Recht, auch wenn es ausserhalb des Gesetzes zu finden ist, in Anwendung.

VI. *Die Obrigkeitsidee und das konstitutionelle Recht.*
Zur nämlichen Zeit als sowohl auf dem Gebiete des Strafrechtes wie auf demjenigen des Privatrechtes der Umschwung der konstruktiven Jurisprudenz eintrat, nahm dieselbe ihren Anfang auf dem Gebiete des Staatsrechtes. Ein unangebautes Feld lag hier offen, und ist mit unverkennbarem Talente von LABAND in seinem 1876 erschienenen Staatsrecht des Deutschen Reiches gepflügt und gegügt worden, infolgedessen auch dieses Recht unter das Joch des Begriffssystems gebracht wurde. Ausgangspunkt war und blieb die Obrigkeitsidee, d.h. eine ausserhalb des Rechtes liegende Befugnis zu befehlen, welche auf dem Namen des Staates ausgeübt wird. Da also die ursprüngliche Gewalt nicht im Rechte gefunden wird, sondern umgekehrt das Recht seine Geltung dem Staate entnimmt, kann nicht von einer Staats*rechts*wissenschaft, sondern nur von einer Staats*macht*wissenschaft die Rede sein. Der Machtsgedanke durchzieht also auch die Konstruktion des Staates, welche uns von der juridischen Methode gebracht worden ist. Der Organismus des Heeres und der Flotte ist ein Stück der Macht des Staates (Militärhoheit); die Finanzen bilden ein anderes Machtstück (Finanzgewalt); die Polizei vertritt wieder ein anderes Machtstück (Polizeigewalt); in der Rechtspflege findet man ein viertes Stück (Gerichtsgewalt) u.s.w. Der Staat zerfällt in eine Reihe von Gewalten; sogar in der gesetzgebenden Gewalt tritt nur ein Stück der Staatsmacht an den Tag, nämlich dasjenige Stück, welches Willensverhältnisse regelt und also, wie es heisst, auf dem Gebiete des Rechtes sich bewegt. Es

giebt für alle diese Gewalten keinen anderen gemeinsamen Untergrund als diesen, dass sie sämtlich aus dem Staate hergeleitet sein sollen. Der Staat ist aber in diesem Gedankengange eine bloße Abstraktion, da die Realität in den Machtstücken liegt, welche jedes für sich zu einer bestimmten Aufgabe berufen sind. Und es ist eben diese Aufgabe, nicht aber das Recht, woraus sich ihre Befugnis erkennen lässt, denn das Recht hat aus eigenen Mitteln keine Gewalt. Hätte man sich strenge an diesen Grundgedanken gehalten, so wäre das Staatsrecht zu einer rein deskriptiven Wissenschaft geworden. Tatsächlich hat sie aber eine höhere Stufe erstiegen und das Recht als eine selbständig ordnende Macht anerkannt, demzufolge LABAND die bereits in der Einleitung dieser Schrift angeführten Worte niederschreiben konnte, „dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann als *auf Grund eines Rechtssatzes*“. Es ist der deutschen Staatswissenschaft jedoch nicht zu klarem Bewusstsein gekommen, dass sie, indem sie dieses anerkannte, die Obrigkeitsidee, die eigene Gewalt des Staates, hätte preisgeben müssen. Sie hat jene Idee gehandhabt, mit der doppelten Folge, dass *einesteils* die Staatslehre mit einer dualistischen Gewalt arbeitet, wobei bald die Rechtsgewalt (wenn nämlich das Gesetz gesprochen hat) bald die Staatsgewalt (wenn das Recht nicht im Gesetze zu finden ist) die Ueberhand behält; und dass *andernteils* die juristische Dialektik zu Hilfe gerufen werden muss um den Widerspruch einer doppelten ursprünglichen Gewalt — derjenigen

des Staates und derjenigen des Rechtes — zu verschleiern. In dieser Hinsicht ist die Konstruktion, welche man von dem Gesetzesbegriff gegeben hat, äusserst instruktiv. Indem man von dem Rechte als einer auch den Staat bindenden Gewalt ausgeht, wird unter dem Gesetz eine Rechtsvorschrift verstanden; indem man von dem Staate als einer auch das Recht mit bindender Gewalt erfüllenden Macht ausgeht, wird unter dem Gesetz eine unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene Regelung verstanden. Demzufolge wird im ersten Fall die Kraft des Gesetzes aus ihrem Inhalte als Rechtsvorschrift geschöpft, während im zweiten Fall die Kraft der Rechtsvorschrift aus dem Gesetze entspringt. Um diesen Widerspruch zu verdecken, hat man seine Zuflucht genommen zur Unterscheidung des Gesetzes im formellen und des Gesetzes im materiellen Sinne, womit man annehmlich zu machen versucht hat, dass das Wort Gesetz das eine Mal als Offenbarungsform der Staatsgewalt, das andere Mal als Rechtsvorschrift gedeutet werden darf. Die damit gewonnene Freiheit hat LABAND in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts dazu benutzt um in dem Budgetkonflikt, der sich einige Jahre vorher zwischen BISMARCK und dem preussischen Landtag abgepielt hatte, die finanzielle Unabhängigkeit der Regierung von der Volksvertretung aufrechterhalten zu können. Dazu wurde das Budgetgesetz im formellen Sinne gedeutet, und in seiner eigentlichen (materiellen) Bedeutung als eine administrative Regelung angesehen, als eine Regelung, welche prinzipiell zur Kompetenz der Regierung gehört. Und nun schleppt sich diese

zweideutige Unterscheidung in allen deutschen Schriften über Staatsrecht fort, und wird versucht, damit den doppelten Ausgangspunkt der Staats- und der Rechtsgewalt unkenntlich zu machen.

Nicht weniger hat auch der Satz, dass in der konstitutionellen Monarchie der König der einzige und ausschliessliche Träger der Staatsgewalt ist, einen politischen Beigeschmack. Durch diese Konstruktion wird die Bedeutung, welche der Volksvertretung bei der Rechtsbildung zukommt, gefälscht, und zugleich, namentlich in parlamentarisch regierten Ländern, der Anteil des Königs an derselben von Grund aus verkannt.

Aber vor allem empfindet das konstitutionelle Recht die Unwahrhaftigkeit der juristischen Dialektik dadurch, dass die Hauptzüge des Rechtes in einer Verfassung niedergelegt worden sind, welche für ihre Revision eine andere, umständlichere Prozedur vorgeschrieben hat als für die sonstige Rechtsbildung erforderlich ist. Demzufolge kann das verfassungsmässige Recht noch viel weniger als das sonstige Gesetzesrecht mit den Bedürfnissen, nach anderen als den darin niedergelegten Rechtsnormen, gleichen Schritt halten, und werden also diese Bedürfnisse, wie oben nachgewiesen wurde, auf ungesetzlichem Wege, indem sich als Wirkung des nicht organisierten Rechtsbewusstseins ein ungeschriebenes Recht entwickelt, befriedigt. Aber von einer solchen Rechtsbildung will die deutsche Staatsrechtswissenschaft nichts hören, weil von ihr kein anderes Recht als Obrigkeitsrecht anerkannt wird und demzufolge in der Verfassung das Recht gefunden wer-

den *muss*. Und in der Tat *wird* dieses Recht auch in der Verfassung gefunden, wenn man nur die Kunst versteht, die Vorschriften der Verfassung solcherweise zu zermahlen oder mittels einer gewandten Dialektik den Sinn derselben soweit umzuschaffen, dass das neue ungeschriebene Recht als verfassungsmässiges Recht paradieren kann. Für Holland sind Beispiele dieser Methode in grosser Menge zu finden, wie ich in einer anderen Schrift nachgewiesen habe. So zwingt auch hier das Festhalten an der Obrigkeitsidee zur Fälschung eines Stückes geschriebenes Rechtes, und wird aufs neue der Meinung Vorschub geleistet, dass man mit dem Recht, durch Aufbietung der erforderlichen intellektuellen Energie, nach Belieben schalten und walten kann. Mit diesem juridischen Intellektualismus wird jedoch dem Rechte sein ganzer ethischer Wert geraubt, und macht sich die Wissenschaft, welche mit ihrer Autorität hierfür eintritt, eines verderblichen Missgriffs schuldig.

VII. *Die Obrigkeitsidee im Verwaltungsrecht.* Als nicht weniger störend für die Einsicht in den wirklichen Sachverlauf zeigt sich das Festhalten an der Obrigkeitsidee auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts. Denn statt auch in diesem Recht einen Komplex von Normen zu erblicken, welche den Niederschlag einer Wertung von Interessen, sei es auch von anderen als den im Privatrecht geregelten Interessen, darstellen, wird hier infolge der Obrigkeitsidee, indem ein fundamentaler Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Rechte angenommen wird, die prinzipielle

Gleichheit des Rechtes aufgehoben. Den Obrigkeitssinteressen wird, eben weil es *Obrigkeitsinteressen* sind, den Interessen der Bürger gegenüber eine gewisse Mehrwertigkeit (in bezug auf das Recht) zugeschrieben, sodass hier nicht, wie im Privatrecht, die Rechtsverhältnisse auf der Grundlage einer Gleichwertigkeit der Interessen in bezug auf das Recht aufgebaut worden sind. Demzufolge liegt die Bedeutung des Verwaltungsrechtes nicht in der Zuerkennung und Anweisung des den öffentlichen Interessen zukommenden Rechtswertes, sondern in einer *Beschränkung* des ursprünglichen Mehrwertes dieser Interessen, sodass im Prinzip die Obrigkeit ihre Befugnisse nicht aus dem Rechte, sondern aus der Tatsache, dass sie Obrigkeit ist, herleitet, woraus folgt, dass sie, unabhängig vom Recht, mit allen Mitteln, auch durch Beschränkung der Freiheit der Bürger, die öffentlichen Interessen beherzigen darf, sofern ihr dieses nicht ausdrücklich vom Recht (also vom Gesetze) untersagt worden ist.

Dass der prinzipielle Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte unhaltbar ist, habe ich in meiner „Lehre der Rechtssouveränität“ nachgewiesen, und ist auch, unabhängig von mir, von VAN IDSINGA hier zu Lande, EHRLICH (Theorie der Rechtsquellen, 1902), WEYR (Archiv des öffentlichen Rechts, 1908) und HANS KELSEN (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911) scharf hervorgehoben worden. Jener Gegensatz steht oder fällt mit der Anerkennung oder Verwerfung der Obrigkeitssidee, und da diese Schrift eine durchgehende Bekämpfung des Obrigkeitssgedankens als des Ecksteins des Staatsrechtes geboten hat, ist hier kaum

nötig, die damit zusammenhängende falsche Auffassung des Charakters des Verwaltungsrechtes noch einmal nachzuweisen. Nach der Lehre der modernen Staatsidee, welche keine andere Gewalt als die Rechtsgewalt anerkennt, und innerhalb deren für eine selbstberechtigte Obrigkeit kein Platz offen ist, unterscheidet sich prinzipiell das Verwaltungsrecht nicht vom Privatrecht. Im ersteren haben andere Interessen als im letzteren ihre Wertung gefunden; für beide aber kann die Mehrwertigkeit nur aus einer Rechtswertung hervorgehen. Damit steht man auf dem Boden der Wirklichkeit, welche keine Gewalten und keine mehrwertige Interessen, welche *ausserhalb* des Rechtes stehen, kennt.

Wie unter dem Einfluss der Obrigkeitsidee mit jenem ausserhalb des Rechtes stehenden „Recht“ auf Gewalt gehandelt wird, findet man am klarsten erläutert in dem Buche OTTO MAYERS: „Deutsches Verwaltungsrecht“. In diesem Buche ist die Gewalt zu einer Substanz geworden, über welche jemand verfügen kann wie über ein Bodenstück. Man urteile: „Der Staat ist in seinem Gebiet die alleinige Quelle der öffentlichen Gewalt; alle Macht darüber, die sonst jemand zustehen soll, ist nur abgeleitet von ihm, ist *Macht an der öffentlichen Gewalt* des Staates“ (I, 112). Und weiter: „Ein *Stück der öffentlichen Gewalt*, eine Machtsäusserung, die ihr eigentümlich ist, ist *abgezweigt* und in die Hand des Untertanen gegeben, damit dieser darüber Herr sei, für sich in eigenem Namen und eigenem Interesse sie ausübe“ (114). In diesem Geiste, welcher sich auch in der zweiten Auflage (1914), nur mit anderen Worten,

wiederfindet, wird das deutsche Verwaltungsrecht vorge-
setzt, und werden die Juristen in ein öffentliches Recht
eingeführt, von welchem sich jedesmal wieder fest-
stellen lässt, dass darin Begriffe ohne Wirklichkeit und
Terminologien aus einer veralteten Staatslehre mit ein-
ander abwechseln. Wo z.B. (II. 74) von öffentlich-
rechtlichem Eigentum die Rede ist, finden wir die Be-
griffsbestimmung, dasselbe bedeute eine solche Be-
herrschaft der Sache, „dass die öffentliche Verwaltung
als solche erkennbar, mit der Sachbeherrschung sich
verbindet, die Sachbeherrschung, statt der öffentli-
chen Verwaltung als *Mittel* zu dienen, *selbst öffentliche
Verwaltung vorstellt*“. Was hat aber das Recht mit der
Beherrschung einer Sache zu schaffen, und welcher
produktive Gedanke ist in der Vorstellung einer Sache,
welche öffentliche Verwaltung repräsentiert, enthal-
ten? Das Arbeiten mit Terminologien aus einer veral-
teten Staatslehre zeigt sich u. A. im Festhalten am
Gegensatz zwischen gesetzgebender und vollziehender
Gewalt, von denen jede mit besonderen „Kräften“
und „Eigenschaften“ (Vorrang des Gesetzes“, „Vorbe-
halt des Gesetzes“, „bindende Kraft des Gesetzes“
gegenüber der vollziehenden Gewalt mit ihrer „Ent-
stehungsart“, „Wirkungsfähigkeit“, „bindbarer Staatsge-
walt“) ausgestattet erscheint (I. 71 und I². 65 ff.),
welche ohne inneren Zusammenhang an jene alte Aus-
drücke aufgehängt werden. Ein Buch wie das hier ge-
nannte, welches in den Grundbegriffen durchgängig scho-
lastisch und dialektisch von Unwesentlichkeiten han-
delt, bietet ein abschreckendes Beispiel konstruktiver
Jurisprudenz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

VIII. *Die Zwitterhaftigkeit der Systeme des konstitutionellen und Verwaltungsrechtes.* Dass hier auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes nicht weniger wie auf demjenigen des konstitutionellen Rechtes eine gründliche Reinigung der Begriffe not tut, lässt sich also kaum leugnen. Dies ist aber nur möglich, wenn die Staatsidee nicht in einer Obrigkeitsgewalt, sondern in der Rechtsgewalt gesucht wird, und auf keinem Fall die Zwitterhaftigkeit des einen und des anderen erhalten bleibt. Die alte Staatslehre, welche dem Auftreten der Theorie des Rechtsstaates vorherging, arbeitete ausschliesslich mit der Obrigkeitssidee und also mit von Natur bestehenden Gewalten, aber sie war in dieser Hinsicht wenigstens konsequent und forderte nicht von der Obrigkeit, sich dem Rechte zu beugen. Sofern die Herrschaft des Rechtes anerkannt wurde, gab es auch keine Obrigkeit sondern etwas anderes: den Staat-Fiskus. Gegen diese Staatslehre liess sich zwar anführen, dass sie von einem zweifachen Staatsbegriff ausging; wurde aber einmal diese Zweiheit anerkannt, so war dies Verhältnis des Staates zum Rechte klar und bestimmt.

Mit der Theorie des Rechtsstaates kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass auch die Obrigkeit dem Rechte unterworfen ist; dieser Gedanke stiftet jedoch in der Staatslehre die grösste Verwirrung, da jetzt zwei Gewalten, das Recht und die Obrigkeit, miteinander zusammenstossen. Indem man die Obrigkeitssidee, d. h. eine ausserhalb des Rechtes stehende Quelle der Gewalt, aufrecht erhält, lässt sich die Subordination der Obrigkeit unter dem Rechte nicht erklären; indem

man das Recht als eine ursprüngliche Quelle der Gewalt anerkennt, kann das Fortleben der Obrigkeitsidee nicht gestattet werden. Trotzdem werden beide gehandhabt, mit der notwendigen Folge, dass weder das Staats- noch das Verwaltungsrecht, in Ermangelung eines sicheren Ausgangspunktes, sich in System bringen lassen. Bald werden Befugnisse, etwa diejenigen der Polizei und des Heeres, aus der Obrigkeitgewalt hergeleitet, bald wird, besonders in bezug auf alltägliche Verwaltungsgeschäfte, das Recht als die Grundlage von Befugnissen verwendet.

Aus diesem Morast kann das Staats- und Verwaltungsrecht nur gerettet werden, wenn man entweder zur alten Staatslehre vom Polizeistaat zurückkehrt, oder sich der neuen Staatslehre, welche keine andere Gewalt als die Gewalt des Rechtes gelten lässt, anschliesst. Ein Vergleich ist unmöglich; und da die Praxis des Staatslebens der Lehre vom Polizeistaat entwachsen ist, kann die Wirklichkeit nur dadurch verstanden und weitergeführt werden, dass an dem einzigen Titel der Gewalt, welcher nach der Verwerfung der Obrigkeitgewalt übrigbleibt, nämlich an der Gewalt des Rechtes, unerschütterlich festgehalten wird. Wenn das geschieht, so lösen alle jene Gewalten, von denen die Literatur erfüllt ist, und welche in Worten, als Ueberbleibsel aus der Zeit des Polizeistaates, noch ihr Leben fristen, sich auf in Komplexe von Rechten und Verpflichtungen, welche für die verschiedenen öffentlichen Interessen durch die Wirkung des organisierten oder nichtorganisierten Rechtsbewusstseins eines Volkes ins Dasein gerufen worden sind. Bloss die-

ses Rechtsbewusstsein ist eine und die einzig reale Gewalt, weil der Gehorsam in bezug auf ihre Befehle nicht auferlegt, sondern gegeben ist.

IX. *Die prinzipiellen Folgen der alten und der neuen Staatslehre.* Der prinzipielle Gegensatz zur früher herrschenden Staats- und Rechtsanschauung lässt sich an zahlreichen Folgen erkennen, welche ich zum Schluss unter fünf Punkte zusammenfassen möchte.

A. *Geltung des Rechtes.* Die alte Staats- und Rechtsanschauung bedurfte für die *Geltung* des Rechtes einer dem Volke gegenübergestellten Obrigkeit, welche für die ihrer Gewalt Unterworfenen das Recht, unter dem sie zu leben hatten, feststellte, demzufolge es kein anderes Recht als Obrigkeitsrecht geben konnte. Jetzt wird das Recht als eine Norm erkannt, welche ihre bindende Kraft der geistigen Natur des Menschen, namentlich dem darin gegebenen Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein entnimmt, womit in der Rechtslehre wie in der Staatslehre die Obrigkeit als eine Quelle des Rechtes wegfällt.

B. *Monopol des Rechtes.* Früher, unter der Herrschaft der Obrigkeitsidee, wurde das Recht von der Obrigkeit *monopolisiert* und musste man bei Lücken im Gesetze seine Zuflucht zur Vorstellung eines allweisen Gesetzgebers nehmen, in dessen Unterbewusstsein noch zahlreiche Normen verborgen lagen, welche auf dialektischem Wege in den Blickpunkt seines Bewusstseins versetzt wurden. Jetzt wird das Gebiet, worüber das Gesetz herrscht, auf diejenigen Interessen eingeschränkt, welche zur Zeit der Ausfertigung des Gesetzes

tatsächlich innerhalb des Gesichtskreises des Gesetzgebers lagen, und nur in so fern, als sie von ihm ins Auge gefasst wurden, während für alle sonstigen Interessen und Fälle das ungeschriebene Recht die Norm liefert. Denn dieses ungeschriebene Recht ist ein Ergebnis des nämlichen Prozesses, welcher auch der Gesetzgebung (der Wirkung des organisierten Rechtsbewusstseins) zugrunde liegt, und in welchem also in bezug auf die Interessen, welche der Gesetzgeber nicht oder unvollständig geregelt hat, eine gleichartige Wertung stattfindet, und der nämliche Maassstab angelegt wird, wie im Parlamente bei vollem Tageslichte geschieht.

C. *Dauer der Geltung.* Früher hatte das Gesetz eine *unbeschränkte* Geltung. Wenn die Obrigkeit nicht einen anderen Willen zu erkennen gegeben hatte, wurde das Gesetz, wenn auch manchmal mit dem Stosseufzer: *lex dura sed ita scripta*, gehandhabt, wurde also diesem Gesetze gegenüber Gehorsam, wenn auch nicht immer geleistet, so doch gefordert. Jetzt haben wir erkannt, dass die Grundlage der Geltung des Gesetzes in einer Wertung von Interessen liegt, welche Wertung nicht bloss dann und wann einmal innerhalb der Mauern des Parlamentsgebäudes stattfindet, sondern an welcher die Bürgerschaft, in dem Umkreis ihres sozialen Lebens, sich fortwährend beteiligt, indem sie an die verschiedenen Interessen, auch an diejenigen, welche im geschriebenen Rechte bereits eine Wertung erfahren haben, den Maassstab ihrer Rechtsüberzeugung anlegt. Demzufolge ist die ganze Rechtsmasse ein lebendiger Organismus, dessen Teile absterben oder sich erneuern, wenn andere Rechtsüberzeugungen als bei

der Erlassung des Gesetzes oder bei der Rechtsbildung herrschten, zur Geltung gelangen: ein lebendiger Prozess, dessen Entwicklung keine Macht in der Welt hemmen kann. Zwar kann während einiger Zeit jenes ursprüngliche Leben künstlich im Stande erhalten werden, aber mit allen Mitteln welche man anwendet um dasjenige, was im Innern des Volkes keinen Widerhall mehr findet, dennoch als eine Macht im sozialen Leben fortwirken zu lassen, wird nichts weiter erreicht als dass, bei zunehmender Spannung zwischen Gesetz und Recht, in einem bestimmten Augenblick die bestehende Ordnung auf revolutionärem Wege durchbrochen wird, um die Rechtsüberzeugungen, deren Autorität man auf normalem Wege nicht hat anerkennen wollen, dennoch zur Herrschaft zu bringen.

D. *Deutung des Gesetzes.* Früher, als man das Recht als ein Erzeugnis der Obrigkeitengewalt auffasste, wurde bei der Feststellung des Inhaltes des Rechtes der *Absicht* des Gesetzgebers Rechnung getragen, und also mit allen Mitteln jener Absicht nachgespürt um sich bei der Deutung des Gesetzes danach zu richten. Jetzt wissen wir, dass, wenn man das Gesetz entsprechend seiner ursprünglichen Absicht herrschen lässt, manchmal den Rechtsüberzeugungen früherer Generationen, welche das jetzt lebende Geschlecht nicht mehr als solche empfindet, die Geltung erhalten bleibt. Die eigentliche Grundlage für die Herrschaft des Rechtes wird damit untergraben, und nicht weniger das Recht jeder Generation — hier darf von einem Rechte, das mit uns geboren ist, geredet werden — um nach eigenen Rechtsauffassungen, nach eigener Rechtsüberzeu-

gung zu leben. Denn das Jetzt gehört uns, ganz und gar. Eine Appellation an das historische Gewordene verwerfen wir durchaus; denn wo man durch diese Appellation (Gott spricht sich in der Geschichte aus) einem nicht mehr im Volke lebenden Rechte eine höhere Weihe geben will, da wird Ergebung gepredigt, wo gekämpft werden soll um unser Fühlen, Denken und Wollen vom Joch der Geschichte und der Ueberlieferung zu befreien, was verhindert, das reif gewordene geistige Leben zur Geburt zu bringen.

E. Endlich stellt die neue Staats- und Rechtslehre auch die *Rechtsprechung* in ein anderes Licht. Die konstruktive Jurisprudenz hat in der Rechtsprechung, genau so wie in der Rechtsbildung, niemals etwas mehr gesehen als eine intellektuelle Beschäftigung, wobei es hauptsächlich darauf ankam, für den konkreten Fall das Recht auf logischem Wege aus dem Gesetze abzuleiten. Wie die Norm ihre Bedeutung der Stellung entlehnte, welche ihr im „Systeme“ zukam, und also vor allem logisch-juridischen Wert besass, so war auch der Urteilsspruch, in welchem jene Norm zur Anwendung kam, das Erzeugnis intellektueller Wirksamkeit und auf einen Syllogismus zurückzuführen.

Einen ganz verschiedenen Charakter zeigt jedoch die Jurisdiktion, wenn man zur Einsicht gelangt, dass im Gesetze bloss ein Teil des lebendigen Rechtes zu finden ist und dass alles Recht als das Ergebnis einer Wertung von Interessen anzusehen ist. Auch wenn man die im Gesetze aufgestellte Norm zum Ausgangspunkte nimmt, ist dennoch die Rechtsprechung unendlich viel mehr als eine syllogistische Arbeit, denn diese

Norm enthält einen Urteilsspruch in einem Konflikte zwischen abstrakt gedachten Interessen, so dass der Richter den nämlichen Konflikt, jedoch zwischen konkreten Interessen, zu entscheiden bekommt, und demnach, sei es auch mit Berücksichtigung der vom Gesetze gegebenen Instruktionen, aufs neue eine Interessenabwägung vorzunehmen hat. Und dies ist nicht an erster Stelle eine rein intellektuelle Arbeit, sondern, genau so wie bei der Rechtsbildung durch Vermittlung des Gesetzgebers, welche in dem Urteilsspruch ihren Abschluss findet, eine *ethische* Funktion.

Von besonderer Bedeutung wird die Rechtsprechung in dieser Hinsicht, wenn das Gesetz schweigt und also der Richter zur Norm des ungeschriebenen Rechtes seine Zuflucht nehmen muss. Von solcher Rechtsfindung kann selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn er aus der Vorratskammer des „Systems“ die Normen nur zu greifen oder aufzugraben hat. Hier entscheidet ein gewisser juridischer Spürsinn, nötigenfalls durch das Rechtsgefühl geleitet, nicht aber das letztere als die entscheidende Instanz beim Urteilsspruch. Sobald man sich aber von diesem verstandesmäßigen, auf syllogistischem Wege aus dem Gesetze gefundenen Rechte befreit, und die ethische Bedeutung des Rechtes als der Entscheidung eines Interessenkonfliktes ins Auge fasst, muss auch der Richter, wenn das Gesetz schweigt oder unvollständig ist, zwar nicht die Rechtsbildung zur Hand nehmen — auf diese falsche Auffassung wurde bereits oben (S. 152) hingewiesen —, wohl aber der Wirkung des nichtorganisierten Rechtsbewusstseins innerhalb des sozialen Kreises, wo der Interessenkon-

flikt vorliegt, Rechnung tragen und nach dem so aufgefundenen ungeschriebenen Rechte urteilen. Und diese Aufgabe erfüllt er, sei es auch im Verborgenen, da es den herrschenden Denkgewohnheiten noch zu sehr widerstreitet, in zunehmendem Maasse, woraus vollkommen klar wird, dass, wenigstens auf dem Gebiete des Privatrechtes, die Herrschaft des Obrigkeitsrechtes mit seinem leidigen Gefolge von intellektualistischen Rechte einer Auffassung Platz gemacht hat, welche das Recht als eine ethische Macht erkennt, und es als solche durchzuführen entschlossen ist.

FÜNFTES KAPITEL.

INTERESSE UND RECHTSBEWUSSTSEIN.

I. *Interessenkenntnis und Unparteilichkeit.* Bei der Rechtsbildung hat derjenige, welcher sie verrichtet zwei Forderungen zu genügen.

An erster Stelle wird gefordert *Kenntnis der Interessen*, für welche und auf deren Kosten der Rechtswert bestimmt werden soll. Der Rechtswert eines Interesses offenbart sich überall in einer Verkürzung der gesellschaftlichen Macht eines anderen Interesses, mit dem es zusammenstößt. Ehe zur Feststellung dieser Verkürzung vorgeschritten werden kann, ist nötig, dass beide ihrem Inhalte nach untersucht und die Bedürfnisse eines jeden erkannt werden.

An zweiter Stelle wird es für die Rechtsbildung als nötig erachtet, dass das Rechtsbewusstsein, welches die Wertung der Interessen zustande bringt, sich in einem Zustande der *Unparteilichkeit* befindet. Derjenige, der zur Rechtsbildung berufen ist, soll nicht persönlich die Vor- und Nachteile der Freiheitsbeschränkung empfinden, welche aus der festzustellenden Rechtsnorm sich ergibt. Das Rechtsbewusstsein, welches den Interessenkonflikt zur Lösung bringen soll, muss möglichst rein erhalten werden, und von demjenigen, was seine volle Wirkung würde hemmen können, frei sein.

Von diesen beiden Forderungen ist die letztere am

meisten ins Auge gefasst worden; daher finden sich in der Staatslehre zahlreiche Versuche zu verwirklichen was man den interesselosen Gesetzgeber nennen könnte, während die andere Forderung, dass der Gesetzgeber die einschlägigen gesellschaftlichen Interessen kennen soll, mehr oder weniger vernachlässigt wird. Mit den wichtigsten dieser Versuche wollen wir uns der Reihe nach beschäftigen.

II. *Das platonische Ideal.* Die älteste und zugleich berühmteste Konstruktion eines interesselosen Gesetzgebers findet sich bei PLATO, der darauf in seiner Republik, wenn auch das Problem nicht mit so vielen Worten formuliert wird, doch den Hauptnachdruck legt. Das Mittel, ein möglichst ganz reines Rechtsbewusstsein zu erzielen, suchte PLATO in der radikalen Forderung einer kommunistischen Lebensordnung für die herrschende Klasse. Keine eigene Frau, kein eigenes Kind, kein eigenes Gut dürften die Herrscher haben, damit sie von Sorgen und Interessen frei bleiben. Alle Faktoren, welche auf die Ausübung einer vernünftigen Herrschaft störend einwirken können, sind möglichst auszuschalten. PLATO lässt also hier den nämlichen Grund gelten, welcher auch für das Zoelibat der Priester angeführt wird, dass nämlich diejenigen, welche sich der sittlichen Vervollkommnung der Menschen widmen, von allen persönlichen Interessen frei sein müssen.

Das platonische Ideal versucht auf äusserlichem Wege, durch Abtötung der Interessen, die *Selbstsucht beim Herrscher* zu überwinden. Ohne Wert ist für unse-

re Zeit dieser Gedanke keineswegs. An der Rechtsbildung beteiligen sich heutzutage viele, welche, von Selbstsucht beherrscht, andere Interessen als die eigenen kaum berücksichtigen, und die Rechtsbildung der Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse dienstbar zu machen versuchen. Ist nun nicht anzunehmen, dass bei einer Veränderung dieser äusseren Umstände, also beim teilweisen Wegfall der wirtschaftlichen, ihr Rechtsbewusstsein beeinflussenden Faktoren, eine mehr unparteiliche Rechtswertung sich Bahn brechen wird, und sogar jetzt schon sichtbar an den Tag tritt? Der Gedanke PLATOS hat damit eine andere Anwendung gewonnen. Nicht infolge der Unterdrückung, sondern infolge der Befriedigung der Bedürfnisse kann beim Herrscher ein Geisteszustand sich ausbilden, welcher ihm zur Rechtsbildung geeignet macht. Beim Wegfallen materieller Sorgen kann das Bestreben sich auf Ideelles richten, und lässt sich dies auch bei vielen tatsächlich feststellen.

III. *Das Königtum.* In dem nämlichen Gedankenkreise liegt die Anweisung des Königtums als eines Instituts, welches uns ein vom Einfluss der zu wertenden sozialen Interessen freies Rechtsbewusstsein verschaffen könnte. Was man hiermit empfehlen will, ist keineswegs die Wiederherstellung der absoluten Monarchie, wohl aber die Aufrechterhaltung oder Neubelebung der staatsrechtlichen Befugnis des Königs, sich auf gleichem Fusse wie die Volksvertretung an der Rechtsbildung zu beteiligen, dergestalt, dass nach der Entscheidung der Volksvertretung die Möglichkeit für

eine Appellation an ein von den einschlägigen Interessen freies Rechtsbewusstsein offensteht. Ein solches Rechtsbewusstsein ist aber in der Monarchie enthalten, weil hier ein Geschlecht aus der Gesellschaft emporgehoben, in eine an Ehre und Gütern bevorzugte Stellung gebracht ist, und also eine übergesellschaftliche Position einnimmt, welche ihm ermöglicht, in den gesellschaftlichen Interessenkampf mit möglichst vollständiger Unparteilichkeit einzugreifen.

Scheinbar ist diese Beweisführung schlagend; die Tatsache jedoch, dass die Monarchien verschwinden, dass, wo sie sich erhalten, im parlamentarischen System das Sanktionsrecht des Königs sein Bedeutung verliert, und dass, wo die monarchische Gewalt, wie (bis vor kurzem) in den deutschen Staaten, noch staatsrechtliche Bedeutung besitzt, der Widerstand gegen ein solches ausserhalb des Volkes stehendes Rechtsbewusstsein sich täglich verstärkt —, das alles lässt den Wert dieser Auflösung des Konfliktes zwischen Interesse und Recht als zweifelhaft erscheinen. Die historischen Antezedentien des Königtums, als dasselbe im achtzehnten Jahrhundert zur Einführung von Reformen im Rechte berufen wurde, sprechen denn auch keineswegs dafür, dass dieses Institut der Aufgabe, welche es zu erfüllen hat, gewachsen sein sollte. Genau so wie damals, mangelt es auch jetzt dem König, da er ausserhalb des gesellschaftlichen Lebens steht, an wirklicher Kenntnis der gesellschaftlichen Interessen. Zwar kann ihm diese, wie es scheint, von der Volksvertretung oder von anderen beigebracht werden, aber damit bringt er es höchstens zum theoretischen Verstehen jener Interessen.

Die Bedeutung der Interessen unmittelbar zu empfinden, dieselben auf ihren rechten Wert zu schätzen gelingt ihm nicht, da ihn von den betreffenden Nöten und Bedürfnissen ein zu grosser Abstand trennt. Im Königtum ist vielleicht ein interesseloser Gesetzgeber zu finden, für die Rechtsbildung ist aber, neben der Unparteilichkeit, auch eine ihm fehlende Einsicht in die gesellschaftlichen Interessen erforderlich, und von diesem Mangel kann es nicht befreit werden ohne die Unparteilichkeit, in welcher sein Ruhm liegt, in Gefahr zu bringen. Die Praxis des Lebens hat daher jenes Institut je länger je mehr in den Hintergrund gedrängt, und sie musste um so eher dazu kommen, weil jene Unparteilichkeit, wodurch dasselbe sich empfiehlt, zwar dem Institute aber keineswegs immer dem Träger der königlichen Würde zukommt. Dass der Zufall der Geburt über das Rechtsbewusstsein entscheiden sollte, welches für die Interessen des Landes und des Volkes zum Segen oder zum Fluch werden kann, das gehört einer Gedankenordnung an, welche keine Verteidiger mehr findet, da man doch am allermeisten auf dem Gebiete der Rechtsverteilung den Zufall als regelnde Macht auszuscalten versucht. Behält man des weiteren im Auge, dass für die Wirkung des Rechtes als einer ethischen Macht eine Anpassung an das Rechtsbewusstsein des Volkes notwendig ist, so kann einem Rechtsbewusstsein, dessen Uebereinstimmung mit der Volksüberzeugung durchaus unsicher ist, keine entscheidende Gewalt zuerkannt werden.

IV. *Der Intellekt.* Beim Suchen nach einem inte-

resselosen Gesetzgeber hat man geglaubt, den offenen Platz dem *Intellekt* anweisen zu müssen. Aus dem Gesichtspunkte der Unparteilichkeit betrachtet, hat diese Auflösung etwas sehr Anziehendes. Das Denken und Nachdenken, so könnte man glauben, bringt den Menschen leicht in einen Zustand geringer Empfindlichkeit, welcher der Unparteilichkeit sehr nahe kommt. Intellektualistisch beanlagte Menschen sind weniger emotional als andere; Bedachtsamkeit bei der Entscheidung ist ganz besonders von einem Bewusstsein, in welchem der Verstand vorherrscht, zu erwarten.

Damit nun der Verstand zur Herrschaft gelange, muss ein Parlament eingesetzt werden, in welchem der denkende Teil der Bevölkerung, der Intellekt der Nation, vertreten ist, und das Wahlrecht muss also auf die Zusammenstellung eines solchen Parlamentes, wo Verstand und Vernunft das Zepter führen, eingerichtet sein. Zu welchen Ergebnissen in bezug auf das repräsentative System dieser Gedankengang führt, lässt sich aus den Schriften Guizots, der als Typus der hier gemeinten Richtung gelten kann, am besten erkennen.

Die Staatsbürger, so heisst es in jenen Schriften, können in drei Gruppen eingeteilt werden. Die erste Gruppe besteht aus denjenigen, welche infolge ihres sozialen Wohlstandes genügende Musse haben um sich dem allgemeinen Wohle widmen zu können. „Leur loisir *permet* de se livrer presque exclusivement à la culture de leur intelligence, à l'étude des objets, des rapports et des intérêts généraux". Neben diesen, den Studienmenschen wie man sagen könnte, stehen die Unternehmer, die Industriellen. Diese *müssen* sich mit Rücksicht

auf ihr Gewerbe in bezug auf die gesellschaftlichen Veränderungen auf dem Laufenden erhalten, und demnach auch für politische und soziale Fragen sich interessieren. Sie sind „les hommes, que leur industrie *oblige* à acquérir des connaissances et des idées, qui les élèvent également à l'intelligence des rapports et des intérêts généraux.“ Die dritte Gruppe endlich umfasst die Handwerker: „leur travail les *empêche* de sortir du cercle étroit de leurs intérêts individuels, bornés à la satisfaction des besoins de la vie.“ Von diesen drei Gruppen nun, meint GUIZOT, soll man der ersten und zweiten das Wahlrecht geben, dagegen es den Handwerkern, „bornés à la satisfaction des besoins de la vie“, vorenthalten. Der nichtintellektuelle Teil der Bevölkerung ist dann aus der Gesellschaft herausgesiebt worden, und nur der Intellekt bleibt übrig. Zugleich ist durch diese Sichtung der Vorteil gewonnen, dass für die Interessen der Arbeiterklasse gesorgt wird durch eine Vertretung, deren Glieder nicht unter dem Einfluss der egoistischen Interessen jener Klasse stehen und also als ein besonders unparteiliches Organ sich bei der Rechtsbildung für jene Interessen beteiligen können.

Ungefähr bis zu den achtziger Jahren — in der Aera des Liberalismus — ist in der praktischen und theoretischen Politik diese Auffassung die herrschende gewesen. Wo ihr kardinaler Fehler liegt, ist jetzt durchsichtig genug. Sie sucht in der Kultur des Intellekts die Heilung aller gesellschaftlicher Uebel, und denkt nicht daran, dass der Intellekt eine Macht ist, welche ebenso wohl zum Bösen wie zum Guten angewendet werden

kann; daher denn, während bei der Rechtsbildung das Hauptproblem in der Beseitigung des Einflusses egoistischer Interessen liegt, jede Bürgerschaft fehlt, dass, wenn vom Intellekte ausgegangen wird, der „denkende Teil der Nation“ nicht vorzugsweise sein Nachdenken denjenigen Interessen zuwenden wird, welche *seine* Klasse erfüllen, und die egoistischen Interessen dieser Klasse in der Gesetzgebung zum Ausdruck bringen wird, mit Vernachlässigung der Interessen jener dritten Gruppe, denen er als eine „unparteiliche“ Macht gegenüber gestellt sein soll. Dieser Fehlgriff des Liberalismus wird von MILL deutlich hervorgehoben. „Rulers and ruling classes“, sagt er, „are under a necessity of considering the interests and wishes of those who have the suffrage; but of those who are excluded, it is in their option whether they will do so or not, and however honestly disposed, they are in general too fully occupied with things which they *must* attend to, to have much room in their thoughts for anything which they can with impunity disregard“ (On Representative Government).

Die liberale Politik hat keine Idee davon gehabt, dass es bei denjenigen, welche sich an der Rechtsbildung beteiligen, an erster Stelle nicht auf den Intellekt ankommt, sondern auf den Charakter. Sie übersah bei der Rechtsbildung die *ethische* Seite des Prozesses und sah, wie der ganze Juristenstand jener Zeit, aus welchem die Volksvertreter meistens gewählt wurden, in der Rechtsbildung eine vorwiegend *intellektuelle* Beschäftigung. Und wenn man die parlamentarischen Verhandlungen aus jener Zeit aufschlägt, so fällt fast

auf jeder Seite die Juristerei auf, welche in den Diskussionen zur Schau getragen wird. Es lässt sich dabei fast keine Spur des Gedankens entdecken, dass der Kern aller Gesetzgebung nicht in einer zu verrichtenden technischen Arbeit liegt, sondern in einer Abwägung von Interessen unter Anlegung eines ethischen Maassstabes. Diese Einseitigkeit ist durchaus verständlich, da der Liberalismus auf dem Gebiete des öffentlichen Lebens der Ethik und der Religion überhaupt nicht Rechnung trug. Und die Geringschätzung dieser mächtigen Faktoren im Leben der Individuen erklärt vollständig die heftige Reaktion von kirchlicher Seite, welche wir jetzt erleben. Aber am schärfsten offenbart sich der Irrtum des Liberalismus in der Forderung der *Neutralität* der Staatsgewalt, zu welcher der intellektualistische Untergrund dieser Politik notwendig führte. Aus dem „unparteilichen Intellekt“ ergab sich die Vorstellung eines „unparteilichen Staates“, und indem man auf jedem Gebiete, besonders auf dem Gebiete der Rechtsbildung, die Neutralität akzeptierte, wurde, wie man glaubte, die Unparteilichkeit am besten gewahrt. Demzufolge wurde danach gestrebt *nicht* jedem das Seinige, sondern allen das Nämliche zu geben; allen den nämlichen Unterricht: eine Schule für das ganze Volk; allen das nämliche Recht: eine identische Norm für Arm und Reich; allen die nämliche Freiheit: eine gleiche Autonomie in der Regelung der Rechtsverhältnisse. Indem man aber solcherweise alle gesellschaftliche Unterschiede auslöschte, die Verschiedenheit der Bedürfnisse nach religiösem und kirchlichem Leben nicht beachtete, die Augen vor der

tatsächlichen Ungleichheit der Individuen schloss, ein System der Enthaltbarkeit übte, durch welches nicht-kontrollierte gesellschaftliche Kräfte die Rechtsbildung beherrschen können, und überall, soviel wie möglich, das Streitverhältnis zum Ausgangspunkte nahm —, lief tatsächlich die Neutralität des Staates darauf hinaus, dass bestimmten Richtungen und gesellschaftlichen Interessen eine verdeckte Stütze gewährt wurde, und spielte man unter dem Namen der Neutralität in Wirklichkeit ein falsches Spiel.

Gewiss hat es nicht an Doktrinen gefehlt, welche sich den Losungen der liberalen Politik widersetzen, aber eine Doktrin kann man bis zu einem gewissen Punkte zum Schweigen bringen, und bringt man auch wirklich zum Schweigen, solange sie nur in der Logik ihrer Behauptungen ihre Stütze finden muss. Erst dann, wenn sie auch im menschlichen Gemüt ihre Wurzeln schlägt, ist das Morgenrot ihrer Herrschaft angebrochen. Und dann tritt sie hervor mit einer Kraft, welche nur vom erwachten Gewissen ausgehen kann. So ist es auch hier gegangen. Der Umschwung in der Politik, welchen wir zur Zeit erleben, ist nicht dem Intellekte, sondern dem Gewissen entsprungen. Als der denkende Teil des Volkes mit seiner neutralen Freiheitslosung den nichtdenkenden Teil, „borné à la satisfaction des besoins de la vie“, der Verwahrlosung preisgegeben hatte, ergab sich ein Aufstand, welcher nicht durch Kugeln und Pferdetrappeln unterdrückt werden konnte, weil die Seele der Menschen angegriffen worden war. Auf dem ganzen Gebiete des geistigen Lebens, auf dem Gebiete der Literatur, der Religion, der Moral, der Kunst sowie auf

demjenigen des Rechtes sehen wir, seit den achtzigern Jahren des vorigen Jahrhunderts, einen Ausbruch der Innerlichkeit, eine Befreiung von der Hoffahrt des Intellektualismus, und vollzieht sich eine Wiedergeburt, welche in dem neuerweckten Gemütsleben ihren Ursprung hatte. Und damit wird auch die Politik von der platten Nüchternheit, welche im Liberalismus sich breit machte, erlöst.

Die Neutralität als Lebensprinzip des Staates ist niemals etwas mehr gewesen als die Flagge, unter welcher die Lehre der Manchesterschule in die praktische Politik hineingelotst wurde. Aber sie hängt aufs Engste zusammen mit der Auffassung, welche im Staate nichts weiter als eine Machterscheinung zu sehen vermag, wenigstens darin das Wesen desselben sucht, und also den Staatsbegriff ohne jeden Verband mit irgendeinem Zwecke bestimmt. Sobald dagegen der Staat als eine im Rechte sich offenbarende geistige Gewalt erkannt wird, lässt sich die Neutralität des Staates als Prinzip nicht mehr aufrecht erhalten, weil hier der Staat ohne Beruf nicht gedacht werden kann. Der Staat kann und darf nicht neutral sein, und ist es auch in Wirklichkeit niemals gewesen. In einem gegebenen Fall kann man darüber streiten, ob in die Lebensverhältnisse der Menschen eingegriffen werden soll oder nicht; aber der Staatsmann, der, wo grosse Volksinteressen auf dem Spiele stehen, sich durch eine vorausgesetzte Neutralität des Staates vom Eingreifen, sei es in das ökonomische sei es in das geistige Leben der Gesellschaft, zurückhalten lässt, würde ohne Zweifel seiner Pflicht der Gemeinschaft gegenüber nicht genügen. Denn mit der

Gemeinschaft ist im Rechte eine sittliche Macht gegeben, welche, auf grund ihrer geistigen Natur, Zweck und Idee in sich befasst.

Etwas anderes ist es, die Neutralität des Staates nicht aus prinzipiellen, sondern aus taktischen Gründen zu befürworten. Enthaltung von Seiten des Staates kann sehr entschieden geboten sein, auch dort wo das Vorliegen gesellschaftlicher Krankheiten oder Sünden festgestellt worden ist. Die heilenden Kräfte liegen wahrlich nicht nur beim Staate; und häufig kann es vorkommen, dass weit mehr dauerhafte Resultate erreicht werden, wenn man die Wirkung jener Kräfte, ohne Einmischung der Rechtsgewalt, abwartet. Das gilt vor allem auf dem Gebiete religiöser Strömungen. Ein Volk, welches in der Barbarei einer Orthodoxie verwirrt oder in der Lehre der Lebenspraxis irre gegangen ist, bedarf der Erhebung: aber hier predigt uns die Geschichte die Lehre der Staatsenthaltung, weil nur in der Freiheit, also ohne Eingreifen von Seiten des Rechtes, das Gleichgewicht wieder hergestellt werden kann. Doch hat auch hier die Taktik der Neutralität ihre Grenzen. Und wenn diese Grenzen erreicht worden sind, so ist mit dem Berufe, den der Staat als eine sittliche Macht zu erfüllen hat, auch das Recht gegeben, sogar das religiöse Leben seiner Herrschaft zu unterwerfen.

V. *Das Gleichgewicht der Interessen.* Der Intellekt als entscheidender Faktor in der Politik hat ausgedient. Dem nichtdenkenden Teile des Volkes ist sein Einfluss auf die Zusammenstellung der Volksvertretung zugesichert worden; und aufs neue, sogar kräfti-

ger als vorher, macht sich das Problem der Rechtsbildung fühlbar, indem in der Vertretung, welche die Rechtsbildung besorgt, der Gegensatz der sozialen Interessen stets schärfer hervortritt. Lässt sich nun jener Gegensatz nicht vermeiden, so ist er auch als Ausgangspunkt zu akzeptieren. Aber wie kann man mit diesem Ausgangspunkte zu einem interesselosen Gesetzgeber gelangen? MILL hat hierauf eine Antwort gegeben. An erster Stelle muss dazu das repräsentative System so eingerichtet werden, dass in der Vertretung ein *Gleichgewicht* zwischen den sozialen Interessen zustande kommt. Durch Verwendung des Pluralwahlrechtes kann jenes Gleichgewicht erreicht werden, insbesondere ein gegenseitiges Sichaufwiegen derjenigen Gesellschaftsklassen, deren Gegensatz am meisten in den Vordergrund tritt: der Kapitalisten und der Arbeiter. In einem Staate, dessen Bevölkerung nicht durch Rasse, Sprache oder Nationalität verteilt ist, wird man hauptsächlich zwei Klassen antreffen: die arbeitende Klasse und ihr Anhang: die Gruppe der kleinen Ladenhändler und Unternehmer, und die Arbeitsbenutzer im weitesten Sinne, in welchem auch die Rentner dazu gehören. Sind diese Klassen gleichmässig vertreten, so wird dennoch nicht ein Stillstand in der Gesetzgebung davon die Folge sein. Denn unter den Vertretern jeder Klasse wird man, nach der Prophezeiung MILLS, eine kleine Minorität finden, welche befähigt ist, das Interesse ihrer Klasse der Vernunft, der Gerechtigkeit, dem Gemeinwohl unterzuordnen. Solche Personen, welche also auf höhere Motive als auf diejenigen des Klasseninteresses reagieren, bringen bei Parteiabstimmungen

die Wage zum Ausschlag. Sie verbinden sich mit der Gegenpartei um einer Klassengesetzgebung zu steuern; das System hat dann eine negative Wirkung. Die positive Wirkung zeigt sich, wo die Höherstehenden eine Maassregel, welche der anderen Partei zugute kommt, unterstützen; womit also die Klasseninteressen jener Partei als Rechtsinteressen anerkannt werden.

Die interesselosen Gesetzgeber sind also in der Tat in der Gesellschaft zu finden. Sie treten infolge des repräsentativen Systems von selbst hervor. Wer es sind, weiss man von vornherein nicht; es kommt erst an den Tag, wenn sie ihre Stimme abgegeben haben, sei es indem sie gegen die Anträge stimmen, welche von ihrer eigenen Partei ausgegangen sind, sei es indem sie die Anträge der anderen Partei unterstützen. Daraus würde folgen, dass, wenn einmal in dieser Weise die Elite jeder Partei ans Licht getreten ist, das Repräsentativsystem eigentlich an diesen genug hat, und die anderen zu ihrem häuslichen Herde zurückkehren können. Aber — und hier kippt das System um — die anderen *müssen* bleiben, da die Elite wechselt. Es gehören zu derselben bald diese, bald jene Abgeordneten. Wenn aber jeder der Reihe nach zu denjenigen gehört, welche durch ihre Stimme den Ausschlag geben, so kommt das Brevet der Gerechtigkeit schliesslich allen zu, und ist die wirkliche Elite uns abhanden gekommen. Auch das scharfsinnige System MILLS lässt uns demnach im Stiche.

VI. *Die Lösung des Konfliktes.* Und so wird es sich mit jedem anderen Systeme, welches man noch erdenken könnte, verhalten, da ein interesseloser Gesetzge-

ber ein Phantom ist, das sich nicht anders konstruieren lässt als auf Kosten der zweiten Forderung, welche, ebenso wie diejenige der Unparteilichkeit, für die Rechtsbildung unerlässlich ist, nämlich der Einsicht in und des Gefühls für die Interessen, auf deren Wertung es ankommt. Allerdings, je vollständiger der Gesetzgeber dem Bereiche des Einflusses jener Interessen entzogen ist, um so unparteilicher wird er sein; aber um so weniger wird er auch im stande sein, die Interessen, wegen seiner mangelhaften Kenntnis ihrer Bedeutung, richtig zu werten; und umgekehrt, je näher er jenen Interessen steht, um so besser wird er die Natur und die Bedeutung derselben erkennen, aber um so weniger wird er seine Unparteilichkeit behaupten können. Eine durchgängige Unparteilichkeit läuft auf stoische Gleichgiltigkeit für die sozialen Interessen, eine reine Interessenpolitik, in Ermangelung der nüchternen Unparteilichkeit, auf revolutionäre Leidenschaft hinaus. Weder können wir also die beiden Forderungen trennen, noch einer derselben ein grösseres Gewicht als der anderen beilegen. Sie müssen in gleichem Maasse in der nämlichen Person verbunden sein. Das nämliche Wesen, welches die lebendige Vibration der Interessen empfindet, muss die Wage halten. Wenn dem aber so ist, so versteht es sich von selbst, dass, sofern die beiden Forderungen sich widerstreiten, der Konflikt nicht ausserhalb, sondern nur *innerhalb* des Menschen überwunden kann. Die Vertreter des Volkes an erster Stelle, aber auch die Wähler, müssen die Kraft haben, sich zu einem Niveau der Objektivität hinaufzuschwingen, auf welchem auch der Wert der entgegen-

gesetzten Interessen zu Tage tritt. Wo, mit der Ausbreitung der Demokratie, im Parlamente Klasseninteressen sich anderen Klasseninteressen gegenüberstellen, muss alles sich darauf richten, das Bewusstsein unserer Gesetzgeber, der Wähler und der Gewählten, nicht mit der Macht, welche sie betätigen können, sondern mit der Idee des Rechtes, welche sie zu verwirklichen haben, zu erfüllen; und mit dem Rechte wollen wir eine geistige Macht, nicht eine auf Zwang sich stützende Gewalt zur Herrschaft bringen. Für die Demokratie liegt also das Losungswort in der Verstärkung der sittlichen Tüchtigkeit der Volksmasse.

Alle Wege und Mittel zu nennen, welche dazu beisteuern können, und welche, wie etwa in der Kindergesetzgebung, bereits Anwendung finden um bei der jetzt lebenden und aufwachsenden Generation die Empfänglichkeit für die Wirkung des Rechtes zu vergrößern, fällt ausserhalb des Rahmens dieser Schrift. Dagegen ist es nötig darauf hinzuweisen, dass bei der Organisation der Rechtsbildung allzu sehr in der Richtung eines interesselosen Gesetzgebers gesucht worden ist, während die Forderung einer genügenden Kenntnis der Interessen weniger schwer gewogen hat. Um auch diese Forderung zu befriedigen, ist ein Ausbau unseres konstitutionellen Rechtes nötig, mittels dessen, in ganz anderen Verhältnissen als zurzeit noch üblich ist, eine weitere Dezentralisation der Rechtsbildung herbeigeführt werden soll. Da jedoch diese Dezentralisation auch aus anderen Gesichtspunkten als nötig erscheint, soll dieser Gegenstand in einem eigenen Kapitel besprochen werden.

SECHSTES KAPITEL.

DEZENTRALISATION DER RECHTSBILDUNG.

Aus dreifachem Gesichtspunkte kann die Dezentralisation der Rechtsbildung befürwortet werden. Notwendig kann sie sein, um die Rechtsbildung mehr durch diejenigen stattfinden zu lassen, bei denen auch die Kenntnis der gesellschaftlichen Zustände, in welche eingegriffen werden soll, vorliegt; notwendig des weiteren, um das anwachsende Machtsbewusstsein der bestehenden Interessengemeinschaften dadurch, dass man dieselben in Rechtsgemeinschaften umsetzt, zu zügeln; notwendig endlich wegen der beschränkten Organisation des Rechtsbewusstseins des Volkes, infolge deren die Wirkung dieses Bewusstseins beeinträchtigt wird und ein zunehmender Ausfall an geschriebenem Rechte sich feststellen lässt.

I. *Dezentralisation auf Grund der Interessengemeinschaft.* Sofern in den Kulturländern die Rechtsbildung dezentralisiert ist, beruht diese Dezentralisation auf einer territorialen Grundlage. Territorial bestimmte Bevölkerungsgruppen besitzen rechtsbildende Organe, deren Befugnis sich über eine unbestimmte Anzahl von Interessen erstreckt. Dies ist namentlich hier zu Lande der Fall, wo für die als Reich, Provinz und Ge-

meinde bezeichneten Bevölkerungsgruppen rechtsbildende Organe vorliegen, von denen die ganze organisierte Rechtserzeugung, in der Hauptsache — vorläufig von den Deichverbänden abgesehen — ausgeht. Die Folge davon ist, dass der Gesetzgeber, die Provinzialstaaten, der Gemeindevorstand für zahlreiche Interessen zu sorgen haben, welche ihnen zu fern liegen um sie zu befähigen, den Rechtswert derselben in gebührender Weise schätzen zu können. Indem sie die Praxis des gesellschaftlichen Lebens bloss für einen geringen Teil kennen und, dennoch dazu berufen sind, auch über dasjenige, was ausserhalb ihres Gesichtskreises liegt, sich ein Urteil zu bilden, nehmen sie ihre Zuflucht zu Abstraktionen und wird ihr beschaulicher Geist durch Allgemeinheiten wie der Arbeiter, das Kapital, die Kirche, oder durch Schlagwörter wie Christ und Paganist, Jesus und Marx eingenommen. „Wo diese Worte“, sagt GNEIST (der Rechtsstaat * S. 241), „einem lebendigen Bedürfniss der Zeit entsprechen, heissen sie „zündende Worte“, wo ihre Bestimmung erfüllt ist, heissen sie später „Phrasen“. Die Kritik der Gegenparteien pflegt dies zu anticipieren.“ Was das Parlament anbelangt, liegt in dieser Trennung von der Praxis des Lebens die Hauptursache dafür, dass seine Wirksamkeit so oft in ein unfruchtbares Prinzipienbekenntnis, dem manchmal mehr Schien als Inhalt zugrunde liegt, verläuft. Die Mehrzahl der Menschen steht geistig nicht hoch genug um von Prinzipien heraus zu leben oder die Tragweite derselben zu verstehen; und demzufolge werden manchmal kleine Differenzen zu Symptomen diametral entgegengesetzter

Weltanschauungen aufgeblasen. Dieses Uebel, Tiefe vorzutäuschen wo kaum Oberfläche vorhanden ist, lässt sich nur durch die Taufe der Praxis heilen. Und dann tritt häufig ans Licht, wie gering in Wirklichkeit die Unterschiede sind, welche die Menschen von einander getrennt erhalten. In der unmittelbaren Berührung mit dem gesellschaftlichen Leben durchlaufen wir eine Schule von unschätzbarem Werte, weil das Absolute, wonach unser Geist hungert, hier nun einmal in der allgemeinen Relativität des Wertes aller sozialen Interessen gefunden werden muss. Diese Einsicht lässt die wahrhafte Unparteilichkeit geboren werden, welche nicht dadurch sich erringen lässt, dass man hoch über den Interessen schwebt, sondern nur so, dass man sich die reale Kraft derselben zum Bewusstsein bringt, und dies ist in keiner anderen Weise als durch das Leben mit und in der Gesellschaft möglich. Die Einsicht in diese Notwendigkeit gewinnt allenthalben Raum. Der juristische Unterricht hat angefangen sich nach dieser Forderung zu richten und sich von dem blossen Studium des Wortlautes des Gesetzes zu befreien. Der Richter ist wiederholt darüber aufgeklärt worden, dass sein Rathszimmer nicht innerhalb der vier Mauern des Gerichtsgebäudes, sondern draussen liegt, sodass der Justizpalast nach dem Markt des Lebens verlegt werden muss. Und während für alle juristischen Aemter eine soziologische, psychologische und psychiatrische Vorbildung gefordert wird, meldet das Parlamentsglied sich nur an als der „Träger von Prinzipien“, und wird mit der nämlichen Gleichgültigkeit ein Lehrer, ein Diplomat, ein Gutsbesitzer und ein

Professor zur Erfüllung jener Rolle angewiesen. Der Fehler des zurzeit vorliegenden Repräsentativsystems liegt in der Tatsache, dass man gewöhnlich vom Rechtsbewusstsein mehr fordert als es leisten kann, und darum ist eine Einschränkung der Interessen, für welche das Parlament die Rechtsbildung zu übernehmen hat, eine Sache der Notwendigkeit.

Bei den Gemeindebehörden macht sich der Abstand zwischen der Kenntnis der gesellschaftlichen Zustände und der ihnen auferlegten Arbeit der Rechtsbildung gleichfalls fühlbar. Nur selten hat jemand darin als Sachverständiger Sitz, und eigentlich würde dort Niemand als Sachverständiger am Platze sein, da ihre Rechtssorge, ebenso wie diejenige des Parlamentes, sich über eine unbestimmte Vielheit von Interessen erstrecken muss, wovon die Folge ist, dass die Mitglieder mit Rücksicht auf ihre politische Richtung gewählt werden.

Die Dezentralisation der Rechtsbildung hat also an erster Stelle den Zweck, nach dem Beispiel unseres nationalen Instituts, dem Deichverband (Wassergenossenschaft), Interessenkreise ins Leben zu rufen und diese mit Autonomie auszurüsten. Die organisierten rechtsbildenden Organe werden der Rechtssorge für Interessen, welche ihnen innerlich fremd sind, entzogen, während diese denjenigen Personen zur Beherzigung anvertraut werden, welche, infolge ihres gesellschaftlichen Zusammenhangs mit jenen Interessen, am besten befähigt sind den Rechtswert derselben zu bestimmen.

Die praktische Anwendung dieses Gedankens findet

man in der Anerkennung des Bedürfnisses, Gemeinden in sogenannten Zweckverbänden zusammenzufügen, womit also zur Versorgung bestimmter gemeinschaftlichen Interessen neue autonome Gemeinschaften hervorgerufen werden. Man findet dieselbe des weiteren in den Entwürfen zu Jagd-, Bau-, Weg- Fischerei-Genossenschaften und ähnlichen nach dem Muster der Deichverbände organisierten Körperschaften. Sodann in dem Bestreben, eine öffentlichrechtliche Gewerbeorganisation zustande zu bringen, dergestalt, dass für die Interessen des Handels, der Industrie, des Ackerbaus, autonome Verbände gebildet werden. Und verwirklicht ist der Gedanke, wo man, wie in den australischen Kolonien und auf deren Beispiel jetzt auch in England, Lohnbehörden ins Leben gerufen hat, an deren rechtsbildender Arbeit, der Lohnbestimmung, die Interessierten sich wesentlich beteiligen. Als aber hier zu Lande ein schüchterner Versuch in dieser Richtung gewagt wurde, und ein Antrag zur Gründung von Bäckerei- und Arbeiterräten mit der Befugnis Verordnungen zu erlassen zur Behandlung kam, wurde sofort gegen diese Institute Protest erhoben, weil hier die Rechtsbildung den Interessierten würde anvertraut werden. Es ist klar, dass von diesem Argumente, in einem so weiten Sinne verstanden, das ganze Repräsentativsystem betroffen wird. Denn einer Regierung von Interessierten kann man niemals und nirgends entgegenkommen. Aus Interessierten sind nun einmal alle gesetzgebenden und verordnenden Organe zusammengesetzt; erreicht kann bloss werden, dass durch die Interessen das Rechtsbewusstsein nicht verwirrt wird;

und eine Garantie dafür ist viel sicherer zu gewinnen, wenn man die Rechtsbildung denjenigen anvertraut, welche inmitten der gesellschaftlichen Konflikte leben und die Notwendigkeit eines Kompromisses vor Augen haben, als wenn aus dem erhabenen Standpunkte der Neutralität das Recht geboren werden soll.

II. *Die Ausbildung der Interessengemeinschaften zu Rechtsgemeinschaften.* Seitdem das Vereinigungsrecht und das Koalitionsrecht allgemein anerkannt worden sind, haben sich, besonders auf volkswirtschaftlichem Gebiete, Bünde von Interessierten gebildet, welche als Streitvereine eingerichtet sind. Der Zweck dieser Vereine, insbesondere der sogenannten Syndikate, ist, eine soziale Macht zu entwickeln, durch welche sie die Rechtsverhältnisse ihrer Mitglieder soviel wie möglich im Interesse derselben zu regeln versuchen. Die dadurch entstehenden Konflikte stören häufig den gesellschaftlichen Frieden und bringen bisweilen wichtige öffentliche Interessen in Gefahr. Dies alles hat man bei der Zulassung der Koalitionsfreiheit nicht beachtet, in Ermangelung der Einsicht, dass eine Theorie, welche Rechtsverhältnisse aus Kraftmessungen geboren werden lässt, praktisch auf die Erhaltung des Streitverhältnisses hinausläuft und also in letzter Instanz das Recht durch die Macht bestimmen lässt. Jetzt bricht sich allmählig die Einsicht Bahn, dass das gesellschaftliche Leben nicht von der Macht, welche Vereine, sei es von Arbeitern (Beamten) oder von Unternehmern (Verwaltungsbehörden) geltend machen können, beherrscht werden darf. Aber man irrt sich furcht

bar, wenn man glaubt, dass jene Macht durch den blossen Willen des Gesetzgebers bezwungen werden kann. Nur auf innerlichem Wege, indem das Bewusstsein der Interessierten von der Idee des Rechtes erfüllt wird, lässt sich das verderbliche *Machtsbewusstsein* ausrotten. Und dies kann zu einem grossen Teil nur erreicht werden, wenn die Interessierten nicht ihr Recht von oben her empfangen, sondern an der Bildung des Rechtes, unter welchem sie leben werden, selbst mitzuarbeiten berufen werden. Mit der Zuerkennung des Koalitionsrechtes ist man also im Organisationsprozess auf halbem Wege stehen geblieben, da man es unterliess, zugleich die Vereine auch in Rechtsgemeinschaften zu bringen, d. h. in Verbände, wo die streitenden gesellschaftlichen Mächte zur Bildung des Rechtes für die Interessen, welche sie getrennt erhalten, zusammengebracht werden. Infolge des Fehlens solcher Verbände ist dem *Machtsbewusstsein*, zu grossem Schaden des Rechtsbewusstseins des Volkes, Vorschub geleistet worden, und sind die aus dem Kampfverhältnis geborenen Rechtsbeziehungen nur Waffenstillstände, denen in jedem Augenblicke wieder ein Kriegszustand folgen kann. Kommt dann, wie beim Streike der englischen Grubenarbeiter, ein Augenblick, in welchem jener Krieg weit um sich greift und grosse, sogar nationale Interessen gefährdet, so drängt sich plötzlich der Gedanke hervor, dass ein Verband mit eigenem gesetzgebenden Organe eine Notwendigkeit ist. Und mittels der Einführung von Lohnbehörden ist dieser Gedanke jetzt in England verwirklicht worden.

Also auch zur Zügelung des allmählig anwachsenden

Bewusstseins, dass das Recht aus der Entwicklung der Macht hervorgehen kann, und demnach zur Aufrechterhaltung des ethischen Charakters des Rechtes, muss die Forderung einer Dezentralisation der Rechtsbildung in der bezeichneten Richtung gestellt werden.

III. *Das Manko an rechtsbildenden Organen.* Nach der modernen Staatsidee hat die Politik und die Wissenschaft der Organisation der Rechtsbildung die grösste Aufmerksamkeit zu widmen und dafür am meisten zu sorgen. Die Umständlichkeit, mit welcher in den Lehrbüchern des Staatsrechtes über das Königtum gehandelt wird, alsob in diesem Institut noch stets das Herz des Staates pochte, steht in grellem Gegensatz zum geringen Interesse, welches darin der Rechtsbildung zu teil fällt, während doch im Rechte je länger je mehr, innerhalb und ausserhalb der Grenzen des einzelnen Staates, der neue, der lebendige Herrscher sich kenntlich macht. Sein Hofstaat jedoch muss zum grössten Teil noch ins Dasein gerufen werden.

Wir kennen drei Kanzleien, welche im Dienste des Rechtes Arbeit verrichten (ein Reichsorgan, ein provinzielles Organ, ein Gemeindeorgan); diese Anzahl zeigt sich jedoch der Arbeit, welche von denselben gefordert wird, stets weniger gewachsen. Am allermeisten gilt dies vom Parlamente, wo die Rückstände sich von Jahr zu Jahr stets mehr häufen. Und da die Gesellschaft dringend einer ununterbrochenen Erneuerung des Rechtes bedarf, muss die Gesellschaft sichselbst helfen und tritt das nichtorganisierte Rechtsbewusstsein in Wirksamkeit. Wenn aber damit auch einiger-

maassen dem Notzustande abgeholfen wird, so ist es doch immer nur eine fragmentarische Rechtsbildung, sodass das ungeschriebene Recht keine genügende Ergänzung bietet. Demzufolge bleibt ein grosser Teil des gesellschaftlichen Lebens von der Herrschaft des Rechtes ausgeschlossen und vollziehen sich alltäglich Verbindungen und Auflösungen ohne Mitwirkung des Rechtes, wodurch nicht nur Unsicherheit der Verhältnisse entsteht, sondern auch manchmal Beziehungen sich behaupten, welche, wenn die Rechtsbildung hätte stattfinden können, sicher nicht als Rechtsbeziehungen anerkannt worden wären, während sie jetzt unter dem Einflusse nicht kontrollierter Mächte sich am Leben erhalten können.

In diese Rückständigkeit der Rechtsproduktion kann auf die Dauer nur Verbesserung kommen, wenn die Einsicht geboren wird, dass unsere Staatseinrichtung eines Ausbaus bedarf und neue Organe für die Rechtsbildung braucht, wofür die Anknüpfungspunkte in den Interessengemeinschaften liegen, auf welche in den beiden vorhergehenden Paragraphen hingewiesen wurde. Das Rechtsgebiet erweitert sich mit jedem Tag; stets zahlreichere Interessen kommen für die Gemeinschaftssorge in betracht oder fordern dieselbe, und dieser Sachlage stehen die alten Schablonen unserer gesetzgebenden Organe machtlos gegenüber. Die Unfruchtbarkeit des Gesetzgebers liegt keineswegs an diesem oder jenem Regierungssystem, liegt am allerwenigsten an der sogenannten parlamentarischen Regierungsform. Unsere Parlamente tun was sie tun können; die Mitgliedschaft der Volksvertretung fordert den ganzen Menschen, und dieser wird von den meisten

auch tatsächlich gegeben. Die Minister mühen sich ab mit einer Aufgabe, zu deren Erfüllung kupferne Köpfe und eine Akrobatengesundheit nötig sind. Und trotzdem für so vieles der Schweiss grosser Bürger geopfert wird — bleibt das Recht rückständig.

Eppur si muove! Die Gesellschaft steht darum nicht still. Allerdings, Jahrhunderte lang ist es bereits so gegangen, und es wird noch wohl Jahre lang so weiter gehen können. Im sozialen Leben wartet man nicht mit dem Handeln bis das Recht da ist. Instinkte, Interessen, Gefühle von höherer und niedrigerer Rangordnung erhalten das Räderwerk im Gange. Aber für uns kommt es nicht auf die Bewegung an, die Richtung jener Bewegung ist hier die Hauptsache. Und die Richtung wird vom Rechte bestimmt. Wo dieses rückständig ist, wälzen sich das Ganze und seine Teile weiter, jedoch unter dem Einflusse von Naturkräften und Naturgesetzen, welche, jeder Führung enthoben, Resultate ergeben, wie der Zufall es will. Und dies ist also die Frage, ob wir davon abhängig bleiben dürfen, ob das gesellschaftliche Leben nicht besser und weit mehr auf die Erreichung wertvoller Ziele eingerichtet werden muss, ob nicht an dem Wachstum und der Verjüngung des Rechtes viel mehr und von einem viel grösseren Teile der Bürgerschaft gearbeitet werden muss. Dazu ist dann aber auch nötig, dass die Werkstätten für diese Arbeit nicht fehlen. Es liegt auch in unserer Zeit ein grosser und zunehmender Mangel an solchen Werkstätten vor, demzufolge die geistige Kraft des Rechtes ihre volle Wirkung nicht entfalten kann. Früher konnte man es sich an einem Reichs-, einem provinziellen

und einem kommunalen Parlamente genügen lassen um denjenigen Interessen Rechtsschutz zu gewähren, welche das Rechtsbewusstsein des damals lebenden Geschlechtes in Bewegung setzten und welche sich im wesentlichen auf einen festen Bestand von öffentlichen Interessen, wie Ruhe, Ordnung, Sicherheit u.s.w. beschränkten. Aber nach den siebzigern und achtzigern Jahren des vorigen Jahrhunderts reagiert das Rechtsbewusstsein auf unendlich viel mehr Interessenkonflikte, und zwar giebt es darunter auch solche, welche das persönliche Leben der Bürger unmittelbar berühren. Zu nichts weiter hat dies aber geführt als zur Beiteiligung einer stets wachsenden Anzahl von Bürgern bei der Rechtsbildung, stets aber mit Beibehaltung der dafür bestehenden Organisation. Die Unzulänglichkeit dieser Organisation um, mit Rücksicht auf die steigende Unzufriedenheit mit der vorliegenden Rechtsordnung, die Rechtsbildung zu schaffen, welche die Gesellschaft braucht, lässt jetzt die Forderung einer Erweiterung jener Organisation mit Kraft hervortreten und diese ist in keiner anderen Weise zu erzielen als durch Beseitigung der alten zentralisierten Rechtserzeugung und Einführung neuer Organe für die Rechtsbildung. Wenn also diese zur Entscheidung bestimmter Interessenkonflikte mittels Vertretung der Interessierten gegründet werden, so wird auch das Recht sich an der Rechtsbildung zu beteiligen, wobei der Wähler von heute sich kaum mehr als nominell über den Wert der Interessen aussprechen kann, zu etwas Reellem werden, und also das in der Gesellschaft lebende Rechtsbewusstsein zu vollerer Wirkung gebracht werden können.

SIEBENTES KAPITEL.

DIE QUELLEN DES RECHTES.

In der Quellenlehre hat man zu unterscheiden zwischen demjenigen, was für die *Geltung*, und demjenigen, was für den *Inhalt* des Rechtes die Quelle abgibt. Für gewöhnlich wird das Wort „Rechtsquelle“ im letzteren Sinne verwendet, und dann kann man als Rechtsquellen nennen: das Gesetz, die Verordnung, die Gewohnheit, der Vertrag, die Jurisprudenz, die Wissenschaft u. s. w. Hier liegt das Verdienst der „historischen Schule“. Diese hat sich hauptsächlich mit der Frage beschäftigt, wie der Inhalt des Rechtes aufgefunden wird, und, im Gegensatze zur Schule des Naturrechts, mehr als einen Fundort, aus welchem das Recht seinen Inhalt bezieht, angewiesen. Wenn wir hier auf diese Quellenlehre eingehen wollten, würden wir jetzt, wo das ungeschriebene Recht, oder allgemeiner: Nicht-Obrigkeitsrecht auf jedem Gebiete gleichsam wieder neuentdeckt worden ist, das Quellenverzeichnis zu ergänzen und den relativen Wert jeder Quelle zu untersuchen haben. Auch dieser Aufgabe hat die Rechtslehre ihre Aufmerksamkeit zugewendet. Aber heutigen Tages steht die Rechtswissenschaft an erster Stelle einem anderen und viel schwierigeren Problem gegenüber, insofern sie die *Geltung* des Rechtes in Untersuchung genommen hat und also die Frage aufwirft: welche ist die

gemeinsame Grundlage, auf welcher die Verbindlichkeit des in verschiedener Weise sich offenbarenden Rechtsinhaltes beruht? Wenn die neue Rechtslehre zur Beantwortung dieser Frage auf die im Menschen wirksame geistige Kraft des Rechtsbewusstseins verweist und aus dieser Kraft die Verbindlichkeit alles wie auch gebildeten Rechtes herleitet, so weiss sie sehr wohl, dass damit nicht viel mehr getan ist als ein neues Gebiet für die Forschung zu erschliessen; daher denn die Rechtswissenschaft vor allem die Analyse des Rechtsbewusstseins wird zur Hand nehmen müssen, wozu hierzulande ein Versuch bereits von *Kranenburg* gemacht worden ist. Eines ist jedoch mit jener Verweisung jetzt schon erreicht worden, nämlich die Einsicht, dass es für die Geltung des Rechtes nur *eine einzige* Quelle giebt; und weiter, dass diese Quelle nicht mehr in Abstraktionen wie Staat, Obrigkeit, Volk, Gesetzgeber, Parlament oder beliebigen anderen konstruierten Gewalten zu suchen ist, sondern vielmehr in einer Macht von höchster Realität, welche niemals zu wirken aufhört, ihre Arbeit unterbricht oder ihren verpflichtenden Charakter einbüsst. Aufgehoben ist damit die Herleitung des Rechtes und seiner Verbindlichkeit aus einem sei es natürlichen, sei es (bei Korporationen u. s. w.) konstruierten Willen; da doch die Gewalt, dem der Rechtscharakter und also die verbindende Kraft der Norm entstammt, ausserhalb des Willens liegt und über diesen Willen zu herrschen beansprucht. Das Rechtsbewusstsein oder Rechtsgefühl, nicht aber der Wille, hat normativen Charakter. Indem man dies verkennt und an einen normativen, besonders im Ge-

setz zu findenden Willen festhält, ist manchen, namentlich dem Verteidiger des Ruhmes Savignys **MANIGK** („Savigny und der Modernismus im Recht“, 1914) die Bedeutung der neuen Rechtslehre verborgen geblieben; daher denn letzterer die Grundlage für die verbindende Kraft des Rechtes nach wie vor in einer Konstruktion glaubt suchen zu müssen, statt in einer Wirklichkeit, welche sich stets ausgiebiger uns offenbart, und welche kennen zu lernen zu den wichtigsten Aufgaben der gegenwärtigen Rechtswissenschaft gehört. Zur Gewinnung *dieser* Kenntnis hat Savigny samt seiner Schule keinen Beitrag geliefert. Zwar finden sich in den Schriften **SAVIGNYS** und **PUCHTAS** Ausdrücke vor wie Volksgeist, Volksüberzeugung, welche auch auf die Geltung des Rechtes Anwendung finden können, aber dieselben sind nur dazu bestimmt, gegenüber der rationalistischen Rechtsbildung aus der Schule des Naturrechtes, das instinktive, ausserhalb der Reflexion verlaufende Wachstum des Rechtes hervorzuheben. Auf dem Gebiete des Rechtes steht Savigny in seiner Zeit an der nämlichen Stelle wie auf dem Gebiete der Staatslehre die Kontrarevolutionäre (**BURKE**, **VON GENTZ**), welche den Rationalismus in der Politik bekämpften und für die Einrichtung des Staates die Ueberlieferung und das historisch Entstandene als Richtschnur zu nehmen empfahlen. Savigny aber brachte auf seinem Gebiete die Reaktion zur Aeusserung, welche sich im Anfang des 19. Jahrhunderts überall gegen den Rationalismus der Aufklärungszeit und gegen die Anwendung, welche derselbe besonders in der französischen Revolution gefunden hatte, offenbarte. In diesem

Lichte muss die historische Rechtsschule verstanden werden. Dagegen darf man sie in keiner Weise als eine Vorläuferin derjenigen Gedanken betrachten, welche jetzt unter dem Namen der freien Rechtsschule verkündet werden. Es mag sein dass, wie Manigk nachzuweisen versucht, in den Schriften Savignys Ausdrücke vorkommen und aus denselben sich Sätze loslösen lassen, welche zur freien Rechtsschule passen, — aber durch solche Kleinarbeit wird Savigny ausserhalb des Rahmens seiner Zeit gestellt und der modernen Rechtsschule keine wesentliche Stütze verliehen.

Das Problem, vor welches sich in der gegenwärtigen Zeit die Rechtswissenschaft gestellt findet, liegt nicht mehr in der Ueberwindung des Naturrechtsgedankens, wozu die historische Rechtsschule das ihrige beigetragen hat, welche sie aber zum Ergebnis geführt hat: „das geschichtlich gewordene positive Recht trägt den Beweis seiner Existenzberechtigung in sichselbst“ (Karl WIELAND, „Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft“, 1910), — sondern es liegt in der Ueberwindung einer anderen Unwirklichkeit, nämlich derjenigen, welche für die Geltung des Rechtes sich mit Abstraktionen und Fiktionen begnügt, indem sie diese Geltung auf eine Obrigkeit, einen Gesetzgeber oder wie diese Willenssubjekte sonst heissen mögen, zurückführt. Indem man hervorhebt, dass der *Rechts*charakter und damit die *verbindende Kraft* der Normen aus einer identischen Gewalt hervorgeht, nämlich aus der unpersönlichen Gewalt, welche sich geltend macht so oft unser Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl auf die Handlungen der Menschen

reagiert, ist zugleich der Weg betreten, der zum Aufgeben der Lehre von der Abgeschlossenheit der Rechtsquellen, mitsamt der Doktrin von der Alleinherrschaft des Gesetzes, und also zur *freien Rechtsbildung* führen wird.

Nur in dem Sinne kann man vielleicht sagen, dass SAVIGNY und die Seinigen die freie Rechtsschule vorbereitet haben, dass durch den Bruch mit der Vorstellung der Vernunft als der einzigen Quelle für den Inhalt des Rechtes eine Vielheit von Rechtsquellen gefordert wurde. Dass aber diese Vielheit — wir würden jetzt sagen: Unbestimmtheit — der Rechtsquellen eine notwendige Folge der Grundlage der Rechtsgewalt ist, — diesen Zusammenhang sucht man bei SAVIGNY vergebens, weil er das Problem von der Geltung des positiven Rechtes nicht als ein solches erkannte. Zum Problem ist die Rechtsgeltung erst in jüngster Zeit geworden. Und mit der Lösung dieses Problems wird eine Revision der Rechtsquellen in bezug auf den Inhalt zusammengehen müssen. Hier steht aber die Forschung nach der Rechtsgeltung im Vordergrund, und darüber entscheidet, wie wir nachzuweisen versucht haben, nur Ein Faktor: das Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein.

ACHTES KAPITEL.

DIE RECHTSENTWICKLUNG.

Das Ueberhandnehmen des Gedankens, dass im Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein die Grundlage der Gewalt liegt, kann in seiner grossen Bedeutung für die Rechtsentwicklung erst recht verstanden werden, wenn man diesem Gedanken zwei andere gegenüberstellt, welche während langer Zeit und teilweise noch bis jetzt die Rechtsentwicklung aufgehalten und gehemmt haben. Einer derselben kommt zum Ausdruck in dem hohen Werte, welcher dem *historisch Gewordenen* beigelegt wird, während der andere den Anteil des *Intellekts* an der Rechtsentwicklung in den Vordergrund stellt. Jener betrachtet die Rechtsentwicklung hauptsächlich als einen ausserhalb des menschlichen Bewusstseins sich vollziehenden *instinktiven* Prozess; dieser erblickt in der Rechtsbildung an erster Stelle eine *intellektuelle* Leistung.

Diesen beiden Standpunkten stellt sich die Lehre vom Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein gegenüber, indem sie die Rechtsentwicklung vor allem aus dem *Gefühlsleben* des Menschen zu verstehen sucht. Das historisch Gewordene oder das Verstandesprodukt, welches vor dem gegenwärtigen Rechtsbewusstsein nicht stand zu halten vermag, hat seine Geltung verloren. Was die Rechtsentwicklung beherrscht, ist also ein *ethischer* Faktor.

Um dies zu erläutern, sollen zuerst die Bedeutung des „historisch Gewordenen“ und die Rolle, welche die bloße Intelligenz auf dem vorliegenden Gebiete gespielt hat, näher ins Auge gefasst werden.

I. *Das historisch Gewordene.* Mit dem Ausdruck „historisch geworden“ verbindet sich die Meinung, dass das solcherweise Gewordene einen eigenen *Wert* besitzt und mithin ein Recht auf Existenz, auch für die Zukunft, geltend machen kann. In einem bestimmten Geschehen welches man „historisch“ nennt, in einem rein Tatsächlichen also, spricht sich ein Werturteil aus. Namentlich behaupten dies diejenigen, welche in den Tatsachen eine Offenbarung des Willens Gottes sehen zu dürfen glauben. Das geschichtlich Gewordene gewinnt dadurch sogar einen Anstrich der Heiligkeit. Eine Verweisung nach dem historisch Gewordenen findet sich demnach am häufigsten in denjenigen Schulen, welche von der Offenbarung ausgehen und diese nicht nur in Gottes *Wort*, sondern auch in der *Geschichte* zu finden glauben. Nach der Auffassung *Groens* haben wir nicht nur mit dem „es ist geschrieben“, sondern auch mit dem „es ist geschehen“ zu rechnen.

Auf diesem Wege rechtfertigt beispielsweise hierzu-
ande DE SAVORNIN LOHMAN („Onze Constitutie“, 2^e Aufl. 1907) unsere Monarchie. Die Souveränität des Hauses Oranien ist aus den Tatsachen hervorgegangen, und kraft dieser Tatsachen ist es augenscheinlich von Gott zum Trone berufen.

Wie weit man mit dieser Tendenz, in den Tatsachen göttliche Offenbarungen zu sehen, gelangen kann, lehrt

am besten „Unser Programm“ von Dr. *Kuyper*, wo zu lesen steht, „dass die Art und Weise, wie der Allmächtige die souveräne politische Gewalt überträgt, bisweilen geschehen kann durch Verjährung nach gewalttätiger Eroberung, bisweilen durch Abkommen und Vertrag. Bisweilen auch durch regelmässigen Auftrag, sei es kraft des einstimmigen Willens des Volkes, sei es in feierlicher Versammlung der Häupter. Und endlich, was die individuellen Träger der Krone betrifft, am häufigsten durch Erbfolge nach dem Tode. Keines dieser Mittel liegt ausserhalb der göttlichen Verfügung“. Dass man in dieser Gedankensphäre auch Erdbeben und Ueberschwemmungen mitreden lassen kann, liegt auf der Hand.

Aber auch ohne die ausdrückliche Zurückführung des historisch Gewordenen auf eine Gottesoffenbarung stösst man unzählige Male auf eine Verteidigung des Bestehenden auf grund der Auffassung desselben als eines historisch Gewordenen, nach dem Satze der Hegelschen Rechtslehre: „was wirklich ist, das ist vernünftig“. Aus jüngster Zeit lässt sich mehr als eine Anwendung dieses Satzes anführen. So hat man versucht, die Handhabung einer verstärkten Majorität für Aenderungen in der Verfassung durch die Ueberlegung zu rechtfertigen, „dass hier das *historisch Gewordene* auf der Seite der Minorität steht“. So äussert sich der ehemalige Minister LOEFF, der mit diesen Worten einem Menschenwerk zu einer besonderen Sanktion verhelfen zu können glaubt. Und den nämlichen Gedankengang finden wir auch bei Prof. STRUYCKEN, wo er sagt, dass das historisch Gewordene für uns einen grossen Rechtswert besitzt.

Ein letztes Beispiel entnehme ich dem Bericht des Staatsausschusses für die Reform der Verfassung von 1910, wo des öfteren Tatsachen als normsetzend dargestellt werden. In bezug auf den besonderen (nicht von öffentlichen Körperschaften bestellten) Unterricht wird dort gesagt: „Dem besonderen Unterrichte soll der Platz zuerkannt werden, welcher demselben auch auf grund der Macht der *Tatsachen* gebührt“. — Und zur Rechtfertigung des Fortbestehens des finanziellen Verbandes zwischen Staat und Kirche verweist man uns auf eine früher vom Staate auf sich genommene Verpflichtung, welche *Verpflichtung* ihrerseits wieder aus vorhergehenden *Tatsachen und Ereignissen* ihren Ursprung genommen hatte“.

Der Gedanke, welcher der Appellation an das historisch Gewordene zu grunde liegt, ist aus der Bekämpfung des Rationalismus, wie sich dieser zumeist in der französischen Revolution offenbarte, hervorgegangen. Man findet diese Bekämpfung in den Schriften BURKES, VON GENTZ, DE MAISTRES, welche sämtlich die gleiche Tonart vernehmen lassen. Dem Rationalismus stellen sie eine ausserhalb der Reflexion verlaufende Entwicklung, der vollbewussten Produktion ein instinktives Wachstum gegenüber. Sie legen den Nachdruck auf die Ueberlieferung und ergreifen von dort aus Partei für das Legimitätsprinzip. Und den nämlichen Gedanken finden wir, wie bereits im vorigen Kapitel bemerkt wurde, bei Savigny und seiner Schule wieder, indem diese der bewussten Rechtsbildung mittels der Gesetzgebung den zweiten Platz anwies und dem ausserhalb der Reflexion zu stande gekommenen Gewohnheits-

recht den Vorrang zuerkannte. Am allerdeutlichsten hat *Stahl* („Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche“, 23. Vorlesung) diese Bedeutung des historisch Gewordenen hervortreten lassen. Die Partei der Legitimität, sagt er, stellt sich auf den Boden des historischen Rechtes. Was hat man aber darunter zu verstehen? Nicht ein Natur- oder Vernunftrecht, dessen die Revolution sich bediente, und welches nicht viel mehr ist als ein Bündel menschlicher Meinungen über das Recht. Ebenso wenig das positive Recht oder das Gesetz, d. h. all dasjenige, was von der Staatsgewalt als Recht erlassen worden ist und was also in formeller Hinsicht Giltigkeit hat. In diesem Rechte sollen eben in manchen Punkten Veränderungen angebracht werden, weil es, ohne Berücksichtigung des aus der Vergangenheit uns überlieferten positiven Rechtes, aus einer Willkürthat des souveränen Volkes hervorgegangen ist. Statt dessen versteht die Partei der Legitimität unter Recht die traditionelle Ordnung, das auf natürlichem Wege entstandene, historisch gewordene Recht (*das überkommene Recht, das naturwüchsig geschichtlich gewordene Recht*). Dieses Recht, welches aus Gewohnheiten und verschiedenartigen Gesetzen seinen Ursprung nimmt, wurzelt nicht im menschlichen Nachdenken und ist überhaupt nicht von Menschen eingeführt worden, sondern ist ein Erzeugnis der Natur und der Geschichte. Dies ist das Recht, welches sich der Revolution gegenüberstellt und seine Grundlagen nicht in der menschlichen Willkür hat, sondern vielmehr in der menschlichen Neigung, sich dem Bestehenden, Gewordenen, Ueberlieferten zu unterwerfen, infolgedes-

sen dasselbe als ein dem Menschen Gegebenes, nicht von ihm Gemachtes sich darstellt. *Stahl* scheut sich nicht, daraus den Schluss zu ziehen, dass Ansprüche und Befugnisse, welche Individuen oder Klassen einmal kraft früheren Rechtes zugefallen sind, als unangreifbare erworbene Rechte anerkannt werden müssen.

Insofern diese Anschauung, wie bei *Stahl* und seinen Anhängern der Fall ist, in den Gedanken ausmündet, dass in der Geschichte die Ratschläge Gottes zur Offenbarung gelangen, erfordert sie eine Kraft des Glaubens, der gegenüber die wissenschaftliche Besinnung sich nicht mehr geltend machen kann. Insofern dies aber nicht der Fall ist und der Offenbarungsstandpunkt nicht eingenommen wird, ist das historisch Gewordene nichts weiter als die Formel einer Reaktion gegen den Rationalismus. Um die Ergebnisse des Rationalismus und des demselben zu grunde liegenden Prinzips hinwegzuschaffen, hat man zu den Kräften des *unbewussten* Lebens gegriffen, aus welchem zum grossen Teile die heutige oder damalige Ordnung des Staates und des Rechtes hervorgegangen ist. Auf diese Kräfte hingewiesen zu haben, ist ohne Zweifel das grosse Verdienst der historischen Schule auf dem Gebiete des Staates und des Rechtes. Sie hat dazu beigetragen, die Einsicht zur Reife zu bringen, dass durch den Machtsspruch eines Gesetzgebers der zähe Zusammenhang des gesellschaftlichen Lebens nicht auf einmal zum Weichen gebracht werden kann. Und sicher hat sie uns die Augen geöffnet für die Wahrheit, dass ohne gründliche Kenntnis dieses Zusammenhangs und ohne Einsicht in die tatsächlichen Verhältnisse, aller

Befehl, von welcher hochtönenden Autorität derselbe auch ausgehen mag, zum macht- und wirkungslosen Gebote wird, wenn er den ausserhalb des Rechtes liegenden gesellschaftlichen Kräften nicht Rechnung trägt. Aber es ist Eines, diesen Kräften Rechnung zu tragen, ein Anderes, in deren Wirkung einen Sachverlauf mit eigenem geistigen Werte zu erblicken. Wenn man dem historisch Gewordenen einen eigenen selbständigen Wert beilegt und dann das zielbewusste Eingreifen des Menschen ausschaltet, kommt man vonselbst dazu, den verschiedenartigen gesellschaftlichen Kräften freies Spiel zu lassen und die Wirkung derselben als ein unentrinnbares Geschehen anzuerkennen. Es ist diese, die menschliche Verantwortlichkeit auf die Seite schiebende Geistesrichtung, gegen welche man sich zur Wehr zu setzen hat.

Der Kern der einschlägigen Lehre liegt in der Verkennung des Wertes der *geistigen Freiheit* des Menschen, im Einsperren des Geistes in eine Vergangenheit, welche zum grössten Teile nicht aus eigener Kraft erworben, sondern durch ausserhalb unseres Inneren liegende Kräfte uns auferlegt worden war. Demgegenüber zeugt eben das Aufkommen und die Blüte des Rationalismus von einem ersten bedeutungsvollen Versuch, jene geistige Freiheit zurückzugewinnen, indem der beengenden Geschichte eine Quelle von Werten gegenübergestellt wurde, welche, der historischen Entwicklung des Staates und des Rechtes zum Trotz, eine Ordnung aus geistiger Freiheit aufzubauen versuchte. Höchst einseitig, jedoch, wie wir nachher sehen werden, aus den zur Zeit ihrer Blüte vorliegenden Verhält-

nissen sehr wohl erklärlich, hat man geglaubt, die Hauptquelle dieser Werte im *Intellekte* finden zu können. Aber die Ueberschätzung desjenigen, was diese Seite unseres Geistes zur Rechtsentwicklung beisteuern kann, verkürzt in keiner Weise die Weltbedeutung des Rationalismus und der daraus hervorgehenden Schule des Naturrechts, insofern dieselben eine Periode eröffneten, innerhalb deren der menschliche Geist aufs neue die Fesseln einer Denkweise, welche die Freiheit des Geistes unterdrückte und allzusehr verkannte, zerbrach.

Aufs neue: denn die Geschichte zeigt uns eine Reihe von Perioden auf verschiedenen Gebieten, wo eine solche Regeneration zu stande gebracht wurde. Einzelne dieser Perioden mögen hier zur Verdeutlichung unserer Kritik genannt werden.

Die älteste, vielleicht die bedeutsamste von allen, finden wir in Griechenland zur Zeit des Sokrates, als die Welt sich dem menschlichen Geiste als eine Spiegelung seines eigenen geistigen Lebens offenbarte und er in dem „erkenne dich selbst“ den Schlüssel zum Verständnis des Weltgeschehens entdeckte. Die Geschichte des Werdens der Welt wird gemessen mit demjenigen, was wir von ihr erfahren und erleiden.

In eine andere Periode — Jahrhunderte später — versetzt uns das Auftreten des Christentums. Wieder einmal entäussert sich die Menschheit eines Stückes ihrer Geschichte, indem sie das Leben des einzelnen Menschen in eine unmittelbare Beziehung zum Absoluten bringt. Das geistige Leben des Menschen erweitert sich, indem es, mit Verwerfung der Vergangenheit

und der Gegenwart, in die Ewigkeit verlegt wird. Und auf die Teilnahme an diesem ewigen Leben, auf das Jenseits, richtet sich die Menschheit ein; dafür gründet sie eine neue Lebensgemeinschaft: die Kirche.

Die dritte Periode, welche ich ins Auge fasse, ist aus dem Zusammenstoss des altgriechischen Denkens mit den übersinnlichen Wahrheiten der Kirche hervorgegangen. Den Bedürfnissen des Verstandes bringt die Renaissance, denjenigen des Gemütes die Reformation Befriedigung. Bei beiden gilt es wieder, den Alp einer dem Menschen von aussen zugestossenen Geschichte abzuwälzen. Die Renaissance befreit den Menschen aus dem Joch einer Gedankenwelt, die alles Geschehen auf Verfügungen Gottes zurückgeführt hatte, und bringt dem Einzelnen den Wert seines eigenen geistigen Lebens zum Bewusstsein. Die Reformation vollzieht den nämlichen Gedanken auf dem Gebiete des religiösen Lebens und duldet nicht länger die Kirche als Vermittlerin zwischen dem Menschen und Gott.

Eine vierte Periode ist endlich diejenige der französischen Revolution, welche das historisch gewordene Gemeinschaftsleben angreift und die Völker vor die Aufgabe stellt, dieses Leben nach selbstgesetzten Zielen zu ordnen.

Innerhalb jeder dieser Perioden wird eine geistige Befreiung zustandegebracht, für welche die treibende Kraft aus dem innersten Leben des Menschen hervorquillt; eine Befreiung von demjenigen, was fremde Mächte von aussen her gewirkt haben, sowie auch von einer ererbten, geistig ausgelebten und abgelebten Vergangenheit. Um jedoch diese Befreiung und Erlö-

sung zu ermöglichen, und dadurch neue Lebenswerte zur Anerkennung zu bringen, muss dafür in unserem Bewusstseinsleben Raum geschaffen werden. Der schwere Tross von Gedanken, Gefühlen, Instinkten, mit denen unser Lebenszug belastet ist, bildet eine gewaltige Hemmung beim Fortschreiten zu einer höheren Kultur. Aber so wie das Leben des einzelnen Menschen Augenblicke der Befreiung des Geistes kennt, so kennt auch die Menschheit, in ihrem Aufstreben nach höherem Leben, Perioden der Reform, Perioden, worin eine Befreiung des Geistes aus dem Joch der Geschichte angestrebt und die Last des bloss historisch Gewordenen abzuwälzen versucht wird. Vielleicht stehen wir wieder einmal am Anfang einer solchen Periode; jedenfalls steht aber fest, dass die Appellation an das historisch Gewordene Verkennung unserer geistigen Anlagen verrät, und darauf ausgeht oder dazu führt, eine Lebensordnung am Dasein zu erhalten, auch wenn sie ihren geistigen Inhalt verloren hat. Der einzige Prüfstein, welcher hierüber Aufschluss zu geben vermag, ist das Bewusstseinsleben der jetzt lebenden Generation; und so kann denn das historisch Gewordene auch auf dem Gebiete des Rechtes nur dann noch weitere Geltung beanspruchen, wenn seine Normen nach dem jetzt herrschenden Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl sich als Rechtsnormen auszuweisen vermögen.

II. *Der Intellektualismus.* Wir wollen jetzt dem zweiten der oben erwähnten Gedanken unsere Aufmerksamkeit zuwenden und die Bedeutung, welche

der *Intellekt* für die Rechtsentwicklung gehabt hat, ins Auge fassen.

Wie schon bemerkt wurde, ist der Rationalismus seiner Absicht nach eine auf theoretische und praktische Befreiung der Geister gerichtete Lehre gewesen; indem derselbe aber an erster Stelle die Rechtsentwicklung auf dem Intellekt aufbaute, hat er seine Grenzen weit überschritten.

Dies nachzuweisen, knüpfen wir bei dem Vorwurf an, der gegen die französische Revolution gerichtet zu werden pflegt: dass dieselbe nämlich nicht nur, was von allen dem Menschengestalt eine neue Richtung vorschreibenden Revolutionen gesagt werden kann, unhistorisch, sondern auch vom Geiste des *Rationalismus* durchtränkt war. Auch dies lässt sich nicht leugnen. Für den Aufbau der neuen Staatsverwaltung und für die Feststellung der vom Staate geltend zu machen den Rechte wird fast ausschliesslich die Methode des Rationalismus in Anwendung gebracht. Erfahrungsdaten in bezug auf die Einrichtung und Wirkung einer Volksregierung waren innerhalb gewisser Grenzen nur in der Schule Englands zu finden; aber die Führer der Revolution hatten, wegen der schnellen Aufeinanderfolge der Ereignisse, kaum Zeit und Gelegenheit, von demjenigen, was Montesquieu seinen Landsleuten über die englische Verfassung mitgeteilt hatte, Kenntnis zu nehmen, und davon war nur die Einteilung der Gewalten, welche er aus dem englischen Staatsrecht besonders hervorgehoben hatte, verwendbar. Alles andere musste auf der Grundlage allgemeiner Ideen, welche, sofern nicht *Rousseau* die damalige Denkweise be-

herrschte, aus der Natur des Menschen hergeleitet wurden, aufgeführt werden. Bezeichnend für den Geist, in welchem Frankreich zu einer neuen Verfassung verholten wurde, ist die einfältige Aeusserung eines Konventionsmitgliedes, welches sich dazu berufen fühlte, seine Mitgesetzgeber zu belehren über „la marche que nous devons suivre dans l'organisation sociale“, und darauf folgen liess: „En traitant des questions aussi graves, j'ai cherché la vérité dans l'ordre naturel des choses, et non ailleurs. J'ai voulu, si j'ose m'exprimer ainsi, *conserver la virginité de ma pensée*“ (Réimpression de l'ancien Moniteur, XIII S. 378). Vernunft und Verstand, mit einem idealisierten Naturzustande als Hintergrund, waren die einzigen Erkenntnisquellen, welche bei der Geburt des konstitutionellen Rechtes zu rate gezogen wurden.

Mit der französischen Revolution nimmt dann auch die *Ueberschätzung* der Rolle, welche der Verstand und die Vernunft im Weltgeschehen spielen, ihren Anfang. Die praktische Verwirklichung desjenigen, was der Rationalismus des 18. Jahrhunderts bis dahin nur noch geträumt hatte, erfüllte seitdem den menschlichen Geist in solchem Maasse mit dem Werte des intellektuellen Erkenntnisvermögens, dass bis vor kurzem dieses Erkenntnisvermögen als der einzige Prüfstein aller Weisheit angesehen wurde. Ist es dann zum Verwundern, dass COMTE (Cours de philosophie positive), als er seine berühmte Vorlesung über die „dynamique sociale“ verfasste, die soziale Entwicklung von der intellektuellen abhängig setzte und sein Ergebnis dahin formulierte, dass es „l'évolution *intellectuelle*“ sei, „qui

domine essentiellement la marche principale des phénomènes sociaux"? Den allerersten Rang behauptet daher auch „die“ Wissenschaft; diese bietet nach QUÉTELET (Physique sociale) den einzigen geistigen Besitz, der wirklich fortschreitet, nach BUCKLE (History of Civilisation in England) den einzigen wesentlichen Faktor der Entwicklung, da doch der sittliche Gehalt der Menschen stationär bleibe.

Das Maass, in welchem die Wissenschaft das gesellschaftliche Leben beeinflusst, wird denn auch sehr hoch angeschlagen. Es wird hingewiesen auf die Erfindung des Blitzableiters durch Franklin, der Dampfmaschine durch Watt, auf die Freihandelslehre Adam Smiths, auf den Einfluss Rousseaus auf die praktische Politik, auf die Kantische Lehre von der Unzulänglichkeit der menschlichen Vernunft um das Dasein Gottes zu beweisen. Dies alles, sagt etwa *Loria* (Die Soziologie, 1901), diene der Auffassung, dass in der Entwicklung der Menschheit der Primat den *intellektuellen* Vermögen des Menschen gebührt, zur Stütze. Die Pflege dieser Vermögen steht dann auch in der praktischen Politik, bis weit ins 19. Jahrhundert hinein, im Vordergrund. Als hierzulande im Jahre 1867 ein Staatsausschuss das Ergebnis einer vierjährigen Untersuchung nach dem Zustande jugendlicher Fabrikarbeiter in einen offiziellen Bericht zusammenfasste, formulierte er sein Endurteil in folgenden Worten: „Weder zur Feststellung einer unteren Grenze des Lebensalters für das Fabrikkind, noch zur Reglementierung der Arbeitsstunden können wir raten. Das *einzig*e Mittel, von welchem wir gute Resultate erwarten, ist die allen

Eltern aufzuerlegende Verpflichtung, ihre Kinder von bestimmtem Alter während einiger Jahre regelmässig die *Schule* besuchen zu lassen"!

Diese intellektualistische Strömung hat auch auf die Rechts- und Staatslehre sowie auf die entsprechende Praxis grossen Einfluss geübt. Eine endlose Reihe von Dogmen, Doktrinen, Begriffen, Konstruktionen, welche die Politik, die Gesetzgebung, die Jurisdiktion und leider auch die Wissenschaft beherrschten, ist daraus hervorgegangen, was dem Wesen der Sache nach auf eine Zwangsherrschaft des Intellekts hinauslief. Denn wo Dogmen und Doktrinen unser Bewusstseinsleben beherrschen, setzen sie dem Eindringen der Wirklichkeit einen mächtigen Widerstand entgegen. Und starke Stösse von Seiten der Wirklichkeit sind dazu nötig, der Doktrin ihre Herrschaft über die Geister zu nehmen. Alle Wissenschaften haben das erfahren und erfahren es noch jeden Tag. Vor allem sind es aber die Geisteswissenschaften, namentlich die Theologie, welche mit ihren Dogmen unseren Geist in Fesseln legen, wohl deshalb, weil diese ein Gefühlselement in sich haben, welches das Preisgeben der Konstruktionen als schmerzlich empfinden lässt.

Welch eine grosse Rolle spielte beispielsweise im Staatsrecht die Doktrin der „trias politica“; der „Begriff“ der Verfassung: „dasjenige, welches alles andere trägt“ (Thorbecke); das „Wesen“ der konstitutionellen Monarchie; der Begriff „Grundrechte“; der Sinn der „Vertretung“; das „Prinzip“ der Trennung von Staat und Kirche; der „Freiheits“-begriff, die Doktrin der „Souveränität“.

Ein Verzeichnis der praktischen Maassnahmen, wel-

che bloss dadurch, dass dies alles als eine Wissenschaft der Wirklichkeit dargeboten wurde, verzögert oder in der Geburt erstickt worden sind, wäre allzu ermüdend. Es mag genügen zu bemerken, dass alle jene Formeln ziemlich genau ein Stück Geschichte zum Ausdruck brachten, jetzt aber keinen einzigen spornenden Gedanken mehr in sich enthalten. Trotzdem schleppen sie sich fort von Geschlecht zu Geschlecht, und machen die Wirklichkeit der Gegenwart, indem sie dieselbe mit einer Kruste abgelebter Wissenschaft überziehen, unverständlich.

Auf dem Gebiete des Rechtes liegen die Sachen nicht anders, eher noch schlimmer. Eine noch weniger nachgiebige Zwangsjacke ist hier dem Denken angelegt worden. Eine Arbeit von Jahrhunderten ist darauf verwendet worden. Es ist fast unmöglich, sich von derselben zu befreien. Jedenfalls kann man nicht Richter sein, ohne gelernt zu haben, das gesellschaftliche Leben in den Konstruktionen zu sehen, welche davon im Laufe der Zeiten durch die Juristen gebildet und häufig auch in den Gesetzen festgelegt worden sind. Ist es nötig, ein Verzeichnis jener Begriffe hier aufzuhängen? Zu erinnern an die berüchtigte „Rechtsperson“, an den schrecklichen „Besitz“, an die Konstruktion der „unrechtmässigen Handlung“? Es liegt alles eingewickelt in Begriffen und Systemen, welche mit den daraus abzuleitenden Folgerungen das Rechtsleben beherrschen. Und dies alles kann meistens keine andere Bedeutung beanspruchen als diejenige eines Rahmens, in welchen das währenddem veränderte gesellschaftliche Leben noch nur zum kleinsten Teile passt.

Wenn man dies alles überschaut und durchschaut, so erkennt man erst recht, wie wenig die Wirklichkeit im stande war, auf das Bewusstseinsleben der Menschen einzuwirken, da diese Wirklichkeit nur durch das Prisma zum grössten Teil aprioristischer Begriffe und historischer Lehrsätze gesehen werden konnte. Im Gebüsch unserer Dogmatik muss viel aufgeräumt werden, damit man die Wirklichkeit, so wie sie ist, zu Gesicht bekommen kann. Die unmittelbare Berührung mit der Wirklichkeit ist durch alle jene Begriffe, Prinzipien, Systeme und Postulate verloren gegangen. Und so lange wir nicht den dogmatischen Spiegel beseitigt haben, in welchen wir unsere Wahrnehmungen auffangen, bleibt unser Geist an demjenigen festgeschmiedet, was die Geschichte früherer Geschlechter aufgebaut hat. Es ist eine neue Lehrscheule, wo wir hingetrieben werden müssen, eine Lehrscheule, welche uns fähig machen soll, die Dinge auch mit unseren eigenen Sinnen und nicht bloss mit einem durch historische Dogmen zerrütteten Geist zu beobachten und zu verstehen. Unsere Innerlichkeit ist gleichsam in feste Schablonen zertrümmert worden, wodurch ihre Spontaneität ins Stocken geraten ist. Aber der Umschlag ist jetzt nicht mehr weit, und der neue Führer lässt sich bereits erkennen.

III. *Das Gefühlsleben.* Von der ersten Zeit an, da man versuchte, die besonders im 18. Jahrhundert ausgesponnenen intellektualistischen Ideen und Begriffe in der Praxis des Lebens zur Anwendung zu bringen, hat sich die Einseitigkeit des Rationalismus kenntlich gemacht und ist eine Reaktion gegen die Herrschaft

desselben eingetreten. Doch hat diese Reaktion nicht nur übers Ziel geschossen, indem sie auf grund einer Prüfung der ersten Früchte des Rationalismus diese Lebensansicht von Grund aus verwerfen zu müssen glaubte, sondern sie hat sich auch einer diametral entgegengesetzten Lebensansicht in die Arme geworfen, einer Lebensansicht, welche allen Fortschritt in die Wirkung der Kräfte des unbewussten Lebens verlegt, und sich erlaubt, die Tatsachen als Zeichen eines darin verborgenen Willens, dessen Richtung noch niemand hat bestimmen können und dem also ein beliebiger Inhalt untergeschoben werden kann, zu deuten; während diese Tatsachenherrschaft, wie die Praxis lehrt, vorzugsweise dazu benutzt wird, der jetzt bestehenden Ordnung die Krone aufs Haupt zu setzen. Will man also dem Rationalismus gegenüber Stellung nehmen, so bedarf man eines ganz anderen Postamentes, als das historisch Gewordene zu bieten vermag. Mit voller Deutlichkeit haben wir bereits im Anfang dieses Kapitels der betreffenden Sachlage Ausdruck verliehen, indem wir sagten, dass die Lebensführung im Begriffe ist den Platz zu wechseln und vom Intellekte auf das *Gefühl* überzugehen, dergestalt, dass dieser Intellekt seinen Primat, auch in der Rechtsentwicklung, verlieren muss. Den Abschnitt unserer Geschichte, in welchem der Rationalismus die Hauptrolle spielte —, jener Rationalismus, welche nur den Intellekt als Quelle für die Erkenntnis der Wirklichkeit verwendet, derselben mit Dogmen und Doktrinen entgegentritt und sie in einen festen Denkrahen, wo nur der Logik die Entscheidung zufällt, einschliesst —, alles das, was für

das Recht in das berüchtigte Wort „Begriffsjurisprudenz“ zusammengefasst wird, sind wir im Begriffe von uns abzuwälzen, und statt dessen als eine neue Erkenntnisquelle für unsere Pflichten auch und an erster Stelle die Vorschriften des Gefühlslebens anzuerkennen. Des Missverständnisses, wozu diese Formel führen kann, bin ich mir klar bewusst, und wer auf einen schnellen Erfolg ausgeht, findet kaum einen lohnenderen Stoff, als wenn er auf den Gegensatz zwischen Verstand und Gefühl moduliert. Wie vorsichtig und misstrauisch man sein soll, wenn das Gefühl spricht und man nach ihm sein Handeln einrichten will —, der Weise hört nicht auf, uns jedesmal wieder daran zu erinnern. Namentlich wenn man sich in die Psychologie der Massen vertieft, tritt einem ein so unkontrolliertes Gefühlsleben entgegen, dass diese Quelle des Handelns die grössten Gefahren mit sich führt. Dies alles beweist jedoch nur, dass, ebenso wie beim Intellekt dem Verfallen in die Dialektik vorgebeugt werden muss, auch der Herrschaft des Gefühlslebens Grenzen gesteckt werden müssen, wenn sie nicht in ein diffuses Leben nach augenblicklichen Stimmungen entarten soll.

Keineswegs darf aber darum der Satz preisgegeben werden, dass in der Wirkung des Gefühlslebens der mächtigste Faktor des Fortschritts gegeben ist und dass unsere Zeit je länger je mehr sich dieses Gedankens bewusst wird. Es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, dass der Verstand sich als ein Mittel um das Geschehen zu erklären und uns in der unendlichen Verschiedenheit des Konkreten zu orientieren, kenntlich macht,

während dagegen eine Verpflichtung zum Handeln oder Nichthandeln nicht aus dem Intellekt sondern aus dem Gefühlsleben entspringt. Ja die gesammte Normenwelt hat in diesem Teil unserer Persönlichkeit ihre Grundlage, und daraus geht das Wertbewusstsein hervor, welches überall die Führung unseres Lebens in den Händen hat. Andererseits kann aber dieses Bewusstsein uns nichts lehren in bezug auf die Wege der Kausalität. Darüber kann nur der Intellekt Aufschluss geben, wenn derselbe auch häufig sich zu einem Non liquet wird bequemen müssen.

Aber auf diese Verschiedenheit der Funktionen brauche ich hier nicht näher einzugeben, da die Praxis des Lebens seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts es für einen jeden klar gemacht hat, wie das bis dahin zurückgedrängte Gefühlsleben sich in den Vordergrund stellte und die Führung für sich in Anspruch nahm, wodurch es nicht nur das Zeitalter des Rationalismus zum Abschluss führte, sondern zugleich auch die Fesseln des historisch Gewordenen zerbrach. Unter dem Niederschlag, den Geschichte und Tradition in unserem Geiste zurückgelassen hatten, begraben, von der Ueberlieferung zu Ende gedachter Systeme und Lehrstücke bedrückt, konnte das Gefühlsleben kaum zur Aeusserung gelangen und stützte man sich nach wie vor auf Tatsachen und Dogmen, wodurch das Verantwortlichkeitsgefühl abgeschwächt und die Armut an normsetzenden Werten gefördert wurde. Diese Einsicht ist jetzt geweckt worden; sie durchdringt stets mehr das öffentliche und private Leben der Menschen und hat den Läuterungsprozess, den wir auf dem Gebie-

te des Rechtes und des Staates wahrnehmen, in Gang gebracht.

Denn ist es dieser Einsicht nicht zu verdanken, dass grosse blinde Flecke im Gesichtsfeld der Obrigkeit, zu deren Auffindung der Verstand sich als unfähig erwiesen hatte, festgestellt worden sind? Ist nicht namentlich der Ursprung der gesammten „sozialen Gesetzgebung“ in jenem Gefühlsleben zu suchen, und wurde damit nicht ein grosser Teil des intellektualistischen Glaubensbekenntnisses des früheren Geschlechtes zur Seite geschoben? Ebenso verhält es sich mit dem Aufkommen der Schule der freien Rechtsbildung, welche, indem sie sich einer bloss verstandesmässigen Rechtsgewinnung widersetzt, dem in uns lebenden Drange nach Gerechtigkeit Befriedigung zu schaffen versucht. Wie hat nicht das freiere Geistesleben, dem historisch Gewordenen zum Trotz, die gesellschaftliche Stellung der Frau mit Riesenschritten vorwärts gebracht! Auch wollen wir nicht vergessen, wie im Staate das Untertänigkeitsverhältnis zu einer persönlichen Gewalt angefangen hat der Herrschaft des Rechtes Platz zu machen, und solcherweise die Festigung einer inneren Gewalt vollzogen wird. Ueberall hat von diesem Lebenszentrum heraus der Kampf mit dem historisch Gewordenen und mit den rein verstandesmässigen Begriffen angefangen. Der Begriff der „Strafe“ tritt in den Hintergrund, seitdem, sei es auch mit Beibehaltung der alten Namen, die Strafrechtspflege Kindern gegenüber, die Reklassierungsmaassnahmen, die Psychopathengesetzgebung, von einem alle dogmatischen und verstandesmässigen Ueberlegungen verschmähen-

den Gerechtigkeitsgefühl getrieben, ihren Einzug hielten oder im Anzuge begriffen sind. Seht auch, wie anders als früher man jetzt die Aufgabe der Obrigkeit der Armut gegenüber versteht. Jetzt wäre unmöglich, dass ein Staatsminister, wie hierzulande im Jahre 1870, öffentlich und ohne Widerspruch zu finden erklärte, dass „nur in der äussersten Not, *um zu verhindern, dass die betreffende Person umkommen sollte*“, eingegriffen werden darf; oder um eine noch stärkere Aeusserung eines Ministers aus einer etwas früheren Zeit in Erinnerung zu bringen, „dass die Bedürftigen niemals Liebesgaben von Seiten einer bürgerlichen Armenverwaltung empfangen dürfen, sondern nur *in der äussersten Not, nachdem sie viel erduldet haben*, das Unerlässliche, was die polizeiliche Fürsorge bietet, erlangen können“. Dass dies alles nicht mehr gesagt werden, geschweige danach gehandelt werden *kann*, ist ein Ergebnis des neugeweckten Gefühlslebens, das ganz anders und mit weit zwingenderer Kraft reagiert, als wozu sich die intellektuellen Vermögen des Menschen jemals fähig erwiesen haben. Es ist nicht bloss auf grund intellektueller Erwägungen, dass das Frauenwahlrecht an die Tagesordnung gestellt wurde: der Einfluss des weiblichen Gemütslebens auf die Beherzigung der öffentlichen Sache wird von allen Seiten als eine notwendige Ergänzung desjenigen des mehr intellektuell veranlagten männlichen Geistes anerkannt. Auch in der Jurisdiktion, sogar in derjenigen unseres höchsten Rechtskollegiums, werden Entscheidungen durch einen Beruf auf das Gefühlsleben begründet und das „Rechtsgefühl“ als eine normative Quelle anerkannt.

Es stellt sich demnach heraus, dass die neue Grundlage des Rechtes, welche als Quelle der Verpflichtung zum Gehorsam auf das ursprüngliche, sich als Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein kundgebende Geistesleben des Menschen zurückgreift, im Kulturleben unserer Zeit verankert liegt, ebenso wie früher die verstandesmäßige Rechtsgewinnung in der Herrschaft des Rationalismus ihre Stütze fand. Aus dem Bedürfniss nach einem von normativen Werten getragenen Leben ist sie hervorgetreten. Zahlreiche Geisteswissenschaften wie Psychologie, Ethik, Rechtsgelehrtheit, Religion, Metaphysik, kommen daher zu neuer Blüte, um auf verschiedenen Gebieten durch die Kraft und den Inhalt des Gefühlslebens dieses Bedürfnis zu befriedigen und die Normen, auf welche es sich richtet, zu klarerem Bewusstsein zu erheben. Sodass nun endlich die Menschen es wagen zu gestehen und sich dazu zu bekennen, dass im Gefühlsleben eine Quelle wertvollen Handelns vorliegt, wozu der Verstand uns in keiner Weise veranlassen konnte: eine Lehre, welcher die Welt in ihrem früheren vorwiegend verstandesmäßigen Leben nur mit Achselzucken begegnete. Auch der Ergebung in das tatsächlich Vorliegende, wozu die Appellation an das historisch Gewordene mit Notwendigkeit führte, ist ein Ende gemacht worden, da die Einsicht, dass in uns selbst, nicht aber in den Dingen und ihrer historischen Entwicklung, der Wertmaassstab und also die Urquelle unseres Handelns liegt, sich je länger je mehr verbreitet. Für die Rechtswissenschaft ist damit ein lange vernachlässigtes Feld der Untersuchung eröffnet worden. Ihre nächste Aufgabe

ist jetzt, durch die Feststellung des Inhaltes und der Wirkung des Rechtsgefühles und Rechtsbewusstseins die Rechtsentwicklung zu fördern, und zu diesem Zwecke sich in engster Berührung mit dem wirklichen Leben und seiner Geschichte zu erhalten. Durch die Erfüllung dieser Aufgabe wird sie der modernen Staatsidee, welche den Staat auf dem Boden des Rechtes auführt und ausschliesslich die Gewalt des Rechtes als souverän anerkennt, zu höherer Geltung verhelfen, womit die Herrschaft des Staates ein reelleres und dauerhafteres Fundament gewonnen hat, als die Vollkommenheit der Macht ihr jemals bieten kann.

NEUNTES KAPITEL.

DER STAAT.

I. *Die alte Staatsauffassung.* Wissenschaftlich, sagt mit Recht *Jellinek* (*Allgemeine Staatslehre* ² S. 129) ist das Wort „Staat“ ganz vorzüglich brauchbar, weil es uns nichts sagt, und also, wenn es auf gewisse Erscheinungen angewendet wird, uns vor Zweideutigkeit schützt. Auf welche Erscheinungen wird es aber angewendet? Auch hier scheint es, dass wir uns mit Worten zufrieden geben müssen: die Niederlande, England, Belgien, Preussen, Frankreich werden als Staaten bezeichnet. Wenn man sich Rechenschaft davon giebt, was in der Praxis und in der Wissenschaft mit dieser Bezeichnung gemeint wird, so kann man ganz allgemein sagen, dass das Wort Staat eine Ordnung andeutet, welche für einen territorial bestimmten Teil der Menschheit besteht. Die verschiedenen oben genannten Länder unterscheiden sich dann von einander durch das Besondere und Eigentümliche der jedem zukommenden Ordnung.

Welche Ordnung hat man nun dabei im Auge? Die traditionelle Staatslehre findet das Charakteristische derjenigen Ordnung, welche einen Teil der Menschheit zu einem Staate macht, in einem Verhältnis von befehlenden und gehorchenden Personen. Aus besagtem Teil der

Menschheit treten einige Personen hervor, welche Befehle erteilen, und diesen gegenüber befinden alle anderen Personen sich in einem Zustande des Gehorsams. Die Befehlenden sind die Herrscher, sie bilden zusammen die Obrigkeit; die Gehorchenden sind die Untertanen, und werden mit dem Kollektivnamen Volk bezeichnet, „Menschen, die befehlen, und solche, die diesen Befehlen Gehorsam zollen, bilden das Substrat des Staates“ (Jellinek, a. a. O. S. 169). Mit dieser Tatsache begnügt sich aber die Staatslehre, wenigstens die deutsche, nicht. Eine Untersuchung wird angestellt nach dem *Rechte* zu befehlen und nach der *Pflicht* zu gehorchen. Und diese, das Recht und die Pflicht, werden aus dem natürlichen Verhältnis, in welchem eine Gemeinschaft zu ihren Gliedern steht, hergeleitet. Auch beim Staate haben wir es mit einem solchen Verhältnis zu tun. Indem nun bestimmte Personen als Organ der Gemeinschaft angesehen werden, bringen diese die natürliche Mehrwertigkeit der Gemeinschaft zur Geltung und besitzen dieselben demzufolge ein *natürliches* Recht zu befehlen, dem gegenüber also die Glieder der Gemeinschaft einer *natürlichen* Pflicht zu gehorchen unterworfen sind.

Auch die Staatslehre *Duguits* nimmt die Tatsache, dass es Herrscher und Beherrschte giebt, zum Ausgangspunkte für die Erklärung der mit dem Staate gegebenen Ordnung. Aber ihm genügt diese Tatsache; ein Recht zu herrschen giebt es nicht. „La vérité est que la puissance politique est un fait qui n'a en soi aucun caractère de légitimité ou d'illégitimité“ (Traité de droit constitutionnel, 1911, I. S. 37). „Nul n'a le droit

de commander aux autres: ni un empereur, ni un roi, ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle" (a. a. O. S. 41 und 88). Wie diese Tatsache in die Welt gekommen ist, ist eine historische Frage; im allgemeinen ist jener Gegensatz zwischen „gouvernants" und „gouvernés" wohl eine Folge der Erscheinung, dass bei allen sozialen Gruppen der Stärkere herrscht: „les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles". Worin besteht aber diese Stärke? „Cette plus grande force", sagt Duguit, „s'est présentée sous les aspects les plus divers: tantôt elle a été une force purement matérielle, tantôt une force morale et religieuse, tantôt une force intellectuelle, tantôt (et cela bien souvent) une force économique. . . . Ainsi, dans tous les pays, dans tous les temps, les plus forts matériellement, religieusement, économiquement, moralement, intellectuellement ou numériquement, ont voulu imposer et ont imposé en fait leur volonté aux autres" (a. a. O. S. 37, 38). Auch bei Duguit ist jedoch diese Tatsache nicht das letzte Wort, welches er zur Charakteristik der mit dem Staate gegebenen Ordnung ausspricht. Denn die Herrscher stehen unter den Geboten des Rechtes. Die „puissance publique" hat nicht nur die Aufgabe, das Recht zu verwirklichen, sondern sie wird auch vom Rechte dazu verpflichtet. „L'état est fondé sur la force; mais cette force est légitime lorsqu'elle s'exerce conformément au droit" (a. a. O. S. 41, 88). Und diese Rechtsverwirklichung, zu welcher sie kraft des Rechtes verpflichtet ist, offenbart sich dann in dreifacher Richtung, nämlich in der gesetzgebenden, der gerichtlichen und der vollziehenden

Funktion. Die eigentliche normgebende Gewalt ist also das Recht, aber auch dieses Recht ist, ebenso wie in der deutschen Schule, Naturrecht, das modernisierte Naturrecht des Hugo Grotius. Der Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass der Mensch in der Gemeinschaft lebt und leben muss, und eine Gemeinschaft ist undenkbar ohne Solidarität oder „interdépendance sociale“. Grotius würde hier von der „vis socialis“ gesprochen haben. Diese Solidarität schreibt, „par la force même des choses“, dem Menschen Verhaltensregeln vor, nämlich: nichts zu tun, was die Solidarität verletzen würde und alles zu tun, was die Solidarität befestigen und entwickeln kann. „Tout le droit objectif se résume en cette formule, et la loi positive pour être légitime devra être l'expression, le développement ou la mise en œuvre de ce principe“ (a. a. O. S. 17). Das Recht, dem alle und jeder, auch die Herrscher, unterworfen sind, hat also eine eigene selbständige Grundlage. Und in solchem Grade macht Duguit aus der Verbindlichkeit dieses Naturrechtes Ernst, dass das Gesetz nur dann gilt, „si elle est l'expression de ce droit objectif“, denn, sagt der Verfasser, „la loi puise sa force obligatoire non pas dans la volonté des gouvernants, mais dans sa conformité à la solidarité sociale“ (a. a. O. S. 53). Damit ist also annehmbar gemacht was die deutsche Schule vergeblich nachzuweisen versucht hat, dass der Staat durch das Gesetzesrecht gebunden ist. In der deutschen Staatslehre entleiht das Gesetz seinen verbindlichen Charakter der dem Staate zukommenden Gewalt, und kann dasselbe also im Prinzip niemals über den Staat selbst herrschen. Bei Duguit bindet das Ge-

setz, weil und insofern als darin das Recht zum Ausdruck kommt, welches gilt unabhängig vom Staate d. h. „non cette prétendue personne collective et souveraine qui est un fantôme, mais les personnes réelles, qui en fait détiennent la force“ (a. a. O. S. 49).

Mit den hier beschriebenen Auffassungen von dem Charakter der mit dem Worte Staat angedeuteten Ordnung sind die beiden wichtigsten Lehrstücke in bezug auf den Staat erörtert worden. Wir haben die Staatslehre, welche das Recht der Obrigkeit als ein droit divin betrachtet und also das natürliche Obrigkeitsrecht durch ein göttliches Recht ersetzt, bei Seite gelassen. An anderer Stelle (Die Lehre der Rechtssouveränität) habe ich dieselbe in betracht gezogen. Da diese Lehre mehr Glaubenssache ist als Wiedergabe der Wirklichkeit, ist sie einer wissenschaftlichen Untersuchung nicht zugänglich. Auch über andere Auffassungen, wie diejenige der Volkssouveränität, brauche ich mich hier nicht weiter zu verbreiten. Und ebensowenig über ihre neuere Wiederholung unter dem Namen der „souveraineté nationale“ (*Esmein*, ed. Barthélemy, 1914, S. 280 fgg.), welche ebensoweit von der Wirklichkeit entfernt bleibt wie die „volonté sociale“ oder „volonté générale“, die, über den Tatsachen schwebend, diese nicht erklärt, sondern vielmehr einer vorausgesetzten abstrakten Theorie anzupassen versucht.

II. *Kritik.* Was nun die beiden hier in betracht gezogenen Staatsauffassungen anbelangt, ist es, nach demjenigen was in den vorhergehenden Kapiteln über die Grundlage der Gewalt dargetan wurde, kaum nötig,

ihre Unrichtigkeit anders als durch den Nachweis ihres Widerstreits mit den Tatsachen zu erläutern. Beide stellen ja die tatsächliche Existenz einer Ordnung fest, welche uns Herrscher und Beherrschte erkennen lässt, aber sie verlieren dabei einen Hauptpunkt aus dem Auge, nämlich: dass die Herrscher, nach der jetzt in allen Kulturstaaten geltenden Auffassung, ihre Herrschaft dem positiven Rechte entleihen, — einer Auffassung, welche, in den mehrfach zitierten Worten Labands über die Unterworfenheit des Staats unter das Recht, als ein fester Besitz unserer Kultur anerkannt wird. Was die Wähler vermögen, was zur Befugnis der Glieder der Volksvertretung gehört, was in der richterlichen Gewalt enthalten ist, was die Polizei und das Heer zum Auftreten berechtigt, dies alles ist aus dem Rechte herzuleiten und darf nur aus dem Rechte hergeleitet werden; es *gibt* also in Wirklichkeit keine Gewalt, welche sich nicht als Rechtsgewalt zu legitimieren hätte. Es ist der deutschen Schule und auch Duguit nicht oder wenigstens nicht in genügendem Maasse zum Bewusstsein gekommen, dass die Lehre vom Rechtsstaat von einer Lehre zu einer mächtigen Tatsache geworden ist, und dass im Bewusstsein der jetzt lebenden Generation diese fundamentale Wahrheit unbedingte Geltung gewonnen hat: dass, ausserhalb des Rechtes, Niemand, mag er mit Krone, Toga oder Panzer ausgerüstet sein, herrschen kann und darf. Diese Wahrheit, welche sich in der Praxis zu jeder Stunde uns aufdrängt, ist *die* Tatsache, wodurch sich die moderne Staatsidee prinzipiell von der Idee eines natürlichen Verhältnisses zwischen Herrschern und Beherrschten

Obrigkeit und Volk unterscheidet; welche letztere Idee bis zum Aufkommen des konstitutionellen Systems, also bis aufs neue aus dem Rechtsbewusstsein des Volkes heraus die Rechtsbildung stattfand, den Geist der Menschen erfüllt hat. Die deutsche Schule handhabt also noch immer die Staatsidee des ancien régime, wo, der damaligen Wirklichkeit entsprechend, in den Personen der Herrscher die Träger einer selbständigen Gewalt gesehen wurden und für diese Gewalt eine eigene Grundlage gesucht werden musste. Nur die damals verkündeten Grundlagen jener Gewalt hat diese Schule preisgegeben. Der Wille Gottes oder der Wille des Volkes, mitsamt den Vertragstheorien, sind aus dem Gesichtsfelde verschwunden, und an deren Stelle ist eine Rechtsperson auf die Bühne geführt worden, welche man abwechselnd Staat oder Gemeinschaft nennt, und von welcher man nicht nur sagt, dass alle Macht, welche sich früher als persönliche Herrschaft kennen liess, in ihr beschlossen ist, sondern auch, dass die wirklichen Herrscher nur ihrer Beziehung zu dieser Person ihre Befugnis entnehmen. Diese Behauptung trägt das nämliche Merkzeichen, welches auch den Konstruktionen der Staatslehre des ancien régime anhaftet, das Merkzeichen einer tendenziösen Dialektik; jedoch mit diesem grossen Unterschiede, dass, während früher auf diesem Wege nach der Grundlage einer Wirklichkeit gesucht wurde, jetzt für etwas, welches *nicht* mehr Wirklichkeit ist, ein Fundament zu konstruieren versucht wird. Jetzt kennt das Staatsleben keine selbstberechtigten Obrigkeiten mehr; jeder der herrschen will, auch wenn er einen der historischen Titel von ehemals

trägt, muss seine Herrschaft dem Rechte entleihen, und damit ist es zu einem eiteln Bemühen geworden, Stützpunkte zu suchen für eine Gewalt, welche als selbständige Gewalt nicht mehr existiert.

Die Staatslehre Duguits führt zum gleichen Ergebnis. Mit der Behauptung, der Staat sei „un simple fait“, verkennt auch dieser Forscher, dass der Charakter der „gouvernants“ eine Rechtsursache hat und also aus den Normen des positiven Rechts entspringt. Früher liess sich dies bezweifeln, weil der Zusammenhang zwischen der Obrigkeitsgewalt und der Rechtsordnung, unter welcher das Volk lebte, nicht leicht aufzuweisen war; demzufolge damals die besondere Machterscheinung des Staates entweder, wie bei Spinoza, als „simple fait“ anerkannt werden musste, oder, wie bei den meisten Staatsphilosophen, auch auf eine besondere Weise gerechtfertigt wurde. Duguit stellt sich vollständig auf den Standpunkt Spinozas, welchen später noch einmal Von Haller einnahm und wo ein tatsächliches Machtverhältnis — des Stärkeren gegenüber dem Schwächeren — uns als ein Naturprodukt vorgetragen wird. Und dies wird uns keineswegs annehmbar gemacht durch die Verweisung nach allen verschiedenen sozialen Kräften ökonomischer, religiöser, sittlicher, materieller, intellektueller Natur, welche abwechselnd in der Gesellschaft eine herrschende Stellung einnehmen, weil, auch wenn man den Einfluss dieser Kräfte unbedenklich einräumt, damit keineswegs die andere, hier entscheidende Tatsache entkräftet wird, dass die Herrscher ihre Stellung als solche ausschliesslich dem positiven Rechte verdanken. Dass dieses po-

sitive Recht dem Ideale, welches wir uns von demselben gebildet haben, noch nicht entspricht, dass das Rechtsbewusstsein, welches das positive Recht ins Dasein rief, ein mangelhaftes war, dass die zur Rechtsbildung berufenen Personen den gesellschaftlichen Interessen materieller, sittlicher, religiöser, intellektueller Natur nicht unbefangen genug gegenüberstanden —, dies alles kann zugegeben werden, ohne dass damit die Tatsache aufgehoben wäre, dass der Titel der „gouvernants“ jetzt ein positivrechtlicher Titel ist. Auf diesen Punkt muss der ganze Nachdruck gelegt werden. Und wenn man dies im Auge behält, so ist es auch nicht nötig, unsere Zuflucht zu einer naturrechtlichen, aus der „solidarité“ hervorgehenden Rechtsordnung zu nehmen, welche jene tatsächlichen Herrscher im Zaume hält und ihnen vorschreibt, wie sie ihre tatsächliche Macht anwenden sollen. Auch wenn diese Deduktion des Rechtes richtig wäre — was sich nicht kontrollieren lässt, da die Solidarität eine Abstraktion ist und nur dann als wirkendes Prinzip anerkannt werden darf, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Idee unser Rechtsbewusstsein ganz erfüllt, was eine Analyse des Rechtsbewusstseins erfordern würde, welche hier zu Lande von Kranenburg (*Positiefrecht en rechtsbewustzijn*, 1912) zuerst versucht worden ist —, auch dann muss dieses Naturrecht Halt machen vor dem „simple fait“, dass die Herrschaft ohne jede Mitwirkung des Rechtes, sei es des Natur- oder des positiven Rechtes, bestimmten Personen zufällt, ebenso wie beim Individuum das Willensvermögen von Natur da ist. Kann also der Titel des „gouvernant“ von keinem Rechte be-

anstandet werden, weil dieser Titel eben kein Rechtstitel ist, so hat das Recht eine Machtssphäre gegenüber sich, an deren Schwelle die Herrschaft desselben ihre Grenze hat. Denn diese Machtssphäre gehört nicht der Normenwelt an und kann also nicht von Normen beherrscht werden. Die volle Herrschaft des Rechtes kann nicht erzielt werden, und eine zweifache auf verschiedener Grundlage sich stützende Macht, deren eine auf die andere nicht einzuwirken vermag, ist das Ergebnis dieser Staatslehre.

Ist dieselbe also theoretisch unhaltbar, sie ist, wie bereits bemerkt wurde, auch unreal. Denn jeder öffentliche Amtsträger, von dem Wähler, dem Volksvertreter, dem König bis zum Schreiber, zum Minister, zum General, erfüllt sein Amt kraft eines Rechtstitels, welcher nicht nur ihre Verpflichtungen und Befugnisse regelt, sondern sie auch persönlich als „gouvernants“ einsetzt; die Beziehungen zwischen den „gouvernants“ und „gouvernés“ Duguits sind also nicht faktische sondern Rechtsbeziehungen. Und da die Qualität des „gouvernant“ eine Rechtsqualität ist, bleibt also keine Gewalt übrig, welche nicht im Rechte ihre Wurzeln hätte, und kann die mit dem Staate gegebene Herrschaft auf eine einzige Gewalt, die Gewalt des Rechtes, zurückgeführt werden.

III. *Die moderne Staatsauffassung.* Kraft dieser Schlussfolgerung, welche sich stets aufs neue wieder ergibt, muss also, abgesehen von demjenigen, was noch mehr unter dem *Namen* des Staates zusammengefasst wird und was uns später beschäftigen soll, die Idee des

Staates aus dem Rechte heraus bestimmt werden. Indem wir dies tun, können wir feststellen, dass diese Idee sich in der Wirkung eines eigenen, selbständigen Rechtsbewusstseins für einen Teil der Menschheit offenbart. Ein Volk ist Staat kraft des Rechtslebens, welches sich in ihm befindet. Und der eine Staat unterscheidet sich von dem anderen durch den besonderen Maassstab des Rechtswertes, welcher bei der Schätzung der Interessen zur Anwendung gelangt. Mit jeder neuen Quelle des Rechtswertes haben wir es mit einem anderen Rechtsleben und also auch mit einem anderen Staate zu tun. Ist in einem Staate nur eine einzige Nationalität enthalten, so ist dieses eigene Rechtsleben reicher und origineller, und trägt das Volk in allen seinen Gliedern dazu bei, den geistigen Wert, welcher im Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein zu finden ist, zu bestimmen. Die Kulturstaaten unserer Zeit unterscheiden sich von einander hauptsächlich durch ein solches auf Verschiedenheit der Nationalität gegründetes besonderes Rechtsleben, insofern ihre innere Kraft und Bedeutung für die Entwicklung der Menschheit zu einem höheren geistigen Dasein unendlich viel grösser ist, als früher, wo das Staatsleben nur durch die Unterwerfung eines Teiles der Menschheit unter eine ausserhalb des Volkes stehende Obrigkeit kenntlich war. Das kollektive Leben auf dem Gebiete des Rechtes ist spät erwacht, viel später als das kollektive Leben auf den Gebieten der Religion, der Kunst, der Literatur. Aber seit aus dem Volke heraus wieder aufs neue an der Rechtserzeugung mitgearbeitet wird, ist das Rechtsleben der Völker und auch dasjenige der Menschheit augenschein-

lich im Wachsen begriffen, und ist es eben dieses Rechtsleben, in welchem die moderne Staatsidee ihre Grundlage hat.

In dem Maasse wie der geistige Zusammenhang zwischen den Volksgenossen sich lockert, tritt auch das kollektive Rechtsleben zurück. Für zahlreiche Interessen kommt bei der Wertung derselben die Einheit des Maassstabes in Wegfall; und nur dadurch kann ein Staat, der verschiedene Rassen oder Nationalitäten umfasst, im Stande erhalten werden, dass die zentralisierte Rechtsproduktion sich auf ein Minimum beschränkt, wie dies namentlich in Oesterreich der Fall war. Andererseits kann der geistige Zusammenhang zwischen den Völkern verschiedener Staaten in solchem Maasse zunehmen, dass sich ein kollektives Rechtsleben grösseren Umfanges ausbildet, und dass dies zu einer höheren Organisation des Rechtsbewusstseins führt, wofür Deutschland als Typus gelten kann.

Ohne Organisation des Rechtslebens können wir uns jetzt einen Staat schwerlich mehr denken. Dennoch lässt sich in primitiven gesellschaftlichen Zuständen mit wenig differenziertem und geordnetem geistigem Leben die Staatsidee gleichfalls erkennen. Denn auch dort giebt es einen Zusammenhang, welcher aus der meistens instinktiven Wirkung eines eigenen ursprünglichen geistigen Lebens hervorgegangen ist, sei es auch dass darin das Rechtsbewusstsein sich noch nicht als ein abgesondertes Bestandstück jenes Lebens kenntlich gemacht hat. Und auch jetzt noch, und zwar, wie wir später sehen werden, auf dem Gebiete des internationalen Rechtes, lässt sich die Wirkung eines nicht or-

ganisierten Rechtsbewusstseins feststellen, und kommt darin, sei es auch bloss fragmentarisch, die Staatsidee zur Offenbarung.

In allen Kulturstaaten jedoch finden wir eine mehr oder weniger ausgebildete Organisation des in diesen Staaten lebenden Rechtsbewusstseins. Und dies ist der Grund, weshalb der Staatscharakter eines Teiles der Menschheit sich äusserlich an dem Funktionieren eines Organes für die Rechtsbildung erkennen lässt. Welches dieses Organ ist, wird durch die Verfassung des betreffenden Landes angezeigt. Das darin enthaltene Recht ist jedoch schliesslich ebensowenig unverletzlich wie alles sonstwo zu findende Recht. Und die Geschichte ist voll von Beispielen, wo durch die Wirkung des nicht organisierten Rechtes das vorliegende Verfassungsrecht seinen Platz einem anderen räumen musste, um ein anderes Organ oder ein anders organisiertes Organ der Rechtsbildung auftreten zu lassen.

In jedem zur Rechtsbildung bestimmten Organ offenbart sich die Staatsidee, also auch in den Funktionen der Gemeindebehörden und Provinzialstaaten, wo diese als verordnende Gewalten auftreten; diese Organe sind jedoch Produkte einer Rechtsordnung, welche aus der Wirkung einer anderen, höheren Rechtsquelle hervorgegangen ist, und in welcher ihre Zusammensetzung und ihre Befugnisse wurzeln. Jene andere und höhere Rechtsquelle liegt bei dem Einheitsstaate in dem Rechtsbewusstsein, welches für eine die Gemeinden und Provinzen umfassende Gemeinschaft organisiert und zentralisiert worden ist, und aus welchem aller Rechtswert, auch derjenige, auf welchen die Zusam-

mensetzung der „gesetzgebenden Gewalt“ sich stützt, für einen territorial bestimmten Teil der Menschheit ihren Ursprung nimmt, vorbehaltlich der Wirkung des nicht organisierten Rechtsbewusstseins, welches stets, unabhängig vom Joch der geordneten Rechtsproduktion, sich geltend zu machen vermag. Eine Gemeinschaft, der ein solches selbständig wirkendes Rechtsbewusstsein zu grunde liegt, lässt den darin enthaltenen Teil der Menschheit als Staat erscheinen. Damit wird zwar nicht alle Rechtsbildung vom Staate abhängig gemacht — die Wirkung eines Rechtsbewusstseins, welches es auch sei, lässt sich nicht aufhalten —, wohl aber liegt die *Organisation* des Rechtsbewusstseins in der Gewalt des Staates, demzufolge, wenn diese Organisation vorenthalten wird, wenn also etwa den Gemeinden keine Autonomie verliehen wird, die Wirkung des Rechtsbewusstseins der Bürgerschaft in bezug auf die Beherzigung der örtlichen Interessen eine grosse Hemmung erleidet, und fast einer vollständigen Unterdrückung ihres Rechtslebens gleichkommt.

Wenn ein den Staaten übergeordnetes rechtsbildendes Organ zu stande kommt, so kann sich dieses zum Organ einer grösseren Rechtsgemeinschaft entwickeln, welche Gemeinschaft zum Rang eines Staates aufsteigt, wenn die Wirkung des darin enthaltenen Rechtsbewusstseins *selbständig* geworden ist und eine Organisation bekommen hat, welche nicht in der Rechtsordnung der Gliedstaaten wurzelt. Uebrigens hat die Frage, ob eine zusammengesetzte politische Gemeinschaft, etwa ein Bundesstaat, als Staat bezeichnet werden darf und ob dieser Name auch den zu-

sammensetzenden Teilen zukommt, praktisch geringe Bedeutung, da die Befugnis der rechtsbildenden Organe meistens aus dem geschriebenen Verfassungsrecht wird abgelesen werden können. Ausserdem kommt es uns nicht auf den Namen, sondern auf das Wesen an, also auf die Idee des Staates, und diese offenbart sich in der Wirkung einer Rechtsgemeinschaft, welche für einen Teil der Menschheit die Quelle eines selbständigen Rechtswerts bildet. Darum ist Jellineks Begriffsbestimmung des Staates nicht zulässig. Wo er sagt: „der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen“, würden wir dies dem Buchstaben nach gutheissen können, wofern wir nur diese Herrschaft in der Herrschaft des Rechtes finden dürfen. Die deutsche Schule stimmt dem aber nicht bei, sondern nimmt eine unabhängig vom Rechte bestehende Obrigkeitsgewalt zum Ausgangspunkt. Und darin liegt eben der fundamentale Unterschied zwischen ihr und der hier vertretenen Auffassung.

IV. *Der Staat als Interessengemeinschaft.* Wenn in dem Staate eine Gemeinschaft mit einer selbständigen Quelle des Rechtswertes vorliegt, so besteht die einzige Funktion dieses Staates in der Bestimmung des Rechtswertes öffentlicher und privater Interessen, welcher Rechtswert sich in Verpflichtungen zur Wahrung der Interessen, die irgendwelchen Menschen auferlegt werden, offenbart. Mit diesem Satze, dass der Staat eine *Rechtsgemeinschaft* ist und also nur in der Wirkung des Rechtsbewusstseins sein Leben erkennen

lässt, fällt die Auffassung weg, dass der Staat ausschliesslich oder zum teil eine Gemeinschaft zur Beherrschung gewisser Interessen, also eine *Interessengemeinschaft* sein sollte. Denn eben darin offenbart sich die moderne Staatsidee, dass der Staatscharakter eines Volkes ausschliesslich in der Wirkung einer selbständigen Quelle des Rechtswertes zu finden ist, nicht aber in der Sorge für irgend ein Interesse, welches es auch sei. Es giebt zahlreiche öffentliche Interessen wie Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Verkehr, Münzwesen, Rechtspflege, Rechtsbildung, Landesverteidigung, welche Rechtswert besitzen, d.h. für deren Versorgung vom Rechte Verpflichtungen geschaffen worden sind; aber *Staatsinteressen* sind dieselben ebensowenig wie alle die besonderen Interessen, denen ein Rechtswert zuerkannt worden ist und behufs deren Versorgung also ebenfalls Rechtsverpflichtungen existieren. Der Staat ist ausschliesslich ordnende Macht. Wenn man die Sorge für die obenerwähnten öffentlichen Interessen als Staatssorge bezeichnen will, so darf dies nur auf dem Grunde geschehen, dass jene Sorge auf Rechtsverpflichtungen beruht, welche zahlreichen Menschen zukommen, und deren Fundament in dem jenen Interessen zuerkannten, der ursprünglichen Rechtsquelle des Staates direkt oder indirekt entliehenen Rechtswerte liegt. Aber dann gilt das Nämliche auch von der den Eltern zukommenden Verpflichtung, ihre Kinder zu erziehen, und müsste diese Erziehung, da die betreffende Verpflichtung eine Rechtsverpflichtung ist, eine Staatserziehung heissen. Und genau so liegt die Sache in bezug auf alle Handlungen oder Unterlassungen der

Bürger, zu welchen sie durch Rechtsnormen verpflichtet sind. Der Schuldner, der geliehenes Geld zurückerstattet; der Beamte, der Bureauarbeiten verrichtet; der seine Arbeitskraft im Interesse der Industrie anwendet; der Richter, der Prozesse instruiert und behandelt, Urteile abfasst und ausspricht; das Parlamentsglied, welches der gesetzgebenden Versammlung beiwohnt und seine Stimme über Gesetzesentwürfe abgibt, — im Handeln aller dieser offenbart sich die Kraft des Rechtes und haben wir es also mit einem Verhalten zu tun, welches vom Staate hervorgerufen worden ist. Alles ist Staatssache oder nichts ist Staatssache. Für eine Unterscheidung, welche die Arbeit für bestimmte Interessen, wie Rechtspflege, Briefpost und Bankwesen, als Staatsaufgabe bezeichnet, dagegen die Arbeit für bestimmte andere Interessen, wie Kindererziehung, Fabriksarbeit und Dienstbotenleistungen, nicht der Staatswirksamkeit zurechnet, liegt kein Grund vor. Alle diese Arbeiten haben dieses Eine gemeinsam, dass sie stattfinden zur Befolgung von Verpflichtungen, welche das Recht auferlegt hat, und welche also aus den jenen verschiedenen Interessen zuerkannten Rechtswerten sich ergeben. In der Verfügung über den Rechtswert, welcher für alle Interessen dem Ursprung nach der gleiche ist, und ohne welchen in bezug auf kein einziges Interesse eine Verpflichtung, demselben zu dienen, existiert, wurzelt die Realität des Staates, lebt der Staat, lässt sich die Macht des Staates erkennen.

Man hat sich also von der alten Auffassung zu befreien, nach welcher — wie in der Staatsrechtsliteratur

hervorgehoben wird — die Sorge für das Recht, die Handhabung des Rechtes, die Sorge für Wohlfahrt, Sicherheit und Ordnung zur Staatsaufgabe gehören, und in der Verwirklichung dieser Zwecke das Wesen der Staatsgemeinschaft zu finden sein sollte. Demgegenüber hat man an der Auffassung festzuhalten, dass der Staat nichts weiter ist als eine Rechtsgemeinschaft, d. h. ein Stück Menschheit, für welches ein eigener ursprünglicher Rechtsmaassstab existiert, eine ursprüngliche Rechtsquelle wirkt, ein Stück Menschheit also mit eigenem selbständigem Rechtsleben; demzufolge denn keine andere Leistung als die Zuerkennung von Rechtswert an irgendwelche Interessen, die Auferlegung der Verpflichtung, öffentlichen oder besonderen Interessen zu dienen, vom Staate ausgehen *kann*. Dann erheben sich aber zwei Fragen:

Erstens diese: wo liegt der Ursprung jener Auffassung, nach welcher in der Beherzigung bestimmter Interessen das Wesen des Staates zu finden sein sollte? Und zweitens: warum tritt eben in unserer Zeit die eigentliche Idee des Staates, als einer Rechtsgemeinschaft, hervor?

Auf diese Fragen giebt die Geschichte des Staates die Antwort.

V. *Ursprung des Staates als einer Interessengemeinschaft.* Auch in primitiven gesellschaftlichen Zuständen zeigt sich der Staat in der Wirkung einer geistigen Kraft für einen Teil der Menschheit, aber die Zusammengehörigkeit ist hier eher auf eine Blutsgemeinschaft als auf eine reine Rechtsgemeinschaft zurückzuführen, auch darum, weil die geistigen Kräfte, welche

in einer solchen Blutsgemeinschaft herrschen, noch nicht differenziert sind und die Wirkungen des Rechtes, der Sittlichkeit, der Religion sich noch kaum oder gar nicht von einander unterscheiden lassen. Aber auch wenn die Blutsgemeinschaft zu einem besonderen Staate geführt haben mag, — nicht jene Blutsgemeinschaft, sondern die mit dieser biologischen Grundlage zusammenhängende Einheit des geistigen Lebens lässt ein Stück Menschheit, Volk oder Stamm, als Staat in die Erscheinung treten.

Des weiteren kann festgestellt werden, dass die Wirkung jenes geistigen Lebens, und also auch, sofern sie sich unterscheiden lässt, die Wirkung des Rechtes, sich in Gewohnheiten und Verhaltensweisen der Volksgenossen erkennen lässt, also eine bewusste Rechtsbildung noch nicht vorkommt.

Was uns jedoch hier am meisten interessiert ist die Frage nach den Interessen, denen die Rechtsfürsorge zu teil fiel. Von der Tatsache, dass in primitiven Staaten das Individuum noch wenig oder gar nicht in Sicht kam, und also nicht seine Interessen, sondern diejenigen der Gruppe oder der Familie, welcher er angehörte, Berücksichtigung fanden —, von dieser Tatsache wollen wir Notiz nehmen ohne weiter darauf einzugehen. Wohl aber ist es nötig, noch einmal unsere besondere Aufmerksamkeit den sehr allgemeinen Interessen zuzuwenden, welche Beherzigung erfordern, namentlich den militärischen Interessen, welche sich vor allem auf die Sicherung der Selbständigkeit des Stammes anderen Stämmen gegenüber beziehen. Die betreffende Sorge offenbart sich nun in der Anerkennung eines der

Volksgenossen als besonders dazu angewiesen, jene Interessen zu beherzigen. Kraft des Befehlsrechtes, welches er zu diesem Zwecke auszuüben vermag, fällt ihm die Stellung eines Hauptes des Stammes zu und entwickelt sich in ihm die Idee einer Obrigkeit, sei es auch ausschliesslich für die Beherzigung derjenigen Interessen, welche sein Auftreten veranlasst haben. Im Anfang bleibt nun die Macht jenes Hauptes auf dieses einzige Interesse beschränkt, und in der gleichen (Rechts-)ordnung begründet, welche das Gemeinschaftsleben des Stammes beherrscht.

Wenn aber die Kultur sich einigermaassen entwickelt, wird die Sorge für mehrere öffentliche Interessen, wie etwa für Rechtspflege und Verkehr, in den Arbeitskreis jenes Hauptes aufgenommen, demzufolge seine Macht sich bedeutend erweitert. Dazu kommt, als ein entscheidender Faktor für seine herrschende Stellung und für die sich daran knüpfenden staatsrechtlichen Ansichten, das Erblichwerden seines Amtes, womit der Gedanke eines persönlichen Rechtes auf die Gewalt, welcher so lange Zeit sich behauptet hat, sich ausbildet. Die eigentliche Obrigkeitsidee tritt damit deutlich in den Vordergrund; aber das in dieser Idee enthaltene Recht, bindende Befehle zu erteilen, bleibt doch anfangs auf die Versorgung einer Reihe öffentlicher Interessen beschränkt, und in bezug auf diese Interessen leben die Volksgenossen ihm gegenüber in einem Zustande der Unterworfenheit. Im Wesen der Sache bleibt das Haupt ein Beamter, welcher mit der viel umfassenden Aufgabe, eine gewisse Anzahl öffentlicher Interessen zu beherzigen, beauftragt worden ist,

und zu diesem Zwecke über das Recht verfügt, den Bürgern Verpflichtungen aufzuerlegen.

Mit dem Wachstum der absoluten Monarchie tritt in der Praxis und noch mehr in der Staatslehre der Gedanke hervor, dass der Fürst nicht bloss das Organ für eine gewisse Anzahl wichtiger öffentlichen Interessen ist und ausserdem die Befugnis hat, diesen Interessen Rechtssorge zuteil werden zu lassen, sondern dass er ausserdem das Rechtsorgan überhaupt ist, d.h. dass er nicht nur befugt ist, den Rechtswert einiger öffentlicher Interessen zu verwirklichen, sondern dass er über den Rechtswert selbst zu entscheiden hat, also das Organ ist, durch welches die Quelle aller Gewalt wirkt, demzufolge alle Interessen, sowohl die besondern wie die öffentlichen, ihr Recht auf ihn zurückführen müssen.

Dieses in der absoluten Monarchie gegebene Zusammenfallen der doppelten Qualität eines Interessenorgans und eines Rechtsorgans hat bis zum heutigen Tage die Staatsauffassung beherrscht. Einerseits ist mit der Befestigung der absoluten Monarchie die Auffassung des Staates als einer Rechtsgemeinschaft in den Vordergrund getreten; anderseits ist, indem dem Fürsten auch die Sorge für eine Reihe öffentlicher Interessen dauernd zufiel, Ziel und Wesen des Staates in der Beherzigung jener Interessen gesucht worden. Das Heranwachsen des Fürsten von einem mit der Beherzigung gewisser öffentlicher Interessen betrauten Beamten, bis zum Organe des Staates als einer Rechtsgemeinschaft, hat die Einsicht im Wesen des Staates ernstlich gehemmt.

Es wird nämlich die Machts- und Gewaltsidee, wel-

che mit dem Staate als einer Rechtsgemeinschaft notwendig verknüpft ist, in der absoluten Monarchie auf die öffentlichen Interessen, welche der Fürst zu versorgen hat, übertragen, woraus folgt, dass diese Interessen als „Gewalten“ angesehen werden. Die ältere und die neuere Literatur ist noch ganz davon durchdrungen. Man vergegenwärtige sich nur die Aufzählung der *regalia majora* und *minora* als Bestandstücke des Regierungsrechtes des Fürsten, welche nichts weiter sind als ebensoviele öffentliche Interessen, um welche sich der Fürst zu kümmern hatte. Die „*vraies marques de souveraineté*“ des *Bodin* umfassen gleichfalls eine Anzahl fürstlicher Rechte in bezug auf gewisse öffentliche Interessen. Als in späterer Zeit das Bedürfnis nach Dezentralisation der Regierungsfunktionen sich fühlbar machte und die Lehre von der Verteilung der Gewalten allgemeine Anerkennung fand, wurde der Staat als ein Komplex von drei grossen öffentlichen Interessen betrachtet, nämlich dem Interesse einer geordneten Gesetzgebung, dem Interesse der Rechtspflege und dem Interesse der Anwendung, der Exekution und der Strafe. Diese drei Interessen mussten als gesonderte Gewalten beherzigt werden, und in der Beherzigung dieser drei Interessen war der ganze Arbeitskreis des Staates beschlossen. Dieser Auffassung, nach welcher der Staat einen Interessenkomplex darstellt, ist auch die gegenwärtige Staatslehre noch keineswegs entwachsen. Besonders in der deutschen Literatur, wo ausführlich über Polizeigewalt, Finanzgewalt, Kirchengewalt u. s. w. gehandelt wird, tritt dies klar an den Tag.

Diese Gleichsetzung von Interessen und Gewalten, eine Folgeder Tatsache, dass das nämliche Organ, welches als Rechtsorgan Macht betätigen konnte, gleichzeitig auch mit der Versorgung der öffentlichen Interessen beauftragt worden war, hat dazu geführt, dass die öffentlichen Interessen, um welche der König sich kümmerte, eben deshalb als an und für sich mehrwertige angesehen wurden, — einer Auffassung, welche einen prinzipiellen Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Rechte mit sich brachte. Man übersah dabei, dass der König, sofern er irgendwelche Interessen versorgte, in dieser Hinsicht mit jedem anderen Interessenträger auf durchaus gleicher Stufe stand, und für seine Interessen nur insoweit Geltung beanspruchen konnte als der Rechtswert derselben anerkannt worden war. Man übersah dies, weil der König zugleich auch das Staatsorgan war und als solches den Rechtswert in der Hand hatte. Dadurch wurde allem was der König unternahm, das Gepräge der Gewalt aufgedrückt. Mit einer Ausnahme jedoch, welche für den Gegensatz zwischen dem Staate als einem Interessenkomplex und dem Staate als einer Rechtsgemeinschaft bezeichnend ist. Wenn nämlich der König für die Versorgung der ihm anvertrauten Interessen die Mittel des gemeinen Rechtes anwendet und also auf dem Gebiete des Privatrechtes sich bewegte, kam es zum Bewusstsein, dass hier nicht eigentlich für den Staat, sondern für einen Komplex von Interessen aufgetreten wurde, welche, um sich anderen Interessen gegenüber durchsetzen zu können, eben aus jenem Rechte ihren Rechtswert schöpfen mussten, während

der Staat „als solcher“, d.h. als wertschaffende Rechtsquelle, niemals in anderer Weise als durch Aeussierung einer Gewalt sich kenntlich machen kann. Dieses Bewusstsein rief die Unterscheidung zwischen Staat (Obrigkeit) und Staat (Fiskus) hervor, mit welchem letzteren Namen zum teil die schlummernde Einsicht zum Ausdruck gebracht wurde, dass hier nicht der Staat, sondern eins der zahlreichen gesellschaftlichen Interessen hervortrat, von welchen man jedoch annahm, dass sie mit dem Staate enge zusammenhingen, da sie von dem nämlichen Organe versorgt wurden, welches auch dazu berufen war, den Staat als Rechtsgemeinschaft zu vertreten.

Aus dem Umstande also, dass die absolute Monarchie, d.h. die Regierungsform, in welcher der Fürst Rechtsorgan ist, aus der Konzentration der Versorgung zahlreicher öffentlichen Interessen in ein identisches Organ, einen identischen Beamten hervorgegangen ist, infolgedessen also Rechtsbildung und Interessenfürsorge in eine einzige Hand vereinigt waren, ist die noch stets herrschende Auffassung hervorgegangen, dass auch bei der Beherzigung bestimmter Interessen, z. B. bei der Sorge für die Landesverteidigung, bei der Rechtspflege, dem Verkehr, der Armenpflege, der Staat sich betätigt; ist die noch nicht überwundene Ansicht hervorgegangen, dass gewisse öffentliche Interessen per se, also unabhängig von aller Rechtswertung, sich als rechtmehrwertige Interessen geltend machen dürfen; ist der prinzipielle Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht hervorgegangen, welcher sich in einem Gegensatz der Sub-

jekte, deren wechselseitige Verhältnisse geregelt werden, offenbart, indem im Privatrechte gleichwertige Interessenträger einander gegenübergestellt werden, während im öffentlichen Rechte ungleichwertige Interessenträger: der Staat-Obrigkeit und der Bürger-Untertan, einander gegenüber treten; ist endlich die unauflöbliche Frage hervorgegangen, ob der Staat durch das Recht gebunden sein kann, eine Frage, welche bejahend oder verneinend beantwortet wurde, je nachdem man sich den Staat als das Subjekt eines Komplexes öffentlicher Interessen, oder aber als eine Rechtsgemeinschaft vorstellte.

VI. *Ursprung des Staates als einer Rechtsgemeinschaft.* Wir kommen jetzt zur zweiten oben aufgeworfenen Frage, nämlich derjenigen nach der Ursache, weshalb die eigentliche Staatsidee, welche den Staat ausschliesslich als eine Rechtsgemeinschaft auffasst und also die Wirkung einer ursprünglichen, selbständigen Wertquelle kenntlich macht, endlich wieder in der Praxis und in der Lehre hervorgetreten ist.

Das konstitutionelle System macht, wenigstens auf dem Kontinent, am Ende des achtzehnten und am Anfang des neunzehnten Jahrhunderts seinen Eintritt in die Welt in der Form der konstitutionellen Monarchie, deren Bedeutung am allermeisten in der Beteiligung des Volkes bei der Ausübung der Staatsgewalt gesucht werden muss. Das „Volk“ war hier zwar nicht das ganze Volk — es gelangte nur eine kleine Gruppe gesellschaftlich Bevorzugter zur Vertretung —, die Hauptsache war aber, dass die Ausübung der Gewalt

des Fürsten mit dem Volke geteilt werden musste. Von welcher Gewalt war hier aber die Rede? War es die Gewalt des Fürsten als des Organes des Interessenkomplexes, für welchen er als erster Beamter des Reichs zu sorgen hatte, oder bezog sich jene Teilung auf die Gewalt, welche der Fürst als Rechtsorgan zur Geltung bringen konnte? Es ist bekannt, dass hauptsächlich ein Anteil an der Ausübung der zuletzt erwähnten Gewalt der Vertretung überlassen wurde, und nur ausnahmsweise auch ein solches in demjenigen, was man die Verwaltungsaufgabe des Staates nannte. Ausser in der Mitwirkung bei der Abschliessung von Verträgen, trat diese Beteiligung besonders hervor im Budgetrecht der Vertretung, mittels dessen sie bei der Verteilung der Steuereinnahmen ihr Wort mit in die Schale werfen konnte.

Die Hauptsache blieb jedoch der Anteil an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt. Damit wurde aber noch nicht ein Anteil an der Rechtsbildung in ihrem ganzen Umfang gemeint, sondern bloss ein Anteil entweder an der Feststellung des Bürgerlichen und Strafrechtes, oder in bezug auf namentlich angeführte Gegenstände. Insbesondere war ihr während langer Zeit die Befugnis versagt, sich bei der Rechtsbildung für öffentliche Interessen zu beteiligen; alles was die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit, oder allgemein, in der Terminologie jener Zeit, die Polizeigewalt des Staates betraf, blieb ihrer Einmischung entzogen. Daher der Streit über die Frage, wie weit gegenüber der gesetzgebenden Gewalt, welche der König mit der Volksvertretung teilen musste, das dem Könige allein

zustehende Verordnungsrecht reichte. Wie beschränkt jedoch auch anfangs der Anteil der Volksvertretung an der Ausübung der Staatsgewalt gewesen sein mag, es war damit doch der erste Schritt getan um die Eigenschaften, welche dem Organ des Staates als eines Komplexes mehrerer öffentlichen Interessen, und dem Organ des Staates als einer Rechtsgemeinschaft zukommen, zu trennen. Zu einer vollständigen Trennung kommt es erst, wenn, sei es durch die Einführung der republikanischen Regierungsform, sei es durch Umbildung der konstitutionellen Monarchie zum sogenannten parlamentarischen System, die Volksvertretung als ausschliessliches Rechtsorgan zu funktionieren anfängt und also die Regierung ausserhalb der Rechtsbildung gestellt wird. Für sie bleibt dann übrig die Funktion eines Organes für den Komplex öffentlicher Interessen, womit also die Verbindung dieser beiden Eigenschaften in einer Person, welche mit der absoluten Monarchie zustande gebracht war, ein Ende nimmt. Die Trennung ermöglicht es, das „Haupt des Staates“ unter die Herrschaft des Rechtes zu stellen, und also auch für die öffentlichen Interessen, welche in ihm ihr Organ hatten, die Forderung durchzuführen, dass diese Interessen, genau so wie andere, nur gelten dürfen, wenn und in sofern als denselben ein Rechtswert zuerkannt worden ist. Die Erfüllung dieser Forderung wird durch die Lehre vom Rechtsstaat zum Ausdruck gebracht.

Mit der Einsetzung eines ausschliesslich auf die Rechtserzeugung eingerichteten Organs und mit der durch die Lehre vom Rechtsstaat geforderten Unter-

werfung des aus der absoluten Monarchie herübergenommenen Königtums, tritt in der Praxis allmählig der Gedanke hervor, dass, wo als die einzig verpflichtende Gewalt das Recht erkannt worden ist und die alte, ein persönliches Recht auf die Gewalt setzende Obrigkeitsidee verschwindet, die eigentliche Staatsidee in der Gemeinschaft des Rechtes zu finden ist. Bereits bei *Kant* finden wir diesen Staatsbegriff angedeutet, wo er in § 45 seiner Rechtslehre sagt: „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“. Und nach ihm sind es *Stahl* und *Lasson*, bei denen der nämliche Gedanke in folgender Formulierung auftritt: „Der Staat ist die realisierte Rechtsordnung“. Aber weder bei dem einen noch bei den anderen ist der darin enthaltene Gedanke zu vollem Bewusstsein gekommen, da zu jener Zeit die Rechtsbildung noch geringe Bedeutung hatte, bloss gelegentlich statt fand, und, sofern sie mehr bedeutete, eher kodifizierend als reformatorisch vorging. Weit mehr richtete sich die Aufmerksamkeit auf die alltägliche Wirksamkeit der Regierungsgewalt, welche mit den ihren Befehlen unterstehenden Soldaten und Polizeibeamten Ruhe, Ordnung und Sicherheit gewährleistete; auf die fiskale Verwaltung, welche den Bürgern einen Teil ihrer Einnahmen entzog; auf die richterliche Gewalt, welche, mit Strafe und Exekutionsgewalt ausgerüstet, die Justiz dem Volke fühlbar machte. Hier war eine Gewalt, eine Obrigkeit; und da von altersher mit dem Staatsbegriff die Obrigkeitsidee verbunden war, erkannte man vorwiegend in diesen Betätigungen Offenbarungen der Staatsgewalt. Der

Gedanke, dass alle diese Betätigungen Ausflüsse eines den öffentlichen Interessen zuerkannten Rechtswertes waren und dass also nur durch die Zuerkennung jenes Rechtswertes eine Ausübung der Gewalt stattfand —, dieser Gedanke konnte erst zur Reife kommen, als seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts die Rechtsproduktion zu voller Wirksamkeit gelangte, und sowohl für öffentliche wie für besondere Interessen die Gesetzgebung in Strömen zu fließen begann. Für die öffentlichen Interessen ergibt sich dies aus der Erweiterung des Verwaltungsrechtes, welches für den administrativen Betrieb eine vom gemeinen Rechte abweichende Ordnung zu stande brachte. Für die besonderen Interessen findet man im Emporkommen der sozialen Gesetzgebung die Offenbarung der zunehmenden Herrschaft des Rechtes, indem jetzt zahlreichen besonderen Interessen, denen bis dahin keine oder eine ungenügende Rechtssorge zu teil geworden war, ein Rechtswert beigelegt wurde. Damit zeigt sich stets deutlicher, dass, da sowohl öffentliche wie besondere Interessen sich nur kraft des Rechtes zur Geltung bringen können, in diesem *Rechte* die einzige wesentliche Quelle der Gewalt zu finden ist. Und dies öffnet nun mit einem Schlage die Augen für den wesentlichen Charakter des Staates, nämlich dafür, dass der Staat eine *Rechtsgemeinschaft* ist. Das alte, stets wieder aufs neue aufgestellte Merkmal des Staates: die Macht, und die Begriffsbestimmung dieses Staates als einer Machterscheinung können wir auch weiterhin zulassen, unter dieser einzigen Bedingung, dass in bezug auf diese Macht anerkannt werde, dass sie sich im Rechte offen-

bart, und in keiner anderen Weise als durch die Erlassung einer Rechtsnorm sich zur Geltung bringen kann. Zugleich ist dann aber auch hieran festzuhalten, dass ausschliesslich in der Erzeugung des Rechtes, sei es mittels der Gesetzgebung, sei es auf dem Wege des ungeschriebenen Rechtes, der Staat sich kenntlich macht. Nicht also in der Anwendung von Exekution oder Strafe, nicht in der Arbeit der Richter oder des Heeres und der Polizei, nicht in den Beratungen und Abstimmungen der Volksvertreter und in der Wahl der Abgeordneten, nicht im Bestellen von Telegrammen und Briefen, nicht im Anlegen von Eisenbahnen und Bergwerken, nicht in der Auszahlung von Alters- oder Invaliditätsrenten, nicht in der Verwaltung von Sparkassen —, nicht, mit einem Worte, in irgend einer beliebigen Betätigung zur Versorgung irgend eines beliebigen Interesses, sondern ausschliesslich in der Wirksamkeit jener Wertquelle, welche eine Norm zur Rechtsnorm erhebt und kraft deren alle jene Betätigungen stattfinden, nur darin erkennen wir die Offenbarung der Staatsidee.

VII. *Die Organisation der Interessengemeinschaft.*
Es wäre wünschenswert, dass die Praxis und die Wissenschaft die Trennung zwischen dem Staate als einer Rechtsgemeinschaft und dem Staate als einem Interessenkomplex in ihrer Terminologie zum Ausdruck brächten. In unserem konstitutionellen Rechte ist dies geschehen, indem der Staat als Interessenkomplex mit dem Namen *Reich* bezeichnet wird. Aber meistens unterscheidet man nicht und werden die verschiedenen

Verwaltungszweige als Teile der *Staatsverwaltung* angesehen, infolgedessen die Meinung sich behauptet, dass die Staatsidee sich auch in der Versorgung bestimmter Interessen erkennen lässt. Dass in dieser Hinsicht die Terminologie rückständig ist, ist der Vorstellung zuzuschreiben, dass jene Teile der Verwaltung in der Regierung ihren Vereinigungspunkt haben und dass die Regierung als das Zentralorgan des Staates zu betrachten ist. Diese Vorstellung stimmt jedoch je länger je weniger zur Wirklichkeit.

An erster Stelle tritt stets deutlicher an den Tag, dass der Staat als Interessenkomplex keine Einheit ist, weder materiell, in dem Sinne dass eine bestimmte Gruppe von Interessen als spezifische Staatsinteressen anzusehen wäre, noch formell, in dem Sinne dass alle öffentlichen Interessen einem identischen Organe: der Regierung, zur Beherzigung überlassen sein sollten. Dass der Staat materiell keine Interesseneinheit bildet, — daher wir auch durchgängig von einem *Komplexe* öffentlicher Interessen geredet haben — ist im vorhergehenden mehrfach ins Licht gestellt worden. Man kann zwar auf gewisse Interessen hinweisen, welche versorgt werden *müssen*, aber dies gilt in gleichem Maasse von öffentlichen und von besonderen Interessen. Es lässt sich in unserer Zeit unter den Kulturvölkern kein einziger Staat mehr auffinden, welcher die Sklaverei gestattete; die Interessen jedes einzelnen Menschen müssen in der Gemeinschaft mitzählen, genau so wie in jedem Staate das öffentliche Interesse der Rechtspflege oder des Briefverkehrs. Aber diese Versorgung besteht hier ebenso wie für alle anderen

Interessen in dem jenen Interessen zuerkannten Rechtswert, und demzufolge sind dieselben weder ausschliesslich noch mehr oder weniger als andere, gleichfalls der Rechtssorge anheimgestellte Interessen als Staatsinteressen zu bezeichnen.

Jedoch auch formell bildet der Interessenkomplex, welcher mit den Grenzen des Staates zusammenfällt, keine Einheit. Denn die Zeit liegt schon weit hinter uns, wo die Sorge für jene Interessen einem einzigen Organe, dem Könige, anvertraut war, welches Organ damals seine Aufgabe durch Vermittlung eines ihm untergeordneten Personals erfüllte. Eine Dezentralisation hat stattgefunden, durch welche die verschiedenen Dienstzweige mehr oder weniger selbständigen Behörden überwiesen worden sind. Wir finden dieselbe zuerst in den Ministerien, welche eben so viele selbständig funktionierende Verwaltungszweige bedeuten, wenigstens in denjenigen Ländern, wo durch die Ministerverantwortlichkeit die Regierungsmacht des Königs ausgeschaltet worden ist. Deutlicher jedoch fällt die Dezentralisation ins Auge, wo für die Beherzigung öffentlicher Interessen besondere Organisationen ins Dasein gerufen worden sind, welche mehr oder weniger selbständig der Regierung gegenüberstehen, und sogar bisweilen, wie die Reichspostsparkasse, als Rechtspersonen behandelt, und auch von der richterlichen Macht als solche anerkannt werden. Als eine selbständige Verwaltung ist diejenige, welche mit der Versorgung der Rechtspflege beauftragt war, die älteste, wenigstens sofern es die Rechtspflege auf dem Gebiete des bürgerlichen und des Strafrechtes be-

trifft. Jetzt aber bekommen zahlreiche andere öffentliche Interessen eine von der Regierung unabhängige Organisation, daher denn, wenn man in der Sprache der Lehre von der Verteilung der Gewalten reden will, neben der richterlichen Gewalt noch eine ganze Anzahl weiterer Gewalten sich entwickelt haben. Die Post, die Telegraphie und Telephonie, der Bergbetrieb, der Münzbetrieb, die öffentliche Gesundheitsverwaltung, die Universitäten, die Versicherungsbank, die Arbeitsinspektion sind zu Körperschaften ausgebildet worden, welche mehr oder weniger unabhängig von der Regierung sind und zum teil sogar einen eigenen Etat von Einnahmen und Ausgaben besitzen, sodass sich zahlreiche Verwaltungszweige anweisen lassen, in welchen dasjenige, was vormals unter dem Namen der vollziehenden Gewalt der unmittelbaren Sorge der Regierung unterstand, jetzt davon abgesondert worden ist. Für ganze Reihen von Interessen, welche für das Gesamtterritorium des Staates Bedeutung haben, ist also der Gedanke selbständiger Interessenorgane verwirklicht oder in der Verwirklichung begriffen. Mag man aber diese Dezentralisation beliebig weit durchführen, es bleibt doch immer ein Interessenkomplex zurück, für welchen die Regierung zu sorgen haben wird. Hier findet sich das Organ für das Reich, d.h. das Organ für alle jene mit den Grenzen des Staates zusammenfallenden öffentlichen Interessen, für deren Beherzigung kein besonderes Organ vorgesehen ist. Der französische Publizist *Duguit*, der in „Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état“ (1908) und zuletzt in „Les transformations du droit public“ (1913) ein offe-

nes Auge zeigt für die reale Organisation des Staates als einer Interessengemeinschaft, denkt sich eine Zukunft, in welcher alle Zweige des öffentlichen Dienstes, das Heer und die Polizei eingeschlossen, zu selbständigen Syndikaten umgebildet sein werden. Jedoch auch dann wird noch immer ein Rest von vorübergehenden oder unvorhergesehenen Interessen übrigbleiben, welche notwendig in der Regierung ihr Organ finden müssen. In dem Maasse aber wie die Dezentralisation in der Verwaltung fortschreitet, schrumpft der Arbeitskreis des Regierungsorgans als eines Interessenorgans zusammen, und kann die Regierung, weit mehr als jetzt der Fall ist, der Vorbereitung der Rechtsbildung ihre Kräfte widmen.

Mag sich jedoch in der Zukunft dies alles entwickeln wie es will, bereits heute lässt sich deutlich erkennen, dass die Verwaltung der öffentlichen Interessen nicht mehr wie früher, als diese Verwaltung in ihrem ganzen Umfang Regierungssache war und die Regierung diese ihre Aufgabe mit Hilfe der ihr untergeordneten Beamten erfüllte, ihre Einheit im Regierungsorgan findet, sondern dass diese Einheit in einem vom Recht erzeugten Verbands von Verwaltungszweigen, deren Organisation gleichfalls vom Rechte geregelt wird, zu suchen ist. Wir sehen also, wie sich vor unseren Augen allmählig eine andere Dezentralisation vollzieht als diejenige, welche in der Autonomie der Provinzen und Gemeinden vorliegt, ein Dezentralisation auf sachlicher Grundlage, zur Beherrschung aller jener öffentlichen Interessen, welche die Staatsgemeinschaft angehen. Bis jetzt hat diese Dezentralisation sich noch

nicht in anderer Form offenbart als in der Einsetzung einer selbständigen Verwaltung, welche sich der Gestalt einer Rechtsperson annähert; eine rechtsbildende Befugnis ist derselben nur noch sporadisch zuerteilt worden. So hat etwa die Verwaltungsbehörde, die mit der Ueberwachung der Ausführung der Arbeitsgesetzgebung beauftragt worden ist, in einigen Fällen das Recht, für die ihr anvertrauten Interessen Rechtsvorschriften zu erlassen (Arbeiterssicherungsgesetz; Steinarbeitergesetz). Wo auf die Notwendigkeit einer Erweiterung der rechtsbildenden Organe im vorhergehenden bereits hingewiesen wurde, kann es nicht unwahrscheinlich heissen, dass die Dezentralisation der Verwaltung dazu führen wird, dass die administrativen Organe derjenigen Interessen, welche ohne rechtsbildende Befugnis nicht gehörig beherzigt werden können, mit gesetzgebender Gewalt bekleidet werden.

In dieser Dezentralisation, welche selbstverständlich stetig fortschreitet, jemehr verschiedene Arten von Interessen sich als öffentliche Interessen erkennen lassen und dafür besondere Verwaltungszweige ins Leben gerufen werden, zeigt sich stets deutlicher, dass der Staatsbegriff nicht durch die Beherzigung irgendwelcher Interessen, sondern ausschliesslich durch die eigene ursprüngliche Rechtsquelle, von woher alle jene Interessen und alle sonstige Interessen ihren Rechtswert erhalten, bestimmt werden muss. Noch immer herrscht jedoch in der Staatslehre der Staatsbegriff der absoluten Monarchie, in welcher die Rechtsbildung einen sehr geringen Teil desjenigen, worum der Fürst sich zu kümmern hatte, umfasste, und die Versorgung

einer gewissen Anzahl von öffentlichen Interessen seine normale Funktion bildete. Jetzt, in der neueren Staatslehre, ist der „Staat“ zum Subjekte der Macht des Fürsten geworden, und was früher als königliche Gewalt bezeichnet wurde, wird jetzt als Staatsaufgabe betrachtet. Und damit wurde die zweifache Funktion, welche in der königlichen Gewalt enthalten war, auf den Staatsbegriff übertragen, während doch nur die vom König ausgehende Rechtsproduktion als eine Wirkung des Staates angesehen werden konnte. Unter den Folgen dieses Missgriffs hat die Staatslehre jetzt noch immer zu leiden. In allen Verpflichtungen, welche zur Beherzigung öffentlicher Interessen erfüllt werden müssen, erblickt sie etwas anderes als in den Verpflichtungen, welche behufs besonderer Interessen der Bürger zu befolgen sind. Sie bezeichnet dieselben als Staatsgeschäfte, weil mit der Einsetzung des Staates an die Stelle des Königs alles was der König verrichtete, also auch seine Sorge für die öffentlichen Interessen, jetzt der „Staats“-aufgabe zugerechnet werden musste, indem man vergass, dass der König hier nur als Beamter mit einem ihm untergeordneten Personal tätig war, wie jetzt Hunderttausende unmittelbar in den Dienst der öffentlichen Interessen gestellt worden sind. Die Bedeutung des Staates liegt nicht in der Versorgung irgend eines Interesses, sondern nur darin, dass von ihm der *Rechtswert* der Interessen festgestellt wird. Der Staat als eine Rechtsgemeinschaft ist ohne Zweifel durch die absolute Monarchie wieder in den Vordergrund gestellt worden; da jedoch die absolute Monarchie aus der Anhäufung der Sorge für öffentliche

Interessen bei einem einzigen Organe, dem König, hervorgegangen ist, hat diese Regierungsform es mitverschuldet, dass bis zum heutigen Tage auch in der Beherrigung dieses oder jenes Interesses das Spezifische des Staates gefunden wurde. Erst mit der Loslösung der Interessensorge von der Rechtsproduktion, einer Folge der Wiedereinführung des Repräsentativsystems und erst als in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts die Bedeutung des Rechtes, infolge der riesigen Rechtsproduktion, wieder aufs neue zum Bewusstsein kam, lebt die Einsicht in die Natur des Staates wieder auf, und wird er wieder als eine Rechtsgemeinschaft erkannt.

Aus nichts erhellt deutlicher, wie gross die Gedankenverwirrung in der herrschenden Staatslehre ist, als aus demjenigen, was über die Beziehung zwischen dem Staat und dem Rechte gelehrt wird. Während der Staat als rechtschaffende Person dargestellt wird, wird er zugleich als dem Rechte unterworfen konstruiert. Dieser offenbare Widerspruch ist unlösbar. Erst dann wenn man aus dem Staatsbegriff den Komplex öffentlicher Interessen entfernt, und im Staate nichts weiter sieht als eine Rechtsgemeinschaft, wird klar, dass dasjenige, was man als Unterworfenheit des Staates dem Rechte gegenüber bezeichnet, nur die Unterworfenheit der öffentlichen Interessen diesem Rechte gegenüber bedeutet. Der Staat als eine Rechtsgemeinschaft, als ein Stück Menschheit, wofür eine ursprüngliche Wertquelle des Rechtes besteht und wirkt, kennt keine Unterworfenheit, da das Recht kraft seiner Natur „selbstherrlich“ ist.

Wenn die Staatslehre bis zu diesem Punkte gekommen ist, steht sie jedoch vor der Frage, wie das internationale Recht, dessen verbindende Kraft auch für die Staaten keinen Widerspruch zulässt, mit der Auffassung des Staates als einer Rechtsgemeinschaft in Uebereinstimmung zu bringen ist.

Die Antwort auf diese Frage führt uns schliesslich zu einer Erörterung über den Charakter des internationalen Rechts.

ZEHNTES KAPITEL.

DIE INTERNATIONALE RECHTSGEMEINSCHAFT.

I. *Die Autorität des internationalen Rechtes.* A. *Ableitung der Gewalt aus der Staatsgewalt.* Das internationale Recht hat, wie jetzt in der Theorie und in der Praxis allgemein angenommen wird, gleichwertige Ansprüche auf den Namen eines Rechtes, wie das Recht, welches aus den nationalen Rechtsgemeinschaften hervorgeht. Aber auch auf dem Gebiete des internationalen Rechtes erfährt die Erklärung der Herrschaft dieses Rechtes den Einfluss der Obrigkeitsidee, in gleicher Weise wie die Staatsidee und die Verbindlichkeit des nationalen Rechtes diesen Einfluss erfahren haben.

Solange man die Begründung der Herrschaft des Rechtes in einer Macht ausserhalb des Rechtes sucht und diese Macht im Staate findet — eine Auffassung, nach welcher die Obrigkeit mit ihrem ursprünglichen Befehlsrechte im Staate personifiziert ist — muss auch die Herrschaft des internationalen Rechtes in der Staatsgewalt begründet sein. Zu einer selbständigen Herrschaft des internationalen Rechtes kann man auf diesem Wege niemals gelangen. Und ohne *selbständige* Herrschaft kann von einem Rechte nicht die Rede sein. Man bemerkt bisweilen selbst nicht, in welche Widersprüche man sich verwickelt. DE LOUÏER (Het stellig volkenrecht, 1910, I, S. 17 fgg.) behauptet z. B. vom

Völkerrecht, dass es kraft des freien Willens der Staaten von unten auf aufgebaut sei, und diesem auch seine Sanktion entlehne. Wäre dies richtig, so verlöre das Völkerrecht sofort seine Geltung für denjenigen Staat, welcher demselben die Sanktion wieder nimmt. Weiter als bis zu einer Selbstbeschränkung kann diese Lehre nicht führen. Und man gewinnt nichts dabei, wenn man zwischen einer *Rechtsbefugnis*, welche unberührt bleibt, und einer *Handlungsbefugnis*, welche eingeschränkt wird, unterscheidet, denn diese Einschränkung ist, dem vorliegenden Gedankengang zufolge, aus dem eigenen Willen des Staates hervorgegangen. Trotzdem betont der nämliche Verfasser die Verwerflichkeit der Lehre, nach welcher „ein souveräner Staat nicht länger durch seinen eigenen Willen beschränkt ist als dieser Wille dauert“, da dieselbe „die Fundamente, auf welchen der Bau des Völkerrechtes ruht, untergräbt“, während doch genau diese Lehre sich aus seiner Konstruktion der Verbindlichkeit des Völkerrechtes ergibt! Auf der irrealen Grundlage der Staatssouveränität kann kein internationales Recht gebaut werden. Dennoch wird dies jedesmal wieder aufs neue versucht. ULLMANN (Völkerrecht, 1908, S. 6) erkennt z. B. die Existenz einer internationalen Gemeinschaft an, sieht ein, dass dieselbe Beschränkungen für die Staaten mit sich führt, bleibt aber in der Idee der Staatssouveränität gefangen und ist also genötigt, die Wirkung des internationalen Rechtes auf eine „Selbstbeschränkung“ der Staaten zurückzuführen. Vom juristischen Standpunkte aus, sagt er, kann „von einer wirklichen Einbusse an der eigenen Selbständigkeit und Unabhängig-

keit des Staats im Bereich seiner völkerrechtlichen Wirksamkeit überhaupt nicht die Rede sein, denn alles was der Staat im Hinblick auf den Schutz und die Pflege solidarischer Interessen und Verpflichtungen auf sich nimmt, . . . wurzelt in letzter Reihe gerade in seiner Selbständigkeit und Unabhängigkeit — in seiner *Souveränität* und seiner *freien völkerrechtlichen Persönlichkeit*. Kraft der Souveränität und der damit gegebenen Fähigkeit, den eigenen Willen durch autonome Akte zu beschränken, ist überhaupt die . . . Möglichkeit einer Ordnung der Lebensverhältnisse der Staaten und Völker . . . gegeben”.

Es ist klar, dass das Festhalten an der Obrigkeitsidee, samt der damit verbundenen Souveränität der dem Staate eigenen ursprünglichen Gewalt, auch diesen Verfasser, ähnlich wie Jellinek auf dem Gebiete des Staatsrechtes, dazu führt, die „Selbstherrlichkeit“ des Rechtes preiszugeben und die Verbindlichkeit desselben auf dasjenige, welches eben beherrscht werden soll, nämlich auf den Willen, sich stützen zu lassen.

Die Schwierigkeit, vor welche man sich in bezug auf das internationale Recht gestellt findet, wird gewöhnlich in diesem Gegensatz zusammengefasst, dass das nationale Recht seine bindende Gewalt einer Obrigkeit, einer „Herrschermacht“, einer „Autorität“ entlehne, während das internationale Recht seine Herrschaft nicht einer solchen zentralen, rechtschaffenden Macht verdanke. VON LISZT (Das Völkerrecht, 11, Aufl., 1918, S. 6) bringt diesen Gegensatz so zum Ausdruck, dass das Völkerrecht auf dem genossenschaftlichen Prinzip, das nationale Recht auf dem herrschaftli-

chen Prinzip beruhe. Jenes genossenschaftliche Prinzip ist jedoch nur ein Name für den von von Liszt vertretenen Standpunkt, dass in der internationalen Gemeinschaft der Wille dieser Gemeinschaft nichts weiteres sei als der Gesamtwille der Mitglieder (Staaten). „In der Völkerrechtsgemeinschaft ist der Wille der Gesamtheit, mag er auf Staatenkongressen ausdrücklich festgestellt werden, mag er nur aus der Staatenübung erkennbar sein, *nichts anderes als der Wille der sämtlichen einzelnen*“. Auch dies ist nur eine veränderte Formulierung der herrschenden Meinung, dass im internationalen Recht der Staat nicht gebunden *wird*, sondern sich selbst bindet. Daher denn auch von Liszt den angeführten Worten zur genaueren Kennzeichnung noch hinzufügt, „dass völkerrechtliche Vereinbarungen nur diejenigen Staaten binden, die *sich binden wollen*.“

B. *Kritik*. Die vorliegende, oben erwähnte Schwierigkeit besteht aber in Wirklichkeit für das nationale Recht in gleichem Maasse wie für das internationale Recht. Denn in den vorhergehenden Paragraphen dieser Schrift wurde wiederholt nachgewiesen, dass eine auf eigener Grundlage sich stützende Obrigkeitsgewalt eine Fiktion ist, demzufolge auch das nationale Recht derselben seine Verbindlichkeit nicht entlehnen kann. Nationales und internationales Recht stehen sich in dieser Hinsicht vollkommen gleich. Wenn dem aber so ist, so liegt auch für das internationale Recht der Grund seiner Verbindlichkeit in seiner geistigen Natur, also darin, dass es ein Erzeugnis des menschlichen Rechtsbewusstseins ist. Kraft dieser Natur herrscht es, zwingt es die Menschen, seinen Normen gemäss zu handeln,

steht es über dem Willen. Nicht in bezug auf Ursprung und Grundlage unterscheidet sich das internationale vom nationalen Recht, sondern in bezug auf den Umfang der Gemeinschaft, für welche es ordnend wirkt; und die geringere Vollkommenheit des internationalen Rechtes liegt auch wieder nicht daran, dass es seine Herrschaft über „souveräne“ Staaten erstreckt und also prinzipiell im Willen dieser Staaten wurzelt, sondern an der mangelhaften Organisation des auf die Regelung der Kulturvölkergemeinschaft gerichteten Rechtsbewusstseins. Sowohl die Bildung des internationalen Rechtes wie die Handhabung und Sicherung desselben mittels der Rechtspflege befinden sich noch in den allerersten Stadien der Organisation, während sich dies alles für das nationale Recht bereits zu einem planvollen Ganzen entwickelt hat. Das vorliegende Bedürfnis nach einer Organisation des internationalen Rechtes zu befriedigen, ist eine Aufgabe, welche jetzt die volle Aufmerksamkeit auf sich zieht. Wir leben in bezug auf die Organisation der internationalen Gemeinschaft noch in der Zeit der Mittelalters, wo der politische Zusammenhang zwischen den Volksgenossen ebenso fragmentarisch und unvollkommen erschien wie jetzt derjenige zwischen den Völkern. Rechtsbildung, Rechtspflege, Rechtshandhabung waren damals durchgängig ebenso mangelhaft organisiert, wie jetzt in bezug auf die internationale Gemeinschaft. Aber wir haben Grund zu vermuten, dass die internationale Organisation etwas schneller und mit geringeren Menschenopfern zustande kommen wird, als nötig gewesen sind um die politische Ordnung der Kulturwelt zu ih-

rem gegenwärtigen Niveau hinaufzuführen. Denn die Wirkung des Rechtsbewusstseins, welche uns diese supranationale Organisation bringen muss, ist in folge der zunehmenden gegenseitigen Berührung der Angehörigen aller Völker unendlich viel kräftiger und umfassender geworden als in früheren Zeiten. Und die Folgen dieser Sachlage treten in den zahllosen internationalen Rechtsordnungen, welche im letzten halben Jahrhundert zustande gebracht worden sind, deutlich hervor, sodass, wenn auch noch nicht von einer alle Staaten umfassenden Rechtsgemeinschaft gesprochen werden kann, jedenfalls die in den gegenwärtigen Staaten vorliegenden Rechtsgemeinschaften nicht mehr jene Selbstgenügsamkeit besitzen, von welcher die heutige Staatslehre im Prinzip noch immer zeugt. Die Staatsidee fängt an, die Grenzen der nationalen Staaten zu überschreiten und sich fragmentarisch in grösseren Rechtsgemeinschaften zu verwirklichen, welche den menschlichen Interessen einen neuen und höheren Rechtswert zuteil werden lassen, als aus den kleineren Rechtsgemeinschaften erwachsen konnte. Wir haben also den Weg betreten, der zur Bildung grösserer Staaten führt; und in dem Maasse wie die Rechtsbildung von grösseren Rechtsgemeinschaften ihren Ausgang nimmt, schrumpft das mit den gegenwärtigen Staaten gegebene eigene Rechtsleben zusammen, wird die ursprüngliche Quelle des Rechtswertes nach jenen grösseren Gemeinschaften verlegt und entfällt den gegenwärtigen nationalen Gemeinschaften der Staatscharakter, um dieselben weiterhin mit grösserer oder geringerer, abgeleiteter Autonomie fortbestehen zu lassen.

Auf diesen Prozess, welcher sich vor unseren Augen abspielt, wird in den folgenden Seiten wiederholt aufs neue die Aufmerksamkeit gerichtet werden müssen.

II. *Der Inhalt des internationalen Rechtes.* A. *Die Bedeutung des internationalen Rechtes für den Staat als eine Rechtsgemeinschaft.* Zu den ältesten Interessen, deren Rechtswert im internationalen Rechte ihre Wurzeln hat, gehört vor allem das Interesse, welches ein Volk dabei hat, nach eigenem Rechtsmaassstabe die Gemeinschaft zu ordnen, was also sagen will: das Interesse, einen Staat zu bilden. Der Wert dieses Interesses ist ebenso wenig wie der Wert irgend eines anderen Interesses ein unbedingter, und es hat also das internationale Recht den Rechtswert desselben zu bestimmen. Damit dies abergeschehen kann, muss das Vorliegen des Interesses eines Volkes, als Staat, als eine selbständige Rechtsgemeinschaft aufzutreten, durch eine aus dem nationalen (geschriebenen oder ungeschriebenen) Recht hervorgegangene Organisation, welche es befähigt, das eigene Recht zur Geltung zu bringen, sich nach aussen offenbaren. Für die Rechtsbildung, die Rechtspflege, für einen auf die Rechtshandhabung eingerichteten Machtsapparat muss eine Rechtsordnung vorliegen, damit die ernstliche Bedeutung jenes Volksinteresses ausser Zweifel stehe. Erst dann, wenn der nationale Rechtswert des Interesses, ein eigenes Rechtsleben zu führen, klar geworden ist, kann dasselbe auch von der internationalen Gemeinschaft einen internationalen Rechtswert bekommen, und also über das Recht eines Volkes, einen Staat zu bilden, entschieden werden. Bis-

weilen aber wird, unabhängig davon ob ein Volk eine eigene Organisation als Staat besitzt, der Staatscharakter einem Volke verliehen, und, wie in Albanien, auf internationalrechtlichem Wege die Organisation zustande gebracht.

Der Staatscharakter eines Volkes wurzelt also im internationalen Recht, hier im Völkerrecht. Ein natürliches Recht auf ein eigenes Rechtsleben giebt es nicht. Wenn der Rechtswert der Interessen der internationalen Gemeinschaft ein solches gesondertes Rechtsleben nicht gestattet, so werden die Ansprüche eines Volkes, nach einem eigenen ursprünglichen Rechtsmaasstabe sein Gemeinschaftsleben zu ordnen, aufgehoben. Und das Rechtsbewusstsein der internationalen Gemeinschaft spricht sich in bezug auf jene Ansprüche aus, wenn in irgendwelcher Form ein Volk von anderen Staaten als Staat anerkannt wird, ohne dass jedoch nötig wäre, dass diese Anerkennung von *allen* Staaten ausgeht. Auch hier kann die Einheit der Norm, welche das Recht als Gemeinschaftsnorm erfordert, meistens nur dadurch erzielt werden, dass man eine Majorität als entscheidend gelten lässt.

Wenn das Recht eines Volkes, ein Staat zu sein, im internationalen Rechte wurzelt, so vermag das internationale Recht selbstverständlich auch zu bestimmen, wie weit jenes Recht sich erstreckt; eine weitere Bedeutung hat jedoch das internationale Recht für den Staat als Rechtsgemeinschaft nicht. Es kann nur das eigene Rechtsleben eines Volkes einschränken. Irgendwelchen Verpflichtungen kann der Staat als Rechtsgemeinschaft nicht unterworfen werden, denn eine solche

Verpflichtung würde auf die Forderung hinauslaufen, nach einem anderen Rechtsmaassstab, als welcher mit dem Staate als Rechtsgemeinschaft gegeben ist, eine Ordnung hervorzurufen, was einer Aufhebung des Staatscharakters gleichkommen würde. Selbstverständlich kann aus einer internationalen Regelung eine Verpflichtung des Gesetzgebers oder der Regierung hervorgehen, mittels genauerer Vorschriften jene Regelung auszuarbeiten, aber hierbei funktionieren dieselben denn auch nicht als Organe des Staates als einer Rechtsgemeinschaft, sondern als Organe der internationalen Rechtsgemeinschaft. Die Rechtswirkung, welche vom Staate ausgeht, offenbart sich ausschliesslich in der Anlegung des besonderen, ursprünglichen Rechtsmaassstabes, welcher einen Staat vom anderen unterscheidet. Freiheit und Selbständigkeit in der Rechtsbildung ist also mit dem Staate unverbrüchlich verbunden. Und darum kann das internationale Recht für den Staat nur eine Beschränkung in bezug auf die Interessen, behufs derer er nach jenem ihm eigenen Rechtsmaassstab Normen zu erlassen vermag, mit sich führen. Irgendwelche Interessen können seiner Rechtsregelung entzogen werden, aber der zu verwendende Rechtsmaassstab muss unverkürzt bleiben, wenn nicht der Staatscharakter verloren gehen soll. Sobald also von der internationalen Rechtsgemeinschaft heraus irgend einem Interesse Rechtswert zuerkannt worden ist, hat damit die Befugnis des Staates als einer Rechtsgemeinschaft in bezug auf die zu wertenden Interessen eine Einschränkung erfahren.

B. *Die Subjekte des internationalen Rechtes.* Wenn

nun aber das internationale Recht den Staaten keine Verpflichtungen auferlegt, wer ist dann diesen Verpflichtungen unterworfen? Das hängt durchgängig von der Art der Interessen ab, welche im internationalen Recht ihre Regelung gefunden haben. Wenn es besondere Interessen der Bürger sind, wie im internationalen Privatrecht meistens der Fall ist, so sind die Subjekte dieses internationalen Rechtes die Individuen; wenn es öffentliche Interessen sind, so treten als solche diejenigen hervor, denen nach konstitutionellem Recht die Sorge für jene Interessen zufällt, zum Beispiel: der Richter, welcher kraft eines Traktates ein Ersuchungsschreiben ausländischer Gerichtsbehörden Folge zu leisten oder nach Regeln des internationalen Rechtes Recht zu sprechen hat; die Regierung, welche den Post-, Telegraphen- und Telephondienst den internationalrechtlichen Uebereinkünften entsprechend einzurichten berufen ist; der Gesetzgeber, wo für die Ausführung von Verträgen Gelder verfügbar gestellt werden müssen; die Reichspostsparkasse, wo diese kraft eines Vertrages mit Belgien Abschreibungen und Uebertragungen in den niederländisch-belgischen Sparkassenheften zu verzeichnen hat; die Polizei, wo diese kraft Niederlassungs- oder Auslieferungsverträge irgendwelche Verpflichtungen zu erfüllen hat. Alle diese Verpflichtungen werden nun aber gewöhnlich als Verpflichtungen des Staates angesehen. Dass hiermit nicht der Staat als Rechtsgemeinschaft gemeint sein kann, wurde bereits oben nachgewiesen. Hat es aber einen besseren Sinn, wenn man als Subjekt solcher Verpflichtungen den Staat als Interessengemeinschaft auftreten

lässt? Auch dieses lässt sich kaum behaupten, da der Staat als Interessengemeinschaft keine Einheit bildet. Eine Interessengemeinschaft bildet eine Einheit kraft der Beherzigung bestimmter Interessen, der Verwirklichung bestimmter Zwecke. Aber in der Beherzigung welches Interesses offenbart sich die Gemeinschaft, welche man Staat nennt? Wir haben diese Frage bereits früher ins Auge gefasst. Niemand vermag zu sagen, dass die Beherzigung dieses oder jenes Interesses zum Wesen des Staates gehört. Es hat Staaten gegeben ohne Rechtspflege, ohne Gesetzgebung, ohne Briefverkehr, Bergbau, Sorge für den Unterricht, oder Wegeverwaltung. Dass jetzt diese Interessen wohl Versorgung finden, liegt daran, dass denselben ein Rechtswert zuerkannt worden ist. Aber aus dieser Zuerkennung eines Rechtswertes kann nur dann geschlossen werden dass es Staatsinteressen sind, wenn man *alle* Interessen, welche Rechtsschutz geniessen, als Staatsinteressen bezeichnen will. Gegen diese Terminologie hätte ich auch nichts einzuwenden, wenn damit in bezug auf den Charakter des Staates etwas gesagt wäre. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Denn die Interessen, welche für Rechtswert in betracht kommen können, sind unbegrenzt und lassen sich apriori nicht bestimmen. Innerhalb des Rechtsgebietes treten neue Interessen hervor; aus demselben werden alte Interessen (etwa die religiösen Interessen) entfernt. Von Hause aus giebt es keine Interessen, welche als Staatsinteressen zu gelten haben, sodass in der Beherzigung irgendwelcher Interessen der unterscheidende Charakter des Staates, im Gegensatze zu anderen Gemeinschaften, nicht zu fin-

den ist. Zu Staatsinteressen werden dieselben erst, wenn ihnen ein Rechtswert zuerteilt wird; der Staat ist also nur da zu finden, wo eine eigene selbständige Quelle jenes Rechtswertes fließt. Das Recht eines Volkes, ein eigenes Rechtsideal zu verwirklichen — das ist der spezifische Zweck, der in der Staatsidee enthalten ist und Menschen in einen von allen anderen Gemeinschaften verschiedenen Verband zusammenführt.

Es hat also keinen Sinn, dass man den Staat, als eine Interessengemeinschaft gedacht, als das Subjekt des internationalen Rechtes bezeichnet, denn in diesem Sinne bedeutet das Wort Staat bloss einen Interessenkomplex, welchen sich verkleinert oder vergrößert, je nachdem weniger oder mehr Interessen mit Rechtswert versehen werden. Subjekte des internationalen Rechtes sind die *Menschen*, denen als Beherzigern der Interessen, um welche jenes Recht sich kümmert, Befugnisse und Verpflichtungen zufallen. Es ist jedoch nicht bloss juristisch unrichtig, wenn man die aus Verträgen hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen als Staatsrechte und Staatsverpflichtungen betrachtet, sondern es verdunkelt auch die Realität des Rechtslebens, in dieser Weise Fiktionen zu Rechtsträgern zu machen. Als terminologische Abkürzung liesse es sich vielleicht verteidigen, dass man den Staat als Interessengemeinschaft das Subjekt des internationalen Rechtes nennt und tatsächlich ist dies auch der Fall, aber genau genommen müsste dies bedeuten, dass dadurch die Menschen, welche die Normen zu befolgen haben, bloss indirekt angewiesen wären. So verhält es sich jedoch keineswegs. Wenn man den niederländischen

„Staat“ als durch die Verträge gebunden betrachtet, so sagt uns dies nichts über die Personen, welche in Wirklichkeit dieser Gebundenheit unterliegen. Vielleicht sind dies die Regierung, der Richter, der Staatsanwalt, der Gesetzgeber, der Bürgermeister, eine Deichbehörde, eine Privatperson. Wer von denselben unter den Geboten des internationalen Rechtes steht, das hängt davon ab, welche Interessen in diesem Rechte ihre Wertung bekommen haben, und welche Personennachkonstitutionellem (nationalem oder internationalem) Recht zur Beherzigung dieser Interessen angewiesen worden sind.

Wie ist es dann aber zu erklären, dass nach der herrschenden Lehre die Staaten als Subjekte des internationalen Rechtes angesehen werden, und dass sogar der Charakter des internationalen Rechtes eben in den besonderen Subjekten, nämlich den Staaten, deren gegenseitige Rechtsbeziehungen geregelt werden, gefunden wird?

Die Antwort auf diese Frage liegt in einer Verweisung nach dem Staatsbegriff, dessen Unrichtigkeit in den vorhergehenden Seiten wiederholt nachgewiesen wurde. Solange der Staatsbegriff in der Unterworfenheit eines Teiles der Menschheit unter eine Obrigkeit, oder nach deutscher Terminologie unter eine mit ursprünglicher Herrschaft ausgerüsteten Person gesucht wird, und also eine ausserhalb des Rechtes existierende natürliche Gewalt über Menschen anerkannt wird, kann das internationale Recht die Menschen nicht anders als durch Vermittlung jener Obrigkeit oder des als herrschendes Subjekt gedachten Staates erreichen

„Die Menschen kommen *nur* als Herrschafts- und Schutzobjekte in betracht“ (*Heilborn, Handbuch des Völkerrechts I. S. 95*). An die Obrigkeit oder an den Staat müssen die aus dem internationalen Recht hervorgehenden Befehle sich richten, und nur diese sind also als die Subjekte dieser Rechtsordnung anzusehen.

Dieser Gedankengang muss selbstverständlich dazu führen, dass, da die Bürger nicht unmittelbar dem internationalen Rechte unterworfen sind, die Landesobrigkeit diese Unterworfenheit bei jeder Ergänzung des internationalen Rechtes stets wieder aufs neue zustande bringen muss. Von niemand sonst als von der Landesobrigkeit haben dieselben Befehle abzuwarten. Was diese mit anderen Obrigkeiten übereinkommen mag, geht sie in keiner Weise an; sie haben sich in ihrem Verhalten nur nach demjenigen zu richten, was ihr natürlicher Herr und Meister zu verordnen für gut erachtet. Und so hat, unter dem Druck dieser Lehre, in einigen Ländern die Praxis Eingang gefunden, dass ein Vertrag, der Verpflichtungen für die Versorger öffentlicher oder besonderer Interessen in sich enthält, zu einem Gesetze umgeschaffen werden muss, um für jene Versorger den Inhalt des Vertrages verbindlich zu machen!

Diese unnatürliche Praxis und diese erkünstelte Konstruktion fällt in sich zusammen mit der Einsicht in die Falschheit einer Staatslehre, welche noch stets am absolutistischen Staatsbegriff festhält, mit diesem einzigen terminologischen Unterschiede, dass für eine persönliche Obrigkeit eine Rechtsperson als natür-

licher Herrscher an die Stelle gesetzt worden ist. Die Verbreitung, welche die moderne Staatsidee jetzt bereits gefunden hat, macht es jeden Tag deutlicher, dass, wenn innerhalb der Grenzen eines Staates keine andere Gewalt als diejenige des Rechtes gilt, auch ausserhalb derselben, in Gemeinschaften welche mehrere Staaten umfassen, jene nämliche Gewalt als ordnende Macht anzuerkennen ist. Und dies bedeutet, dass, ebenso wie *im* Staate das Recht aus eigener Kraft herrscht, auch draussen, in der grösseren Gemeinschaft, der aus dieser Gemeinschaft hervorspriessende Rechtswert gleich unmittelbar und ohne Dazwischenkunft irgend einer vermeintlichen Staatsgewalt Verpflichtungen hervorruft für alle und jeden, der Interessen versorgt, deren internationaler Rechtswert festgestellt worden ist. Der Name *internationales* Recht ist für dieses Recht eigentlich ein irreführender, und passt bloss in den Gedankengang hinein, welcher die Staaten als Subjekte jenes Rechtes betrachtet, demzufolge dasselbe ein *ius inter gentes* wäre. Besser wäre es darum, von einem *supranationalen* Recht zu reden, denn in diesem Namen kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass wir es mit einem Recht zu tun haben, welches eine die Staaten umfassende Gemeinschaft der Menschen ordnet und dementsprechend auch eine höhere Geltung besitzt, als dem nationalen Rechte zukommt.

C. *Der Zusammenhang zwischen dem nationalen und dem internationalen Recht.* Der Inhalt des internationalen Rechtes lässt sich ebenso wenig apriori bestimmen wie der Inhalt des nationalen Rechtes. Alle menschlichen Interessen können durch das suprana-

tionale Recht geregelt werden, und wir sind Zeugen davon, wie stets zahlreichere Interessen dem Schutze desselben anheimgestellt werden. Daher wir denn auch für dieses Recht die Einteilung in Privatrecht, Strafrecht, Prozessrecht, Verwaltungsrecht und konstitutionelles Recht aufstellen können. Von diesen Rechtsgebieten hat nur das konstitutionelle Recht hier einen eigenen Namen, nämlich denjenigen des Völkerrechtes; dieser Terminus entspricht aber nicht mehr der Bedeutung des betreffenden Rechts, da derselbe auf Rechtsbeziehungen zwischen Staaten hinweist, während tatsächlich jenes Völkerrecht ein Komplex von von Menschen zu erfüllenden Verpflichtungen ist, durch welchen Organe für gewisse öffentliche Interessen ins Dasein gerufen werden und die Wirkung derselben geregelt, oder auch die Befugnis bereits bestehender, aus dem nationalen Recht hervorgegangener Organe bestimmt wird. Dies gehört aber alles zum konstitutionellen Recht, in dem Sinne, in welchem das Staatsrecht diesen Ausdruck verwendet. So giebt es bereits supranationale Gerichtshöfe, namentlich die Rheinfahrtskommission, der ständiger Schiedshof in deren Organisation der Anfang eines supranationalen konstitutionellen Rechtes zu finden ist. Aber meistens bedient sich das supranationale Recht der nationalen Organe: des Gesetzgebers, der Regierung, des Richters, der Polizei u. s. w. und bringt also das supranationale konstitutionelle Recht bloss eine Veränderung zustande in der staatsrechtlich geregelten Befugnis jener Organe. Besser wäre es daher, da sich jetzt das Völkerrecht zu einem supranationalen konstitutio-

nellen Rechte entwickelt hat, nun auch weiterhin diesen letzteren Terminus zu verwenden, womit auch dem Namen nach der Parallelismus zwischen nationalem und supranationalem Recht vollständig durchgeführt würde.

Für die Kenntnis des Rechtes, unter welchem ein Volk lebt, kann es also je länger je weniger genügen, unsere Aufmerksamkeit dem nationalen Rechte zuzuwenden. Jeder Teil jenes Rechtes erstreckt sich je länger je mehr auch auf das Gebiet des supranationalen Rechtes, sodass Befugnisse und Verpflichtungen abwechselnd bald aus dem einen, bald aus dem anderen Rechte hergeleitet werden müssen. Weder der Verbindlichkeit, noch dem Inhalte, noch den Subjekten nach unterscheidet sich das eine Recht vom anderen; nur in der Tatsache, dass das supranationale Recht für eine grössere Gemeinschaft gilt und dass also die daraus hervorgehende Wertung einen höheren Rechtswert besitzt, liegt der Unterschied zwischen den beiden Gemeinschaftsordnungen. Wenn aber die Staatslehre sich auch weiterhin an die Obrigkeitsidee festklammert und also mit dem Staate eine ausserhalb des Rechtes liegende Unterworfenheit des Volkes unter eine fiktive Obrigkeit proklamiert, ist der Anschluss des supranationalen Rechtes an das nationale Recht nicht zu erzielen. Die Verbindlichkeit des supranationalen Rechtes hängt dann in der Luft, da es in der internationalen Gemeinschaft keine Obrigkeit gibt; der Inhalt desselben hängt davon ab, was der Staat in den Kreis seiner Bemühungen hineinbezogen hat, da zwischen der internationalen Gemeinschaft und den zu

wertenden Interessen kein direkter Zusammenhang vorliegt, sondern diese nur auf dem Umwege des Staates sich erreichen lassen; und endlich können dann nur Staaten Subjekte des internationalen Rechtes sein, da die internationale Gemeinschaft niemals etwas anderes als eine Obrigkeitengenossenschaft sein kann. Das positive supranationale Recht steht jedoch mit jeder dieser drei aus der Obrigkeitsidee sich ergebenden Folgerungen in entschiedenem Widerspruch, demzufolge denn überall, wo man in der Literatur der Erörterung irgend eines Teiles des internationalen Rechtes auch eine prinzipielle Behandlung dieses Rechtes vorschickt, entweder ein durchgängiger Widerspruch sich feststellen lässt, oder eine konstruktive Beweisführung aus willkürlichen und fiktiven Begriffen zum Ausgangspunkte genommen wird. Zum Range einer reellen Wissenschaft kann das internationale Recht sich nur erheben, wenn die moderne Staatsidee vollständig und klar verstanden wird und also, mit Beiseitesetzung der Obrigkeitsidee, alle Gewalt auf die Rechtsgewalt zurückgeführt wird, sodass das nationale Recht das nämliche Fundament, den nämlichen Inhalt und die nämlichen Subjekte hat oder haben kann wie das nationale Recht.

III. Die Erzeugung des internationalen Rechtes.

A. *Die Organe.* Wie alles andere ist auch das internationale Recht ein Erzeugnis der Wirkung des menschlichen Rechtsbewusstseins, aber es hat bis auf weiteres eine viel weniger breite Grundlage als das nationale Recht, dessen Geltung infolge des Reprä-

sentativsystems im Rechtsbewusstsein der zur Rechts-
erzeugung befähigten Bevölkerung wurzelt. Das inter-
nationale Recht stützt sich zu einem grossen Teile noch
nur auf die Rechtsüberzeugungen derjenigen, welche
die Interessen, wofür ein internationales Recht gebil-
det werden muss, zu beherzigen haben. Insofern das
internationale Recht sich auf das Privatrecht bezieht,
kommen die Rechtsüberzeugungen besonderer Per-
sonen in betracht; da aber diese Ueberzeugungen nicht
organisiert sind, üben dieselben auf die Gestaltung
jenes Rechtes nur geringen Einfluss. Für das öffentli-
che Recht, also für das Recht, welches den Rechtswert
öffentlicher Interessen enthält, würden die Rechts-
auffassungen derjenigen Personen, welche jene Inte-
ressen zu beherzigen haben, also der Organe, zusam-
men die Rechtsproduktion bestimmen können. Aber
das internationale konstitutionelle Recht kennt eine
solche Organisation nicht. Die richterliche Macht, die
Post-, Telegraphen- und Telephonbehörden, die Spar-
kassen und Versicherungsbanken der verschiedenen
Länder stehen meistens nicht in direktem gegenseiti-
gen Verkehr, und sind auch nach internationalem
Recht nicht befugt, über die ihrer Sorge anvertrauten
Interessen Verträge zu schliessen. Sofern sie jedoch ge-
meinsam irgendwelche Sachen zu beherzigen haben,
entwickelt sich daraus bisweilen eine Praxis, welche als
ein Stück internationales Recht betrachtet werden
kann. Als rechtsbildendes Organ tritt in der Regel nur
das Zentralorgan, die Regierung, auf, welche nicht nur
für die ihrer Sorge anvertrauten Interessen, sondern
für alle Interessen überhaupt, nach konstitutionellem

internationalem Rechte mit den Regierungen anderer Staaten die Befugnis hat, internationales Recht zu erzeugen. Die Volksvertretung nimmt an der Bildung des internationalen Rechtes nur noch geringen Anteil. Nur bei bestimmten Arten von Verträgen wird ihre Mitwirkung gefordert, und dann noch ausschliesslich in der Form einer Genehmigung, welche Genehmigung ausserdem erst nach dem Abschluss der Verträge von den betreffenden Regierungen eingeholt wird, sodass ihr bloss ein Vetorecht zusteht.

Bei der Bildung des internationalen Rechtes sind es also hauptsächlich die Rechtsauffassungen der Regierungen, die den Ausschlag geben. Aber es versteht sich, dass diese nicht ohne allen Zusammenhang mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes stehen. Der Einfluss dieses Rechtsbewusstseins ist jedoch, ausser für die Genehmigung der Verträge, nicht geregelt, demzufolge es sich im gewöhnlichen Verkehr zwischen den Staaten kaum geltend machen kann. Nur wenn Lebensinteressen des Volkes auf dem Spiele stehen, macht sich ein starker Druck von seiten des Rechtsbewusstseins des Volkes bemerklich, und empfindet die Regierung häufig den Drang von Ueberzeugungen und Auffassungen, welche sich *ohne vollständige Kenntnis der Verhältnisse* gebildet haben. Einer der grössten Mängel bei der Bildung des internationalen Rechtes liegt daher eben in dem Fehlen einer solchen Organisation in den verschiedenen Staaten, kraft welcher nicht nur die Regierung, sondern auch ein aus dem Volke hervorgegangenes Organ — ein besonderes Organ oder dasjenige, welches für die Rechtsbildung im

Inlande besteht — sich in fortwährender Berührung mit den internationalen Interessen befände, während das in diesem Organ lebende Rechtsbewusstsein, gestützt auf die Kenntnis der betreffenden Interessen, sich auf internationalrechtlichem Gebiete Geltung verschaffen könnte. Eine solche Organisation ist in der nächsten Zukunft vor allem zu erstreben, und für diesen Zweck hat auch der Pazifismus alle seine Kräfte einzusetzen. In bezug auf Lebensinteressen eines Volkes, welche bei der Entscheidung über Krieg und Frieden auf dem Spiel stehen, hat das Rechtsbewusstsein des Volkes das letzte Wort zu sprechen, wie denn auch bereits jetzt in den meisten Staaten in bezug auf nationale Rechtsinteressen dieses Bewusstsein den Ausschlag giebt. Fruchtbar kann aber auch hier die Rechtsüberzeugung eines Volkes nur sein, wenn es die vorliegenden Verhältnisse, die sich gegenüberstehenden Interessen *auch wirklich kennt*. Und darum ist das allererste, was unsere Hand zu tun findet, das *Monopol* der Regierungen in bezug auf die Kenntnis der internationalen, besonders der völkerrechtlichen Verhältnisse, zu brechen. Solche Vorschriften, wie diejenigen aus unserer Verfassung, welche der Regierung das Urteil darüber vorbehalten, ob das Staatsinteresse die Mitteilung von Verträgen an die Generalstaaten gestattet, und welche selbst im Falle einer Kriegserklärung es möglich machen, dass den Generalstaaten nur diejenigen Mitteilungen, welche die Regierung mit dem Staatsinteresse vereinbar glaubt, zugehen, — solche Vorschriften, die absichtlich die Volksvertretung über Sachen, welche die höchsten Interessen des Vater-

landes betreffen können, in Unwissenheit erhalten, dürfen nicht länger im stande bleiben. Von einem durchaus verschiedenen Geiste ist in dieser Hinsicht das konstitutionelle Recht der Staaten zu durchdringen damit, auch in bezug auf die internationalen Beziehungen, nicht das Strohfeuer eines unwissenden Rechtsgefühles der Bevölkerung, sondern die aufgeklärte, auf grund allseitiger Sachkenntnis gewonnene Rechtsüberzeugung der Nation dem Verhalten der Regierung die Richtschnur gebe.

Wie findet nun die Bildung des internationalen Rechtes statt?

B. *Gewohnheitsrecht*. Wir haben hier an erster Stelle dem Gewohnheitsrechte Rechnung zu tragen, dessen Geltung auf die Reaktion der Rechtsüberzeugungen der Regierungen auf bestimmte gegenseitige Verhaltensweisen der Regierungen (Staaten) zurückzuführen ist. Die Herrschaft des Gewohnheitsrechtes, die objektive Geltung desselben, liegt auch hier, wie beim inländischen Gewohnheitsrecht, in der Quantität der Reaktion. In dem Maasse wie eine Norm des Gewohnheitsrechtes allgemeiner als Recht empfunden wird, nimmt auch die Autorität dieser Norm zu. Dem Gewohnheitsrecht liegt also eine sich in festen Verhaltensweisen offenbarende Gemeinschaft der Rechtsüberzeugung oder des Rechtsgefühls in bezug auf bestimmte Interessen zu grunde. Diejenigen welche sich ausserhalb dieser Gemeinschaft stellen, erleiden die entsprechende Reaktion, die ihr Verhalten bei anderen hervorruft. Wenn diese Reaktion ausbleibt, so ist das ein sicheres Zeichen, dass das Gewohnheitsrecht seine

Geltung eingebüsst hat. Je kräftiger und allgemeiner sie eintritt, um so grösser ist auch die Geltung des Gewohnheitsrechtes. Dass aber das Gewohnheitsrecht auch diejenigen bindet, welche sich ausserhalb der ihm zu grunde liegenden Rechtsgemeinschaft stellen, ergibt sich aus der früher festgestellten Tatsache, dass die Notwendigkeit der Einheit der Norm eine solche Herrschaft der Majorität fordert.

Im Gegensatze zum nationalen Recht muss also für das internationale Recht die Existenz desselben sich beglaubigen durch die Reaktion derer, welche der Rechtsgemeinschaft angehören; ein Organ, der Richter, welcher über die Existenz eines Gewohnheitsrechtes entscheidet, beginnt sich hier erst sporadisch zu entwickeln. Sofern in Verträgen ein allgemeines, also alle Rechtskonflikte zwischen bestimmten Ländern umfassendes Schiedsgericht vorgesehen wird, gewinnt auch die Geltung des Gewohnheitsrechtes eine festere Grundlage als wo die eingetretene oder ausgebliebene Reaktion der anderen Staaten in diesem Punkte zu entscheiden hat.

C. *Vertragsrecht.* An zweiter Stelle kommt die Rechtsbildung mittels Verträge in betracht. Jeder Vertrag stellt zwischen den beteiligten Staaten eine Gemeinschaft der Rechtsüberzeugung betreffs bestimmter Interessen fest. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen der Grundlage des durch Verträge gebildeten und des Gewohnheitsrechtes. Bei beiden lässt sich eine Rechtsgemeinschaft feststellen, aber während die Existenz derselben beim Gewohnheitsrecht aus den Verhaltensweisen der Staaten er-

geschlossen werden muss, ergibt sie sich bei Verträgen aus den von den Kontrahenten für ihr künftiges Verhalten ausdrücklich festgesetzten Normen. Jeder Vertrag enthält also ein Stück internationales Recht, welches seine Geltung, wie alles andere Recht, der Gemeinschaft der Rechtsüberzeugung verdankt, die den Inhalt der Verpflichtung bestimmt hat. Weiter als auf die Glieder jener Gemeinschaft, die kontrahierenden Parteien, erstreckt sich in der Regel das im Verträge gebildete Recht nicht. „In der Regel“, denn dieses trifft nur zu, wenn die Rechtsbildung sich ausschliesslich auf die besonderen Interessen der kontrahierenden Staaten bezieht. Wenn etwa Holland mit Deutschland einen Vertrag über die Unterhaltung des Seefeuers und der Betonung und Bebakung der Ems abschliesst, so sind die durch den Vertrag gestifteten Verpflichtungen auf diese beiden Länder beschränkt. Wenn aber der Gegenstand des Vertrages allgemeinere Interessen betrifft, wenn mehrere Staaten Regeln aufstellen in bezug auf die Neutralität, auf die Auslieferung, auf Ehe, Ehescheidung, Vormundschaft, Wechselverkehr u. s. w., so sind zwar an erster Stelle die Bürger und die Organe der öffentlichen Interessen, namentlich die Regierungen jener Staaten, zur Befolgung dieser Regeln verpflichtet; da jedoch die Interessen, für welche das internationale Recht festgestellt worden ist, nicht ausschliesslich Interessen der kontrahierenden Parteien sind, lässt sich aus solchen Verträgen ein Stück internationales Recht erkennen, welches, je mehr Staaten sich bei der Feststellung desselben beteiligt haben, um so deutlicher ein so weit-

verzweigtes Rechtsbewusstsein offenbart, dass auch andere Staaten sich dadurch mehr oder weniger gebunden fühlen werden. Für das internationale Recht lässt sich also der Satz nicht aufrecht erhalten, dass ein Vertrag nur die Parteien verbindet. Ein von zahlreichen Staaten festgestelltes Stück internationales Recht wirkt in gleicher Weise, alsob in bezug auf den darin geregelten Gegenstand ein Gewohnheitsrecht entstanden wäre. Wie dieses Gewohnheitsrecht auch diejenigen bindet, welche sich ausserhalb der ihm zu grunde liegenden Gemeinschaft stellen, so kommt es wiederholt vor, dass Bestimmungen, welche von einer ad hoc gebildeten Gemeinschaft von Staaten in bezug auf gewisse allgemeine Interessen getroffen worden sind, auch für solche Staaten verbindlich sind, die sich bei der Abschliessung des Vertrages nicht beteiligt haben. Von den Vorschriften des Vertrages von Washington, des Vertrages von Paris von 1856 u. dgl. wird niemand behaupten, dass dieselben nur in bezug auf die Interessen der kontrahierenden Staaten gelten; vielmehr haben diese Vorschriften, gleichgiltig ob andere Staaten denselben beigetreten sind oder nicht, eine universelle Bedeutung gewonnen. Die betreffenden Verträge haben in allen Kulturstaaten ein Rechtsbewusstsein wachgerüttelt und die Grundlage eines geschriebenen Gewohnheitsrechtes abgegeben.

Auch vom Vertragsrecht gilt, was in bezug auf das Gewohnheitsrecht oben bemerkt wurde, dass nämlich die Befolgung desselben in den meisten Fällen nur durch die daraufbezüglichen Reaktionen derjenigen, bei welchen die Rechtsgemeinschaft sich findet, ge-

währleistet wird. Diese Tatsache lässt auf den ersten Blick einen Vertrag im Vergleich mit dem Gewohnheitsrecht als eine minderwertige Quelle des internationalen Rechtes erscheinen, da doch das Gewohnheitsrecht in einem aus dem Verhalten vieler Staaten zu erschliessenden Rechtsgeföhle seine Stütze findet, demzufolge, im Falle der Nichtbefolgung desselben von seiten eines einzelnen, nicht nur eine Reaktion, sondern auch eine von *vielen* Staaten ausgehende Reaktion zu erwarten ist. Beim Vertragsrecht dagegen haben wir es manchmal mit einem internationalen Rechte zu tun, welches nur für zwei oder drei Staaten gilt, und dann hat die Reaktion gegen Nichtbefolgung desselben, wenn einer von jenen Staaten sich nicht oder nicht mehr dem festgestellten Rechte unterwerfen will, nur geringe Bedeutung. Dem steht jedoch gegenüber, dass ein einseitiger Vertragsbruch eine für den internationalen Verkehr so schädliche Handlung ist, dass das „*pacta sunt servanda*“ als eine gewohnheitsrechtliche Regel betrachtet wird, und also die Verbindlichkeit der Verträge im allgemeinen nicht nur aus dem Zusammenhang des Vertragsinhaltes mit dem gemeinsamen Rechtsbewusstsein der kontraktierenden Regierungen entspringt sondern auch im Rechtsbewusstsein aller Kulturvölker wurzelt, insofern als gewohnheitsrechtlich für alle Kulturstaaten die Regel von der Verbindlichkeit der Verträge feststeht. Bei einseitigem Vertragsbruch handelt man also nicht nur im Streit mit dem vertragsmässig festgestellten internationalen Recht, sondern ausserdem noch mit der internationalen gewohnheitsrechtlichen Norm, dass ein Vertrag

für die beteiligten Parteien bindend ist und bleibt.

Ewig dauernde Verbindlichkeiten kennt jedoch das internationale Recht ebenso wenig wie das innerstaatliche. Das „*pacta sunt servanda*“ hat nur eine beschränkte Geltung. Es ist ein Postulat, welches ohne Zweifel grossen Kulturwert besitzt, welches aber, wie alle andern Kulturwerte, für das Recht nur eine bedingte Geltung beanspruchen kann, demzufolge beim Wegfall der Rechtsgemeinschaft, welche den Vertrag ins Dasein rief, die gewohnheitsrechtliche Regel von der Verbindlichkeit der Verträge denselben nicht immer im stande erhalten wird. Ueber diesen Punkt, welcher den inneren Zerfall internationalen Rechtes überhaupt berührt, soll weiterhin (sub F) ausführlicher gehandelt werden.

D. *Kontrakt und Vereinbarung*. In der vorhergehenden Beweisführung wurde kein Unterschied zwischen den Verträgen gemacht, sondern nur von allen gesagt, dass sie eine Quelle des internationalen Rechtes seien, wenigstens für die Gemeinschaft derjenigen Staaten, welche den Vertrag abgeschlossen haben. Es wurde also eine Unterscheidung unberücksichtigt gelassen, welche häufig gemacht wird, nämlich die Unterscheidung zwischen einem Vertrag im Sinne einer Uebereinkunft, welche zwischen den Parteien eine Verpflichtung zustande bringt, und einem Vertrag, bei welchem die Willensübereinstimmung als eine „*Vereinbarung*“ zur Feststellung von Normen des internationalen Rechtes angesehen wird. Eine so formulierte Unterscheidung hat jedoch keinen Grund, da bei einem Vertrag im ersteren Sinne ebenfalls

Normen des internationalen Rechtes festgestellt werden.

Auch juridisch liegt kein Gegensatz vor. Es wird behauptet, dass bei einem Verpflichtungen schaffenden Vertrag die Parteien Verschiedenes wollen: einer wolle Geld, der andere Waaren; entgegengesetzte Interessen seien hier zu befriedigen. Bei der Vereinbarung dagegen habe man es mit gemeinsamen oder identischen Interessen zu tun, demzufolge die Willenserklärungen der Parteien gleichen Inhalt haben. Auch in dieser Argumentation erblicke ich eine Verkennung der bei jedem Vertrage stattfindenden Rechtsbildung. Wäre es richtig, dass bei einem Vertrage jede der Parteien ein Verschiedenes will, so gäbe es keine Willensübereinstimmung und also auch keinen Vertrag. Ein Vertrag kann nur zustande kommen, wenn die Parteien ein Gleiches wollen; und dasjenige, was die *beiden* Parteien wollen, ist die Geltung eben derjenigen Rechtsnormen, welche in ihrem Vertrage formuliert worden sind. Jeder Vertrag ist die Aeusserung einer Rechtsgemeinschaft, und das Gleiche finden wir auch bei der sogenannten Vereinbarung. Die Willensübereinstimmung betrifft in den beiden Fällen nicht eine Uebereinstimmung in bezug auf die *Interessen*, sondern eine Uebereinstimmung in bezug auf das *Recht*. Läge Uebereinstimmung in bezug auf die Interessen vor, so brauchte keine Rechtsbildung stattzufinden. Eben weil hier eine Ungleichheit vorliegt, muss der Rechtswert der Interessen festgestellt werden, und eine solche Feststellung findet man sowohl beim Vertrag wie bei der sogenannten Vereinbarung.

Der Gedanke, welcher diesem Gegensatze zu grunde

liegt, ist unserer Meinung nach wahrscheinlich folgender: dass etwa bei Verträgen zur Feststellung von Regeln in bezug auf die Neutralität, die Auslieferung, das internationale Privatrecht, — Verträgen welche als Vereinbarungen bezeichnet werden — der Gegenstand der Regelung das jedem Staat zukommende Interesse ist, seinen eigenen Rechtsmaasstab zur Geltung zu bringen, sodass der Vertrag unmittelbar darauf ausgeht, die Freiheit des Staates zur Rechtsbildung einzuschränken. Die Regierungen gehen also als *Rechtsorgane* miteinander zu Rate in bezug auf den anzulegenden Rechtsmaasstab. Bei den sogenannten eigentlichen Verträgen dagegen stehen die Regierungen einander gegenüber als *Organe öffentlicher Interessen*, während sie dann gleichzeitig auch als *Rechtsorgane* auftreten. In der Unterscheidung, die man zwischen Vertrag und Vereinbarung macht, kommt also der Gegensatz zwischen dem Staat als einer Interessengemeinschaft und dem Staat als einer Rechtsgemeinschaft, welcher im vorhergehenden besprochen wurde, zur Aeusserung.

Wenn für die öffentlichen Interessen, welche der Sorge der Regierung anheimfallen, eine Rechtsbildung erforderlich ist, so beteiligt sich das nämliche Organ, welches jene Interessen zu beherzigen hat, auch bei der Rechtsbildung. Wird dagegen Rechtsbildung nötig behufs Interessen, deren Organ nicht die Regierung ist und welche demnach im allgemeinen nicht als öffentliche Interessen angesehen werden, so ist die Regierung ausschliesslich als Rechtsorgan wirksam. Wenn man dies im Auge behält, so hat der Vertrag im ersteren Falle (wenn man es mit einem Kontrakte zu tun hat)

eine doppelte Wirkung: erstens, dass die *Freiheit der Rechtsbildung* in einem bestimmten Punkte für jeden Staat eingeschränkt wird, und zweitens, dass für die Regierung die *Freiheit in der Beherzigung des öffentlichen Interesses*, behufs dessen die internationale Rechtsbildung stattgefunden hat, gleichfalls eine Verkürzung erlitten hat. Dagegen bringt ein Vertrag im anderen Falle (Vereinbarung) bloss ein Veränderung zustande im Recht des Staates, nach eigener Einsicht das Recht zu bilden. Die Unterscheidung zwischen Kontrakt und Vereinbarung ist also eine Folge davon, dass man die im ersteren Fall von der Regierung als einem Interessenorgan erlittene Einschränkung besonders betont, und in dieser Einschränkung auch eine Verkürzung der Befugnis des *Staates* selbst gesehen hat. Dies ist aber unrichtig; es beruht auf der Vermischung des eigentlichen Staatsbegriffs als Rechtsgemeinschaft mit dem Staate als einem Komplex öffentlicher Interessen, für welche, wenigstens bis jetzt, die Regierung das Organ ist. Hält man den eigentlichen Staatsbegriff fest, so kann von einer Gebundenheit des *Staates* nur die Rede sein, sofern das Recht zur Rechtsbildung eingeschränkt wird, und dies ist bei sämtlichen Verträgen der Fall. Wenn daraus gleichfalls folgen kann, dass die Regierung in der Beherzigung öffentlicher Interessen eine Beschränkung erleidet, so bedeutet dies hier ebensowenig oder ebensoviel, wie die Tatsache, dass infolge der Feststellung internationalen Rechtes auch die Organe für die Beherzigung anderer als öffentlicher Interessen eine Beschränkung ihrer Befugnisse erleiden können. Das Besondere liegt hier nur darin, dass in einem näm-

lichen Organ, der Regierung, zwei verschiedene Aufgaben: Rechtssorge und Interessensorge, zusammentreffen. Nur da aber, wo von Rechtssorge die Rede ist, hat man es mit dem Staate zu tun; bei Einschränkung der Interessensorge ist dies niemals der Fall, wenn auch terminologisch die öffentlichen Interessen, nach dem Muster des alten in der absoluten Monarchie zur Entwicklung gelangten Staatsbegriffs, als Staatsinteressen bezeichnet werden. Einschränkung der Interessensorge ist stets eine Folge der Rechtswertung der Interessen. Dass es dabei sachlich gleichgiltig ist, ob die betreffenden Interessen von der Regierung oder von anderen beherzigt werden, versteht sich von selbst. Aber man hat die rechte Spur verloren, indem man die von der Regierung versorgten Interessen als Staatsinteressen betrachtete; für diese Betrachtungsweise gilt ja ohne Zweifel, dass einige Verträge eine Beschränkung in der Sorge für Staatsinteressen mit sich führen und andere nicht. Dieselbe ist also eine Folgerung aus der unrichtigen Auffassung, welche den Staatsbegriff auch auf den Komplex öffentlicher Interessen erstreckt.

E. *Gesetzgebung.* Die dritte Art der Rechtsbildung, die Gesetzgebung, kommt im internationalen Recht nur noch sporadisch vor. Sofern sie dort zu finden ist, ist sie eine Rechtsbildung für bestimmte Interessen. Das versteht sich von selbst; wenn es anders wäre, so wäre die Gemeinschaft, für welche der Gesetzgeber die Rechtsbildung zu besorgen hätte, ein Staat, und damit wäre der internationalrechtliche Charakter des Rechtes aufgehoben. Eine Erzeugung internationalen Rechtes auf dem Wege der Gesetzgebung kann nur

stattfinden, wo für bestimmte Interessen ein Organ zur Rechtsbildung ins Leben gerufen worden ist. Bei diesem Punkte müssen wir uns einen Augenblick aufhalten, um die Rechtsbildung in der Form der Gesetzgebung genauer zu bestimmen.

Das internationale Recht, welches aus Verträgen entsteht, entnimmt seine Bedeutung ausschließlich den mit den verschiedenen Staaten gegebenen besonderen Rechtsüberzeugungen. Seine Geltung ist die Folge der Reaktion des besonderen Rechtsbewusstseins eines Jeden auf die von ihm aufgestellten Normen. Aber die internationalrechtliche Organisation hat daran nicht genug. Das in den Völkern der Kulturstaaten lebende Rechtsbewusstsein muss sich auch als eine eigene selbständige Macht, unabhängig von seinem Zusammentreffen mit dem Rechtsbewusstsein jedes Staates für sich, zur Geltung bringen können. Für diese selbständige Wirkung ist an erster Stelle erforderlich, dass das Recht von einem eigenen Organe gebildet wird. Und ein eigenes Organ funktioniert, wenn die Rechtsbildung durch eine Majorität derjenigen, welche sich daran beteiligen, zum Abschluss kommt. Indem man der Quantität die Entscheidung überlässt, macht man die Geltung des Rechtes unabhängig von dem individuellen, besonderen Bewusstsein jedes Staates für sich. Bei einem Vertrage müssen die Reaktionen der Rechtsüberzeugungen beider Parteien, jede für sich genommen, auf den Inhalt der Norm zusammentreffen, damit diese Norm für jede derselben gelte. Beim Funktionieren eines Organes genügt die Majorität und ist es gleichgiltig, aus den Rechtsüberzeugungen welcher Staaten

diese Majorität hervorgegangen ist. In dieser Hinsicht steht das Gesetzesrecht dem Gewohnheitsrechte gleich. Auch beim Gewohnheitsrecht ist die Herrschaft in der Quantität der Rechtsüberzeugung, wie sie aus den Verhaltensweisen der Majorität der in betracht kommenden Staaten sich erkennen lässt, begründet, sodass es auch hier gleichgiltig ist, von den Rechtsüberzeugungen welcher Staaten das Recht getragen wird. Man kann sogar sagen, dass auch hier ein Organ funktioniere, nur ein Organ, das aus wechselnden Gliedern zusammengesetzt ist, und mehr instinktiv als mit klarem Bewusstsein die Rechtsbildung zustande bringt.

Die Zusammensetzung und die Befugnis solcher Organe werden gewöhnlich das Ergebnis eines Vertrages sein. Es ist jedoch auch denkbar, dass ein Kollegium oder eine Person sich zum Organ aufwirft und also auf dem Wege des ungeschriebenen Rechtes seine Befugnis zustande kommt; in internationalrechtlichen Verhältnissen ist jedoch diese Möglichkeit so ziemlich ausgeschlossen, während sie dagegen bei den Staaten selbst, wenn etwa auf revolutionärem Wege ein Volk sich von einer Staatsgemeinschaft loslöst und selbst einen Staat bildet oder wenn die Regierungsform von der monarchischen in die republikanische übergeht, sich wiederholt verwirklicht.

Was nun die Zusammensetzung der rechtsbildenden Organe betrifft, — die dazu angewiesenen Personen sind gewöhnlich Beamte oder doch von der Regierung ernannte Mitglieder, sodass auch hier nur das in Regierungskreisen lebende Rechtsbewusstsein zur Vertretung gelangt. Das im Volke wirksame Rechtsbewusst-

sein hat also hier geringen Einfluss, wenigstens in keiner anderen Weise als dadurch, dass die Regierungspersonen für ihre Amtstätigkeit mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes Fühlung behalten müssen. Eine direkte Vertretung des Volkes, ein internationales Parlament, fehlt; dennoch wird es aber einmal zur Einsetzung einer solchen, nach dem Muster der Staatsparlamente organisierten Vertretung kommen müssen, wenn auch im Staate selbst die Beteiligung des Volkes bei der Abschliessung von Verträgen sich eingebürgert hat und überhaupt ein geordneter Einfluss des Parlamentes in der Verwaltung des auswärtigen Angelegenheiten gesichert sein wird.

Die Befugnis dieser zur Bildung internationalen Rechtes eingesetzten Organe wird immer durch Anweisung der Interessen, wofür Rechtsbildung nötig erscheint, bestimmt werden. Die internationale Organisation der Menschheit bewegt sich hier in der gleichen Richtung wie die Staatsorganisation eines Volkes. Die bewusste Rechtsbildung tritt bei einem Volk oder Stamm hervor, wo sie für die Beherzigung gewisser öffentlichen Interessen, vor allem militärischen Interessen, als nötig erscheint. Je nachdem zahlreichere derartige Interessen der Rechtsgewalt bedürfen, erweitert sich die bewusste Rechtsbildung, bis dann schliesslich die Befugnis zur Rechtsbildung voll und ganz zustande kommt. Eine gleiche Entwicklung ist auch auf dem Gebiete des internationalen Rechtes zu erwarten. Der Ausgangspunkt liegt in der Rechtssorge für bestimmte Interessen. In dem Maasse wie die Interessensolidarität zwischen verschiedenen Staaten zunimmt, entste-

hen rechtsbildende den Staaten übergeordnete Organe, um jenen Interessen Rechtssorge zuteil werden zu lassen, welche Organe auch hier schliesslich zu einer Organisation für die Durchwirkung eines mundialen Rechtsbewusstseins auf jedem Gebiete verschmelzen werden.

F. *Die innere Veränderung des internationalen Rechtes.* Gewohnheit, Vertrag, Jurisdiktion und Gesetzgebung stellen verschiedene Wege dar, auf welchen das internationale Recht sich nach aussen offenbart. Aber unabhängig von den äusseren Ursachen, welche das internationale Recht gestalten und modifizieren, haben wir für dieses Recht insbesondere auch innere Ursachen zu betrachten, welche Veränderungen in demselben hervorbringen, ohne dass diese Veränderungen vorher auf eine der genannten Weisen äusserlich festgestellt sein sollten.

Diese inneren Ursachen liegen in der Natur des Rechtes als des Niederschlags einer Wertung miteinander streitender Interessen. Die in einer Gewohnheit, in einem Vertrag, in Jurisdiktion oder Gesetzgebung festgelegte Rechtswertung kann zu gelten aufhören, wenn ein veränderter Interessengegensatz eingetreten ist und jene Rechtswertung darauf nicht mehr passt. Aeusserlich bleibt dieselbe dann im stande, aber innerlich hat sie ihre Geltung eingebüsst.

Am deutlichsten tritt dieser innere Zerfall des Rechtes beim Vertragsrecht an den Tag. Eine zur Zeit der Abschliessung eines Vertrags als rechtsgiltig angesehene Verpflichtung kann ohne Mitwirkung aller derjenigen, welche dieselbe gestiftet haben, ihre Kraft verlieren, wenn nämlich die Umstände, unter denen der Ver-

trag abgeschlossen wurde und welche damals zur Anerkennung eines Rechtsbandes führen konnten, in solchem Maasse verändert sind, dass sich ein modifizierter Interessengegensatz entwickelt hat, der in der früheren Rechtswertung nicht mehr seinen Ausdruck findet. Um diese Verschiebung in dem Werte der Interessen in einer neuen Rechtswertung zur Offenbarung zu bringen, ist für innerstaatliche Interessen die Rechtsbildung in einer gesetzgebenden Gewalt organisiert. Diese Organisation genügt jedoch nicht um den veränderten Interessengegensätzen stets rechtzeitig mit Veränderungen im Rechte nachkommen zu können, daher denn auch innerstaatlich Rechtsbeziehungen durch eine Verschiebung des Wertes der darin geregelten Interessen zu gelten aufhören können, obgleich weder die Parteien noch der Gesetzgeber eine Revision der früheren Rechtswertung zustande gebracht haben. Hier bleibt jedoch ein solcher innerer Zerfall des Rechtes Ausnahme, weil wir innerstaatlich eine sei es auch auf zu bescheidenem Fusse eingerichtete Organisation der Rechtsbildung besitzen, welche es meistens möglich machen wird, jene Wertverschiebung nachzuholen. Die Fälle, wo innerstaatlich diese innere Ursache der Rechtsveränderung sich betätigt, hat man denn auch festen Rubriken, wie Uebermacht, Notzustand u. dgl., einordnen können. Aber auf dem Gebiete der internationalen Verhältnisse kommen solche Fälle weit häufiger vor, da hier die Organisation der Rechtsbildung noch eine äusserst mangelhafte ist und sich in der Hauptsache auf einige formelle Regeln in bezug auf die Entstehung und Aufhebung von Verträ-

gen beschränkt. Die neue Organisation der Rechtsbildung, welche infolge der Friedenskonferenzen angefangen hat sich Bahn zu brechen und auf welche *Schücking* (Der Staatenverband der Haager Konferenzen) das volle Licht hat fallen lassen, kann schon mit Rücksicht auf ihre langsame Wirkung kaum in betracht kommen, sodass wir bis jetzt noch allein mit der Rechtsbildung mittels Verträge zu rechnen haben. Das auf diesem Wege zustande gebrachte Recht enthält aber nichts in bezug auf die Gründe, welche, unabhängig von einer darauf gerichteten kontraktuellen Regelung, eine Veränderung in den Rechten und Verpflichtungen können eintreten lassen, daher denn ausschliesslich das ungeschriebene internationale Recht in dieser Sache Hilfe schaffen kann. Aber auch wenn diesem ungeschriebenen Rechte nicht alle Bedeutung abgesprochen werden kann, so ist doch der Inhalt desselben in dieser Hinsicht so wenig bestimmt, dass es sehr schwer hält, diesen Inhalt anders als durch äusserst schlaife Formeln, wie das „*rebus sic stantibus*“, für die Praxis brauchbar zu machen. Und doch, wie sehr bedarf die Praxis hier einer Regel, wo sich Fragen darbieten wie die folgenden:

- ob ein Vertrag noch als bindend anzuerkennen ist;
- ob die Interessen eines Staates, mit Rücksicht auf das Gewicht, welches dieselben für die Kulturgemeinschaft besitzen, höher als die Interessen anderer Staaten zu bewerten sind, und ob also diese Staaten die Geltung ihrer Interessen zu beschränken verpflichtet sind, oder umgekehrt;
- ob, wo eine vertragsmässig festgestellte oder gewohn-

heitsrechtlich begründete Rechtsregel vorliegt, die damit gegebene Norm durch gewisse Handlungen oder Verhaltensweisen eines Staates verletzt worden ist, während dadurch die Interessen dieses bzw. eines anderen Staates gefördert oder geschädigt worden sind.

Es lassen sich zahlreiche Fälle anführen, wo diese Fragen sich aufdrängten, für deren Beantwortung jedoch weder eine positivrechtliche Regel aufweisbar ist noch eine unparteiische mit Jurisdiktion beauftragte Gewalt existiert, infolgedessen jene Fragen, da sie doch gelöst werden müssen, von den interessierten Staaten selbst beantwortet werden. Hier folgen einige Beispiele. Artikel 11 des Vertrages von Paris, welcher das Sichaufhalten von Kriegsschiffen im Schwarzen Meer verbietet, wurde von Russland in 1870 bei Seite gesetzt. Die danach stattfindende Londoner Konferenz hat sich darin gefügt. Zwar wurde bei dieser Gelegenheit von den Grossmächten erklärt, dass die einseitige Auflösung von Verträgen dem Völkerrecht widerstreitet; dies war jedoch eine *protestatio actui contraria* und ist in seiner Allgemeinheit unwahr. — Oesterreich-Ungarn veränderte die ihm beim Vertrag von Berlin im Jahre 1878 gestattete Okkupation Bosniens und der Herzogowina im Jahre 1908 in eine Annexion dieser Länder. — Vorher hatte Bulgarien im Streit mit dem nämlichen Vertrag seine Beziehungen zur Türkei eigenmächtig verändert und sich als ein selbständiges Königreich konstituiert. — Im Jahre 1905 hebt Norwegen die Union mit Schweden auf. — Im Jahre 1914 verletzt Deutschland die auch von ihm (Preussen) garantierte Neutralität Belgiens und Luxemburgs.

Es wäre verfehlt, über alle diese Fälle mit einer einfachen Verweisung nach dem „*pacta sunt servanda*“ kurzerhand das Urteil zu sprechen. Dieses Adagium welches VON LISZT (Das Völkerrecht, 11. Aufl. S. 167) sogar zu einem „die Grundlage alles Rechtes bildenden Satz“ aufbläht, lässt sich nicht aufrecht erhalten und wird in Wahrheit von Niemandem, auch nicht von von Liszt, als eine ausnahmslos gültige Rechtsregel anerkannt, weder innerhalb noch ausserhalb des Staates. Nein, nicht aus dem Willen der Teile (Individuen oder Staaten) entspringt das Recht, nach welchem diese ihr Leben einzurichten haben, sondern aus den Forderungen, welche das dieselben umfassende Ganze für *seine* Entwicklung zu stellen vermag. Welche diese Forderungen sind, entscheidet innerstaatlich der Gesetzgeber. Hier dagegen, bei internationalen Verhältnissen, wo es keine Obrigkeit giebt, die ihre Einsichten in bezug auf Veränderung, Abschwächung oder Aufhebung des Rechtes oder der Rechte zur Geltung bringen kann, müssen wir in den wankenden Grundlagen einer ungeordneten Rechtsgemeinschaft einen Stützpunkt für die Entscheidung über Recht oder Unrecht zu finden versuchen. Von diesen Grundlagen vermögen wir bloss eine zu nennen, welche, wie die Geschichte beweist, bei der Beseitigung dessen, was ursprünglich als Recht angesehen wurde, immer den Ausschlag gab, und das ist der höhere Wert, welchen ein umfassenderes Kulturleben, eben weil es umfassender ist, über dasjenige der engeren Kulturverbände, in welche die Menschheit verteilt ist, beanspruchen darf. Von kleinen, mehr oder weniger geordneten Gruppen her ist die

Menschheit zum Leben in stets grösseren Verbänden vorgeschritten, und jedesmal hat der Wert, welchen der grössere Verband für die Entwicklung der Menschheit besass, über das Recht, welches für die Teile gelten sollte, entscheiden. Allerdings ist dies wenig mehr als eine abstrakte Formel, denn über die Bedeutung jedes Teiles für jene Entwicklung, von welcher der Rechtswert desselben und also die Erhaltung oder Aufhebung des für ihn geltenden Rechtes abhängt, verbreitet dieser historische Sachverlauf kein Licht. Dennoch darf in dem oben Gesagten nicht bloss eine Formel gesehen werden, denn jedenfalls schafft es Klarheit über diesen wichtigen Punkt: dass das Recht seinen Inhalt nicht demjenigen verdankt, was die Teile wünschen oder wollen und in Uebereinkünften und Verträgen festlegen. Wir müssen, um die Bedeutung eines Volkes und also auch des Rechtes, welches es geltend machen kann, zu bestimmen, uns ins Zentrum der Kulturwelt versetzen, innerhalb deren die Völker mit ihren unendlich vielen Interessen doch nur einen bedingten Wert besitzen. Aber eben dieser bedingte Wert erleidet, oft unabhängig von unserem Wünschen und Wollen, fortwährend Veränderungen, während keine geordnete Macht existiert, welche diesen Veränderungen nachkommen und denselben entsprechend das positive Recht umgestalten könnte. Daher wird dann dasselbe auf ungeordnetem Wege gebrochen, weil es ein Recht im höchsten Sinne des Wortes giebt, jene Verschiebungen des Wertes der Interessen in der Ordnung des Gemeinschaftslebens zum Ausdruck zu bringen.

Der in hohem Grade berechtigte Wunsch, dem mög-

lichst vorzubeugen und also die Lösung dieser Rechtsfragen nicht von der Machtsstellung der Staaten, zwischen denen der Interessenstreit vorliegt, abhängig zu machen, hat nun aber dazu geführt, dass einzelne Staaten Schiedsverträge abgeschlossen haben, um für alle, also auch für die reinen Interessenkonflikte, eine unparteiische Jurisdiktion zu erzielen. Aber es wird noch lange dauern, bis die Grossmächte diesem Beispiel nachfolgen werden. Dazu wäre vor allem nötig, dass sich einige konkrete Normen entwickelt hätten; denn ehe die Grossmächte ihre Machtsstellung preisgeben, müssen sie einige Sicherheit haben in bezug auf die möglichen Ergebnisse einer arbitralen Entscheidung über das Fortexistieren der von ihnen abgeschlossenen Verträge oder einer beliebigen Norm des Völkerrechts, da sie nicht bereit sein werden, sich einem Organe zu unterwerfen, welches, wiesehr auch mit Kenntnissen und Rechtsgefühl ausgestattet, Entscheidungen wird zu treffen haben, für welche es keine andere Richtschnur hat als das uferlose Rechtsbewusstsein der Völkerfamilie. Die kleineren Staaten nun, zwischen denen bis jetzt noch ausschliesslich solche allgemeine Arbitrationsverträge vorliegen, können hier durch die arbitralen Entscheidungen über die dauernde Geltung der zwischen ihnen abgeschlossenen Verträge und der völkerrechtlichen Regeln überhaupt, also auf dem Wege der Jurisprudenz, die konkreten Normen herbeischaffen. Und erst dann, wenn das internationale Recht in bezug auf diese Frage, nämlich diejenige des inneren Zerfalls internationaler Rechte und Verpflichtungen, einen einigermaassen bestimmten

Inhalt gewinnt, wird das internationale Rechtsorgan nicht länger auf sich warten lassen, ein Organ, welches dann zugleich, eben mittels jener Wirksamkeit, sich zu einem allgemeineren gesetzgebenden Organ wird entwickeln können.

G. *Das Aufkommen eines Weltstaates.* Die Entwicklung der politischen Organisation, welche zur Entstehung von Staatenbünden und Bundesstaaten führt, muss schliesslich in ein auf Volksvertretung gegründetes Organ, welches die *mundiale* Rechtsüberzeugung auf jedem Gebiete zur Geltung zu bringen vermag, ausmünden. Das Recht eines Volkes, nach eigenem Rechte zu leben, wird dann zu bestehen aufgehört haben, und die Staaten werden in ein einziges Weltreich zusammengeschmolzen sein. Dieses Weltreich, welches uns den Einen Staat bringen wird, in welchem die ganze Menschheit ihre Vereinigung gefunden hat, mag noch Jahrhunderte lang auf sich warten lassen, es darf nicht vergessen werden, dass der Werdeprozess dieses Reiches sich vor unseren Augen vollzieht. In dem Maasse wie die Interessen internationaler Art zunehmen, wird das Zentrum der Rechtsbildung von den Staaten nach einer stets sich erweiternden Rechtsgemeinschaft verschoben. Aber es sind und bleiben noch immer Organe der Staaten, welche jedes für sich, mittels Verträge, sich bei der Feststellung des internationalen Rechtes beteiligen. Erst dann, wenn ein speziell für die Erzeugung jenes Rechtes bestimmtes und aus dem Volke selbst hervorgegangenes Organ sich entwickelt haben wird, wird das Morgenrot des Einen Staates erscheinen, zu welchem sich die jetztigen

Staaten verhalten werden als seine Provinzen, d.h. als Gemeinschaften, welche zwar mit einem besonderen rechtsbildenden Organe ausgerüstet sind, jedoch so, dass dieses Organ ausschliesslich für Gruppen von Interessen, deren Rechtswert von sonstwoher feststeht, die eigentliche Rechtssorge zu übernehmen hat.

Wichtiger jedoch als sich beim mundialen Staate aufzuhalten und nach Interessen zu suchen, deren Rechtswert, wie derjenige des im Sklavereiverbot enthaltenen Interesses, bereits jetzt für die ganze Welt giltig ist—, wichtiger als dieses erscheint es, die Rechtsgemeinschaft der Kulturvölker ins Auge zu fassen, da aus dieser heraus das geltende internationale Recht seinen Ursprung nimmt. Ueber den Weg, auf welchem diese Gemeinschaft sich zum Staate entwickeln wird, verbreitet die Geschichte der Entstehung der Staaten alles erforderte Licht. Fest steht, dass dieser Prozess nicht in der Organisation und Zentralisation der *Rechtsbildung* seinen Ursprung genommen hat. Für die meisten Länder sind diese beiden nicht früher als etwa vor einem Jahrhundert zum Abschluss gekommen. Und nicht weniger fest steht auch dieses, dass durch Organisation und Zentralisation der *Rechtspflege* die Staatsidee sich in einem Volke noch nicht verwirklicht. Zu Staaten sind die Völker geworden durch die Organisation und Zentralisation eines auf Machtsentwicklung eingerichteten Apparats von Soldaten, Polizei und Beamten, welcher, als ein Instrument in den Händen Einzelner, eine nämliche und gleiche Unterworfenheit Aller zustande brachte. Eben dadurch gewann die Obrkeitsidee im Bewusstsein der Menschen einen fes-

ten Stand, und aus der Wirkung dieser Idee sind die gegenwärtigen Staaten hervorgegangen. Dass die moderne Staatsidee den Grund der Unterworfenheit nicht mehr in der Obrigkeitsgewalt findet, sondern im Recht, das aus eigener Kraft gilt, ändert nichts an der Bedeutung und dem Wert, welche der Obrigkeitsgedanke für das Gemeinschaftsleben gehabt hat. Denn ehe die autonome Herrschaft des Rechtes als wirkendes Prinzip anerkannt werden kann, muss die Kultur eines Volkes hoch genug entwickelt sein um zu fühlen, dass sein Gemeinschaftsleben ausschliesslich von der Macht einer ethischen Idee, wie derjenigen des Rechtes, beherrscht wird. In den Jahrhunderten, welche dem Aufkommen der modernen Staatsidee vorhergegangen sind, war eine solche Kultur bei der grossen Menge nicht zu finden, und war also nur für eine heteronome Gewalt, wie man sie in den Kolonien ohne Selbstregierung noch findet, Raum. Die Staatslehre hat sich eifrig bemüht, dieser Gewalt eine Weihe zu verleihen: sie hat dieselbe in Gottes Willen wurzeln lassen, hat sie in den Dienst des Rechtes gestellt, hat versucht ihr einen eigenen Rechtstitel zu schaffen mittels der Fiktion von Verträgen, welche die Obrigkeit ins Dasein gerufen haben sollte. Aber sie hat niemals vermocht, dieser Gewalt einen anderen Charakter zu geben als denjenigen einer heteronomen Gewalt, weil dieselbe nicht kraft ihrer Innerlichkeit, sondern kraft ihrer äusseren Macht herrschte und nur kraft dieser herrschen konnte. Anfang und Ende der Staatslehre war daher auch eine ausserhalb des Rechtes existierende Macht, welche sich immer als die Verfügung über

den organisierten Zwangsapparat des Heeres und der Beamten entpuppte. Jetzt erst fängt jene Obrigkeitsgewalt an, der Gewalt des Rechtes Platz zu machen, und gelangt also die Herrschaft einer innerlichen Macht zur Geltung. In dieser Phase befindet sich das nationale Gemeinschaftsleben, und eben dieses versucht die vorliegende Schrift, dadurch dass sie die moderne Staatsidee kenntlich macht, zum Ausdruck zu bringen.

Es muss nun die politische Entwicklung der internationalen Gemeinschaft, genau so wie diejenige der nationalen Gemeinschaften, *durch die Obrigkeitssidee hindurchgehen*, womit also gesagt ist, dass die Staatsbildung auch hier eines Machtzentrums bedarf, aus welchem heraus die Unterworfenheit der in Staaten getrennten Menschheit ausschliesslich zustande gebracht werden kann. Mit der Erzeugung eines Rechtes und der Organisierung einer mundialen Rechtspflege allein lässt sich das Machtbewusstsein der Völker, welches in den zunehmenden Kriegsrüstungen stets neue Nahrung findet, nicht brechen. Hier ist nötig die Einsetzung einer Obrigkeit, welche, wie von altersher, mittels eines ihr zur Verfügung stehenden Machtsinstrumentes das Recht handhabt und also von aussen her das Bewusstsein der Völker und ihrer Führer von der Herrschaft einer ethischen Macht erfüllt. Die politische Entwicklung der internationalen Gemeinschaft hat jedoch in dieser Hinsicht mit viel grösseren Schwierigkeiten zu kämpfen als bei der Bildung der gegenwärtigen Staaten besiegt werden mussten. Sowohl die Einsetzung einer Obrigkeit an und für sich wie

die Ausrüstung derselben mit Zwangsmitteln muss hier zielbewusst zustande gebracht werden, und dies erfordert in den Regierungen ein Maass der Selbstbeschränkung, welches sich um so schwerer erreichen lässt, je grösser die zwingende Macht ist, welche sie zu betätigen vermögen. Das Unmögliche scheint hier von den mächtigen Staaten gefordert zu werden. Wenn aber das Bewusstsein dieser Unmöglichkeit bei den Regierungen und in den gesellschaftlichen Kreisen, wo ihre Mitglieder verkehren, vorliegt, wenn der Zusammenschluss nicht von selbst aus einem Notverband, wozu eine gemeinsame Gefahr sie treibt, hervorgeht, so kann dasjenige, was kommen *muss*, entweder seinen Ausgang nehmen von einem Verbande der kleineren, weniger vom Machtsrausch befangenen Staaten, oder aus den tieferen Schichten der Bevölkerung, wo manchmal höhere Ideale leben als in einer vergoldeten Umgebung gedeihen können, geboren werden. Auf welchem Wege aber auch die Konzentration erreicht werden mag, jedenfalls wird die internationalrechtliche Obrigkeit *Selbstständigkeit* besitzen müssen, denn nur dann kann die Geltung des Rechtes unabhängig gemacht werden von den Staaten, die diesem Rechte gegenüber in Unterworfenheit gebracht und erhalten werden müssen.

Mit Freude ist daher die auf dem Gebiete des Völkerrechts sich ausbreitende Einsicht zu begrüßen, dass in der Konstruktion einer internationalen Obrigkeit viel mehr als in der Rechtsbildung und in der Erweiterung der Rechtspflege die Entwicklung der politischen Organisation einer internationalen Rechtsgemeinschaft ge-

sucht werden muss. Unser Landsmann VAN VOLLENHOVEN hat, indem er die Wichtigkeit einer internationalen Polizeimacht hervorhob, diesem Gedanken zuerst eine feste Gestalt gegeben, und mit historischem Sinn die Unerlässlichkeit einer diesbezüglichen Wiederbelebung der Obrigkeitssidee für den Ausbau der internationalen Organisation verteidigt. Inwiefern die Art und Weise wie er sich die Bildung des internationalen Machtzentrums vorstellt, der Forderung der Selbstständigkeit der Obrigkeit genügend Rechnung trägt, kann hier unentschieden gelassen werden. Als eine erste Annäherung an das Ziel verdient der betreffende Gedanke volle Anerkennung und findet derselbe auch zunehmende Beachtung. Am allerdeutlichsten kommt die Einsicht in die Notwendigkeit einer selbständigen Obrigkeit zum Ausdruck bei dem finnischen Schriftsteller Rafael EHRICH (Probleme der internationalen Organisation, 1914, S. 67 ff.), der das Machtsinstrument einem für diesen Zweck zu organisierenden internationalen Staat, einem Staat ad hoc, anzuvertrauen wünscht. Auf diese Versuche, der Obrigkeitssidee in der internationalen Gemeinschaft eine Stelle zu geben, braucht hier nicht tiefer eingegangen zu werden. Dieselben beleuchten in genügendem Maasse, was oben bemerkt wurde, dass in der Festigung einer internationalen Obrigkeitsgewalt der Anknüpfungspunkt liegt für die Entwicklung der internationalen Gemeinschaft zu einem Staate im modernen Sinn, d.h. zu einer selbständigen Rechtsgemeinschaft. Diese wird aber erst dann vorliegen, wenn ein von den verschiedenen Staaten unabhängiger Rechtsmaassstab bei der Rechtsbil-

dung angelegt werden kann. Und dies wird der Fall sein, wenn das mundiale Rechtsbewusstsein in ähnlicher Weise, wie jetzt in den Kulturstaaten geschehen ist, organisiert worden ist, womit dann die moderne Staatsidee für die ganze Gemeinschaft der Kulturmenschen verwirklicht sein wird. Dem muss aber als Uebergangsstadium notwendig ein ähnlicher Zustand wie derjenige vorhergehen, welcher sich im Anfang der neueren Geschichte ausgebildet hatte, als eine über der Zstückelung in Rechtsgemeinschaften und über einer ungeordneten Jurisdiktion stehende eigenberechtigte Obrigkeit, mittels eines nur von ihr abhängigen Machtsinstrumentes, das ganze Volk von der Gewaltsidee zu erfüllen wusste, wonach es erst möglich wurde und für die internationale Gemeinschaft erst möglich werden *kann*, diese Idee in der ethischen, unpersönlichen Macht des Rechtes wurzeln zu lassen.
