

Hans Kelsen Werke



Hans Kelsen Werke

Herausgeber / Editor

MATTHIAS JESTAEDT, Erlangen

In Kooperation mit dem / In co-operation with

HANS KELSEN-INSTITUT

ROBERT WALTER, Wien CLEMENS JABLONER, Wien

Wissenschaftliche Berater / Advisory Committee

JES BJARUP, Stockholm	STANLEY L. PAULSON, St. Louis
EUGENIO BULYGIN, Buenos Aires	OTTO PFERSMANN, Paris
AGOSTINO CARRINO, Napoli	JOSEPH RAZ, Oxford/New York
GABRIEL NOGUEIRA DIAS, São Paulo	GREGORIO ROBLES MORCHÓN, Palma de Mallorca
HORST DREIER, Würzburg	OSCAR L. SARLO, Montevideo
MARIO G. LOSANO, Milano	HUN SUP SHIM, Seoul
RYUICHI NAGAO, Tokio	MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt
WALTER OTT, Zürich	MICHEL TROPER, Paris
	LUIS VILLAR BORDA†, Bogotá

Hans Kelsen Werke

Band 2

Veröffentlichte Schriften 1911

Erster Halbband

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT

In Kooperation mit dem
HANS KELSEN-INSTITUT

Mohr Siebeck

Eine Veröffentlichung der HANS-KELSEN-FORSCHUNGSSTELLE
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Leiter:

Matthias Jestaedt

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:

Julia Baßler	Susanne Halama	Markus Modschiedler
Philippa Eggers	Manuela Herrmann	Angela Reinthal
Thomas Elsner	Martin Herzog	Brigitte Schöning
Nicola Ernst	Jörg Kammerhofer	Anna Lena Scholz
Josephine Fischer	Bastian Lämmermann	Bilhildis Schütz
Nikolaus Forschner	Eva Lohse	Dominika Wiesner
Sabrina Habermann	Anke Lutz	Michael Zeder

Die Herausgeberarbeiten wurden von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die Drucklegung wurde vom Bundeskanzler der Republik Österreich in großzügiger Weise finanziell unterstützt.

Zitiervorschlag:

Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911), in: HKW 2, 21 (638–662)

Hans Kelsen, in: HKW 2, 21 (638–662)

ISBN 978-3-16-149436-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina in Tübingen aus der MinionPro belichtet, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhalt

Erster Halbband

Vorwort des Herausgebers	VII
------------------------------------	-----

I. Sektion

Editorische Hinweise

Benutzungshinweise	3
Editionsrichtlinien	5

II. Sektion

Veröffentlichte Schriften 1911

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)	21
Einleitung von <i>Christoph Schönberger</i>	23
Introduction by <i>Christoph Schönberger</i>	36
Titelrei	49
I. Buch. Voruntersuchungen	79
II. Buch. Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes	189

Zweiter Halbband

III. Buch. Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes	433
--	-----

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorischer Bericht	881
Abkürzungen und Siglen	915
Quellennachweis der Abbildungen	919
Schrifttumsverzeichnis	921
Gesetzesverzeichnis	931
Personen- und Sachregister	933

Vorwort des Herausgebers

Der hiermit präsentierte Band 2 der chronologisch angelegten und historisch-kritisch bearbeiteten „Hans Kelsen Werke“ enthält – in zwei durchgehend paginierten Halbbänden – Kelsens Habilitationsschrift aus dem Jahre 1911.

In seinen „Hauptprobleme[n] der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ unterzieht Kelsen die zeitgenössische Staatsrechtslehre im Besonderen wie die Rechtswissenschaft seiner Zeit im Allgemeinen einer radikalen, da an die Fundamente gehenden Kritik. Die von ihm betriebene – wie er im Vorwort programmatisch formuliert – „Revision der methodologischen Grundlagen“ bedeutet nichts weniger, als dass er den seinerzeit herrschenden rechtswissenschaftlichen Strömungen eine ganz andere, der Besonderheiten und Grenzen der ihr eigentümlichen Methode bewusste Jurisprudenz entgegensetzt. Sein wider den Methodensynkretismus, wider die Vermengung von explikativer und normativer Betrachtung gerichtetes methodologisches Plädoyer lautet denn auch: „Jede Frage nach dem ‚Was‘ sucht sich vorerst durch ein: ‚Wie, darf ich fragen?‘ zu legitimieren.“ Die von Kelsen verfochtene Methoden„reinheit“ ist somit nur ein Synonym für die disziplin-konstituierende Methodenidentität. Was in den 30 Kapiteln der „Hauptprobleme“ folgt, kommt einer methodologisch induzierten Kahlschlagsanierung gleich: Das vorherrschende rechtswissenschaftliche Denken, dessen Grundkategorien – Staat, Geltung, Wille, Person – als in der Seinswelt wurzelnde rechtliche Substanzen gedacht werden, überführt er der methodisch unzulässigen Vermengung alternativer – nämlich explikativer und normativer – Deutungsmuster. Diesem substanziellen, ontologisierenden und holistischen Denken setzt er einen ebenso relationalen, d. h. die ausschließlich im positiven Recht statuierte „Relation zum Rechtssatz“ in den Mittelpunkt rückenden, wie sektoralen, d. h. die disziplinären Grenzen achtenden, Ansatz entgegen.

So sehr Kelsen darauf bedacht ist, die rechtswissenschaftliche Perspektive gerade gegen jene und von jener der Ethik, der Soziologie und der Psychologie abzugrenzen, so wenig zielen seine Ausführungen doch darauf, der normwissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz anderen Disziplinen gegenüber eine Exklusiv-, Vorzugs- oder Sonderstellung in Bezug auf „die Sozialerscheinung des Rechtes“ zu vindizieren. Ganz im Gegenteil beharrt er darauf, dass das Recht der Rechtswissenschaft „nur mit einer einzigen Seite angehört und zum großen, vielleicht sogar zum größten Teile der Betrachtungsweise anderer Wissenschaften ... unterworfen ist“. Indem er dem Proprium rechtswissenschaftlicher Betrachtung und Behandlung von Recht nachspürt, gilt sein Mühen dem Nachweis des Selbstandes und der Eigenrationalität der Jurisprudenz.

Wiewohl seine „Hauptprobleme“ allenfalls eine schwache Vorahnung vermitteln von der erst Jahre später entwickelten, dynamischen Konzeption des doppelten Stufenbaus der Rechtsordnung, die in der Lehre von der Grundnorm gipfelt, und wiewohl die in den „Hauptproblemen“ verfochtene Gegenüberstellung von Rechtsordnung als Wille des Staates und Verwaltung als Handeln des Staates einerseits sowie die These, „daß die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist“, andererseits Ausdruck der konventionellen Gesetzesfixierung rechtswissenschaftlicher Theoriebildung sind, legt und erprobt Kelsen hier doch schon die Grundlagen für seine ideologiekritische, die Jurisprudenz an strengen Wissenschaftlichkeitsmaßstäben ausrichtende „Reine Rechtslehre“. Es sind die „Hauptprobleme“, in denen er jene kopernikanische Wende im juristischen Denken einleitet, die sein ganzes weiteres Œuvre bestimmen und prägen wird, die seine Texte so eigenartig und einzigartig werden lässt und die ihm einen Platz auf dem Olymp der Rechtstheorie sichert. Und wenn das ideologiekritische, auf Differenzierung der Disziplinen und Methodenbewusstsein setzende Wissenschaftsprogramm Kelsens sich auch nahtlos in die allgemeine wissenschaftliche „Landschaft“ zu Beginn des 20. Jahrhunderts einfügt, sich gleichsam als rechtswissenschaftlicher Ableger eines größeren Projekts – der wissenschaftlichen Moderne – darstellt, so kann doch Kelsen nur auf wenige Vorarbeiten im eigenen Fach zurückgreifen, um seinen Ansatz zu formen und zu formulieren; die Grundlegung der „Reinen Rechtslehre“ darf daher, unbeschadet aller späteren Theorie-Beiträge insonderheit von Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Kelsen als eigene, exklusive Leistung zugeschrieben werden.

Grundlage der Edition ist der vollständige Text der im Jahre 1911 erschienenen Erstauflage der „Hauptprobleme“. Die im Jahre 1923 veranstaltete Zweitaufgabe, die im Übrigen einen photomechanischen Nachdruck der Erstauflage darstellt, unterscheidet sich – neben der Hinzufügung einer Widmung – von der Erstauflage lediglich dadurch, dass deren Vorrede durch eine neue Vorrede ersetzt worden ist. Vom Abdruck der Vorrede zur zweiten Auflage wird hier abgesehen, er erfolgt in dem dem Publikationsjahr 1923 gewidmeten Band der „Hans Kelsen Werke“. Maßgeblicher Bezugspunkt des historisch-kritischen, näherhin: des textgenetischen Apparates ist der 2421 Seiten umfassende Autograph der Habilitationsschrift, der in den Jahren 1910 und 1911 dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, als Satzmanuskript gedient hat. Ihm sind auch die in den fortlaufenden Text eingestreuten Faksimile-Seiten entnommen. Der Autograph befindet sich heute im Hans Kelsen-Institut, Wien. Weitere wichtige Informationen zu Entstehung und Drucklegung der Schrift konnten der – freundlicherweise vom Verlag Mohr Siebeck zugänglich gemachten – Korrespondenz zwischen dem jungen Wiener Privatdozenten und dem renommierten Tübinger Verlagshaus entnommen werden.

Dem Abdruck der „Hauptprobleme“ ist eine den historischen Kontext ausleuchtende und die Bedeutung des Werkes herauspräparierende Einführung aus

der Feder von Christoph Schönberger, Konstanz, in deutscher und in englischer Sprache vorangestellt; die Übertragung ins Englische haben Bonnie Litschewski Paulson und Stanley L. Paulson, St. Louis/Kiel, besorgt.

Aus der großen Zahl derer, die am Zustandekommen dieses Bandes beteiligt waren, sei – neben den finanziellen Hauptunterstützern: der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Bonn, und dem Bundeskanzler der Republik Österreich – einigen wenigen besonderer Dank abgestattet: Dr. Anne Feder Lee, Honolulu; em. o. Univ.-Prof. DDr. Dr. h. c. Robert Walter, Wien; Präsident des VwGH Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Clemens Jabloner, Wien; Dr. Klaus Zeleny, Wien; Prof. Dr. Christoph Schönberger, Konstanz; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Stanley L. Paulson, St. Louis/Kiel; Dr. Bonnie Litschewski Paulson, St. Louis/Kiel; ao. Univ.-Prof. Dr. Thomas Olechowski, Wien/Pressburg; Sektionsleiter o. Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher, Wien; Prof. Ryuichi Nagao, Tokio; Prof. Dr. Dr. h. c. Mario G. Losano, Mailand; Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL. M., Bayreuth; Dr. Frank Ramsthaler, Frankfurt a. M.; Dr. Nobuyuki Yamanaka, Erlangen; Wiener Stadt- und Landesarchiv; Österreichisches Staatsarchiv, Wien.

Größten Dank schulde ich – einmal mehr – auf der einen Seite dem Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, in Gestalt des Verlagsinhabers Dr. h. c. Georg Siebeck, des Geschäftsführers Dr. Franz-Peter Gillig und „unserer“ Herstellerin Ilse König sowie auf der anderen Seite meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Erlanger Hans-Kelsen-Forschungsstelle, allen voran Dr. Angela Reinthal und Dr. Brigitte Schöning, Dr. Jörg Kammerhofer, LL. M., und Thomas Elsner, die in bewunderungswürdiger Gelassenheit bei nimmer nachlassender Gewissenhaftigkeit die Hauptlast der Edition getragen haben. Die Verantwortung für die verbliebenen Unzulänglichkeiten von Text und Ausstattung muss der Herausgeber indes ganz für sich alleine reklamieren.

Erlangen, im Juli 2008

Matthias Jestaedt



Hans Kelsen, um 1913

I. Sektion

Editorische Hinweise

Benutzungshinweise

HKW-
Fundstelle
(Bd., Seite)

HKW-
Paginierung

Seitenbruch
und Paginierung
des Originals

Ziffern der
Kelsen-
Anmerkungen

Ziffern der
Herausgeber-
Anmerkungen

Textkritische
Anmerkungen

Textgenetische
Anmerkungen

Erläuternde
Anmerkungen

92

HKW 2, 21–878

113

schen doch ein Sollen anderen Inhalts entgegenzusetzen¹¹², so sehe ich nicht ein, weshalb wir uns durch die nicht größere Bestimmtheit der übrigen Natur brauchen verhindern zu lassen, auch für sie ein Sollen zu konstruieren. Nur daß es unnütz ist, weil ganz allein an psychologischen Wesen das ausgesprochene Sollen seine Nützlichkeit ausüben kann, dürfte den Hinderungsgrund bilden. Und gerade Kant, indem er die ungerechte Verteilung von Tugend und Glückseligkeit in der Welt als etwas ganz unerträgliches hervorhebt, empfindet das angemessene Verhältnis, nach dem der Gute seinen Lohn und der Böse seine Strafe erhält, als ein Sollen, das der Natur gegenüber gilt und dem sie denn auch in einer jenseitigen Welt nachkommt.¹¹³ Der Imperativ ist nur ein einzelner Fall des Sollens oder vielmehr ein Mittel, durch welches das Sollen in das Sein übergeführt wird.¹¹⁴ Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein.

Innerhalb¹¹⁵ der menschlichen Handlungen allerdings muß nicht jede einzelne zu einer Norm in ein Verhältnis gebracht, als unter der Herrschaft einer bestimmten Norm stehend erkannt werden, vielmehr gibt es zahlreiche vom normativen Standpunkte aus völlig indifferente Handlungen, ein Verhalten, das in keiner Weise als geboten oder verboten erscheint, ohne daß wir darum die normative Gesetzgebung als lückenhaft empfinden und als einer Ergänzung bedürftig erachten würden, während wir vom explikativen Standpunkte aus das Nichtzurückführenkönnen irgend eines tatsächlichen Geschehens auf ein Naturgesetz als eine vorläufige Unzulänglichkeit unserer momentanen Erkenntnis betrachten, die zu beheben als Aufgabe der Wissenschaft gilt. Treffend führt schon Schleiermacher²⁾ ¹¹⁸ als Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz aus, „daß alles

113

¹⁾ a. a. O. S. 9, 11.¹¹⁵

²⁾ Über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz, gelesen am 6. Januar 1825. Sämtliche Werke. III. Abteilung, 2. Bd. S. 405¹¹⁷

¹¹² «entgegenzusetzen»] Simmel, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 10: «gegenüber zu stellen».
¹¹³ Simmel fasst hier wahrscheinlich mehrere Aussagen Kants zusammen. Zur Rolle der Tugend und Glückseligkeit als höchstes Gut vgl. z. B. Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788, S. AA V 110–119, 124–132.

¹¹⁴ «Allein es kann ... S. 9, 11.» (919–921, 9225] in A₂ eingefügt.

¹¹⁵ Simmel, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 9 f.

¹¹⁶ «wird. ... Innerhalb»] A₁ «wird. Innerhalb»; A₂ «wird. Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein] Innerhalb».

¹¹⁷ Friedrich Schleiermacher, Ueber den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz. Gelesen am 6. Januar 1825, in: Friedrich Schleiermacher's sämtliche Werke, Dritte Abteilung. Zur Philosophie, Bd. 2, Berlin 1838, S. 397–417 (405) – im Originalzitat „Gesetz“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A.

¹¹⁸ Friedrich (Daniel Ernst) Schleiermacher (1768–1834), ev. Theologe, Philosoph, Philologe; 1804 a. o. Professor der Theologie und Philosophie in Halle, 1806 Ordinarius, 1810 o. Professor der Theologie in Berlin, 1814 Sekretär der philosophischen Abteilung der Akademie der Wissenschaften. Wichtige Werke: Plato, Werke, aus dem Griechischen übersetzt, 5. Bde., Berlin 1804–1810 (2. Aufl., 6 Bde., Berlin 1817–1828); postum: Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament, Berlin 1838; Dialektik, Berlin 1839.

Kelsen-
Haupttext

Kelsen-
Anmerkungen

Herausgeber-
Anmerkungen

Editionsrichtlinien

I. Präsentationsphilosophie der „Hans Kelsen Werke“	5
II. Aufbau der Edition	6
III. Bandanordnung	8
1. Bandaufbau	8
2. Seitenaufbau	8
IV. Editorische Grundsätze der Textgestaltung	9
1. Kelsen-Text	9
2. Herausgeberrede	11
a) Textentwicklung	11
b) Texteingriffe	14
c) Zitate, Nachweise und Binnenverweise	15
d) Personen- und Sacherläuterungen	16
V. Editorischer Bericht	17
VI. Verzeichnisse und Register	17
VII. Fortschreibung der Editionsrichtlinien	18

I. Präsentationsphilosophie der „Hans Kelsen Werke“

Die „Hans Kelsen Werke“ (HKW) verstehen sich als eine Hybridedition. Denn sie sind auf der einen Seite den Anforderungen einer historisch-kritischen Edition verpflichtet, stellen aber auf der anderen Seite eine modernen präsentationstechnischen Standards genügende, auf gute Lesbarkeit zielende Ausgabe sämtlicher wissenschaftlicher Schriften Hans Kelsens dar. Die Werkausgabe ist damit dreierlei in einem:

Erstens enthält sie sämtliche bekannten – veröffentlichten wie unveröffentlichten, monographischen wie unselbständigen – wissenschaftlichen Texte Kelsens. Briefe Kelsens werden nur wiedergegeben, wenn sie wissenschaftlichen Inhalt haben und bereits anderweitig publiziert worden sind. Unveröffentlichte Schriften Kelsens werden hingegen – unbeschadet ihres allfälligen wissenschaftlichen Gehalts – dann nicht in die Edition aufgenommen, wenn Kelsen sie in amtlicher Eigenschaft, insbesondere als Referent des k. u. k. Kriegsministers, als Verfassungsberater des Staatskanzlers oder aber als ständiger Referent am Verfassungsgerichtshof, gefertigt hat. Unfertige Konzepte und Skizzen zu Beiträgen werden zwar gegebenenfalls im editorischen Apparat mitgeteilt und ausgewertet, aber nicht eigens abgedruckt. Ersatzzeugen, d. h. Texte, die nicht von Kelsen selbst verfasst worden sind, aber doch wie beispielsweise Vorlesungsmitschriften oder Zeitungsberichte

über Äußerungen und Stellungnahmen Kelsens berichten, werden grundsätzlich nicht in die HKW aufgenommen. Zu den wissenschaftlichen Schriften werden demgegenüber Kelsens autobiografische, unter anderem auch sein wissenschaftliches Œuvre reflektierenden Zeugnisse gezählt; den übrigen Schriften vorangestellt, werden die beiden Selbstdarstellungen aus den Jahren 1927 und 1947 im ersten Band der HKW veröffentlicht.

Zweitens werden die Schriften Kelsens historisch-kritisch aufbereitet: Wo dies möglich ist, wird ein Abgleich unterschiedlicher Text-Varianten vorgenommen und werden die Text-Veränderungen in ihrer genealogischen Abfolge verzeichnet. Die von Kelsen verwendeten Zitate und gegebenen Nachweise werden autoptisch überprüft und gegebenenfalls richtiggestellt. Zum besseren Verständnis werden Personen- und Sacherläuterungen hinzugefügt. Schließlich werden die Konstitution und die Überlieferung der Texte, deren Entstehung und Duktus sowie deren editorische Bearbeitung im Editorischen Bericht in der letzten Sektion des jeweiligen Bandes dokumentiert.

Drittens werden die Beiträge Kelsens in einer den heutigen Ansprüchen an die Präsentation wissenschaftlicher Editionen entsprechenden Weise dargeboten. Entscheidungsleitend für Gestaltung und Darbietung der Texte ist ein doppelter editorischer Anspruch: nämlich einerseits die authentische Gestalt der Texte soweit möglich zu erhalten, ohne auf eine moderne Präsentation zu verzichten, und andererseits aus Gründen der Benutzerfreundlichkeit alle auf den kelsenschen Text sich beziehenden editorischen Erläuterungen tunlichst seitengleich zu präsentieren, ohne dass die historisch-kritische Editionstechnik die Aufmerksamkeit vom kelsenschen Text mehr als unbedingt nötig ablenkt. Markantester Ausdruck dessen ist ein zweistufiger Anmerkungsapparat, dessen erste, dem kelsenschen Haupttext zugewandte Stufe die Autoren-Anmerkungen enthält und dessen zweite, durch einen Trennstrich abgesetzte Stufe die editorischen (textgenetischen, textkritischen und erläuternden) Anmerkungen zusammenfasst. Heutigen Darstellungsansprüchen geschuldet ist, neben anderem, auch die Vereinheitlichung der Anmerkungsapparate in Kelsens Schriften: so werden insbesondere Endnoten und sonstige dem Haupttext nachgestellte Anmerkungen Kelsens in das heute geläufige und unter Handhabungsgesichtspunkten nutzerfreundlichste Format der Fußnoten überführt.

II. Aufbau der Edition

Die Wiedergabe der Schriften Kelsens folgt einem doppelten Gliederungsschema: der Publikationslage und der Chronologie.

Zunächst werden sämtliche von Kelsen *für die Publikation autorisierten Texte* in der zeitlichen Folge ihrer Drucklegung präsentiert. Maßgebend ist das Erscheinungsjahr; bei Schriften desselben Erscheinungsjahres entscheidet das Alphabet

über die Reihung. Mehrteilige Beiträge werden jeweils als Einheit abgedruckt; über den Standort in der Edition entscheidet das Erscheinungsjahr des ersten Beitrags-teils. Die Texte werden in der Sprache ihrer Erstveröffentlichung aufgenommen. (Teil-)Nachdrucke sowie bloße Übersetzungen werden in einer Asteriskus-Fußnote zu Beginn des jeweiligen Werkes mitgeteilt; umfangreichere Angaben zu Nachdrucken und Übersetzungen werden zur Entlastung des beitragsbezogenen Deckblattes gegebenenfalls in den Editorischen Bericht übernommen. Soweit Übersetzungen partielle Fortschreibungen des übersetzten Werkes darstellen, werden diese Schriften wie eigenständige Werke behandelt und der chronologischen Reihung folgend wiedergegeben. Lassen sich Zweifel nicht beheben, ob lediglich eine inhaltlich unselbständige Übersetzung vorliegt oder ob Kelsen bei Gelegenheit der Übertragung in eine andere Sprache den Erstbeitrag fortgeschrieben hat, wird die Schrift als selbständiger Zweitbeitrag behandelt und entsprechend der Erscheinungschronologie abgedruckt. Außerhalb der chronologischen Reihung werden die Selbstzeugnisse Kelsens aus den Jahren 1927 und 1947 in HKW 1 wiedergegeben. Liegen mehrere Fassungen (Autographen, Typoskripte, Fahren u. ä.) eines veröffentlichten Textes vor, werden diese in den textkritischen Anmerkungen zu dem erstpublizierten Referenztext in Bezug gesetzt sowie im Editorischen Bericht näher beschrieben.

Die *nachgelassenen Schriften* Kelsens werden, soweit eruierbar, in der Reihenfolge ihrer Entstehung wiedergegeben. Kann der Entstehungszeitpunkt eines nachgelassenen Werkes nicht exakt ermittelt werden, so wird der Text am Ende jenes Bandes eingeordnet, dessen Entstehungsspanne er am ehesten zuzuordnen ist. Im Übrigen gelten dieselben Grundsätze wie für jene Werke, die mit Kelsens Autorisierung publiziert worden sind.

Die Bände werden fortlaufend nummeriert. Beginnend mit Band 1 werden die mit Kelsens Autorisierung publizierten Texte wiedergegeben, im Anschluss daran die nachgelassenen Schriften. Ergänzend zur Bandzahl wird den die nachgelassenen Schriften Kelsens enthaltenden Bänden der Zusatz „Nachlass“ hinzugefügt. Jeder Band trägt unterhalb der Bandzahl eine Jahresangabe, die den Zeitrahmen absteckt, innerhalb dessen die in dem betreffenden Band enthaltenen Schriften Kelsens erstmals publiziert worden respektive in dem die nachgelassenen Werke entstanden sind.

Die die HKW abschließenden Bände enthalten unter anderem eine chronologisch, eine alphabetisch und eine thematisch gegliederte Bibliografie sowie die aus den Registern und Verzeichnissen der Einzelbände zusammengetragenen Gesamtregister und -verzeichnisse (Abkürzungs- und Siglen-, Gesetzes- und Schrifttumsverzeichnis, Personen- und Sachregister, Quellennachweis der Abbildungen).

III. Bandanordnung

1. Bandaufbau

Jeder Band der HKW enthält, neben Vorwort und Inhaltsverzeichnis, drei Sektionen: Die *I. Sektion* umfasst die Editorischen Hinweise, nämlich die Benutzerhinweise sowie die Editionsrichtlinien der HKW. In der *II. Sektion* werden die edierten Schriften Kelsens in chronologischer Reihung wiedergegeben. Bei von Kelsen veröffentlichten Werken ist das Publikationsjahr, bei nachgelassenen Werken das Entstehungsjahr ausschlaggebend. Besonders richtungweisenden und wirkungsmächtigen Schriften Kelsens wird eine knappe, auf Entstehungskontext, Bedeutung und Wirkungsgeschichte der betreffenden Schrift hinweisende Einleitung aus der Feder eines namhaften Kelsen-Forschers vorangestellt, die grundsätzlich sowohl in deutscher als auch in englischer Sprache abgedruckt wird. Die edierten Kelsen-Texte sind mit einem textkritischen und gegebenenfalls auch textgenetischen Apparat sowie Sach- und Personen-Erläuterungen seitens des Herausgebers versehen. Die *III. Sektion* schließlich enthält Berichte, Verzeichnisse und Register, so die Editorischen Berichte, ein Abkürzungs- und Siglenverzeichnis, ein Gesetzes- und ein Schrifttumsverzeichnis, ein Personen- und ein Sachregister und gegebenenfalls einen Quellennachweis der Abbildungen.

Abweichend von dieser Dreiteilung enthält Band 1 der HKW eine zusätzliche Sektion mit Selbstzeugnissen Kelsens aus den Jahren 1927 und 1947, einer Chronik zu privaten und beruflichen Lebensdaten, einem Stammbaum sowie Abbildungen aus dem Leben Kelsens.

Jedem Band ist als Frontispiz eine aus der entsprechenden Schaffensperiode stammende Abbildung Kelsens vorangestellt. Einzelne Bände enthalten darüber hinaus beitragsbezogene Abbildungen oder faksimilierte Textseiten.

2. Seitenaufbau

Die einzelne Seite besteht bei den edierten Kelsen-Texten aus dem Haupttext, dem Anmerkungsapparat, einer Marginalienspalte sowie einem Kolumnentitel.

Der *Anmerkungsapparat* ist als zweistufiger Fußnotenapparat gestaltet. In der oberen, dem Haupttext zugewandten Stufe sind die Originalanmerkungen Kelsens zu finden. Ihre Zählung wird gegenüber der Erstpublikation nicht verändert, ihre Stellung wird indes zu Fußnoten vereinheitlicht. Die Kennzeichnung des Seitenumbruchs der Originalpublikation in der Marginalienspalte erlaubt es dem Leser, zu erkennen, ob es sich bei einer Anmerkung in der Originalveröffentlichung um eine Fußnote, eine Endnote oder eine sonstige Anmerkung handelt. Die untere, durch einen Trennstrich optisch abgesetzte Stufe enthält die Herausgeberanmerkungen, die den Korrekturen-, den Varianten- und den Erläuterungsapparat optisch in einem Apparat zusammenfassen. Während die Fußnotenzeichen der Originalanmerkungen mit einer Klammer versehen und ohne besondere Hervorhe-

bung in der Brotschrift gesetzt sind (Bsp.: ³⁾), sind die editorischen Anmerkungen daran zu erkennen, dass deren Fußnotenzeichen halbfett und in einer nonserifen Signaturschrift gesetzt sind (Bsp.: ³⁶⁷⁾). Die editorischen Anmerkungen werden beitragsweise und grundsätzlich fortlaufend nummeriert.

In der *Marginalienspalte* wird – getrennt für Haupttext und Autorenanmerkungen – der Seitenumbruch der Erstpublikation respektive des Originaltextes mit einem senkrechten Strich und der Seitenangabe mitgeteilt (Bsp.: |²⁴). Die Seitenumbruchangabe markiert den Beginn der bezeichneten Seite in der Originalpaginierung. Die genaue Stelle des Seitenumbruchs in Haupt- und Anmerkungstext wird durch einen Seitenumbruchstrich gekennzeichnet (Bsp.: Grund|norm). Wird die Originalpublikation nach Spalten gezählt, wird entsprechend verfahren. Ist die Originalpublikation mehrspaltig gesetzt, aber nach Seiten und nicht nach Spalten paginiert, so wird der Spaltenumbruch durch die entsprechende Seitenangabe unter Zusatz der Spaltenzahl in römischer Ziffer angegeben (Bsp.: |^{24 II}).

Ein laufender *Kolumnentitel* orientiert über Titel und Ort des betreffenden Beitrages in den HKW. Der linke Kolumnentitel nennt die Fundstelle des Beitrages in der Gesamtausgabe unter Angabe des Bandes sowie der Anfangs- und Endseite (Bsp.: HKW 1, 134–300), der rechte Kolumnentitel verzeichnet den (gegebenenfalls gekürzten) Titel des abgedruckten Kelsen-Textes mit Erscheinungsjahr (Bsp.: Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905)). Bei editorischen Texten wie den Editorischen Richtlinien oder den Verzeichnissen und Registern erscheint im linken Kolumnentitel, unter Verzicht auf Seitenangaben, lediglich die Bandzahl (Bsp.: HKW 1); der rechte Kolumnentitel gibt den Titel des editorischen Textes wieder (Bsp.: Personenregister).

IV. Editorische Grundsätze der Textgestaltung

Um die Schriften Kelsens auf einen Blick von sämtlichen editorischen Hinzufügungen unterscheiden zu können, sind die Seiten, die neben dem edierten Kelsen-Text auch editorische Anmerkungen umfassen, durch einen Trennstrich zweigeteilt. Oberhalb desselben befinden sich Haupt- und Anmerkungstext der veröffentlichten oder nachgelassenen Kelsen-Schriften. Unterhalb des Trennstriches stehen die editorischen Anmerkungen.

Ergänzende, nicht nur einzelne Textstellen betreffende Besonderheiten eines Beitrags sind darüber hinaus im dazugehörigen Editorischen Bericht in der letzten Sektion eines Bandes vermerkt.

1. Kelsen-Text

- Maßgebende *Textfassung* ist der von Hans Kelsen veröffentlichte Text letzter Hand; dieser wird vollständig und zusammenhängend abgedruckt. Der edierte

Text gibt also die jeweils letzte von Kelsen selbst autorisierte Druckfassung wieder. Sofern der betreffende Text nachgelassen ist, folgt der edierte Text grundsätzlich dem letzten überlieferten Textträger, sei es Manuskript, Typskript oder auch Fahne. Liegen weitere Varianten vor, so werden diese im Editorischen Bericht mitgeteilt und in den editorischen Anmerkungen in Bezug zum edierten Text gesetzt.

- Der ursprüngliche *Lautstand* sowie die ursprüngliche *Orthografie* und *Interpunktion* werden beibehalten. Auch sprachliche, orthografische oder grammatikalische Stileigentümlichkeiten Kelsens bleiben unberührt. Regelwidrige, aber nicht sinnentstellende grammatische Konstruktionen bleiben ebenso erhalten wie nicht sinnentstellende Interpunktionsfehler Kelsens. Im kelsenschen Hauptwie Anmerkungstext finden die alten, nach der Rechtschreibreform anno 1901 und vor den Reformen der Jahre 1996/2004 sowie 2006 geltenden Trennungsregeln Anwendung (zu den Texteingriffen vgl. ergänzend nachstehend 2.b).
- Sämtliche *Hervorhebungen*, seien sie in der Originalvorlage unterstrichen, fett, kursiv, gesperrt oder sonst in besonderer Weise gesetzt, werden grundsätzlich einheitlich kursiv wiedergegeben, bei Überschriften gegebenenfalls auch (halb)fett.
- *Anmerkungen*, Fuß- und Endnoten Kelsens erscheinen einheitlich als Fußnoten. Die ursprüngliche Nummerierung wird ebenso wie die von Kelsen gewählte Zitiertechnik (Bsp.: „a. a. O.“ oder: „op. cit.“) beibehalten. Anhand der Seitennummerierung in der Marginalienspalte wird erkennbar, ob es sich in der Textvorlage um eine Fuß- oder Endnote handelt.
- Allfällige *Inhaltsverzeichnisse* werden, mit den Seitenangaben der HKW versehen, zu Beginn des jeweiligen Beitrages abgedruckt. Die nicht wiedergegebenen Originalseitenangaben lassen sich mit Hilfe der im Text fortlaufend angegebenen Seitenumbruchmarkierungen rekonstruieren. Bei längeren Schriften, die von Kelsen nicht mit einem Inhaltsverzeichnis versehen worden sind, wird eine vom Herausgeber gefertigte Inhaltsübersicht dem Text vorangestellt; sie wird im editorischen Apparat als nichtauthentisch ausgewiesen.
- *Originalkolumnentitel* werden wegen des mit dem Originalabdruck nicht identischen Seitenumbruchs der Beiträge in den HKW nicht als solche wiedergegeben. Im Hinblick darauf, dass die seitenspezifischen Kolumnentitel, früherer Praxis entsprechend, zumeist auch in den – in der Edition abgedruckten – Inhaltsverzeichnissen auftauchen, lässt sich ihr Original-Standort und -Wortlaut in der Regel mit Hilfe des Inhaltsverzeichnisses und der Seitenumbruchmarkierungen rekonstruieren.
- Die *Originalsach- und -personenregister* gehen in den vom Herausgeber erstellten Sach- und Personenregistern auf. Bei nicht-deutschsprachigen Originalregistern werden im editorischen Sachregister auch die entsprechenden deutschen Stichworte ergänzt. Sonstige Verzeichnisse und Anlagen werden grundsätzlich vollständig und suo loco wiedergegeben.

2. Herausgeberrede

Bearbeitung und Präsentation der Texte folgen der historisch-kritischen Methode und schlagen sich einerseits in den textstellenbezogenen editorischen Anmerkungen sowie andererseits im Editorischen Bericht nieder (zu letzterem nachfolgend V.). Die editorischen Anmerkungen setzen sich aus drei Apparaten zusammen, die, um die kelsenschen Schriften nicht unnötig hinter Editionstechnik zurücktreten zu lassen, in einem einzigen Anmerkungsapparat zusammengeführt sind: dem *Variantenapparat*, der die Textentwicklung nachzuzeichnen bestimmt ist, dem *Korrekturenapparat*, der dem Nachweis der Texteingriffe dient, und schließlich dem *Erläuterungsapparat*, dessen Aufgabe die Ergänzung und / oder Korrektur von Zitaten und Nachweisen sowie die Erläuterung von Begriffen und Entwicklungen, Ereignissen und Personen ist. Die Kombination von textgenetischen und erläuternden Fußnoten wird der Übersichtlichkeit halber tunlichst vermieden.

a) Textentwicklung

Eine editorische Asteriskus-Fußnote an der Überschrift des Beitrags liefert eine kurze Notiz, die über Textbefund und Überlieferung, das heißt insbesondere über die benutzte Textvorlage, informiert. Bei komplexer Sachlage wird die Überlieferungssituation im Editorischen Bericht ausführlicher dargestellt. Die textgenetischen Anmerkungen dienen, wie der Name schon sagt, dem Aufzeigen der Textgenese, nicht hingegen der Darstellung der Fehlgenese. Weisen einzelne Textträger (Autograph, Typoskript, Fahne und Druckfassung respektive unterschiedliche Stufen des Autographen, des Typoskripts und der Fahnen, zu denen auch der Umbruch gerechnet wird) im Sinn unterschiedliche Varianten auf, so werden diese im Text kenntlich gemacht und in den editorischen Anmerkungen mit Lemma dargestellt. Das Lemma, auf das sich die textkritische Anmerkung bezieht, wird in französische Anführungszeichen gesetzt und durch eine offene eckige Klammer begrenzt, um es vom sich anschließenden Anmerkungstext abzusetzen. Die Varianten, die jeweils durch Siglen (Autograph: A; Typoskript: T; Fahne: F; Kopie: K), bei verschiedenen Textstufen desselben Textträgers darüber hinaus durch Zusatz einer tiefer gestellten Zahl (z. B. erste Stufe des Autographen: A₁; zweite Stufe des Autographen: A₂) bezeichnet werden, folgen in chronologischer Reihenfolge; dabei werden sämtliche Zwischenstufen und die Endstufe angegeben.

Bsp.: «damit ein mögliches Mißverständnis»] A₁ «damit Mißverständnis»; A₂ «damit ein mögliches Mißverständnis».

Bsp.: «der Zusammenhang»] A₁ «der innige Zusammenhang»; A₂ «der allerdings nur materielle und niemals formelle Zusammenhang»; A₃ «der Zusammenhang».

Bei den textgenetischen Fußnoten steht grundsätzlich am Beginn des Lemmas das letzte von der Textvariante noch nicht betroffene, am Ende des Lemmas das erste von der Variante nicht mehr betroffene Wort.

Bsp.: «ein Substrat»] A₁ «ein psychologisches Substrat»; A₂ «ein Substrat».

Weicht der Befund im Autographen oder im Typoskript von der Druckfassung ab, sind aber Fahnen nicht erhalten, so muss davon ausgegangen werden, dass die entsprechende Korrektur im Fahnenstadium vorgenommen worden ist. Um zu kennzeichnen, dass es sich dabei lediglich um eine folgerungsweise erzielte Vermutung handelt, wird die Sigle der angenommenen Endstufe mit einem Asteriskus markiert.

Bsp.: «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete»] A₁ «läßt bedeutete»; A₂ «läßt m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff aufnimmt, bedeutete»; F* «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete».

Weicht die letzte Handschriftenfassung nur geringfügig vom Drucktext ab, wird in den textgenetischen Anmerkungen keine F*-Variante eingefügt; die letzte Autographenfassung markiert folglich dann die letzte in einer textgenetischen Fußnote wiedergegebene Textstufe, wenn sich die Abweichungen gegenüber dem Drucktext beschränken auf: eine Tempus-Änderung, auf das Fehlen oder die Änderung von Satzzeichen (Komma, Punkt, Semikolon, Doppelpunkt, Ausrufezeichen), Hervorhebungen (Unterstreichung für spätere Kursivierung), die Groß- und Klein- sowie die Zusammen- und Getrenntschreibung, die Verwendung bzw. Auflösung von Abkürzungen (z. B. „RO“ für „Rechtsordnung“), Klammern, Füllwörter (z. B. „eben“, „also“), das Hinzufügen und Weglassen des Artikels, den lediglich stilistisch motivierten Wechsel der Präposition (z. B. von „mit“ zu „zu“) sowie sonstige geringfügige stilistische Änderungen (z. B. Wiederholung von „an die“ und „für die“ in Aufzählungen).

Bsp.: «soll, und nicht die Vorgänge selbst. Diese»] A₁ «soll. Diese»; A₂ «soll. und nicht diese Vorgänge selbst Diese».

Wird in der Handschrift der Satz abgebrochen, findet sich, davon abweichend, innerhalb der Fußnote der Hinweis [bricht ab].

Bsp.: «bestimmter äußerer»] A₁ «bestimmte Handlung und deren Erfolg [bricht ab]»; A₂ «bestimmter äußerer».

Soweit Kelsen den Satz mitten in einem Wort abbricht, wird dieses, falls eruierbar, in eckigen Klammern ergänzt; diesfalls wird davon abgesehen, [bricht ab] hinzuzufügen.

Bsp.: «seien; und»] A₁ «seien; daher auch nicht als spezifisch rechtlich gelten kö[nnten]»; A₂ «seien; und».

Bsp.: «als Glieder des Unrechtstatbestandes»] A₁ «als Bestandteile des objektiven Tat[bestandes]»; A₂ «als Bestandteile des Unrechtstatbestandes»; F* «als Glieder des Unrechtstatbestandes».

Wird nur ein einzelnes Wort (gegebenenfalls mit dazugehörigem Artikel) verändert, steht in der Anmerkung nur das einzelne entsprechende Wort bzw. seine Variante.

Bsp.: «Tod»] A₁ «Mord»; A₂ «Tod».

Erweist sich die Wiedergabe der bezogenen Textstelle wegen deren Länge als un-
tunlich, wird als Lemma nur deren Anfang und Ende, verbunden durch eine
Ellipsis, wiedergegeben.

Bsp.: «die Jurisprudenz ... auf»] A₁ «die Rechtswissenschaft konnte mit Recht auf»; A₂
«die Jurisprudenz ... auf».

Bsp.: «Faßt man ... warum»] A₁ «Faßt man den *Grund* des Sittengesetzes ins Auge will
man zeigen *warum*»; A₂ «Faßt man ... *warum*» – am Rand des Manuskriptes die
durchgestrichene Notiz «(Zweck! *Erklärungsprinzip* Teleologie Causalität?)».

Eine Ellipsis wird auch in den – vorstehend näher aufgeführten – Fällen gesetzt, in
denen wegen der gegenüber dem Druck marginalen Abweichungen der letzten
Handschriftenvariante von der Einfügung einer F*-Variante abgesehen wird.

Absätze innerhalb des Lemmas bzw. innerhalb der Varianten werden durch ein
Absatzzeichen (¶) symbolisiert.

Bsp.: «Disziplinen ... [Dieser]»] A₁ «Disziplinen. [Dieser]»; A₂ «Disziplinen ... [Dieser]».

Größere Einschübe im Autographen oder in der Fahne werden, falls es sich nicht
um eine Fußnote handelt, mit dem Hinweis „in A_n [oder F, F* etc.] eingefügt“
nachgewiesen. In diesen Fällen steht im Lemma jeweils Beginn und Schluss des
Einschubs. Handelt es sich bei dem Einschub um eine Fuß- oder Endnote, findet
sich im textgenetischen Apparat der Hinweis: „Anmerkung in A_n [oder F, F* etc.]
eingefügt“. Ersetzt der Einschub eine zunächst geschriebene Passage, bietet die
textgenetische Fußnote die Abfolge nach dem System A₁, A₂ etc. Bei Einschüben
im kelsenschen Haupt- oder Anmerkungstext, die mehr als sieben Druckzeilen
umfassen, wird der besseren Orientierung wegen innerhalb des Lemmas mit dem
jeweiligen ersten und letzten Wörtern des Einschubs auf die betreffende Passage
mit Seiten- und Zeilenzählung hingewiesen.

Bsp.: «Ein vollkommener Gegensatz ... Widerlegung findet.» (861–9029)] in A₂ einge-
fügt.

Sonstige Abweichungen von der Druckfassung wie (nicht sinnverändernde) Satz-
zeichen-, Wortstellungs- oder Satzstellungsveränderungen sowie Unterschiede in
der Klein- und Großschreibung oder im Tempus (z. B. Perfekt statt Plusquam-
perfekt oder Imperfekt) werden grundsätzlich nicht ausgewiesen. Umfangreichere
Varianten werden zur Entlastung des editorischen Apparats gegebenenfalls im
Editorischen Bericht wiedergegeben.

Findet sich im Autographen eine im Druck nicht realisierte Anmerkung, so
wird diese in der textgenetischen Anmerkung mit ^{Fⁿ}Text^{Fⁿ} wiedergegeben.

Bsp.: «ausspricht. Andererseits»] A «ausspricht.^{Fⁿ}Schon Paulus (?) sagt: vgl dazu Un-
ger^{Fⁿ} Andererseits»; F* «ausspricht. Andererseits».

Unlesbare Autographenstellen werden in der textgenetischen Fußnote mit dem
nachgestellten [ein/zwei/drei etc. Wort/e unlesbar u. ä.] bzw. durch das nachge-
stellte [Lesung unsicher] gekennzeichnet.

Bsp.: «macht ... Unendliche»] A₁ «macht beim Willen Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vom Erfolg bis zur Körperbewegung gedrunge[n] [Lesung unsicher] ist [bricht ab]»; A₂ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrunge[n] ist, die ja von Erfolg bis zur Körperbewegung und Seelen [bricht ab]»; A₃ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrunge[n] ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche».

Bsp.: «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines»] A₁ «nicht die hochge[Rest des Wortes unlesbar] altruistischen Tendenzen eines»; A₂ «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines».

Von Kelsen in der Handschrift vorgenommene unvollständige Streichungen, bei denen beispielsweise überflüssige Satzzeichen versehentlich stehen geblieben sind, werden in den Autographenstadien so wiedergegeben, wie es dem Handschriftenbefund entspricht. Hat Kelsen im Autographen eine umfangreiche, mehrere Zeilen, Absätze oder gar Seiten umfassende Streichung vorgenommen, so wird in der textgenetischen Fußnote grundsätzlich nur die letzte Fassung vor dieser Streichung wiedergegeben; frühere Fassungen des großflächig gestrichenen Autographentextes werden nicht erwähnt.

b) *Texteingriffe*

Texteingriffe sind auf das Nötigste beschränkt und werden, vorbehaltlich nachstehend aufgeführter Ausnahmen, entweder im textkritischen Apparat dokumentiert oder aber als Text-Einfügung in eckigen Klammern ausgewiesen. *Ohne Nachweis* im textkritischen Apparat werden nur offensichtliche Satz- bzw. Druckfehler und Verschreibungen korrigiert (Bsp.: „Behödre“ statt „Behörde“, „fitae“ statt „vita“); von einem *sub silentio* zu korrigierenden Satzfehler wird namentlich dann ausgegangen, wenn sich im allfälligen Autographen oder Typoskript die korrekte Schreibung findet. Ebenfalls ohne Nachweis werden typografische Vereinheitlichungen bei Überschriften, Zwischentiteln, Gliederungsmerkmalen und sonstigen Hervorhebungen vorgenommen. Ohne gesonderten Nachweis wird schließlich die Verwendung der Anführungszeichen vereinheitlicht: (Einfache) Zitate werden jeweils doppeltem An- und Abführungszeichen gekennzeichnet, Zitate innerhalb von Zitaten nur mehr mit jeweils einfachem An- und Abführungszeichen. Fehlen bei einem Zitat sowohl die An- als auch die Abführungszeichen, so werden sie ohne eckige Klammern ergänzt; die Ergänzung wird in einer *suo loco* platzierten editorischen Anmerkung dokumentiert. Fehlen indes entweder nur die An- oder aber nur die Abführungszeichen, so werden sie, als offensichtlicher Schreib- oder Satzfehler, *sub silentio* ergänzt.

Editorische Texteingriffe werden in früheren, in den editorischen Anmerkungen wiedergegebenen Varianten grundsätzlich nicht vorgenommen; namentlich werden die Fehler und Schreibeigentümlichkeiten (wie etwa die Verwendung von Abkürzungen) in den unterschiedlichen Autographen- und Typoskript-Stadien so wiedergegeben, wie sie sich in der jeweiligen Textvorlage finden. Editorische Hin-

zufügungen, die auch hier in eckige Klammern gesetzt sind, beschränken sich auf die Ergänzung andernfalls nicht oder nur schwer verständlicher Abkürzungen, Textauslassungen und dergleichen mehr.

Bsp.: «die Berechtigung der dritten»] A₁ «die dritten»; A₂ «die Berechtig[ung] der dritten».

c) Zitate, Nachweise und Binnenverweise

Die von Kelsen in der Textvorlage verwendeten Zitate werden autoptisch überprüft und gegebenenfalls in den Herausgeberanmerkungen richtiggestellt, es sei denn, es handelt sich um ausschließlich in früheren Varianten, im Erstdruck jedoch nicht (mehr) auftauchende Zitate. Nichtermittelbare Zitatfundstellen werden mit der Sigle „n. e.“ (für: „nicht ermittelt“) ausgewiesen. Zitatnachweise werden nach Möglichkeit anhand der von Kelsen benutzten Auflage geführt; in jedem Fall wird kenntlich gemacht, welche Auflage als Nachweis diene. Paraphrasierungen von Werken Dritter und nicht von Kelsen nachgewiesene Zitate werden, soweit als solche erkennbar und belegbar, wie von Kelsen ausgewiesene Zitate gemäß den heutigen Nachweisgepflogenheiten nachgewiesen, andernfalls mit der Sigle „n. e.“ versehen. Sinnentstellende Abweichungen zwischen Originalzitat und Kelsens Wiedergabe werden, mutatis mutandis, nach demselben Schema ausgewiesen wie unterschiedliche Textvarianten; an die Stelle der Textstufen-Sigle tritt hier jedoch der Fundstellennachweis des Originalzitats.

Bsp.: «dienende Organe»] *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 26: «Diener, Organe».

Nicht sinnentstellende Wiedergabefehler von Fremdzitaten werden nicht richtiggestellt. Eigenheiten des Fremdzitat-Verfassers werden in Einzelfällen verbalisiert.

Bsp.: im Originalzitat „Gesez“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A.

In Zitate eingefügte Zusätze Kelsens werden im textkritischen Apparat durch den Hinweis „Klammerausdruck von Kelsen eingefügt“ gekennzeichnet. Fügt Kelsen in Zitaten Hervorhebungen ein, wird dies mit der Wendung «Hervorhebung von Kelsen» nachgewiesen; stammen die Hervorhebungen teils von Kelsen, teils vom zitierten Autor, so wird dies entsprechend verbalisiert.

Die von Kelsen gegebenen Schrifttums- und Rechtsnormennachweise werden autoptisch überprüft und, unbeschadet des Umstandes, ob die Angabe bei Kelsen fehlerhaft ist oder nicht, entsprechend den heutigen Nachweisgepflogenheiten vollständig wiedergegeben. Hat Kelsen den Nachweis im Autographen zwar zutreffend geführt, ist dieser aber im Druck nicht korrekt wiedergegeben worden, wird die zutreffende bibliographische Angabe in der textkritischen Anmerkung durch den Zusatz „Fundstellenangabe Kelsen in A korrekt“ ergänzt. Dagegen wird nicht nachgewiesen, wenn Kelsen selbst zunächst unrichtig wiedergegebene Zitate richtig stellt. Keiner autoptischen Überprüfung unterzogen werden die von Kelsen

verwendeten Fremdzitate und Fundstellenangaben, soweit sie nur in einem früheren Textträger auftauchen, aber nicht im letzten Textträger, bei publizierten Schriften also: im Druck, enthalten sind.

Bei der Erstnennung eines zitierten Werkes erscheinen die vollständigen bibliografischen Angaben (in der Reihenfolge: Vorname und Name des Autors, Titel, gegebenenfalls: Herausgeber und Titel des Sammelwerkes, Band, Verlagsort und Erscheinungsjahr, Seitenangabe respektive Anfangs- und Endseite sowie, in Klammern, die Bezugsseite(n)); bei Zeitschriften: Vorname und Name des Autors, Titel des Beitrags, Zeitschriftenname, gegebenenfalls Jahrgang oder Band, Erscheinungsjahr, Anfangs- und Endseite des Beitrags sowie, in Klammern, die Bezugsseite(n)); bei allen Folgenennungen werden grundsätzlich nur mehr der Autorenname, ein Kurztitel, ein Binnenverweis auf die Erstnennung sowie die Bezugsseite(n) genannt.

Bsp.: – Erstnennung ⁴⁴ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 69.

– Folgenennung ⁷⁶ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 8.

Rechtsnormen, vor allem also Gesetze, werden, soweit möglich, bei Erstnennung in der Originalsprache und in der im jeweiligen Rechtskreis üblichen vollständigen Zitierweise wiedergegeben (Folge dessen ist insbesondere eine unterschiedliche Zitiertechnik für österreichische und deutsche Gesetze, Erlasse, Gerichtserkenntnisse usf.). Bei jeder weiteren Nennung der Norm wird nur mehr ein (mit der Erstnennung mitgeteilter) Kurztitel mit einem Verweis auf die Erstnennung verwendet.

Bsp.: – Erstnennung ⁴ Gesetz von 2. April 1873, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBl 1873/41 (im Folgenden: RWO 1873).

– Folgenennung ¹⁶⁴ Vgl. § 9 Abs 1 RWO 1873 (Anm. 4).

Nimmt Kelsen frühere oder spätere Passagen seines eigenen Werkes im Wege der Binnenverweisung in Bezug, so werden die (Original-)Seiten- oder Gliederungsangaben in HKW-Seitenangaben transkribiert. Soweit er Textstellen in Bezug nimmt, diese aber nicht durch Angabe einer Seitenzahl oder eines Gliederungspunktes konkretisiert, werden diese unausgeführten Binnenverweisungen, soweit möglich, in einer editorischen Anmerkung unter Angabe der entsprechenden HKW-Seiten ausgeführt; davon wird in den Fällen abgesehen, in denen sich die in Bezug genomene Textpassage unmittelbar vor oder nach der bezugnehmenden Stelle befindet.

d) Personen- und Sacherläuterungen

Von Kelsen genannte Personen, Ereignisse, Orte und Begriffe werden, soweit Kelsen sie nicht selbst näher erläutert und soweit deren Kenntnis für das Verständnis des Textes förderlich erscheint, bei Erstnennung im Text in den editorischen An-

merkungen kurz erläutert. Soweit möglich und nötig, werden insbesondere ihre Bezüge zu Kelsen herausgestellt. Sachliche Fehler Kelsens werden im Erläuterungsapparat berichtet. Für Wörter aus nicht-lateinischen Schriftsystemen verwendet der Editor in seinen Erläuterungen die Transliteration nach den heute gültigen Richtlinien. Abweichend von den Texten Kelsens werden in der Herausgeberrede die am 1. 8. 2006 in Kraft getretenen Regeln der reformierten deutschen Rechtschreibung mit den vom Rat für deutsche Rechtschreibung erarbeiteten Änderungen zugrunde gelegt.

V. Editorischer Bericht

Grundsätzlich wird für jeden Text ein Editorischer Bericht erstellt und in der letzten Sektion des Bandes wiedergegeben. Er enthält jene Informationen, die zu beitragspezifisch sind, um Eingang in die Editorischen Richtlinien zu finden, aber doch so generell in ihrer Bedeutung für den Beitrag, dass sie nicht als Einzelerläuterung im editorischen Anmerkungsapparat Platz finden. Der Editorische Bericht informiert über die Entstehung, die Entwicklung, die Überlieferung, den Befund und die literarischen Eigentümlichkeiten des Textes sowie über textspezifische editorische Entscheidungen. Sofern mehrere Fassungen eines Textes vorliegen, wird deren Verhältnis zueinander beschrieben. Umfangreiche Varianten ebenso wie den Text als Ganzes betreffende editorische Anmerkungen werden zur Entlastung des editorischen Apparats im Editorischen Bericht mitgeteilt. Sämtliche editorischen Entscheidungen bei der Behandlung textspezifischer Eigentümlichkeiten werden begründet. Soweit in einer Anmerkung des Editorischen Berichts auf eine Kelsen-Anmerkung Bezug genommen wird, erfolgt deren Nennung *ohne* Zusatz; die Bezugnahme auf eine editorische Anmerkung wird durch den Zusatz „Hrsg.“ kenntlich gemacht.

Bsp.: ³⁹ Zu Strisower vgl. auch *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (35 Hrsg.-Anm 35).

VI. Verzeichnisse und Register

Jeder Band schließt mit folgenden Nachweisen, Verzeichnissen und Registern:

- einem *Abkürzungs- und Siglenverzeichnis*: Jeder Band enthält ein Verzeichnis, das eine alphabetisch geordnete Liste normierter Abkürzungen und editorischer Siglen enthält. Soweit Kelsen keine abweichende Abkürzungen verwendet, werden für die Abkürzungen des deutschen Rechtskreises *Hildebert Kirchner/ Cornelia Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2003, für die des österreichischen Rechtskreises *Gerhard Friedl/ Herbert Loebenstein* (Hrsg.), Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen, 5. Aufl., Wien 2001, zugrunde gelegt;

- einem *Quellennachweis der Abbildungen*: Die Herkunft und das Copyright der im Band verwendeten Abbildungen wird mitgeteilt;
- einem *Schrifttumsverzeichnis*: Dieses enthält, nach Einzelbeiträgen geordnet, das sowohl in den Texten Kelsens als auch in der Herausgeberrede zitierte Schrifttum mit vollständigem bibliografischem Nachweis; das lediglich von Kelsen in früheren Varianten verwendete sowie das ausschließlich im editorischen Apparat in Bezug genommene Schrifttum ist besonders gekennzeichnet. Nicht aufgenommen werden die in den Personenerläuterungen genannten „wichtigen Werke“ der erläuterten Personen;
- einem *Gesetzesverzeichnis*: Dieses verzeichnet alle im Band in Bezug genommenen abstrakt(-generell)en Rechtsnormen, besonders wichtige oder häufig zitierte konkrete Rechtsnormen sowie einzelne besonders markante Normentwürfe. Zusätzlich führt es die von Kelsen und/oder dem Editor verwendeten Abkürzungen oder Kurzbezeichnungen auf;
- einem *Personenregister*: Dieses nennt in alphabetischer Reihenfolge alle Namen von Personen, die von Kelsen oder vom Editor erwähnt werden. Nicht aufgenommen werden (Autoren- und Herausgeber-)Namen in Fundstellennachweisen. Wenn eine Person wegen ihrer Bedeutung in den editorischen Anmerkungen eine Erläuterung (wichtige Lebensdaten, berufliche und/oder politische Stellung, wichtige Werke, Bezug zu Kelsen usw.) erfährt, erfolgt diese grundsätzlich mit der Erstnennung der Person innerhalb eines Textes. Fett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer allfälligen Personenerläuterung in einem Beitrag. Nicht fett gesetzte Zahlen nennen die übrigen Stellen, an denen die Person genannt wird. Allfällige Originalpersonenregister werden, unter Verwendung der HKW-Paginierung, in das Personenregister integriert. Gegebenenfalls wird das Personenregister mit dem Sachregister zu einem integralen Register zusammengeführt;
- einem *Sachregister*: Dieses enthält in alphabetischer Reihenfolge alle wichtigen Begriffe und Sachbezeichnungen einschließlich geografischer Namen mit Ausnahme der bibliografischen Erscheinungsorte und der Archivorte. Das Sachregister bezieht sich wie das Personenregister sowohl auf die Schriften Kelsens als auch auf die Herausgeberrede. Es markiert ein „denkendes“ Sachregister, kein bloßes Wortregister; es verzeichnet mithin thematisch einschlägige Begriffe auch dann, wenn der Text sie nicht ausdrücklich enthält. Ist ein Begriff für einen Beitrag thematisch, so werden nur zentrale Stellen und besondere Bedeutungen verzeichnet. Allfällige Sachregister von Originalpublikationen Kelsens werden, unter Verwendung der HKW-Paginierung, in das Sachregister integriert.

VII. Fortschreibung der Editionsrichtlinien

Die Erfahrungen bei der Arbeit an weiteren Bänden dienen dem Herausgeber als Grundlage für allfällige Fortschreibungen der Editionsrichtlinien.

II. Sektion

Veröffentlichte Schriften
(1911)

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)*

* Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911.

Nachdrucke:

- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Zweite, photo-mechanisch gedruckte, um eine Vorrede vermehrte Auflage, Tübingen 1923.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Unveränderter Neudruck der zweiten um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen, J. C. B. Mohr, 1923, Aalen 1960.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. 2. Neudruck der zweiten, um eine Vorrede vermehrten Auflage Tübingen 1923 (mit Sach- und Personenregister von Rainer Lippold), Aalen 1984.

Übersetzungen:

- *Italienisch*: Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort von Agostino Carrino), Neapel 1997.
- *Polnisch*: Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (übersetzt von Tadeusz Przeorski, eingeleitet von Jerzy Panejko), Vilnius 1935.
- *Spanisch*: Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica (2. Aufl. übersetzt von Wenceslao Roces, eingeleitet von Ulises Schmill), Mexiko 1987.

Teilübersetzungen bzw. Übersetzungen der Vorreden:

- *Italienisch*: Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica (herausgegeben und übersetzt von Agostino Carrino), Neapel 1991 (Vorreden zur 1. und 2. Aufl., Kapitel 1–3).
- *Japanisch 1*: 純粹法学の発展と其の文献 Junsuihogaku no Hatten to sono Bunken (Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und ihre Literatur) (übersetzt von Satoru Kuroda) in: 商学論叢 Shogaku-ronso (Aufsatzsammlung für Handelswissenschaften) 2 (1927), S. 68–96 (Vorrede zur 2. Aufl.); Nachdruck in: Satoru Kuroda (Hrsg.), ウイーン学派の法律学とその諸問題 Wien Gakuha no Horitsugaku to sono Shomondai (Die Rechtslehre der Wiener Schule und ihre Probleme), Tokio 1927, S. 53–168.
- *Japanisch 2*: 国法学の主要問題 Kokuhogaku no Shuyo Mondai (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre) (übersetzt von Yoshiro Royama und Takeo Takei), in: 世界大思想全集 Sekai-dai-shiso Zenshu (Sammlung der großen Weltideen), Bd. 106, Tokio 1935 (Vorrede zur zweiten Auflage, Kapitel 1–4), Bd. 107, Tokio 1937 (Kapitel 5–9), Bd. 108, Tokio 1937 (Kapitel 10–16).
- *Japanisch 3*: 国法学の主要問題序文 Kokuhogaku no Shuyo Mondai Jobun (Vorreden zu den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre) (übersetzt von Ryuichi Nagao), in: 法学論 Hogakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokio 1977, S. 143–188.

Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“

Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion*

Christoph Schönberger

1. Das Projekt einer erkenntniskritischen Purifizierung der Staatsrechtswissenschaft	24
2. Die Grundsatzkritik am Labandschen Positivismus: Kelsens Abschied vom Staat als Willenssubjekt	26
3. Habsburgischer Hintergrund und „Liberalismus“ von Kelsens staatsrechtlichem Entwurf	30
4. Ungereimtes und Ungeklärtes in den „Hauptproblemen“	33

Es ist ein vermessen Buch, mit dem Hans Kelsen im Jahr 1911 knapp dreißigjährig die wissenschaftliche Bühne betritt. Schon der nur scheinbar bescheidene Titel lässt ahnen, dass der Autor sich nichts Geringes vorgenommen hat. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, das sind ja recht besehen alle wichtigen Fragen der Rechts- und Staatslehre. Auf 731 dicht bedruckten Seiten unternimmt es hier ein unbekannter und mittelloser Privatdozent aus Wien, die zentralen Dogmen der zeitgenössischen (Staats-)Rechtswissenschaft in Österreich und Deutschland zu zerstören. Ein wenig Geduld muss der Leser freilich schon mitbringen. Denn ganz einfach macht ihm Kelsen die Lektüre nicht. Immer wieder mustert er die zeitgenössische wissenschaftliche Literatur mit großer Akribie durch und unterzieht deren Konzeptionen und Ansätze einer eingehenden Kritik.¹ Kelsens monumentaler Habilitationsschrift ist nichts von dem

* Nachweise aus den „Hauptproblemen“, 1. Aufl., beziehen sich auf die Paginierung in HKW 2.

¹ Schon eine zeitgenössische Rezension beklagt, das Buch sei bei aller analytischen Schärfe und Präzision übertrieben gründlich, ja weitschweifig in Verarbeitung und Kritik der Literatur: *Rudolf von Laun*, [Buchbesprechung:] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Von Dr. Hans Kelsen. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911. XXVII und 709 S. Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage. Von Dr. Ignatz Kornfeld. Wien, 1911, Manz, VII und 350 S., in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 39 (1912), S. 312–335 (334f.). *Kelsen* selbst hat seine besondere Vorliebe für dieses Vorgehen in der Vorrede zur ersten Auflage seines Buches (S. 59) wie folgt begründet: „Auch

fremd, was vor dem Ersten Weltkrieg – in Deutschland und Österreich, im Öffentlichen Recht, Privat- oder Strafrecht – über Rechtsnormen, die Unterschiede zwischen Rechtsgesetz, Naturgesetz und Sittengesetz, die Rechtspflicht oder das subjektive Recht gedacht und geschrieben worden ist. In ungewöhnlicher Intensität sind die „Hauptprobleme“ ein Buch über andere Bücher, ein eigenwilliges Kompendium der deutschsprachigen Rechts- und Staatslehre der Vorkriegszeit. Erstmals zeigt der Autor hier sein gesamtes analytisches und kritisches Potential und die unerschrocken-scharfzüngige Bereitschaft, den meisten anderen Autoren zu bescheinigen, sie hätten die behandelten Probleme nicht verstanden. Das Buch lässt einen Kelsen erkennen, der sich in langsamer Denk- und Begriffsarbeit schrittweise von den rechtswissenschaftlichen Kategorien seiner Zeit befreit und in ersten Umrissen zu seiner Staats- und Rechtslehre findet. Dass der Autor noch einen weiten Weg zurückzulegen hatte, zeigt allerdings bereits die Vorrede zur zweiten Auflage aus dem Jahr 1923. Kelsen bescheinigt seiner „rechtstheoretischen Erstlingschrift“ dort verhalten, „nur der Ansatz zu einer seither in anderen Arbeiten fortgesetzten Revision der methodologischen Grundlagen der Staatsrechtslehre“ (S. V) gewesen zu sein, und zeichnet den erheblichen Wandel seiner rechtswissenschaftlichen Konzeption in den zwölf Jahren seit dem Erscheinen der Erstauflage nach.

1. Das Projekt einer erkenntniskritischen Purifizierung der Staatsrechtswissenschaft

Das wissenschaftliche Unternehmen, das Kelsen mit den „Hauptproblemen“ beginnt, besteht in einer Analyse von Möglichkeiten und Grenzen der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis für den Bereich der Staatsrechtslehre. Franz Weyr, ein bedeutender Exponent der Brünner rechtstheoretischen Schule, hat in seiner Besprechung mit kantischem Anklang davon gesprochen, es gehe diesem Buch um die „Kritik der reinen *juristischen Vernunft*“.² Und in der Tat ist das zentrale Projekt, das Kelsen in den „Hauptproblemen“ verfolgt, ein methodologisches. Kelsen selbst schreibt dazu, das Prinzip der Methode sei sogar „mitunter so sehr in den Vordergrund gerückt, daß die Darstellung und Lösung der innerhalb der

verhehle ich mir keineswegs, daß die nicht selten sehr breit ausgefallene Auseinandersetzung mit fremden Ansichten, das häufige, fast regelmäßige Gegenüberstellen der eigenen und einer entgegengesetzten Konstruktion, dieses von mir bevorzugte kontradiktorische Verfahren zum großen Teil durch einen dialogischen Charakter meines Erkennens bedingt ist, bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken, und dessen adäquateste Ausdrucksform, den Dialog, wohl die antike, leider aber nicht mehr die moderne philosophisch-wissenschaftliche Literatur zuläßt.“

² Franz Weyr, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 174–188 (178) – Hervorhebung von Weyr.

gezogenen Grenzen auftauchenden Probleme der Staatsrechtslehre nicht so sehr um ihrer selbst willen, als vielmehr zu einer anschaulichen Exemplifizierung auf die für richtig erkannten methodologischen Prinzipie erfolgt“ (Vorrede zur ersten Auflage, S. 52). Zwar ist sich der junge Autor durchaus der Gefahr der Sterilität bewusst, die jeder Wissenschaft bei einer übermäßigen Konzentration auf Methodenfragen droht. Er hebt die Kritik der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis aber deshalb so stark hervor, weil es ihm um die Grenzbestimmung gegenüber den benachbarten Sozialwissenschaften geht, vor allem im Verhältnis zur – damals gerade neu entstehenden – Soziologie und Psychologie: „Gerade an jenen Grenzgebieten sucht nun meine Arbeit die juristische Konstruktion auf und rechtfertigt so ihren stark methodologischen Charakter. Dabei verfolgt die von mir angestellte *actio finium regundorum* vornehmlich den Zweck, die juristische Begriffsbildung von gewissen Elementen zu befreien, die soziologischen oder psychologischen Charakters sind und nur durch eine falsche Problemstellung hineingezwungen wurden“ (Vorrede zur ersten Auflage, S. 53). Kelsen verfolgt ein wissenschaftliches Purifizierungsprogramm, das die Grenzen des Erkenntnisbereichs der Rechtswissenschaft gegenüber den sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen scharf herausarbeiten und neu befestigen will.

Um dieses Kelsensche Unternehmen einzuordnen, muss man sich vor Augen führen, in welcher Situation sich die deutschsprachige Staatsrechtswissenschaft in den beiden Jahrzehnten um 1900 befand. Seit den neunziger Jahren des 19. Jahrhunderts war der staatsrechtliche Positivismus Paul Labands im wilhelminischen Deutschland in eine tiefe Krise geraten. Die immensen Wandlungsprozesse durch Industrialisierung, Unitarisierung und zunehmende Mobilisierung der Massen in Parteien, Gewerkschaften und Verbänden wurden in der zeitgenössischen Staatsrechtswissenschaft beunruhigt wahrgenommen. Man suchte nach neuen Deutungen. Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre lebten auf. Im Privatrecht erschütterte die Freirechtsschule das traditionelle Wissenschaftsmodell der Pandektistik. Das Strafrecht öffnete sich in der „modernen Schule“ um Franz von Liszt für Kriminologie und Kriminalpolitik. Neuartige Fächer wie Soziologie und Psychologie begannen, sich aus den herkömmlichen Wissenschaften zu emanzipieren und ihre Gegenstände mit spezifischen Fragestellungen und Methoden zu bearbeiten. In Heidelberg versuchte Georg Jellinek, den staatsrechtlichen Positivismus der Laband-Tradition aus seiner zunehmenden Sklerose zu befreien. Seine im Jahr 1900 erschienene „Allgemeine Staatslehre“ wollte die Staatsrechtslehre für die Erkenntnisse einer vor allem soziologisch und psychologisch argumentierenden sozialen Staatslehre öffnen. Die „zwei Seiten“ einer sozialen und einer juristischen Staatslehre sollten so zugleich voneinander unterschieden und miteinander verknüpft werden. Im Trend der Zeit des wilhelminischen Deutschland lag am Anfang des 20. Jahrhunderts das Empfinden, mit Labands Staatsrecht in eine wissenschaftliche Sackgasse geraten zu sein, und die stärkere Öffnung der Staatsrechtswissenschaft für staatsphilosophische Reflexion und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse.

Kelsen, der während der Arbeit an den „Hauptproblemen“ auch für einige Monate Jellineks Heidelberger Seminar besuchte³, hat all das deutlich wahrgenommen. Aber er schließt sich diesem Trend nicht an, sondern reagiert darauf mit einem radikalen Gegenentwurf. Anstelle der sozialwissenschaftlichen Neuorientierung der Staatsrechtswissenschaft propagiert er ihren erkenntniskritischen Rückzug auf ihr juristisches Proprium, die Normativität der Rechtssätze. Der methodologische Abgrenzungsfeldzug der „Hauptprobleme“ wird erst ganz verständlich, wenn man ihn gerade als bewusste Distanzierung von einer breiten Strömung der zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Entwicklung versteht. Während viele Zeitgenossen das Staatsrecht neu für die „Wirklichkeit“ öffnen wollen, lassen sich aus Sicht Kelsens Jurisprudenz und Erforschung sozialer Tatsachen wissenschaftlich nicht verbinden. Zwischen normativer Rechtswissenschaft und empirisch-kausaler Sozialwissenschaft gibt es für ihn nur ein Entweder-Oder: „Denn zu weitestgehender Selbstbeschränkung ist der wissenschaftliche Jurist gezwungen, wenn er ein von inneren Widersprüchen freies System, wenn er logisch haltbare Grundbegriffe haben will. Er kann die Welt des Seins und die Welt des Sollens in seinen Begriffen nicht verbinden und muß sich darum entscheiden, ob er als Soziologe und Psychologe das tatsächliche Geschehen, das Handeln der Menschen erklären, oder die Rechtsnormen erfassen, ob er seine Begriffe aus der einen oder aus der anderen Welt abstrahieren will“ (Vorrede zur ersten Auflage, S. 56).

2. Die Grundsatzkritik am Labandschen Positivismus: Kelsens Abschied vom Staat als Willenssubjekt

Auf den ersten Blick scheint Kelsen sich damit in die Tradition des reichsdeutschen staatsrechtlichen Positivismus hineinzustellen, wie ihn in der Entstehungszeit der „Hauptprobleme“ noch Paul Laband oder Gerhard Anschütz vertreten. Denn die strikte Isolierung juristischer von „nichtjuristischer“ Argumentation war schon das Hauptanliegen dieser wissenschaftlichen Richtung gewesen, wenn sie auch methodologisch kaum vertiefte Reflexionen angestellt hatte. Eine seit der Weimarer Zeit verbreitete Legende sieht denn auch in Kelsen den Endpunkt des deutschen staatsrechtlichen Positivismus, den Vollender einer Linie von Gerber über Laband und Jellinek bis eben zu Kelsen, der diesen Positivismus durch radikale Formalisierung schließlich ad absurdum geführt habe. Diese Legende ist der Weimarer Debattenlage geschuldet, in der „der Positivismus“ insgesamt überwiegend in Verruf geraten war und bequem mit der Wiener Schule gleichgesetzt wurde. Sie verkennt, dass den rechtstheoretischen Positivismus Kelsens mit dem

³ Die Teilnahme an Jellineks Seminar war für Kelsen persönlich wie wissenschaftlich sehr desillusionierend, wie er in seiner Autobiographie von 1947 berichtet: *Hans Kelsen, Autobiographie* (1947), in: HKW 1, 29–91 (39–41).

Staatswillenspositivismus der Laband-Tradition in der Sache von Anfang an kaum etwas verbunden hat. Im Gegenteil kritisiert Kelsen vielmehr schon in den „Hauptproblemen“ mit größter Schärfe die Vertreter des reichsdeutschen staatsrechtlichen Positivismus und wirft ihnen vor, mit Grundbegriffen zu arbeiten, in die eine Fülle metajuristischer – politischer, historischer, soziologischer – Gehalte methodologisch unkontrolliert einfließen.⁴ Gerade gegenüber diesen Autoren wendet Kelsen ein, dass ihre zentralen Kategorien eben keine rein rechtswissenschaftlichen seien, sondern soziologisch-politisches Schmuggelgut enthielten. Er hat denn auch später in einem Brief betont, „daß schon meine ‚Hauptprobleme‘ ganz entschieden gegen die – wenn auch geschickt verhüllten – politischen Tendenzen der Laband’schen Staatsrechtslehre gerichtet sind, daß die Reine Rechtslehre also eigentlich im Kampf gegen den Labandismus entstanden ist“.⁵ In der Tat tritt der Kelsen der „Hauptprobleme“ als Zertrümmerer grundlegender Axiome des Labandschen Positivismus auf.

Das gilt vor allem für den Zentralbegriff des Staates als rechtlichen Willenssubjekts. Die Staatsrechtslehre Labands, von der auch Jellinek noch nicht ganz losgekommen war, sah im Staat ein Willenssubjekt, das sich durch den Erlass der Rechtsordnung selbst dem Recht unterwarf. Geprägt durch ein gouvernementalkonservatives Verständnis der konstitutionellen Monarchie ging für sie der – monarchische – Staat dem Recht voraus und war deshalb etwa auch in der Sphäre der Verwaltung weiterhin grundsätzlich frei, soweit er sich nicht selbst durch Rechtsätze gebunden hatte. Mit diesem Verständnis vom Staat als Willenssubjekt bricht

⁴ So übt Kelsen etwa vernichtende Grundsatzkritik an Labands Sanktionslehre, die den Monarchen trotz der Mitwirkung der Kammern für den alleinigen Gesetzgeber erklärt hatte (Hauptprobleme, S. 549–567, 614f., 855, 857); dazu näher: *Christoph Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), Frankfurt am Main 1997, S. 157–165. Zu Kelsens Auseinandersetzung mit Laband siehe auch seine im Jahr 1913 veröffentlichten Aufsätze: *Hans Kelsen*, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: *Österreichische Rundschau* 36 (1913), S. 88–94; *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232.

⁵ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, „Labandismus“ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves vom 3. August 1933, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Kelsen, Hans – Treves, Renato. Formalismo giuridico e realtà sociale*, Neapel 1992, S. 55–58 (56). Kurz zuvor heißt es in diesem Brief: „Die Behauptung, die Reine Rechtslehre sei nichts anderes als ‚Labandismus‘, ist darum so unensinnig, weil Laband zwar versucht hat, die Darstellung des positiven Rechts von der Politik zu trennen, es ihm aber in keiner Weise gelungen ist. In Wirklichkeit ist die Laband’sche Staatsrechtslehre eine Ideologie des monarchischen Prinzips, das er, im Widerspruch zum positiven Recht, in ganz ungehörlicher Weise berücksichtigt hat ...“ (S. 55). Sicherlich hat Kelsen in der Weimarer Zeit gelegentlich betont, er sehe jetzt „deutlicher als früher ... inniger als bisher [!]“ Kontinuitätslinien seiner eigenen Arbeit zu Autoren wie Gerber, Laband und Jellinek (*Hans Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, Vorrede, S. VII). Aber das geschah gerade, um in einem generell antipositivistisch gewordenen Klima seiner österreichischen Lehre zumindest einen gewissen reichsdeutschen Rückhalt zu verschaffen; die dabei von Kelsen verwendeten Komparative sprechen ohnehin für sich. Auch eine nähere Lektüre der „Allgemeinen Staatslehre“ belegt, wie scharf Kelsen gerade dort die deutsche positivistische Staatsrechtstradition kritisiert.

der Kelsen der „Hauptprobleme“ radikal. Der Staatswille ist für ihn allein ein Produkt einer rechtlichen Zurechnungskonstruktion, die nicht anderer Natur ist als die juristische Konstruktion privater Rechtssubjekte (Hauptprobleme, S. 293–300, 541–548). Nicht der Staat erzeugt das Recht, sondern die Gesellschaft. Der Staat ist nicht eine Substanz, die dem Recht vorausliegt, sondern eine Funktion, deren sich die Gesellschaft bei dem Vollzug des Rechts bedient.⁶ Gesetzgebung ist ein vorrechtlich-gesellschaftlicher Vorgang, keine staatliche, sondern eine „soziale Funktion“. Im Gesetzgebungsverfahren gehen „die amorphen Elemente der Gesellschaft in die festen Formen des Staates und Rechtes“ über (Hauptprobleme, S. 547). Wo die positivistische Staatsrechtstradition das Bild eines homogen-geschlossenen Staates als Überperson entworfen hatte, der Recht durch Willensakte hervorbrachte, da kann Kelsen nur ein gesellschaftliches Gewirr von Interessen und Ideen erkennen, aus dem im Verfahren der Rechtsetzung verbindliche Regeln entstehen. Die ontologisierende Einheitsidee von Labands Staatsbegriff wird auch nicht etwa durch die Vorstellung eines ebenso einheitlich gedachten Volkes abgelöst, denn das Volk ist „nach hunderten von Richtungen gespalten und durch die tiefsten Gegensätze zerklüftet“ (Hauptprobleme, S. 617). Beides sind für Kelsen unzulässige Fiktionen. Sie werden energisch beiseite geschoben und geben den Blick frei auf die Realität gesellschaftlicher Gegensätze und Interessenkonflikte. Während die reichsdeutsche Staatsrechtslehre im Staat das Gesamtinteresse verkörpert sieht, existiert ein derartiges Interesse für Kelsen gerade nicht: „Es gibt eben überhaupt kein ‚Gesamtinteresse‘, sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen“ (Hauptprobleme, S. 625).

Gleichwohl benötigen alle Rechtsnormen den Staat, weil Kelsen auch das Straf- und Privatrecht allein von der Sanktion (Strafe oder Zwangsvollstreckung) her konstruiert, die letztlich als Unrechtsfolge vorgesehen ist. Auch die Normen, die Private berechtigen oder verpflichten, tun dies letztlich nur auf indirekte Weise, indem sie für den Fall der Verletzung einer rechtlichen Pflicht den staatlichen Sanktionsapparat in Gang setzen. Unmittelbar verpflichtet das Recht in allen seinen Formen – als Verwaltungs-, Straf- oder Privatrecht – immer nur den Staat als Vollzugsmaschinerie. In diesem Sinn ist „alles Recht Staatsrecht“ (Hauptprobleme, S. 388). Aber dieser Staat ist nicht länger der anthropomorphe Schöpfer des Rechts und besitzt auch keine spezifisch hoheitliche Überlegenheit gegenüber den Gleichordnungsverhältnissen des Privatrechts (Hauptprobleme, S. 388, 572f.). Vielmehr sind alle Rechtsnormen, die die Gesellschaft hervorbringt, dem Staat in gleicher Weise vorgeordnet. Das Recht ist zwar für seine Durchsetzung letztlich auf

⁶ Die hier gewählte Beschreibung von Kelsens Ausführungen verwendet ein zeitgenössisches Begriffspaar Ernst Cassirers (*Ernst Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Berlin 1910). Es geht dabei aber nur um eine Parallele, nicht um eine Rezeption. Kelsen hat das Werk Cassirers bei der Abfassung der „Hauptprobleme“ noch nicht gekannt und sich mit ihm erst nach dem Ersten Weltkrieg beschäftigt.

Verwaltung und Gerichtsbarkeit angewiesen und deshalb primär an diese gerichtet. Der staatliche Apparat prägt dieses Recht der Gesellschaft aber nicht, sondern steht in dessen Diensten. In paradoxer Zuspitzung kombiniert Kelsen ein autoritäres und ein liberales Element. Autoritär ist die ausschließliche Ausrichtung des Rechtsbegriffs auf die staatliche Sanktion, die noch den schlichtesten Darlehensvertrag des Privatrechts allein vom Gerichtsvollzieher her denkt, liberal hingegen die Vorstellung von einer gewissermaßen naturwüchsigen Entstehung des Rechts aus der Gesellschaft heraus. In der Fixierung auf den staatlichen Zwangsapparat ist Kelsen Laband durchaus noch nahe. Hatte jedoch Labands Staatsperson – im Monarchen sinnlich verkörpert – das Recht sowohl geschaffen wie vollzogen, so sieht sich der Staat bei Kelsen mit seinem gesamten Gewaltapparat zu einem rein technischen Ausführungsinstrument der Rechtsdurchsetzung degradiert. Da Gesetzgebung durch Monarch und Parlament der Gesellschaft zugeordnet wird, besteht der Staat lediglich aus Verwaltung und Gerichtsbarkeit und ist einzig und allein „eine Funktion der Legislative“ (Hauptprobleme, S. 581 f. Anm. 1 (582)). Kelsen kann nur deshalb alles Recht für Staatsrecht erklären, weil bei ihm von diesem Staat nichts als ein Rechtsvollzugssystem übrig geblieben ist.

Es gibt folgerichtig auch keine staatliche „Herrschaft“, kein Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Herrschafts-, Macht- oder Gewaltverhältnisse sind faktische soziale Phänomene, die juristisch nicht abgebildet werden können. Das Recht kennt seiner Struktur nach keine Subordination von Rechtssubjekten, sondern nur deren Koordination. Auch der Staat ist anderen Rechtssubjekten nicht etwa über-, sondern gleichgeordnet (Vorrede zur ersten Auflage, S. 58; Hauptprobleme, S. 339–351). Alle Rechtsverhältnisse sind auf ein- und derselben Ebene angesiedelt, unabhängig davon, ob sie traditionell dem Privatrecht oder dem Öffentlichen Recht zugeordnet werden. Wegen dieser parataktischen Konstruktion aller Rechtsbeziehungen hält Kelsen es sogar für denkbar, dass man ihm eine privatrechtliche Betrachtungsweise des Staatsrechts vorwerfen könnte (Vorrede zur ersten Auflage, S. 58). An die Stelle der hierarchisch übergeordneten Staatsperson ist bei ihm jedenfalls ein Staat getreten, der der Rechtsordnung in derselben Weise unterworfen ist wie private Rechtssubjekte:

„Der Staat steht mit all der Macht und Gewalt, die ihm zugeschrieben wird, den Rechtssubjekten *rechtlich* nicht anders gegenüber, als der wirtschaftlich noch so überlegene Unternehmer dem letzten Arbeiter gegenübersteht; beide sind juristisch nicht Machtfaktoren, sondern Personen, Subjekte von gegenseitigen Rechten und Pflichten. Und die privatrechtliche Pflicht des Arbeiters, im Rahmen des Dienstvertrages den Anordnungen des Unternehmers Folge zu leisten, ist juristisch das gleiche wie obenerwähnte ‚Gehorsamspflicht‘ der Untertanen gegenüber der Staatsperson. Innerhalb des formalen Rechtes können die materiellen Momente der wirtschaftlichen, moralischen, physischen oder psychischen Überlegenheit des einen Subjektes über das andere nicht zum Ausdruck kommen. Zwei Subjekte in eine rechtliche Relation bringen, heißt geradezu, sie einander als Personen gleichsetzen, von allen Macht- und sonstigen faktischen Unterschieden abstrahieren.“⁷

⁷ Hauptprobleme, S. 341 f. – Hervorhebung von Kelsen. Diesen Grundgedanken entfaltet

Hier zeigt sich, dass der Formalisierung der Rechtswissenschaft durchaus ein bestimmter soziologischer Blick entspricht. Durch die Formalisierung will Kelsen einerseits das Einströmen holistischer Soziologismen in die rechtswissenschaftliche Analyse verhindern, andererseits aber auch eine nüchterne Wahrnehmung gesellschaftlicher Machtverhältnisse und Gruppeninteressen offenhalten. Gerade die strikt normative Perspektive soll es dem Recht ermöglichen, gesellschaftliche Interessenkonflikte zu verarbeiten.

3. Habsburgischer Hintergrund und „Liberalismus“ von Kelsens staatsrechtlichem Entwurf

Der Kelsen der „Hauptprobleme“ sah sich selbst als radikalen Einzelgänger. Das ist auch insofern richtig, als weder in Österreich noch in Deutschland Vergleichbares zuvor so grundlegend und systematisch entworfen worden war, wenn man von gewissen Ansätzen in der zeitgenössischen Allgemeinen Rechtslehre (Adolf Merkel, Ernst Rudolf Bierling) einmal absieht. Dennoch war die Entstehung der „Hauptprobleme“ nur im spezifischen Umfeld Wiens und der späten Habsburgermonarchie überhaupt möglich. Dazu gehörte eine vom wilhelminischen Deutschland in vielfacher Hinsicht verschiedene rechtswissenschaftliche Tradition, die seit Metternich eng am Gesetzestext haftete und sich den vom deutschen Idealismus gespeisten Begriffskonstruktionen der reichsdeutschen Rechtswissenschaft kaum öffnete. Es gab wissenschaftsgeschichtlich ohnehin insgesamt einen „Nachhall des Königgrätzeffekts“⁸, der die geistige Welt Österreichs von der des preußisch-deutschen Kaiserreichs trennte. Gerade in Wien wirkte eine besondere geistige Umgebung auf den philosophisch interessierten Kelsen ein. Im chronisch instabilen Vielvölkergemisch der Habsburgermonarchie neigten Intellektuelle dazu, über die Vielfalt der Sprachen und Nationalitäten hinweg besonders formalisierte Theorien zu entwerfen: die logisch-erkenntnistheoretischen Konzepte des Wiener Kreises etwa, die ästhetisch-präzise Sprachkritik von Fritz Mauthner und Karl Kraus oder die nationalökonomischen Grenznutzenmodelle eines Ludwig von Mises. Dieser Universalismus des Formalen beerbte eine spezifisch österreichische philosophische Tradition, der die deutsche nachkantische Philosophie weitgehend fremd geblieben war. Hier wirkten vielmehr der Barock, die Scholastik eines Leibniz und der Josephinismus lange nach. Sie prägten auf ihre Weise auch noch im 19. Jahrhundert die umfassenden Gesamtentwürfe eines Bernard Bolzano oder Franz Brentano, die in charakteristischer Weise die Hinwendung zum Konkreten mit dessen Einbettung in eine universale Harmonie verbanden.

Kelsen wenig später weiter in: *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 (1913), S. 53–98, 190–249.

⁸ *Hans Blumenberg*, *Lebensthemen*, Stuttgart 1998, S. 88, im Hinblick auf die unterschiedliche philosophiegeschichtliche Entwicklung in der Habsburgermonarchie und im Deutschen Reich.

In der österreichischen Rechtswissenschaft führte diese Situation am Beginn des 20. Jahrhunderts entweder zu einer radikalempirischen Soziologie oder aber zu einem konsequenten Normativismus, der die rechtlichen Normen abgelöst von jedem Bezug auf metaphysische Ordnungskonzepte wie auf sozialwissenschaftliche Erklärungen zu deuten bestrebt war. Schon im Jahr 1900 hat Hugo Preuß angemerkt⁹: „Neben die konstruktive Schule der Nationalökonomie ist eine verwandte Richtung in der Publicistik getreten; und merkwürdigerweise bestehen zwischen beiden gewisse landsmannschaftliche Beziehungen; hier wie dort nehmen Österreicher eine führende Stellung ein. Flüchtet man vielleicht vor den unentwirrbaren und unerquicklichen Problemen des dortigen ‚positiven status‘ um so lieber in den reinen Äther der Idee?“ Kelsen selbst hat in seiner im Jahr 1947 verfassten Autobiographie einen engen Zusammenhang zwischen seiner Rechtslehre und der besonderen Situation der Habsburgermonarchie gesehen:

„Es mag sein, dass ich zu dieser Anschauung nicht zuletzt dadurch gekommen bin, dass der Staat, der mir am nächsten lag und den ich aus persönlicher Erfahrung am besten kannte, der oesterreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des oesterreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehoerigen Menschen zu gruenden versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch oesterreichische Theorie gelten.“ (HKW 1, 29–91 [59f.])

Die schwierige Lage des Vielvölkerstaats ließ den österreichischen Autoren des Jahrhundertbeginns die Vorstellung von einem in sich geschlossenen Staatswillen aussichtslos erscheinen. Zwischen Wien und Czernowitz konnte man sich unter Recht nur die formale Schlichtung inhaltlich unüberbrückbarer Gegensätze vorstellen, die ihrerseits illusionslos als Machtverhältnisse begriffen wurden. Die Habsburgermonarchie hatte kein homogenes „Volk“, ihr Patriotismus konnte nur ein Rechtspatriotismus sein. Gerade Vertreter der von den Nationalitätenkonflikten besonders bedrohten deutschjüdischen Minderheit, der auch Kelsen entstammte, setzten in der Wissenschaft besonders nachdrücklich auf das übernationale Reich und seine friedensstiftende Rechtsordnung. Sie waren häufig Anhänger eines Liberalismus, der in der cisleithanischen Hälfte der Doppelmonarchie angesichts der fortbestehenden Stärke der Wiener Bürokratie, der nachliberalen Mobilisierung der Massen und der zunehmenden Politisierung der Nationalitätenkonflikte politisch längst tief in die Defensive geraten war. In der Rechtswissen-

⁹ *Hugo Preuß*, Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion. [Buchbesprechung:] Dr. Julius Hatschek: „Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung.“ (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausg. von Jellinek und Meyer. Bd. II, Heft 1.) Leipzig 1898, Duncker & Humblot. VIII u. 236 S., in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 24 (1900), S. 359–372 (359).

schaft hielten diese Juristen an einem streng formalisierten Rechtsverständnis fest, das die unentwirrbare Realität ein Stück weit zu transzendieren beanspruchte. Kelsens „Hauptprobleme“ griffen diese spezifisch österreichische Rechtstradition auf und formten aus ihr unter dem Einfluss der breiteren geistigen Strömungen im Wien der Jahrhundertwende ein systematisches wissenschaftliches Gedankenkonstrukt. Das formale Gefüge des Rechts war hier gewissermaßen das Säkularisat der katholischen Universalmonarchie, deren hochmittelalterlichem Lobpreis durch Dante der junge Kelsen im Jahr 1905 sein erstes Buch überhaupt gewidmet hatte. Das stand in denkbar großer Distanz zur Rechtswissenschaft des wilhelminischen Deutschland, in der die Laband-Tradition einen substanzhaften Staatswillen behauptet hatte und die Erschütterung dieser Tradition seit der Jahrhundertwende eher zu neuen materiellen Einheitsentwürfen rechtsphilosophischer oder -soziologischer Art und der Wiederentdeckung eines homogen gedachten Volkes führte.

Es ist vor diesem Hintergrund nicht verwunderlich, dass der Kelsen der „Hauptprobleme“ gerade den Etatismus der reichsdeutschen Staatsrechtslehre im Namen einer konsequent formalen Rechtsstaatsidee bekämpft, in der das Recht nicht länger als Selbstbeschränkung des monarchischen Staatsapparats begriffen wird, sondern als Gesamtordnung, der der staatliche Apparat ebenso unterworfen ist wie die einzelnen Bürger. Dass dies für ihn auch und gerade einen deutlich politischen, liberalen Sinn hat, räumt Kelsen in der Vorrede zur ersten Auflage seines Buches unumwunden ein:

„Ob die versuchte Konstruktion mit der einfachen Ebene gelungen ist, wird davon abhängen, ob meine Arbeit den Beweis erbracht hat, daß die herrschende drei- und mehr-dimensionale Konstruktion nur durch das Bestreben entstanden ist, gewisse für die formal-normative Rechtsbetrachtung irrelevante Elemente zu berücksichtigen. Die darin zutage tretende ... Tendenz gegen die herrschende Hypertrophie juristischer Konstruktion geht auch noch in der Richtung, daß der Begriffsumkreis des Staates, den die heutige Staatsrechtstheorie in auffälliger Parallele zu der herrschenden politischen Anschauung des Staatssozialismus übermäßig zu erweitern bestrebt ist, gegenüber dem Umfange des *Gesellschaftsbegriffes* eine gewisse Restriktion erfährt. Da sich dabei meine Resultate mit manchen der älteren liberalen Staatstheorie berühren, so möchte ich mich auch keineswegs dagegen verhalten, wenn man etwa in meiner Arbeit ein Symptom jenes Neoliberalismus erblicken sollte, der sich in jüngster Zeit allenthalben vorzubereiten scheint.“¹⁰

Kelsen lässt hier in einer Art „jugendlicher Indiskretion“¹¹ einen Blick auf die politisch-weltanschaulichen Motive seiner Rechtslehre zu. In der späten Habsbur-

¹⁰ Vorrede zur ersten Auflage, S. 59 – Hervorhebung von Kelsen. Vgl. auch: Hauptprobleme, S. 636f.

¹¹ Vgl. Paul Silverman, *Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism*, Ph.D. thesis, University of Chicago, 1984, S. 602: „From the perspective of the mature phase of his career, the candor of this statement must have made it appear to Kelsen as something of a youthful indiscretion. The preface of which it was a part was dropped from the second edition of the *Hauptprobleme*, and he was never again to identify his theory of law with any specific political doctrine. However, his motives were not to change, and for the rest of his life, Kelsen was to act according to the sentiments which are expressed in this passage.“

germonarchie wendet er sich gegen eine juristische Hypostasierung des Staates und die daran anknüpfenden ideologischen Rechtfertigungsmöglichkeiten für eine Ausweitung der bürokratischen Staatstätigkeit. Die Kritik der „Hypertrophie juristischer Konstruktion“, wie sie für die Laband-Tradition mit ihrem Begriffsarsenal von Staatsperson und Staatswille kennzeichnend gewesen war, soll deren Konzepte als etatistische Ideologeme entlarven und damit Raum für eine Selbstorganisation der Gesellschaft durch das Mittel des Rechts schaffen, in der dem Staatsapparat nur noch dienende Funktion zukommt. Nach dem Ende der mitteleuropäischen Monarchien wird Kelsen diese ursprünglichen Impulse in gewandelter Form für eine neue Reflexion auf das Verhältnis von Rechtslehre und Demokratietheorie fruchtbar machen.

4. Ungereimtes und Ungeklärtes in den „Hauptproblemen“

So tiefgreifend die „Hauptprobleme“ die staatsrechtliche Reflexion auch bereits revolutionieren, so sehr sind sie doch zugleich mit grundlegenden Strukturproblemen belastet. Diese wurzeln vor allem in Kelsens eindimensionaler Konstruktion aller Rechtsverhältnisse und seinem vollkommen statischen Rechtsverständnis. Er interessiert sich allein für die Rechtssätze selbst, nicht aber für deren Entstehung, Anwendung oder Zusammenhang untereinander. Das liegt nicht zuletzt daran, dass sich die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ entgegen ihrem Titel letztlich zu wenig mit dem Staatsrecht beschäftigen. Kelsen widmet sich sehr viel mehr einer staatsrechtlichen Rekonstruktion von Straf- und Privatrecht als dem Staatsrecht selbst. Das ist auch durchaus gewollt, weil er gerade durch die Ansiedlung aller Rechtsverhältnisse auf ein und derselben Ebene zu einheitlichen juristischen Grundbegriffen vorzudringen hofft, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind (Vorrede zur ersten Auflage, S. 58f.). Fast will es aber scheinen, als habe Kelsen mit der Darlegung, alles Recht sei wegen seines Angewiesenseins auf den staatlichen Sanktionsapparat der Sache nach Staatsrecht, seine spezifisch staatsrechtliche Vorstellungskraft bereits aufgebraucht. Wenn alles Recht Staatsrecht ist, dann kann Staatsrecht jenseits der Vollzugsproblematik kein spezifisches Rechtsgebiet mit eigenständigen Problemstellungen sein. Komplexere Ableitungs- und Delegationszusammenhänge, wie sie gerade im Verfassungs- und Verwaltungsrecht häufig vorkommen, oder die Frage der Zuordnung verschiedener Rechtsschichten – etwa im Verhältnis von Staats- und Völkerrecht – geraten denn auch nur am Rande oder gar nicht in den Blick des Autors.

Dieses relative Desinteresse an den inneren Zusammenhängen, Verknüpfungen und Schichtungen des Rechtssystems zeigt sich besonders deutlich in Kelsens Analysen zur Entstehung und Anwendung von Rechtsnormen. Denn die Entstehung der Normen verweist er in die Gesellschaft, und ihre Anwendung im Einzelfall hat für ihn keine eigenständige rechtswissenschaftliche Bedeutung. Die Rechtserzeu-

gung will Kelsen nicht als Gegenstand der Rechtswissenschaft ansehen, weil er angesichts der Vielfalt der daran beteiligten Akteure fürchtet, dann ins Psychologisieren und Soziologisieren zu geraten. Wie er später selbst einräumt, sind die „Hauptprobleme“ deshalb noch außerstande, „das *Problem der Rechtserzeugung als Rechtsproblem* einzusehen“ (Vorrede zur zweiten Auflage, S. XIV – Hervorhebung von Kelsen). Auch das Verfassungsrecht kann Kelsen deshalb in seinem System noch nicht als Recht rekonstruieren. Ebenso steht es mit der Frage der Anwendung der Rechtsnormen durch individuelle Entscheidungen von Behörden. Kelsen sieht darin noch keine konkretisierenden Akte der Rechtserzeugung und bemüht sich nur, die einzelnen Verwaltungsmaßnahmen konsequent auf die abstrakten Rechtsnormen zurückzuführen (Hauptprobleme, S. 638–662). Es dürfte gerade seiner liberalen Ideologie, seiner „zu weit getriebene[n] juristische[n] Rechtsstaatssystematik“¹² geschuldet sein, dass er sich hier noch weigert, den Staatsapparat und seine vielfältigen Einzelentscheidungen als eigenständigen Teil der Rechtserzeugung anzusehen. Weil Kelsen alles Recht statisch auf einer Ebene rekonstruieren will, kann er in den „Hauptproblemen“ weder die Erzeugung der Rechtsnormen noch ihre konkrete Anwendung rechtswissenschaftlich verarbeiten. Ihm fehlt noch jene Möglichkeit einer dynamischen Betrachtung der Rechtsordnung als eines Systems gestufter Rechtserzeugung, die später erst sein Schüler Adolf Julius Merkl mit seiner Lehre vom Stufenbau entwickeln wird (vgl. dazu die Vorrede zur zweiten Auflage, S. XII–XVI).

Zwar gelingt den „Hauptproblemen“ eine grundlegende Ideologiekritik der zeitgenössischen Staatsrechtswissenschaft. Aufgrund ihrer unbeweglichen und wenig ausdifferenzierten Gesamtanlage sind sie jedoch nicht in der Lage, einen wirklich schlüssigen Gegenentwurf vorzulegen. Die beträchtlichen Schwierigkeiten, in die sich der Kelsen der „Hauptprobleme“ verstrickt, sind für das Verständnis von Autor und Werk aber durchaus aufschlussreich. Denn diese Schwierigkeiten liegen nicht allein darin, dass die Dynamik der Rechtserzeugung noch unberücksichtigt bleibt. Sie weisen vielmehr auf die allgemeine Frage hin, ob sich Kelsens Formalanalyse des Rechts denn wirklich ganz von seinen politisch-weltanschaulichen Präferenzen lösen kann oder beide nicht vielmehr notwendig miteinander verknüpft bleiben. Mit diesem Problem wird seine Rechtslehre in anderer Form auch dann noch zu kämpfen haben, als sie den Kinderschuhen längst entwachsen ist. Die „Hauptprobleme“ zeigen Kelsen als einen Autor, der ein wissenschaftliches und ein politisches Programm miteinander verbindet. Auch wenn seine Rechtslehre stets auf ihre wissenschaftliche Neutralität pochen wird, wird Kelsen doch auch später seiner liberalen Programmatik treu bleiben. Seine rechtstheoretischen Analysen wird er weiterhin in vielfältiger Weise darauf beziehen, auch wenn er sie

¹² So eine Formulierung in der zeitgenössischen Rezension von *Friedrich Tezner*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 28 (1912), S. 325–344 (334).

dem Anspruch nach strikt davon trennt. Früh und deutlich werfen daher schon die „Hauptprobleme“ eine Frage auf, die Kelsens Theorie durch das 20. Jahrhundert hindurch stets begleiten wird: die Frage nach der Reinheit seiner Reinen Rechtslehre.

Literatur

- Baldus, Manfred*, Habsburgian Multiethnicity and the “Unity of the State” – On the Social and Political Setting of Hans Kelsen’s Legal Thought, in: Dan Diner/Michael Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Gerlingen 1999, S. 13–25.
- Caldwell, Peter C.*, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham London 1997.
- Dreier, Horst*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., Baden-Baden 1990.
- Fioravanti, Maurizio*, Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento (1987), in: ders., *La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Bd. 2, Mailand 2001, S. 605–656.
- Funke, Andreas*, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900*, Tübingen 2004.
- Goller, Peter*, *Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945)*, Frankfurt am Main 1997.
- Herrera, Carlos Miguel*, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris 1997.
- Lippold, Rainer*, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, Wien 2000.
- Mock, Erhard*, *Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus*, in: Werner Krawietz/Ernst Topitsch/Peter Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie: Beiheft 4*, Berlin 1982, S. 439–444.
- Möllers, Christoph*, *Staat als Argument*, München 2000.
- Paulson, Stanley L.*, *Hans Kelsen’s Earliest Legal Theory: Critical Constructivism* (1996), in: ders./Bonnie Litschewski Paulson (Hrsg.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford 1998, S. 23–43.
- Paulson, Stanley L.*, *Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens*, in: *AöR* 124 (1999), S. 631–657.
- Schönberger, Christoph*, *Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende*, in: Stanley L. Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, S. 3–32.
- Silverman, Paul*, *Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism*, Ph.D. thesis, University of Chicago, 1984.
- Stachel, Peter*, *Leibniz, Bolzano und die Folgen. Zum Denkstil der österreichischen Philosophie, Geistes- und Sozialwissenschaften*, in: Karl Acham (Hrsg.), *Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften. Bd. 1: Historischer Kontext, wissenschaftssoziologische Befunde und methodologische Voraussetzungen*, Wien 1999, S. 253–296.
- Stolleis, Michael*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: 1914–1945, München 1999.

Hans Kelsen's *Main Problems in the Theory of Public Law*

Transition from the State as Substance to the State as Function

Christoph Schönberger

Translated by

*Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson**

1. An Epistemological Purification of Legal Science in Public Law	38
2. Fundamental Criticism of Labandian Positivism: Kelsen's Departure from the State as Subject Imbued with Will	40
3. Hapsburg Background and the "Liberalism" of Kelsen's Blueprint for Public Law	42
4. Inconsistent and Unexplained Aspects of <i>Main Problems</i>	46

This bold treatise of 1911 marks the debut of Hans Kelsen, barely 30 years old, on the greater stage of scholarly enquiry. Even the title, modest only on first glance, suggests that the author intended nothing middling here. Indeed, looked at correctly, this title – *Main Problems in the Theory of Public Law, Developed from the Doctrine of the Legal Norm* – reaches to all the important questions of legal theory. In 731 densely printed pages, an unknown, impecunious *Privatdozent*¹ from Vienna sets out to destroy the central dogmas of contemporary (public-law) legal science in Austria and Germany. Reading the book calls for a bit of patience, to be sure, for Kelsen does not make things easy. Over and over again, he meticulously surveys the contemporary juridico-scientific literature, subjecting its approaches and conceptions to detailed criticism.² Nothing written before World War One –

* The translation is based on the penultimate version of the German text.

¹ [See n. 3 below.] [The translators' footnotes are indicated throughout by means of square-cornered brackets.]

² In a review article appearing just a year after the publication of Kelsen's treatise, the reviewer complains that the exhaustive character of the book, notwithstanding its analytical clarity and precision, is exaggerated, indeed, prolix in its examination and criticism of the literature. See Rudolf von Laun, review article on: Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, and

in German and Austrian public law, private law, or criminal law – on the legal norm, on the distinctions between the laws governing nature, morality, and the positive law, on legal obligation, or on the legal right lies beyond the purview of Kelsen's monumental *Habilitationsschrift*.³ To an uncommon extent, *Main Problems* is a book about other books, making it a highly original compendium of pre-1914 German-language legal theory. The author manifests here for the first time all his analytical and critical powers, as well as an audacious willingness to tongue-lash most other authors for their failure to understand the problems at hand. The book reveals a thinker undertaking, step by step, the arduous conceptual work of freeing himself from the juridico-scientific categories of his time and finding his way to the initial contours of his own legal theory. Just how far the author had yet to travel comes to light in his foreword to the second printing of the treatise, in 1923 (*HP*, Foreword to Second Printing, S. V, p. 3).⁴ There, only twelve years after its initial printing, Kelsen himself characterizes his “first book in legal theory” in very guarded terms, as merely “the earliest stages in a revision of the methodological foundations of the theory of public law, a revision pursued since then in other works.” And he underscores the “substantial changes on important individual issues” (*ibid.*) that his work has undergone in the intervening years.

Ignaz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, 1911, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 39 (1912), 312–335, at 334f. In the foreword to the first printing of the treatise, at 59, Kelsen himself defends his preference for this approach: “Nor do I deny for a minute that the oft broadly extravagant examination of different views, the frequent, wellnigh regular confrontation between one's own and an opposing construction, this contradictory procedure that I prefer is conditioned to a great extent by a dialogical characteristic of my understanding. Accordingly, ideas evolve best of all and most easily whilst facing their adversary. Dialogue, the most suitable form for expressing my understanding, may well have been acceptable in ancient philosophy, but it is, regrettably, no longer countenanced in the modern philosophico-scientific literature.”

³ [*“Habilitation”* is standard nomenclature for the proceeding, including a post-doctoral dissertation (*Habilitationsschrift*), that culminates in the *venia legendi* or state license to lecture at an Austrian (or German or Swiss) university. Once licensed, one is a *Privatdozent* or private lecturer.]

⁴ [The foreword to the second printing of the *Hauptprobleme* (abbreviated as “*HP*”) or *Main Problems*, in 1923, is altogether different from the foreword to the original printing of the work, in 1911. The author refers to and quotes from both forewords. They will be abbreviated in citations as: “*HP*, Foreword to First Printing” and “*HP*, Foreword to Second Printing”. The latter is available in English translation: Hans Kelsen, “Foreword” to the Second Printing of *Main Problems in the Theory of Public Law*, in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998), 3–22. In references to both forewords, page numbers from the German text are flagged by “S.” (the standard abbreviation for the German “Seite” or “page”); in references to the second foreword, page numbers from the English translation are included, flagged by “p.” In references to the main text of *HP*, as well as to the foreword to the first printing, page numbers as found in the present volume (*Hans Kelsen Werke* 2) are given.]

1. An Epistemological Purification of Legal Science in Public Law

The enquiry that Kelsen undertakes in *Main Problems* consists in an analysis of the possibilities and the limits of juridico-scientific cognition in public law theory. Franz Weyr, an important representative of the Brno juridico-theoretical school, evoked Kant in his review of *Main Problems*, characterizing the treatise as a “critique of pure *legal* reason”.⁵ Indeed, Kelsen’s central project in *Main Problems* is methodological in character. He himself writes that “from time to time” the principle of the method employed is actually “featured to such an extent that representing and solving the problems of public law theory that turn up within the given parameters are of interest less for their own sake than, rather, as graphic exemplification of the methodological principles that are recognized as correct” (*HP*, Foreword to First Printing, S. 52). To be sure, the young author is fully aware of the danger of sterility, threatening every scientific enquiry that disproportionately concentrates on questions of method. He emphasizes the critique of juridico-scientific cognition so strongly, however, because his concern is to set boundaries vis-à-vis the social sciences, above all in relation to the fields – then newly emerging – of sociology and psychology. “It is precisely in these border areas that my work seeks out the legal construction and justifies thereby its powerfully methodological character. It is here that the *actio finium regundorum* employed by me pursues first and foremost the goal of setting the legal construction of concepts free from certain elements that are sociological or psychological in character and were forced into play only through a mistaken characterization of the problem” (*ibid.* S. 53). Kelsen pursues a purification programme that aims to highlight and to secure anew the boundaries of the sphere of cognition in legal science vis-à-vis the social sciences.

In order to classify Kelsen’s undertaking, one has to imagine the situation of German-language legal science in public law in the decades immediately before and after the turn of the century. Beginning in the 1890s, the public law positivism of Paul Laband had entered a period of crisis in Wilhelminian Germany. The immense social change wrought by industrialization, centralization of state power, and the increasing mass mobilization in political parties, unions, and other associations were registered with concern in the legal science of the day. One sought new explanations. Legal philosophy and political theory found a new lease on life. In private law, the Free Law Movement shattered faith in the traditional juridico-scientific model of the *Pandektistik*.⁶ New fields like sociology and psychology

⁵ Franz Weyr, “Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre”, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 40 (1914), 174–188, at 178 (emphasis in original), repr. in *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, ed. Rudolf Aladár Métall (Vienna: Europaverlag, 1974), 455–466, at 457.

⁶ [“*Pandektistik*” refers to the science of “Pandect law” (*Pandektenrecht*), which is the law

began to emancipate themselves from the older disciplines, examining their subject matter with their own specific methods and formulations of questions. In Heidelberg, Georg Jellinek attempted to free public law positivism in the Labandian tradition from its growing sclerosis. In his treatise of 1900,⁷ he made an effort to open up the theory of public law to insights stemming from a social theory of the state, a theory argued primarily in sociological and psychological terms. Accordingly, the “two sides” of a legal and social theory of the state are to be distinguished from one another and at the same time coupled together. At the beginning of the twentieth century, following the Wilhelminian trend of the day, there was the feeling that a dead end had been reached with Laband’s public law theory, and legal science in public law became more receptive both to philosophical reflection on the character of the state as well as to knowledge drawn from the social sciences.

Kelsen, while he was working on *Main Problems*, had visited Jellinek’s Heidelberg seminar for several months⁸ and was clearly aware of all this. Far from endorsing the trend, however, he reacted with a radical counter-programme. Rejecting the new social science orientation of legal science in public law, Kelsen pressed for the epistemological retreat of legal science to its juridical *proprium*, the normativity of legal rules. The methodological-demarcation campaign set out in *Main Problems* becomes fully intelligible only if one understands it as Kelsen’s conscious effort to keep his distance from a broad current within the juridico-scientific developments of his day. Where most of Kelsen’s contemporaries are striving toward opening public law to “reality”, toward some sort of connection between jurisprudence and the social sciences, Kelsen propagates a radical either/or: “Within legal science, the jurist is compelled to practice the greatest self-restraint if he wants to have a system free of internal contradiction, if he wants to have basic concepts that are logically tenable. He cannot conceptually link the world of the *is* with the world of the *ought* and must therefore decide whether he wants to explain as sociologist or psychologist factual occurrences or the behaviour of human beings, or whether he wants to comprehend legal norms, whether he wants to abstract his concepts from either one world or the other” (ibid. S. 56 [italics added]).⁹

stemming from the piecemeal reception of Roman law that took place in Europe prior to the codification of private law. “Pandekt”, from the Greek, is familiar as a name for Justinian’s Digests or “Pandects”.]

⁷ [Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Häring, 1900).]

⁸ According to Kelsen’s statement in his autobiography of 1947, his participation in Jellinek’s seminar was, both personally and in terms of his work, a most sobering experience. See Hans Kelsen, “Autobiographie (1947)”, in *Hans Kelsen Werke*, vol. 1: *Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse*, ed. Matthias Jestaedt (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007), 29–91, at 39–41.

⁹ [The expressions “*is*” and “*ought*” appearing in italics but without quotation marks is a way of inviting attention to these expressions as Kelsen’s designations for the natural world and the normative world. It would not be correct, here, to place these expressions between quotation marks, as though Kelsen were referring to the world of the verb “to be” and to the world of the modal auxiliary “ought”. This would be a mistaken application of the use/mention distinction.]

2. Fundamental Criticism of Labandian Positivism: Kelsen's Departure from the State as Subject Imbued with Will

On first glance, Kelsen appears here to have placed himself in the tradition of German public law positivism as still represented, during his writing of *Main Problems*, by Paul Laband or Gerhard Anschütz. The strict isolation of legal from “non-legal” argumentation had at any rate been the main concern of this direction in legal thought, even though hardly subject methodologically to serious reflection. So it is that a legend enjoying great currency ever since the Weimar period sees in Kelsen the end point of German public law positivism, the last in a line traceable from Gerber to Laband and Jellinek, and then on to Kelsen. It is Kelsen who is seen as having radically formalized this species of positivism, finally, to absurdity. The legend stems from the Weimar debates, where “positivism” as a whole had for the most part fallen into disrepute and been conveniently equated with the Vienna School. That Kelsen's juridico-theoretic positivism was linked from the beginning in no material way whatever with the Labandian tradition of state will positivism is ignored. In fact, as early as *Main Problems*, Kelsen criticizes the representatives of German public law positivism in utterly caustic terms, accusing them of working with legal categories that are under the methodologically unconstrained influence of a host of other content – be it a political, historical, or sociological influence. For Kelsen, the corresponding basic concepts are not purely juridico-scientific concepts at all,¹⁰ but, rather, are contaminated with material smuggled in from politics and sociology. Much later, in a letter, Kelsen states emphatically “that my book *Main Problems* was already clearly directed against the political tendencies – albeit adroitly disguised – of Laband's theory of public law and *that the Pure Theory of Law actually had its genesis in the struggle against Labandism.*”¹¹ Indeed, the Kelsen of *Main Problems* demolishes fundamental axioms of Labandian positivism.

¹⁰ On Kelsen's arguments directed to Laband, see two papers of Kelsen's published in 1913: “Rechtsstaat und Staatsrecht”, *Österreichische Rundschau* 36 (1913), 88–94, and “Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn”, *Juristische Blätter* 42 (1913), 229–232. In this connection, there is also Kelsen's criticism, fundamental and devastating in its import, of Laband's sanction doctrine, which declares that the monarchy, despite the participation of parliament, is the sole legislator. See *HP*, at 549–567, 614f., 855, 857. On this criticism of Laband, see Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918)*, (Frankfurt: Klostermann, 1997), at 157–165.

¹¹ Hans Kelsen, “Reine Rechtslehre, ‘Labandismus’ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves” (dated 3 August 1933), in Hans Kelsen and Renato Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, ed. Stanley L. Paulson (Naples: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992), 55–58, at 56 (emphasis added). Moreover, at another point in this same letter, Kelsen writes: “The claim that the Pure Theory of Law is nothing other than ‘Labandism’ is nonsense. To be sure, Laband attempted to separate the representation of the positive law from politics, but he did not succeed in this endeavour at all. In reality, Laband's theory of public law is an ideology of the monarchical principle, which, in flat contradiction to the positive law, he took up in an altogether improper way” (ibid. 55). Kelsen certainly emphasized from time to time during the Weimar period that he now saw “more clearly than earlier ... more fervently than before” lines of continuity between his own work and that of such writers as Gerber, Laband, and Jellinek. Hans Kelsen, *Allgemeine*

This is true, above all, of the central concept of the state *qua* legal subject imbued with will. The Labandian tradition, from which even Jellinek had not yet completely extricated himself, saw the state as a subject imbued with will, a subject that, in creating the legal system, subjugated itself to the law. Shaped by a then widespread conservative understanding of the constitutional monarchy, it saw the (monarchical) state as preceding the law and therefore remaining free, in principle, even in the sphere of, say, administration in so far as it (the state) did not bind itself by means of legal norms. In *Main Problems*, Kelsen breaks radically with this understanding of the state *qua* subject imbued with will. For Kelsen, the will of the state is simply a product of a legally constructed imputation, not differing in nature from other legal constructions, say, those of private legal subjects (see *HP*, at 293–300, 541–548). It is not the state, it is, rather, society that creates the law. The state is not something substantive that precedes the law. It is, rather, a function that serves society in carrying out the precepts of the law.¹² In the legislative process, “the amorphous elements of society merge into the fixed forms of the state and the law” (*HP* 547). Where the positivist tradition in public law had devised the picture of a homogeneous, closed state *qua* superperson that produced the law by means of acts of will, there Kelsen can only see a societal tangle of interests and ideas from which, in the process of law creation, binding rules emerge. Where German public law theory sees the collective interest embodied in the state, no such interest exists at all for Kelsen: “There is no ‘collective interest’ whatsoever. There are, rather, only group interests that somehow win over for themselves state power, the will of the state” (*HP* 625).

To be sure, all legal norms require the state, for even the criminal law and private law are constructed by Kelsen solely on the basis of the sanction (punishment or execution of judgment), which in the end is provided as the consequence of a legal wrong. Even the norms that grant rights to private parties or impose obligations upon them accomplish this only indirectly, in that they bring the state’s coercive apparatus to bear in case of the breach of a legal obligation. The law in all its forms – as administrative law, criminal law, or private law – directly obligates only the state *qua* executor of the law. In this sense, “all law is state law” (*HP* 388). This state, however, is no longer the anthropomorphic creator of the

Staatslehre (Berlin: Julius Springer, 1925), Foreword, VII–IX, at VII. In a climate that had become generally antipositivistic, Kelsen’s declaration was made with an eye to acquiring at least a modicum of support in Germany for his Austrian theory. It is worth noting that a closer examination of Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre* shows just how pronounced his criticism of the concepts and constructions of the German positivistic tradition in public law was.

¹² The description here of Kelsen’s position, distinguishing between the concepts of substance and function, avails itself of a conceptual pairing set out by his contemporary, the philosopher Ernst Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik* (Berlin: Bruno Cassirer, 1910). Its use here is intended to point up a parallel, not to reflect a reception of Cassirer by Kelsen, who in fact, during the writing of *Main Problems*, did not yet know Cassirer’s work. That was to transpire only after the First World War.

law, nor does it possess any specifically sovereign superiority vis-à-vis private law relations among equals (see *HP*, at 388, 572f.). Rather, all legal norms produced by society are binding in the same way on the state. These norms, dependent in the end on public administration and the courts for their implementation, are indeed directed primarily to those institutions. The state apparatus, however, does not shape this societal law, but, rather, is of service both to the law and to society. There is, therefore, no “dominion” of the state over society, no relation of superiority/inferiority between the state and society. The law, by virtue of its structure, knows no subordination of legal subjects, only their coordination. All legal relations are on one and the same level, regardless of their traditional ascription to either private law or public law. Even the state is considered not to be above other legal subjects, but to be their equal (see *HP*, Foreword to First Printing, at 58, and *HP*, at 339–351).

The state, with all the power and might ascribed to it, relates *legally* to legal subjects no differently than the industrialist relates to the lowliest worker, no matter how much wealthier the industrialist may be. Neither the state nor the industrialist is, legally speaking, a power factor; rather, both are legal persons, legal subjects having reciprocal rights and obligations. And the worker’s obligation in private law to comply – within the framework of the employment contract – with the directives of the industrialist is legally the same as the ... subject’s “duty of obedience” to the person of the state. Within the formal law, there can be no expression of the material elements of the economic, moral, physical, or psychological superiority of one subject over another. Bringing two subjects into a legal relation amounts to treating them as persons equal to one another, abstracting from all differences in power between them and from all other factual differences (*HP* 341–342 [emphasis in original]).

Paradoxically, even a certain sociological outlook is shown here to be completely in keeping with the formalization of legal science. It is by means of this formalization that Kelsen wants to avert, on the one hand, a flood of holistic sociological notions into juridico-scientific analysis, but also, on the other hand, to remain open to a no-nonsense sociological outlook on social power relations and group interests. It is precisely the strictly normative perspective that is to make possible the law’s liberal neutralization of social conflicts of interest.

3. Hapsburg Background and the “Liberalism” of Kelsen’s Blueprint for Public Law

The Kelsen of *Main Problems* saw himself as a radical outsider. And this is correct to the extent that never before, neither in the Hapsburg Monarchy of the time nor in the German Empire, had anything of comparable proportions been developed in such a fundamental and systematic way. Still, that *Main Problems* came into being at all was possible only in the environment peculiar to Vienna and the later Hapsburg Monarchy. This included a juridico-scientific tradition different in many respects from that of Wilhelminian Germany, different in that, ever since

Metternich, it had adhered closely to the statutory text and scarcely been open to the conceptual constructions of German legal science, which were informed by post-Kantian idealism. From a historico-scientific standpoint, there was on the whole an “echo of the *Königgrätz* effect”,¹³ separating the intellectual worlds of the Austro-Hungarian and the Prussian/German empires. The unusually lively intellectual scene in Vienna had a strong formative influence on the philosophically inclined Kelsen. In the chronically unstable multinational polyglot of the Hapsburg Monarchy, intellectuals tended to look beyond the manifold languages and nationalities, devising decidedly formalized theories, be it the logico-philosophical concepts of the emerging Vienna Circle, the aesthetic and precise linguistic criticism offered by Fritz Mauthner and Karl Kraus, or Ludwig von Mises’s economic models of marginal utility. This universal formalism was heir to a specifically Austrian philosophical tradition largely unaffected by the idealism of German post-Kantian philosophy. Of consequence here, rather, continued to be the Baroque, Leibnitz’s scholasticism, and Josephinism.¹⁴ Even in the nineteenth century, these – each in its own way – still shaped the all-encompassing schemes of a Bernard Bolzano or a Franz Brentano, who characteristically linked attending to the concrete with embedding it in a universal harmony.

In Austrian legal science, this situation led at the beginning of the twentieth century to a turn toward either a radically empirical sociology or a thoroughgoing normativism that strove to interpret legal norms apart from any reference whatever to metaphysical classificatory concepts or to explanations drawn from the social sciences. As early as 1900, Hugo Preuß commented: “Alongside the constructive school of economics, there is a related development among public law scholars. And, remarkably, certain regional relationships exist among the representatives of both fields. Here as well as there, Austrians take the lead. Confronted with the inextricable, disagreeable problems of the *status positivus* there, does not one perhaps prefer taking refuge in the pure ether of the idea?”¹⁵ Kelsen himself, in his “Autobiography of 1947”, observes a close connection between his legal theory and the special situation of the Hapsburg Monarchy:

¹³ See Hans Blumenberg, *Lebensthemen* (Stuttgart: Reclam, 1998), at 88, with reference to the diverse philosophico-historical development in the Hapsburg Monarchy and in the German Empire. [Here Königgrätz, the capital of East Bohemia (Czech *Hradec Králové*), is a reference to the site of the battle, 3 July 1866, between Prussia and Austria in the so-called German War of 1866. With a decisive victory for Prussia, the battle marked Austria’s expulsion from Germany. See Arthur J. May, *The Hapsburg Monarchy 1867–1914* (Cambridge, Mass.: Harvard U.P., 1951), at 32, 49, 102.]

¹⁴ [Named for the “benevolent autocrat” Kaiser Joseph II, who reigned from 1780 until his death in 1790, Josephinism (or *Josefinismus*) stands for an enlightened tradition of anticlericalism in Austria. See *ibid.*, at 19 *et passim*.]

¹⁵ Hugo Preuß, “Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion” (review article on: Julius Hatschek, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung*, 1898), in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 24 (1900), 359–372, at 359.

It may be that I arrived at this view not least of all because the state I was closest to and from personal experience knew better than any other – the Austrian state – was clearly nothing other than a legal unity (*Rechtseinheit*). Considered in light of the Austrian state, composed of so many groups differing in race, language, religion, and history, those theories that attempted to establish the unity of the state on the basis of some socio-psychological or socio-biological connection among the persons belonging in a legal sense to the state proved very clearly to be fictions. In so far as this theory of the state is an essential component of the Pure Theory of Law, the Pure Theory of Law can be regarded as a specifically Austrian theory.¹⁶

The difficulties inherent in the multinational Monarchy led Austrian writers at the beginning of the new century to view the notion of a unified will of the state as unworkable. From Vienna to Czernowitz, no one could imagine, in the name of the law, more than the formal settlement of contentually irreconcilable differences that, for their part, were seen without illusion as power relations. The Hapsburg Monarchy had no homogeneous “people”, its patriotism could only be a patriotism of law. The German-Jewish minority, to which Kelsen, too, belonged, was especially threatened by conflicts among the nationalities, prompting in particular representatives of the minority to place special emphasis on the supranational empire and its peacemaking legal system. They were for the most part advocates of a liberalism that had long since been utterly on the defensive politically in the Cisleithanian or Austrian half¹⁷ of the Austro-Hungarian Monarchy, owing to the persistent strength of the Viennese bureaucracy, the post-liberal mobilization of the masses, and the incremental politicizing of conflicts among the nationalities. In legal science, these jurists held to a strictly formal understanding of the law, an understanding that laid claim to transcending somewhat the complexities of reality. Kelsen, in *Main Problems*, continued this specifically Austrian legal tradition and, under the influence of the broader intellectual currents of *fin-de-siècle* Vienna, shaped these ideas into a systematic, juridico-scientific construct. The formal structure of the law here was, so to speak, the secularized version of the Catholic universal monarchy praised by Dante at the height of the Middle Ages – praise inspiring, in 1905, the young Kelsen’s very first book. All this stood at a considerable remove from the legal science of Wilhelminian Germany. There, the tradition associated with Laband had laid claim to a substantive will of the state, and the upheaval in this tradition since the turn of the century opened the door to new juridico-philosophical or -sociological blueprints for substantive unity, along with the rediscovery of the concept of a homogeneous people.

Against this background, it is not surprising that the Kelsen of *Main Problems*, fighting the authoritarian tendencies in German public law theory, does so in the

¹⁶ Kelsen, “Autobiographie (1947)” (n. 8), 59f.

¹⁷ [As Arthur J. May writes: “On occasion Austria was referred to as Cisleithania, with Hungary as Transleithania, since the Leith, a little tributary of the Danube, separated the two parts of the Monarchy.” May (n. 13), 43.]

name of a thoroughgoing formal idea of the *Rechtsstaat*. Here, the law is understood no longer as self-restraint on the part of the monarchical state but, rather, as the greater system to which the state apparatus is subject just as individual citizens are. For Kelsen, this goes so far as to be a clearly political, liberal approach, something he frankly concedes in the Foreword to *Main Problems*:

Whether my attempted construction on a single level is successful depends on whether my work has demonstrated that the prevailing construction having three and more dimensions is simply the result of the effort to take into account certain elements that are irrelevant to the formal, normative view of the law. The evident tendency there [in my work] ... against the prevailing hypertrophy of legal construction takes still another direction: The conceptual orbit of the state – whose inordinate expansion is the aim of contemporary public law theory, conspicuously parallel to the prevailing political stance of state socialism – undergoes a certain restriction in light of the scope of the concept of *society*. Since these results of mine coincide with some of those of the older, liberal theory of the state, so then, if one should perceive in my work a symptom of that neo-liberalism that seems recently to be everywhere at hand, I would certainly have no wish to protest (*HP*, Foreword to First Printing, S. 59 [emphasis in original], see also *HP*, at 636f.).

Kelsen offers here, in a kind of “youthful indiscretion”,¹⁸ a glimpse into the politico-ideological motives behind his legal theory. In the late Hapsburg Monarchy, he turns against a legal hypostatization of the state and, picking up on that, against the ideological possibilities for justifying an expansion of the state’s bureaucratic activities. Kelsen’s criticism of the “hypertrophy of legal construction” that had been characteristic of the Labandian tradition, with its conceptual arsenal of state person and state will, is meant to expose these concepts as ideological elements of state expansion, thereby making room for society to organize itself by means of the law, a self-organization in which the apparatus of the state has only a supporting role. After the fall of the monarchies of Central Europe, Kelsen will alter these initial impulses to render them fruitful in reflecting anew on the relation between legal theory and the theory of democracy.

¹⁸ See Paul Silverman, “Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism”, Ph.D. dissertation, University of Chicago, 1984, at 602: “From the perspective of the mature phase of his career, the candor of this statement must have made it appear to Kelsen as something of a youthful indiscretion. The preface of which it was a part was dropped from the second edition of the *Hauptprobleme*, and he was never again to identify his theory of law with any specific political doctrine. However, his motives were not to change, and for the rest of his life, Kelsen was to act according to the sentiments which are expressed in this passage.”

4. Inconsistent and Unexplained Aspects of *Main Problems*

However profoundly *Main Problems*, early on, is revolutionizing reflections on public law, it is still, at the same time, encumbered with fundamental structural problems. These are rooted primarily in Kelsen's one-dimensional construction of all legal relations and in his altogether static understanding of the law. His interest then was focused solely on legal norms themselves, not on their issuance, their application, or their connection to one another. The reason for this is not least of all that Kelsen's treatise – despite its title, *Main Problems in the Theory of Public Law* – deals in the end too little with public law and draws all too much on criminal law and private law for its picture of the legal norm. It seems almost as though the Kelsen of *Main Problems* – in explaining that all law, because of its dependence on the state's coercive apparatus, is in the very nature of things state law – has already exhausted that part of his imagination directed specifically to public law. The more complex interrelations of derivation and delegation that are typical of public law, or the question of the ordering of various levels of law, say, the relation between state law and international law – these catch the author's eye only in passing or not at all. Kelsen's relative lack of interest in the internal connections and levels of the legal system is manifest, too, in his analysis of the issuance and application of legal norms. For he relegates the genesis of norms to society, and their application in the individual case has, for him, no specifically juridico-scientific import. The creation of legal norms is something that Kelsen does not wish to regard as subject matter for legal science at all, for he fears that, in light of the multifarious actors engaged in creating law, he would then run the risk of lapsing into psychological and sociological speculation. As he himself concedes later, *Main Problems* is for that reason still unable to recognize “the *problem of law creation as a legal problem*” (*HP*, Foreword to Second Printing, S. XIV, p. 12 [emphasis in original]). Similarly, Kelsen cannot yet reconstruct constitutional law as law in his system. So it is, too, with the problem of applying legal norms by means of individual administrative decisions. Kelsen does not yet see these decisions as legal acts that render law-creation concrete, attempting only to trace them strictly back to abstract legal norms (see *HP*, at 638–662). It may well be that it is owing to his liberal ideology, to his “pushing too hard the legal systematic of the *Rechtsstaat*”,¹⁹ that he still refuses here to take up the apparatus of the state and its manifold individual decisions as an independent aspect of law creation. On the basis of his one-dimensional and static understanding of the law, then, Kelsen

¹⁹ So runs the formulation in a contemporary review of Kelsen's *Main Problems*, namely: Friedrich Tezner, “Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 28 (1912), 325–344, at 334, repr. in *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre* (n. 5), 437–454, at 445.

cannot provide in *Main Problems* a juridico-scientific explanation of either the creation of legal norms or their concrete application. He is lacking still the possibility of a dynamic view of the legal system as a system of law creation at graduated levels, a view that will be developed only later by Kelsen's student, Adolf Julius Merkl, in his theory of the hierarchical structure of the legal system (see *HP*, Foreword to Second Printing, at S. XII–XVI, pp. 11–14).

Main Problems does succeed, to be sure, in its fundamental ideological criticism of the prevailing legal science in public law. Owing to its rigid and scarcely differentiated overall conception, however, the work is not in a position to set out a truly convincing counter-programme. Still, it is precisely the considerable difficulties Kelsen encounters in *Main Problems* that are quite instructive for our understanding of the author and his work. These difficulties lie not simply in the fact that Kelsen does not consider the dynamic dimension of law creation. Rather, they invite attention to the general problem of whether the targeted formal analysis of the law can really be altogether separated from Kelsen's politico-ideological preferences or whether the one remains necessarily linked to the other. Even long after Kelsen's legal theory has reached maturity, it will still be struggling, albeit in a different form, with this problem. Kelsen is revealed in *Main Problems* as an author who brings together a scientific and a political programme. Notwithstanding all the claims to scientific neutrality that will accompany his theory over the years, Kelsen will remain faithful to his liberal political programme. He will continue to relate it in various ways to his juridico-theoretic analyses, even while claiming to maintain a strict separation between them. So it is that early and with great clarity, *Main Problems* poses a question that will accompany Kelsen's theory throughout the twentieth century – the question of the purity of his Pure Theory of Law.

Literature

- Manfred Baldus, "Habsburgian Multiethnicity and the 'Unity of the State' – On the Social and Political Setting of Hans Kelsen's Legal Thought", in *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition* (special number of the journal of the Institute for German History at the University of Tel Aviv, ed. Dan Diner and Michael Stolleis), *Tel Aviver Jahrbuch für deutsche Geschichte* 20 (1997–98), 13–25.
- Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham and London: Duke U.P., 1997).
- Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (Baden-Baden: Nomos, 1986, second printing 1990).
- Maurizio Fioravanti, "Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento", in Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, vol. 2 (Milan: Giuffrè, 2001), 605–656.
- Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004).

- Peter Goller, *Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945)* (Frankfurt: Peter Lang, 1997).
- Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen* (Paris: Ed. Kimé, 1997).
- Rainer Lippold, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung* (Vienna: Manz, 2000).
- Erhard Mock, “Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus”, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Rechtstheorie Beiheft no. 4, ed. Werner Krawietz, Ernst Topitsch, and Peter Koller)* (Berlin: Duncker & Humblot, 1982), 439–444.
- Christoph Möllers, *Staat als Argument* (Munich: C. H. Beck, 2000).
- Stanley L. Paulson, “Hans Kelsen’s Earliest Legal Theory: Critical Constructivism”, *Modern Law Review* 59 (1996), 797–812, repr. in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998), 23–43.
- Stanley L. Paulson, “Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), 631–657.
- Christoph Schönberger, “Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende”, in *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, ed. Stanley L. Paulson and Martin Schulte (Tübingen: Mohr Siebeck, 2000), 3–32.
- Paul Silverman, “Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism”, Ph.D. dissertation, University of Chicago, 1984.
- Peter Stachel, “Leibniz, Bolzano und die Folgen. Zum Denkstil der österreichischen Philosophie, Geistes- und Sozialwissenschaften”, in *Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften*, ed. Karl Acham, vol. 1: *Historischer Kontext, wissenschaftssoziologische Befunde und methodologische Voraussetzungen* (Vienna: Passagen Verlag, 1999), 253–296.
- Michael Stolleis, *A History of Public Law in Germany 1914–1945*, trans. Thomas Dunlap (Oxford: Oxford U.P., 2004).

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre

entwickelt aus der Lehre vom

Rechtssatze

von

Dr. Hans Kelsen.



Tübingen

Verlag von J. C. B. MOHR (Paul Siebeck)

1911

Die vorliegende Arbeit übergebe ich der Öffentlichkeit mit dem Wunsche, den *Baco von Verulam*¹ seiner *Instauratio magna* vorausgesetzt hat: *Ut homines eam non opinionem sed opus esse cogitent*;² und möchte diese Bitte auch in dem Sinne gestellt haben, daß man die folgenden Untersuchungen zur allgemeinen Staatsrechtslehre nicht nach dem einen oder dem anderen Einzelresultate, sondern in ihrer Gesamtheit, als ein systematisches Ganzes beurteilen möge. Denn in keiner anderen Disziplin ist die Bedeutung, die der Lösung eines besonderen Problemcs zukommt, so sehr nur aus dem Zusammenhange mit dem ganzen Systeme zu erkennen, als gerade in der Jurisprudenz, weil hier der Wert und die Richtigkeit einer speziellen Konstruktion ausschließlich davon abhängt, ob das in ihr zutage tretende Konstruktionsprinzip auch anderweitig fruchtbar verwendet werden kann, ob es, zu einer allgemeinen Konstruktionsmaxime erhoben, die einheitlichste und einfachste Struktur des totalen Systems gewährleistet.

Wenn somit dem Leser zugemutet wird, diese umfangreiche Arbeit ganz – oder lieber gar nicht – zu lesen, so ist es nur billig, ihn vorher kurz über Ziel und Plan des Werkes zu orientieren.

Das Buch unternimmt es, gestützt³ auf eine Revision der methodologischen Grundlagen, gewisse wichtige Gebiete der allgemeinen Staatsrechtslehre zu⁴ bearbeiten. Das zugrunde gelegte System ergibt sich dadurch, daß der *Rechtssatz* als ein Zentralbegriff juristischer Konstruktion erkannt wird, durch dessen besondere Formulierung die Lösung einer Reihe von speziellen Problemen bedingt ist. Dies der Leitgedanke. Zu seiner Erläuterung das Folgende:

¹ Francis Bacon, auch: Baco von Verulam (1561–1626); englischer Staatsmann, Philosoph und Universalwissenschaftler. Er erlangte zahlreiche hohe Ämter, u. a. ab 1584 Mitglied des Unterhauses, 1596 Queen's Counsel und 1618 Lord Chancellor; 1621 Verlust der öffentlichen Ämter infolge einer Bestechungsaffäre. Bacon führte die „*instauratio magna*“, die große Erneuerung der Wissenschaften herauf, indem er die Spekulation als Methode der Wissenschaft durch Beobachtung und Experiment, d. h. durch Empirie, ersetzte. Er gilt daher als einer der Begründer der modernen (Natur-)Wissenschaften. Wichtige Werke: *The Essayes or Counsels, Civill and Morall*, London 1597, 1612 und 1625; *Novum organon scientiarum*, London 1620; *De dignitate et augmentis scientiarum*, London 1623.

² *Francis Bacon*, *Instauratio magna*, London 1620, S. 12; dt.: „[wir bitten,] dass die Menschen sie nicht für bloße Meinung, sondern für ein wissenschaftliches Werk halten“. Bereits Immanuel Kant hatte eine diesen Satzteil enthaltende Passage von Bacons Schrift der zweiten Auflage seiner *Kritik der reinen Vernunft* als Motto vorangestellt (vgl. *Immanuel Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga 1781/1787, S. B II).

³ «es, gestützt»] A₁ «es, auf einer breit angelegten Basis methodologischer gewisse wichtige Gebiete der allgemeinen Staatsrechtslehre gestützt»; A₂ «es, gestützt».

⁴ «Staatsrechtslehre zu»] A «Staatsrechtslehre systematisch zu»; F* «Staatsrechtslehre zu».

|IV Die Arbeit hat vornehmlich methodologischen Charakter. Nicht nur, daß sie auf einer breit angelegten Untersuchung gewisser auf den Weg juristischer Erkenntnis gerichteter Vorfragen aufgebaut ist; auch die Behandlung jedes speziellen Problems der Staatsrechtslehre erfolgt unter stetem Zurückgreifen auf diese Grundlagen. Das auf materielle Resultate der engeren Disziplin gelenkte Bestreben ist von immer wiederkehrenden formalen Erwägungen durchbrochen. Jede Frage nach einem „Was“ sucht sich vorerst durch ein: „Wie, darf ich fragen?“ zu legitimieren. Ja, das Prinzip der Methode ist mitunter so sehr in den Vordergrund gerückt, daß die Darstellung und Lösung der innerhalb der gezogenen Grenzen auftauchenden Probleme der Staatsrechtslehre nicht so sehr um ihrer selbst willen, als vielmehr zu einer anschaulichen Exemplifizierung auf die für richtig erkannten methodologischen Prinzipie erfolgt. Wenn darum der Titel meiner Arbeit manchem mehr zu versprechen scheint, als die vorliegenden Untersuchungen zu bieten haben, so kann und mag ich mich nur damit rechtfertigen, daß ich bei der Entwicklung der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aus der Lehre vom Rechtsatzte von dem Gedanken geleitet war: *Multum, non multa*.^{5,6}

Dabei⁷ bin ich mir wohl bewußt, daß methodologische Spekulationen als Selbstzweck zu betreiben, im allgemeinen von problematischem Werte sein mag. Jedenfalls sind derartige Erörterungen auf juristischem Gebiete nicht sehr beliebt und darum auch nicht allzu häufig. Und wenn die Methode in der Wissenschaft so etwas ist wie die Technik in der Kunst, wird man den Spezialforscher, der sich um die Methodologie seiner Disziplin nicht allzusehr bekümmert, ganz gut mit dem Hinweise darauf rechtfertigen, daß es auch nicht die schlechtesten Künstler sind, die von ihrer Technik keine Ahnung haben. Vielleicht kann man wirklich, von einem sicheren Instinkte geleitet, richtige Resultate gewinnen, ohne sich dabei immer und immer wieder des Weges zu besinnen, der einzig und allein zum Ziele führen soll; vielleicht ist es gar nicht ein einziger von vornherein bestimmter Weg, der die Gewinnung gewisser wissenschaftlicher Erkenntnisse bedingt. Vielleicht ist das Verhältnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher Forschung geradezu ein umgekehrtes, indem es nicht der Weg ist, der zum Ziele führt, sondern das Ziel, das sich irgendeinen Weg bahnt. Vielleicht gilt auch hier *Robert Hamerlings*⁸ tiefes

⁵ «war: *Multum, non multa*.» A₁ «war: *Non multa, sed [bricht ab]*»; A₂ «war: *Multum, non multa*.».

⁶ *Plinius der Jüngere*, *Epistulae* VII, 9, 15: „*Aiunt enim multum legendum esse, non multa*.“; dt.: „Man sagt nämlich, dass viel gelesen werden solle, nicht vielerlei.“

⁷ «*multa*. [Dabei]» A₁ «*multa*. [Zur Methode selbst möge an dieser Stelle nur mein Ausgangspunkt hervorgehoben werden, von dem aus ich an die Lösung der mir gestellten Aufgabe herangetreten bin. Dazu ist hier deshalb der geeignete Ort, [bricht ab] Dabei ...]»; A₂ «*multa*. [Dabei]».

⁸ Robert Hamerling, auch: Rupert Johann Hammerling (1830–1889); Dichter und Schriftsteller; 1853 lehrte er als Gymnasiallehrer in Wien, 1854 in Graz und 1855–1866 in Triest. Ab 1866 krankheitsbedingt pensioniert, lebte er in Graz. Wichtige Werke: *Ahvaser in Rom*, Hamburg 1866; *Der König von Sion*, Hamburg 1869; *Aspasia*. Ein Künstler- und Liebesroman aus Alt-Hellas, Hamburg 1876.

Wort, das der ihren verlorenen Eros suchenden, nach Weg und Steg fragenden Psyche entgegönt: Was dich führt zum Gotte, ist der Weg nicht, ist das Wandern.^{9, 10}

So weit ich mich davon entfernt weiß, das Problem der Methode im allgemeinen zu überschätzen, so sicher bin ich, daß es nach einer bestimmten Richtung hin von größter Bedeutung ist. Ich meine nämlich die Grenzgebiete jener Disziplinen, die in Bezug auf ihren Gegenstand mit einander in Berührung stehen, durch die Verschiedenheit der Betrachtungsweise aber von einander getrennt sind. Hier wird man des zuverlässigen Kompasses einer wissenschaftlichen Methode kaum entbehren können, ohne Gefahr zu laufen, den Bereich der eigenen Disziplin unversehens zu verlassen und in ein Nachbargebiet zu geraten, das heißt: mit den gewohnten Mitteln der Wissenschaft, deren Boden man verloren hat, eine Frage zu beantworten versuchen, die man – der geänderten Wegrichtung entsprechend – ohne es zu wissen, schon im Sinne einer ganz anderen Disziplin gestellt hat, die natürlich wieder mit ihren spezifischen Mitteln arbeitet. Daß Frage und Antwort nicht zu einander stimmen können, daß dieser Synkretismus der Methoden zu wissenschaftlich haltbaren Resultaten nicht führen kann, ist selbstverständlich.

Ganz besonders finden sich innerhalb des weiten Kreises der Sozialwissenschaftlichen Gebiete, auf denen zwei Disziplinen aufeinander stoßen, ineinander übergehen, ohne daß deutliche – vergleichsweise gesprochen – „natürliche“, d. h. eben im Objekte selbst gegebene Grenzen das eine Gebiet vom anderen trennen. Nur „künstliche“ Schranken, deren man oft nur vermittels komplizierter methodologischer Untersuchungen inne wird, können hier vor Verirrungen bewahren.

Die Jurisprudenz¹¹ hat nun die besondere Eigenart, auf¹² Schritt und Tritt auf solche Grenzgebiete zu stoßen, da ihr Gegenstand: die Sozialerscheinung des Rechtes, ihr nur mit einer einzigen Seite angehört und zum großen, vielleicht sogar zum größeren Teile der Betrachtungsweise anderer Wissenschaften, wie der Soziologie oder der Psychologie unterworfen ist. Gerade an jenen Grenzgebieten sucht nun meine Arbeit die juristische Konstruktion auf und rechtfertigt so ihren stark methodologischen Charakter. Dabei verfolgt die von mir angestellte *actio finium regundorum*¹³ vornehmlich den Zweck, die juristische Begriffsbildung von gewissen Elementen zu befreien, die soziologischen oder psychologischen Charakters sind und nur durch eine falsche Problemstellung hineingezwungen wurden.

⁹ «entgegönt: ... das Wandern.»] A₁ «entgegönt: Es ist nicht der Weg, der dich zum Gotte führt, es ist das Wandern.»; A₂ «entgegönt: ... das Wandern.»

¹⁰ Robert Hamerling, *Amor und Psyche. Eine Dichtung in sechs Gesängen*, Hamburg 1882, S. 68.

¹¹ «bewahren. [Die Jurisprudenz]»] A₁ «bewahren. [Gerade die mit der Sozialerscheinung des Rechtes befaßte Jurisprudenz]; A₂ «bewahren. [Gerade die Jurisprudenz]; F* «bewahren. [Die]».

¹² «Eigenart, auf]»] A₁ «Eigenart – aus später zu untersuchenden Gründen – auf; A₂ «Eigenart – auf».

¹³ Lat.: *actio finium regundorum*; dt.: Klage zur Grenzfeststellung (vgl. D.10.1); im übertragenen Sinne auch: die Feststellung der Grenzen einer wissenschaftlichen Untersuchung.

Zur Methode selbst möge an dieser Stelle nur mein Ausgangspunkt hervorgehoben werden, von dem aus ich an die Lösung der mir gestellten Aufgabe herantreten bin. Dazu ist hier deshalb der geeignete Ort, weil es sich dabei um prinzipielle, letzten Endes in der Weltanschauung wurzelnde, daher subjektive und undiskutierbare Voraussetzungen handelt.

Meine Untersuchungen stehen unter der Annahme der beiden grundlegenden Gegensätze, die Sein und Sollen, Inhalt und Form trennen.

|VI Mir ist wohl bewußt, daß eine monistische Weltanschauung weder den Dualismus von Sein und Sollen, noch jenen von Inhalt und Form als einen endgültigen anerkennt und auch nicht anerkennen darf. | Wenn ich hier dennoch prinzipielle Gegensätze erblicke und auf Verbindung von Sein und Sollen, von Inhalt und Form zu einer höheren Einheit, die beide einander ausschließende Begriffe umfaßt, verzichten zu müssen glaube, so finde ich als Rechtfertigung dieses meines Standpunktes im Grunde keine andere ehrliche Antwort als die: Ich bin nicht Monist. So unbefriedigend ich auch eine dualistische Konstruktion des Weltbildes *empfinde*, in meinem *Denken* sehe ich keinen Weg, der über den unleidlichen Zwiespalt¹⁴ hinwegführt zwischen Ich und Welt, Seele und Leib, Subjekt und Objekt, Form und Inhalt – oder in welche Worte sonst sich die ewige Zweiheit verbergen mag.

Was speziell den Gegensatz von Sein und Sollen betrifft, so habe ich hier nur soviel zu bemerken, daß ich an die übliche auf ihm beruhende Unterscheidung zwischen explikativen, d. h. auf die Welt des Seins und deren kausale Erklärung durch Naturgesetze gerichteten¹⁵, und normativen, d. h. der Welt des Sollens und den Normen zugekehrten Disziplinen, zwischen Kausal- und Normwissenschaften¹⁶ anknüpfe, um zu dem methodologischen Charakter der Jurisprudenz zu gelangen. Nur daß ich die Trennung zwischen Sein und Sollen, zwischen explikativer und normativer Betrachtung gerade der Rechtswissenschaft gegenüber schärfer durchführe, als es bisher üblich war, und für diese Disziplin eine rein normative Betrachtung in Anspruch nehme.

Als normativ im ursprünglichen Sinne des Wortes gilt die Tätigkeit, welche autoritär Normen für ein Verhalten von Subjekten setzt, gilt das auf eine faktische Herrschermacht gestützte Erlassen von bindenden Geboten und Verboten. Da es sich hiebei um eine *Willens*-, nicht um eine *Denk*-Funktion handelt, kann eine Wissenschaft niemals in diesem ursprünglichen Sinne des Wortes als *normativ* bezeichnet werden. Nicht die „Ethik“ benannte theoretische Disziplin ist der sittliche Gesetzgeber, sondern das menschliche Gewissen oder der Wille Gottes oder sonst eine willensbegabte gedachte Autorität. Nicht die Wissenschaft der Gram-

¹⁴ «Zwiespalt»] A₁ «Gegensatz»; A₂ «Zwiespalt».

¹⁵ «Erklärung durch Naturgesetze gerichteten»] A₁ «Erklärung gerichteten»; A₂ «Erklärung durch Naturgesetze gerichteten».

¹⁶ «Kausal- und Normwissenschaften»] A₁ «Kausal- oder Normwissenschaften»; A₂ «Kausal- und Normwissenschaften».

matik ist die Sprachbefehle erteilende Macht, sondern die den Sprachgebrauch bildende soziale Gemeinschaft. Und so ist auch die Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtserzeugenden Gewalt, vielmehr muß hier, wie in allen Fällen, wo von normativen Disziplinen gesprochen wird, der fragliche Terminus in einer abgeleiteten Bedeutung gebraucht sein. Er kann nicht eine besondere Art des Wollens, er muß eine bestimmte Form des Denkens, eine eigenartige Betrachtungsweise kennzeichnen, die sich von der anderer Wissenschaften durch ihre spezifische Richtung unterscheidet und die darum eine normative genannt werden darf, weil sie nicht, wie z. B. die Naturwissenschaft, der Welt des Seins, sondern | der Welt des Sollens zugewendet ist, weil ihr Ziel nicht, wie das der explikativen Disziplinen, kausale Erklärung des tatsächlichen Geschehens, also die Erkenntnis von Naturgesetzen, sondern die Erfassung von Normen ist.

| VII

Ob und inwieweit die Jurisprudenz eine normative Disziplin in dem eben entwickelten Sinne ist, muß das Kardinalproblem juristischer Methodologie, somit die prinzipiellste Voraussetzung aller Rechtswissenschaft sein. Dabei kommt allerdings schon von vornherein nur die dogmatische Jurisprudenz in Frage und auch diese nur, soweit sie sich mit der Stabilisierung der juristischen Grundbegriffe befaßt. Die Rechtsgeschichte fällt dabei außer Betracht. Diese ist ein Zweig der historischen Disziplinen und als Kausalwissenschaft weit mehr mit der Naturwissenschaft und der Psychologie verwandt als mit der Jurisprudenz oder mit der Ethik. Vom methodologischen Standpunkte aus betrachtet, besteht zwischen Rechtsgeschichte und dogmatischer Jurisprudenz oder Rechtsphilosophie – wenn man die Gewinnung der Grundbegriffe des Rechtes so nennen will – keinerlei Verbindung, und nur sehr äußerlich ist die Beziehung, die beide Disziplinen in einer gemeinsamen „Rechtswissenschaft“ vereinigt.

Die nach meinem Ermessen notwendige, in der vorliegenden Arbeit durchgeführte gänzliche Eliminierung des explikativen und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes für die Konstruktion der juristischen Grundbegriffe hat zur Voraussetzung die Möglichkeit einer scharfen Trennung beider Betrachtungsweisen; und diese ist, wie in den folgenden Untersuchungen gezeigt wird, gerade bei der Rechtswissenschaft in höherem Maße gegeben als beispielsweise bei der Ethik oder einer anderen der als normativ bezeichneten Disziplinen. Der Erfolg, den ich aus dieser Isolierung der Methoden gewonnen zu haben glaube, liegt in der Fixierung oder Wiederherstellung der in letzter Zeit sehr zu Schaden der Rechtswissenschaft verschobenen und verwischten Grenzlinien gegenüber der Psychologie und Soziologie.

In dieser Richtung strebt meine Arbeit nach möglichster Einschränkung der juristischen Konstruktion. Kaum eine andere Disziplin ist so sehr der Gefahr ausgesetzt, ihre Kompetenz zu überschreiten, als gerade die Jurisprudenz. Denn es ist nicht leicht und bedeutet eine empfindliche Beengung der geistigen Bewegungsfreiheit, seinen Blick immer nur auf die Welt des Sollens gerichtet zu halten, wo doch immer wieder die Versuchung an einen herantritt, in die Welt des wirklichen

|VIII

Lebens, des Seins zu entweichen und das tatsächliche Geschehen zu erklären. Die schweren Verstöße, die selbst hochverdiente Theoretiker in dieser Hinsicht begangen haben, die sonderbaren Auswüchse der jetzt so beliebten „psychologischen“ Jurisprudenz finden auf diese Weise wohl ihre subjektive Erklärung, keinesfalls aber eine theoretische Rechtfertigung. Denn zu weitestgehender Selbstbeschränkung ist der wissenschaftliche Jurist gezwungen, wenn er ein von inneren Widersprüchen freies System, wenn er logisch haltbare Grundbegriffe haben will. Er kann die Welt des Seins und die Welt des Sollens in seinen Begriffen nicht verbinden und muß sich darum entscheiden, ob er als Soziologe und Psychologe das¹⁷ tatsächliche Geschehen, das Handeln¹⁸ der Menschen erklären, oder die Rechtsnormen erfassen, ob er seine Begriffe aus der einen oder aus der anderen Welt abstrahieren will. Der Jurist darf sich nicht mit Fragen¹⁹ befassen, die der Psychologe oder der Soziologe aufwirft und daher nur dieser mit seinen besondern Forschungsmitteln zu beantworten²⁰ imstande ist. Sonst läuft er Gefahr, in denselben Fehler zu verfallen, der manchen Naturrechtslehrern vorzuwerfen ist, die ein soziologisches Problem mit²¹ einer juristischen Konstruktion lösen zu können vermeinen, wenn sie auf die Frage: Wie ist der Staat entstanden? die Antwort geben: durch einen Vertrag. Die Verquickung einander ausschließender Betrachtungsweisen führt notwendig zur *Fiktion*, der Behauptung einer Realität im bewußten Widerspruche zur Wirklichkeit. Und nichts ist für den Stand der heutigen Rechtswissenschaft so charakteristisch, als daß ihre Theorie von Fiktionen durchsetzt ist. Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.

Nicht bloß wegen der Beschränkung auf eine normative Betrachtungsweise ist die Jurisprudenz der Gefahr ausgesetzt, die ihr durch die Methode gesetzten Schranken zu durchbrechen und sich an die Bewältigung von Aufgaben zu wagen, denen ihre spezifischen Mittel keineswegs gewachsen sind. Noch eine zweite Grenze ist der Rechtswissenschaft gezogen und diese läuft zwischen dem anderen der beiden großen Gegensatzpaare, von denen meine Untersuchungen ausgehen: zwischen Inhalt und Form.

Man scheint nur eine Binsenwahrheit mit der Behauptung auszusprechen, daß die Jurisprudenz eine formale Disziplin ist, und kein Theoretiker dürfte diese Anschauung prinzipiell in Frage stellen. Dennoch wird in der neueren juristischen Literatur kaum gegen ein anderes Prinzip so sehr verstoßen als gerade dagegen. Zwar ist dieses Resultat sicherlich zum Teile dadurch zu erklären, daß der Gegensatz von Form und Inhalt ein relativer ist und mit dem jeweiligen subjektiven

¹⁷ «als Soziologe und Psychologe das»] A₁ «als Soziologe das»; A₂ «als Soziologe und Psychologe das».

¹⁸ «tatsächliche Geschehen, das Handeln»] A₁ «tatsächliche Handeln»; A₂ «tatsächliche Geschehen, das Handeln».

¹⁹ «Fragen»] A₁ «Problemen»; A₂ «Fragen».

²⁰ «beantworten»] A₁ «lösen»; A₂ «beantworten».

²¹ «Problem mit»] A₁ «Problem: „Wie ist der Staat entstanden?“ mit»; A₂ «Problem mit».

Standpunkte des Betrachters wechselt, so daß, was das eine Mal als Form erscheint, das andere Mal als Inhalt gelten kann. Allein, selbst die Relativität des Gegensatzes in Rechnung | gezogen, läßt sich doch ganz allgemein die Tendenz beobachten, |IX
juristische Erkenntnisse jenseits aller formaler Spekulation zu suchen. Und dieses Streben, das die größte Gefahr der Begriffsverwirrung mit sich bringt, ist freilich psychologisch nicht schwer zu begreifen, wenn man sich die notwendige Einseitigkeit und Dürftigkeit rein formaler Resultate vergegenwärtigt. Es scheint in der Natur des menschlichen Geistes gelegen zu sein, so wie er eher auf die Realität als die Idealität, die Welt des Seins leichter als die des Sollens sich richtet, auch lieber dem Materiellen als dem Formalen, dem Inhalte der Dinge mehr als ihrer Form zugänglich zu sein, sich stärker für das Was, denn für das Wie zu interessieren. Zumal der vulgären Anschauung, dem „gesunden Menschenverstande“, ist diese Tendenz zur Realität und Materialität eigen und eine lediglich auf das Ideale und Formale gerichtete Betrachtung fremd, wenn nicht gar unmöglich. Gerade die mit den Grundbegriffen des Rechtes befaßte Jurisprudenz ist mehr als irgendeine andere Wissenschaft versucht, der vulgären Anschauung Opfer zu bringen, wenn sie sich verpflichtet glaubt, dem populären Sprachgebrauche, der sich aus naheliegenden Gründen gerade dieser²² Grundbegriffe mehr als deren einer anderen Disziplin bedient, Rechnung zu tragen, dabei aber vergißt, daß es diesem Sprachgebrauche, den Bedürfnissen des täglichen Verkehrs entsprechend, regelmäßig nur auf den Inhalt der totalen Rechtsercheinung ankommt, deren Form allein die Wissenschaft der Jurisprudenz zu erfassen hat. Der unerträgliche Zustand, in dem sich die Grundbegriffe der Jurisprudenz befinden, ist zum größten Teile darauf zurückzuführen, daß hinter ein und demselben Worte, obgleich es für die Ergebnisse zweier völlig verschiedener Betrachtungsweisen gebraucht wird, ein einheitlicher Begriff gesucht und natürlich nur auf die gewaltsamste Weise gebildet wird. Auch hier liegt eine Quelle der Fiktion. Und wenn ich in dieser Richtung meinen eigenen Standpunkt mit den Worten *Max Webers*²³ (Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. In: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 19. Bd. Der neuen Folge 1. Bd. S. 45)²⁴ präzisieren darf, so liegt die Eigenart des Erkenntniszieles meiner Arbeit darin, daß diese über eine rein formale Betrachtungsweise der rechtlichen Normen nicht hinausgehen will, weil meiner Ansicht nach in dieser Beschränkung das Wesen der formal-normativen

²² «Gründen gerade dieser»] A₁ «Gründen dieser»; A₂ «Gründen gerade dieser».

²³ Max (imilian Carl Emil) Weber (1864–1920), Jurist, Nationalökonom und Soziologe; er lehrte 1897–1903 in Heidelberg. Weber gilt als Begründer der deutschen Soziologie als werturteilsfreie Wissenschaft, als Begründer der Herrschaftssoziologie und als Mitbegründer der Religionssoziologie. Wichtige Werke: Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 20 (1904), S. 1–54; Wissenschaft als Beruf, München und Leipzig 1919 (3. Aufl., München 1930); Politik als Beruf, München und Leipzig 1919 (2. Aufl., München 1926); Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922 (5. Aufl., 3 Bde., Tübingen 1976).

²⁴ *Max Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19 (1904), S. 22–87 (45).

Betrachtungsweise der Jurisprudenz überhaupt gelegen ist. Damit glaube ich gleich von Anfang an allen Einwänden begegnet zu sein, die den „Formalismus“ meiner Ergebnisse betreffen. Daß man sie trotzdem erheben wird, und noch dazu mit allen Spitzen, die man nun einmal mit dem Vorwurfe des *Formalistischen* in unserer mehr als | in einer Richtung *materialistischen* Zeit verbindet, des bin ich gewiß. Doch muß ich darauf verzichten, mich jenen verständlich zu machen, denen das formal-theoretische Bedürfnis nach festgefügtten juristischen Grundbegriffen fehlt – und nur theoretischen, nicht praktischen Bedürfnissen dient meine Arbeit, und nur auf dem Wege formaler Spekulation läßt sich dies Ziel erreichen. Auch fürchte ich mich nicht vor dem Vorwurfe, aus der Not eine Tugend gemacht zu haben; denn ich meine: Es ist besser, aus der wissenschaftlichen Not eine methodologische Tugend zu machen, als durch eine methodologische Untugend die wissenschaftliche Not beseitigen zu wollen.

Was die staatsrechtliche Konstruktion im besonderen betrifft, so glaube ich gleich jetzt darauf aufmerksam machen zu sollen, daß ich im Gegensatze zu der herrschenden Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte auf jene besondere Differenzierung des letzteren gegenüber dem ersteren verzichtet habe, die auf der Berücksichtigung eines rechtlichen Herrschaftsverhältnisses zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten besteht. An Stelle der Konstruktion mit der zwei- oder mehrfachen Ebene, die neben den koordinierten Rechtssubjekten mit einem *übergeordneten* Staatssubjekte und eventuell noch mit den nach einer besonderen Richtung dem Staatssubjekte unterworfenen Organpersonen operiert, habe ich meine Konstruktion auf eine einzige Ebene beschränkt, letztlich geleitet von dem Bestreben möglicher Ökonomie der Begriffsbildung. Indem ich es ablehne, ein zwischen Staat und Untertanen bestehendes tatsächliches Herrschaftsverhältnis juristisch zu konstruieren, weil ich es eben juristisch nicht für erfassbar halte, muß ich des Einwandes einseitig privatrechtlicher Betrachtungsweise gewärtig sein. Allein, meine Arbeit wird vielleicht zeigen, daß ich nicht das Privatrechtssystem ungebührlich überspannt, sondern daß ich das Staatsrecht weit über seine bisherigen Grenzen ausgedehnt habe, daß ich nicht auf dem Standpunkte stehe: Alles Recht ist Privatrecht, – sondern gerade umgekehrt, den Grundsatz vertrete: Alles Recht ist Staatsrecht. Jedenfalls halte ich an dem Postulate einer einzigen allgemeinen Rechtslehre und einheitlicher juristischer Grundbegriffe fest, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind und für alle Gebiete nach denselben methodologischen Prinzipien zu konstruieren sind.

In diesem Gedanken liegt auch die Rechtfertigung der auf den ersten Blick vielleicht befremdlichen Tatsache, daß die vorliegenden staatsrechtlichen Untersuchungen sich so tief in privatrechtliche und strafrechtliche Lehren einlassen. Die weitgehende Spezialisierung der neueren juristischen Theorie hat sehr zum Nachteile ihrer allgemeinen Grundlage den notwendigen Zusammenhang | zwischen den einzelnen Zweigen der Rechtswissenschaft zerstört. Denn nur im steten Kontakte mit dem ganzen Komplex juristischer Konstruktion läßt sich jenes logisch-

geschlossene System einheitlicher, dem methodologischen Gesamtcharakter der Disziplin entsprechender Grundbegriffe von allgemeiner Gültigkeit gewinnen, das die notwendige Legitimation für eine *Wissenschaft* der Jurisprudenz bildet.

Ob die versuchte Konstruktion mit der einfachen Ebene gelungen ist, wird davon abhängen, ob meine Arbeit den Beweis erbracht hat, daß die herrschende drei- und mehr-dimensionale Konstruktion nur durch das Bestreben entstanden ist, gewisse für die formal-normative Rechtsbetrachtung irrelevante Elemente zu berücksichtigen. Die darin zutage tretende, bereits früher hervorgehobene Tendenz gegen die herrschende Hypertrophie juristischer Konstruktion geht auch noch in der Richtung, daß der Begriffsumkreis des Staates, den die heutige Staatsrechtstheorie in auffälliger Parallele zu der herrschenden politischen Anschauung des Staatssozialismus übermäßig zu erweitern bestrebt ist, gegenüber dem Umfange des *Gesellschaftsbegriffes* eine gewisse Restriktion erfährt. Da sich dabei meine Resultate mit manchen der älteren liberalen Staatstheorie berühren, so möchte ich mich auch keineswegs dagegen verwahren, wenn man etwa in meiner Arbeit ein Symptom jenes Neoliberalismus erblicken sollte, der sich in jüngster Zeit allenthalben vorzubereiten scheint.

Bei der Berücksichtigung der einschlägigen Literatur habe ich mir, da ich kein Lehr- oder Handbuch schreiben wollte, keineswegs Vollständigkeit zur Aufgabe gemacht. Auch hätte der Versuch, nur zu allen neueren einschlägigen Arbeiten²⁵ Stellung zu nehmen, den Umfang der ohnedies schon über meine ursprüngliche Absicht gewachsenen Arbeit ins Ungebührliche erweitert. Nur gegenüber bedeutenderen Autoren und typischen, durchschnittlichen Lehrmeinungen fühlte ich mich verpflichtet, meinen Standpunkt zu präzisieren. Und dieser Aufgabe habe ich mich umso gründlicher unterzogen, als mir eine eingehende, ins Detail dringende Analyse gewisser herrschender Theorien in ihrer Durchführung bei einzelnen Schriftstellern einen nicht unerheblichen Gewinn für die Entscheidung der Methodenfrage und einen anschaulichen Beitrag zur Kritik des gegenwärtigen Zustandes wissenschaftlicher Jurisprudenz zu bringen schien. Auch verhehle ich mir keineswegs, daß die nicht selten sehr breit ausgefallene Auseinandersetzung mit fremden Ansichten, das häufige, fast regelmäßige Gegenüberstellen der eigenen und einer entgegengesetzten Konstruktion, dieses von mir bevorzugte kontradiktorische Verfahren zum großen Teil durch einen dialogischen Charakter meines Erkennens bedingt ist, bei dem sich die Gedanken am liebsten und | leichtesten an ihrem Widerpart emporranken, und dessen adäquateste Ausdrucksform, den Dialog, wohl die antike, leider aber nicht mehr die moderne philosophisch-wissenschaftliche Literatur zuläßt. | XII

An²⁶ dieser Stelle, wo auch Persönliches zu Worte kommen darf, ist es mir ein Bedürfnis, hervorzuheben, daß dieses Buch, an dem ich durch manches Jahr,

²⁵ «neueren einschlägigen Arbeiten»] A₁ «neueren Arbeiten»; A₂ «neueren einschlägigen Arbeiten».

²⁶ «zuläßt. [An»] A₁ «zuläßt. [Der von mir nach manchen Zweifeln, nach reiflicher, jahrelanger Prüfung als richtig erkannte Weg hat mich an vielen Stellen von der heute herrschenden Staats-

~~man kann sich nicht von irgend einem Staat trennen und sich selbst~~
 in Bewegung setzen, deren Hauptzweck ist die Sicherung der
 von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte. Die Aufgabe des Staates ist es,
 die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu
 verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat,
 die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu
 verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat,
 die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu
 verwirklichen.

Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat, die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat, die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat, die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat, die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu verwirklichen. Der Staat ist ein Rechtswesen, das die Aufgabe hat, die von Natur aus mit ihm verbundenen Rechte zu schützen und zu verwirklichen.

über²⁷ viele Hindernisse und Widerwärtigkeiten hinweg gearbeitet habe, für mich viel mehr geworden ist als die Bewältigung einiger spezialwissenschaftlicher Probleme: Diese Arbeit hat mir den lange und schmerzlich vermißten Zusammenhang zwischen Fachdisziplin und Weltanschauung²⁸ gezeigt. Ich weiß, es wird viele befremden, daß ich einen Weg zu philosophischen Höhen aus einem Geistesgebiete suche, das heute weiter von solchem Ziele entfernt ist, als irgendein anderes, so weit, daß jene Disziplin, die als solche berufen wäre, die Brücke zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie zu schlagen, die Rechtsphilosophie, nur mit einem Tone der Geringschätzung genannt wird. Ich beurteile nicht, bis zu welchem Grade die spärlichen Bearbeiter dieses Geistesfeldes den schlechten Ruf der Rechtsphilosophie verschuldet haben. Aber ich glaube zuversichtlich, daß es nicht nur möglich, daß es notwendig und von großem Nutzen ist, die Beziehungen aufzudecken, die zwischen der kleinen Welt der Rechtswissenschaft und der großen eines universalen philosophischen Systems bestehen. Der Gewinn, den ich mir von solchem Bestreben erhoffe, und den ich zu kleinem Teile für mich persönlich erzielt zu haben glaube, ist der: Wenn es gelingt, die bestehenden Gegensätze innerhalb²⁹ der Rechtswissenschaft auf die allgemeinen Gegensätze der beiden großen Weltanschauungen zurückzuführen, wenn man – um ein Beispiel zu geben – den Antagonismus zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie auf den Kampf zwischen monistischer und dualistischer Weltanschauung zurückführen kann, dann müssen diese Gegensätze der juristischen Konstruktion tiefere Bedeutung erlangen. Das Gewirre scheinbar zusammenhangloser Ansichten und Theorien ordnet sich nach einem höheren Plane, das Bewußtsein des Zusammenhanges einer grundlegenden juristischen Konstruktion mit einem allgemeinen Prinzipie möglicher Weltbetrachtung bewahrt vor Widersprüchen in dem auf dieser Konstruktion aufgebauten juristischen Systeme, da das allgemeine Prinzip die Richtschnur auch für die Detailkonstruktionen liefert, in denen allen sich nur der eine große Grundgedanke spiegelt.

Die Gewißheit, daß die Gegensätze juristischer Theorie letzten Endes Weltanschauungsgegensätze sind, führt auch zu der versöhnenden Erkenntnis – und be-

lehre abgeführt, – so weit und in so gänzlich anderer Richtung, daß ich mitunter nicht einmal bei einer Minoritätstheorie Berührungspunkte fand. Da drängt es mich denn, an dieser Stelle auszusprechen, daß es mir wahrhaftig nicht leicht geworden, so manches jener Dogmen über Bord zu werfen, die ich meist selbst als gute Überzeugungen von der Schule her mit mir geführt habe, dass ich schwer fertig geworden mit vielem, was ich von verehrten Lehrern übernommen habe, deren Werken ich erste Belehrung, deren Persönlichkeit ich stärkste Anregung und von denen ich manchem wirksamste Förderung danke. In dieser meiner persönlichen Gesinnung, die ich über allen Gegensatz der Meinungen stelle, mißverstanden zu werden, mußte mich in aller Gegnerschaft, die ich erwarte, am tiefsten schmerzen.] An; A₂ «zuläßt.] An».

²⁷ «Jahr, über»] A₁ «Jahr, in frohen und banger Stunden und über»; A₂ «Jahr, über».

²⁸ «zwischen ... Weltanschauung»] A₁ «zwischen meiner eigenen Fachdisziplin und meiner Weltanschauung»; A₂ «zwischen ... Weltanschauung».

²⁹ «Gegensätze innerhalb»] A₁ «Gegensätze der juristischen Konstruktion innerhalb»; A₂ «Gegensätze innerhalb».

sonders für dieses beneficium bitte ich pro domo | plädieren zu dürfen –, daß die strittigen Gegensätze notwendige sind, daß nicht bloß die eigene Ansicht, daß auch die gegnerische, wenn sie nur von der entgegengesetzten Voraussetzung aus logisch entwickelt ist, den gleichen Geltungsanspruch hat, weil nur aus der dauernden Spannung zwischen zwei Polen aller Fortschritt der Wissenschaft erwächst.

* * *

Während die letzten Bogen dieser Arbeit in Druck gingen, starb zu Heidelberg Georg³⁰ Jellinek³¹. Ich hatte das Glück, zu seinen Schülern zählen zu dürfen. Was er der Wissenschaft ist, weiß jeder, der zur modernen Staatsrechtslehre in einem Verhältnis steht. Fast jede Seite dieses Buches zeugt von dem mächtigen Einfluß, den er auf die Entwicklung der Lehre vom Staate ausgeübt hat. Auch dort, wo ich zu anderen Resultaten gekommen bin, als er gelehrt hat, habe ich dies zum großen Teil auf Wegen getan, die er eröffnet hat, auf denen er als unerreichter Meister vorangeschritten ist. Möge es meiner Arbeit vergönnt sein, dem Andenken dieses Großen ein Weniges beizutragen.

* * *

Der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der k.k. Universität in Wien habe ich für die Verleihung zweier namhafter Reisestipendien geziemenden Dank abzustatten.³²

Meine hochverehrten Lehrer, Herrn Hofrat Professor Dr. *Edmund Bernatzik*³³ und Herrn Hofrat Professor Dr. *Adolf Menzel*³⁴ in Wien bitte ich für das

³⁰ «starb zu Heidelberg Georg»] A₁ «starb Georg»; A₂ «starb zu Heidelberg Georg».

³¹ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit, starb am 12. 1. 1911; in Wien habilitiert, war er zunächst Professor in Basel (1889–1890), bevor er ab 1890 Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg lehrte. Auf der Grundlage der im Ansatz strikten Trennung von Sein und Sollen entwickelte er die „Zwei-Seiten-Lehre“ des – als identisch gedachten – Staates; er unterteilte die Allgemeine Staatslehre in die der empirischen Seite zugewandte „Allgemeine Soziallehre des Staates“ und in die der normativen Seite zugewandte „Allgemeine Staatsrechtslehre“. Zwischen beiden Seiten vermittelt Jellinek zufolge die „normative Kraft des Faktischen“. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i.Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i.Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914).

³² Vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (39, 42f.).

³³ Edmund Bernatzik (1854–1919) war der zur damaligen Zeit führende Professor für Staats- und Verfassungsrecht Österreichs. Er war 1891–1893 Professor in Basel, 1893 in Graz und von 1894 bis zu seinem Tod 1919 an der Universität Wien. Er war Mitglied des Reichsgerichtes und ab 1919 des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Er gab „Die Österreichischen Verfassungsgesetze“, Leipzig 1906, heraus. Wichtige Werke: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886; Republik und Monarchie, Freiburg i.Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1919).

³⁴ Adolf Menzel (1857–1938), Rechts- und Staatswissenschaftler. Er habilitierte sich 1882 in Wien und war dort ab 1898 Universitätsprofessor, im Jahr 1915 Rektor ebendort. Außerdem war er seit 1917 Mitglied des (österreichischen) Reichsgerichts, 1919–1920 Vizepräsident des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs sowie 1920–1930 Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs nach B-VG 1920. Wichtige Werke: Die Arbeiterversicherung nach österreichischem Rechte, Leipzig 1893; Der Staatsgedanke des Faschismus, Leipzig und Wien 1935; Grundriss der Soziologie, Baden bei Wien 1938.

wirksame Interesse, das sie mir stets entgegengebracht haben, meiner dauernden Dankbarkeit versichert zu sein. Herrn Professor Dr. *Gerhard Anschütz*³⁵ in Berlin bin ich für die wiederholte Erlaubnis, an seinen Seminarübungen teilnehmen zu dürfen, herzlichst verbunden.³⁶

Mehr als ich mit Worten ausdrücken kann, schulde ich Herrn Hofrat Professor Dr. *Friedrich Tezner*³⁷ in Wien, dessen tatkräftige Förderung und warme Anteilnahme mir über manches hinweggeholfen hat, was dem Fortgange meiner Arbeit im Wege lag.

Wien, im Februar 1911.

Hans Kelsen.

³⁵ Gerhard Anschütz (1867–1948), Staatsrechtslehrer. Er war ab 1899 Professor für Öffentliches Recht in Tübingen, ab 1900 in Heidelberg, 1908 in Berlin und 1908–1933 wieder in Heidelberg. Er verkörperte als Staatsrechtslehrer die Kontinuität vom Kaiserreich zur Weimarer Republik und war zugleich mit Richard Thoma (1874–1957) der bedeutendste Exponent eines bürgerlich-liberalen Gesetzespositivismus, der dem Weimarer System affirmativ gegenüberstand. Aus politischen Gründen suchte er 1933 um seine Emeritierung nach. Wichtige Werke: Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, ab der 6. Aufl., Leipzig 1905, bearb. von Anschütz (7. Aufl., München 1919); Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1. Aufl., Berlin 1921 (14. Aufl., Berlin 1933); Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. gemeinsam mit Richard Thoma, 2 Bde., Tübingen 1930 und 1932.

³⁶ Vgl. *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (20); *Kelsen*, Autobiographie (Anm. 32), HKW 1, S. 39.

³⁷ Friedrich Tezner (1856–1925), Staatsrechtslehrer, Taufpate Kelsens; habilitierte sich 1892–1893 in Wien für Verwaltungs- und Staatsrecht, 1902–1921 ao. Professor ebendort, außerdem 1907–1921 Hofrat des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, ab 1921 Senatspräsident. Wichtige Werke: Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, Wien 1896; Österreichisches Staatsrecht in Einzeldarstellungen für den praktischen Gebrauch, 2 Bde., Wien 1909 und 1912; Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 4 Bde., Wien 1925.

Vorrede 51–64

I. Buch.
Voruntersuchungen.

I. Kapitel. Naturgesetz und Norm 80–116

Der Sprachgebrauch des Wortes „Gesetz“. – Naturgesetz und Norm. – Die Herkunft des Gesetzesbegriffes. – Normativ und explikativ. – Der normative Charakter der Rechtswissenschaft im Sinne des modernen Positivismus 80–85

Der Gegensatz von Naturgesetz und Norm zurückgeführt auf den Gegensatz von Sein und Sollen. – Das Wesen des „Sollens“. – Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen. – Die formal-logische Unableitbarkeit des Sollens aus dem Sein. – Die materiell-psychologischen Relationen zwischen dem Inhalt des Sollens und dem des Seins. – Die „normative Kraft des Faktischen“ oder die Entstehung des Sollens aus dem Sein. – Die Zerstörung des Sollens durch das Sein. – Sollen und Wollen. – Der objektive Charakter des rechtlichen Sollens 86–90

Das Geltungsgebiet von Naturgesetz und Norm. – Die „Geltung“ von Naturgesetz und Norm. – Die „Geltung“ und die „Wirkung“ der Norm. – Die „Anwendung“ der Norm. – Das Wesen der Billigung und Mißbilligung oder der subjektiven „Beurteilung“. – Das Verhältnis von Normanwendung und subjektiver Beurteilung bei autonomer und bei heteronomer Gesetzgebung. – Kennen und Anerkennen der Norm. – Identität von Kennen und Anerkennen der Norm bei autonomer Gesetzgebung 90–99

Abschwächung des Gegensatzes von Sein und Sollen, Naturgesetz und Norm für das Gebiet autonomer Gesetzgebung. – Ergebnis der auf Inhalt und Entstehung gerichteten *soziologischen* Betrachtung: Inhalt des Sollens ein qualifiziertes Sein. – Das Sollen als subjektiver Trieb im Individuum. – Die Objektivierung der subjektiven Norm. – Das der Norm in diesem Sinne innewohnende Moment des psychischen Zwanges. – Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm für die soziologisch-psychologische Betrachtung. – Die Normen als „besondere Formen der Verwirklichung von Naturgesetzen“. – Die Opposition gegen die *Kant-Fichtesche* Formulierung des Sittengesetzes oder gegen die Unabhängigkeit des Sollens vom Sein. – Die Formulierung *Schleiermachers* 99–108

| Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm zur Gesetz-, resp. Norm-Widrigkeit. | XVI
– Naturgesetz im exakten Sinne und im Sinne einer *Regel mit Ausnahmen*. – Die Ausnahmslosigkeit der Norm. – Das Nichtbefolgtwerden einer Norm, ein Versagen ihrer „Wirkung“, keine Ausnahme ihrer „Geltung“. – Die Normwidrigkeit, eine Ausnahme der die „Wirkung“ der Norm konstatierenden Regel. – Unterscheidung dieser Regel von der Norm. – Das Sittengesetz als moralisch-diätetische Regel. – Der Zweck von Norm und Naturgesetz. – Die möglichen

Formen, in denen die Norm ihren Zweck verfolgt. – Das Sittengesetz als Objekt der Soziologie. – Normative und explikative Ethik. – Möglichkeit beider Methoden. – Schwierigkeit und fraglicher Wert einer scharfen Trennung beider für Gebiete autonomer Gesetzgebung 109–116

II. Kapitel. Sittengesetz und Rechtsnorm 117–144

Möglichkeit und Notwendigkeit einer rein normativen Methode für die Rechtsbetrachtung. – Die heteronome Natur des Rechtes. – Ähnlichkeit zwischen Recht und Moral in der Periode gewohnheitlicher Rechtsbildung. – Prinzipieller Gegensatz zwischen Recht und Moral. – Die Anwendbarkeit der Rechtsnorm: Recht und Gericht. – Die „Konventionalregel“ *Stammlers*. – Die Verdrängung der gewohnheitlichen Rechtsbildung durch die Gesetzgebung. – Bedeutung für die Erkenntnis der heteronomen Natur des Rechtes und die Methode der Jurisprudenz. – Die scheinbar autonome Natur des Gewohnheitsrechtes. – Der Staat als außerindividuelle Autorität Träger des Rechtes. – Ablehnung der für die autonome Moral charakteristischen Selbstverpflichtung für das Gebiet des heteronomen Rechtes. – Die Unabhängigkeit des objektiven rechtlichen Sollens vom subjektiven Wollen im Gegensatz zur Identität von Norm und Pflicht im Bereiche der Moral. – Konsequenz für die Methode. – Notwendige Einseitigkeit der formalen, normativ-juristischen Betrachtung. – Die Rechtsnorm niemals Regel tatsächlichen Geschehens. – Ablehnung der psychologisch-genetischen Methode für die Jurisprudenz. – Verhältnis von objektiver Norm und subjektivem normentsprechendem Wollen beim Recht umgekehrt wie bei der Moral. – Kennen der heteronomen Rechtsnorm nicht notwendig Anerkennen. – Mangel des psychischen Zwanges als einer wesentlichen Eigenschaft der Rechtsnorm. – Rechtsnorm und Naturgesetz. – Die Anerkennung als Geltungsgrund für die Rechtsnorm. – Vorläufige Kritik der Anerkennungstheorie. – Die Zerstörung rechtlichen Sollens durch ein qualifiziertes Sein (Derogierung von Gesetzesrecht durch entgegenstehende Gewohnheit). – Das tatsächliche Befolgtwerden nicht zum Wesen der Rechtsnorm gehörig. – Methodologische Bedeutung dieses Kriteriums. – Der Rechtssatz wird nicht zerstört durch Nichtbefolgung, sondern durch Nicht-Anwendung. – Metajuristische Natur dieser Tatsache 144–138

[XVII

Rechtsnorm und Rechtswidrigkeit. – Das Unrecht keine Ausnahme von der Geltung der Rechtsnorm, sondern von der die Wirkung der Rechtsnorm konstatierenden Regel: das Unrecht als Anwendungsfall für den Rechtssatz. – Die Generalprävention: der nur vom explikativen | Standpunkte der Sozialpsychologie zu erfassende soziale Zweck der Rechtsordnung. – Die für die formaljuristische Konstruktion in Betracht kommende Funktion des Rechtssatzes: Reaktion gegen das Unrecht. – Die für die Jurisprudenz unrichtige Anschauung von dem höheren normativen Charakter gewisser Rechtssätze 138–144

III. Kapitel. Das Verhältnis von kausaler teleologischer und normativer Betrachtung. – Der Zweck im Recht 145–188

Der Zweck. – Der angebliche Gegensatz zwischen Kausalität und Teleologie. – Die Anschauung *Stammlers*. – Ihre Widerlegung. – Jede Zweckvorstellung schließt die Kausalvorstellung ein. – Die Vorstellung einer möglichen Wahl. – Die Relation zwischen Ursache und Wirkung einerseits – Mittel und Zweck andererseits. – Zweck und Kausalprinzip, gemeinsam dem Satze von Grunde

unterordnet, dienen beide der Erklärung des Geschehens. – Gegensatz der auf Erklärung des Seins gerichteten (explikativen) kausalen und teleologischen Betrachtung zu der auf das Sollen gerichteten normativen. – Das Verhältnis zwischen teleologisch und normativ. – Norm und Zweck. – Zweck (im subj. Sinne): das Gewollte, Zweck (im obj. Sinne): das Bewirkte, niemals: das Gesollte. – Norm und Wert. – Wert im subjektiven Sinne Funktion des Wollens. – Wert im objektiven Sinne Funktion des Sollens (Verhältnis zur Norm). – Der Zweck der Norm als Ergebnis teleologischer Betrachtung derselben. – Unterscheidung der Frage nach dem Zweck der Norm von der Frage nach dem durch die Norm statuierten Sollen. – Unterscheidung einer materiell- und einer formal-normativen Problemstellung. – Bedeutung der letzteren für die Jurisprudenz. – Identität von Zweck und Wirkung der Norm. – Vom Standpunkte kausaler ebenso wie teleologischer Betrachtung ist die Norm Gegenstand explikativer Disziplinen	145–161
Die Zurechnung: eine von der kausalen und teleologischen wesensverschiedene Verknüpfung von Elementen. – Die Bestandteile der Norm: Normsubjekt und Normobjekt. – Deren spezifische Verbindung durch das „Sollen“. – Die Zurechnung eine Verknüpfung der Elemente auf Grund der Norm. – Die <i>rechtliche</i> Zurechnung. – Sie beruht weder auf einem kausalen noch einem teleologischen Zusammenhange. – Die Rechtsnorm das ausschließliche Prinzip rechtlicher Zurechnung. – Die <i>moralische</i> Zurechnung. – Zurechnung und „Wille“. – Die <i>wirtschaftliche</i> Zurechnung. – Die Zurechnung zum Recht und die Zurechnung zur Pflicht. – Personifikation durch Zurechnung: Person ist Zurechnungssubjekt	161–174
Die Bedeutung des Zweckmomentes für die juristische Begriffskonstruktion. – Stand der Frage in der gegenwärtigen Literatur. – Stellungnahme der Vertreter der organischen und der anorganischen Staatsrechtstheorie. – Widersprüche innerhalb beider Gruppen und bei einzelnen Autoren. – Insbesondere <i>Iherings</i> „Zweck im Recht“. – Zulässigkeit der teleologischen Begriffsbildung für die historisch-soziologische (naturgeschichtliche) Untersuchung. – Ablehnung derselben für die formal-normative Betrachtung der dogmatischen Rechtswissenschaft. – Verbindung von formalen und materiellen Elementen in den Rechtsbegriffen. – Möglichkeit und Notwendigkeit rein formaler juristischer Konstruktion. – Die Jurisprudenz „eine Geometrie der Rechtserscheinung“. – Zurückweisung des Vorwurfes eines scholastischen Formalismus	174–188

| XVIII

II. Buch.

Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

I. Abteilung. Der Wille im Recht.

IV. Kapitel. Der psychologische Wille 191–222

Einleitung: Das objective Recht als Wille des Staates. – Das Recht als Wille außerstaatlicher Faktoren. – Insbesondere das Recht als Volkswille oder Volksüberzeugung. – Das Problem des Gewohnheitsrechtes. – Die dualistische Konstruktion des objektiven Rechtes. – Das objektive Recht ausschließlich als Wille des Staates; – auch das Gewohnheitsrecht. – Die Konventionalregel <i>Hatscheks</i>	191–202
--	---------

Die Bedeutung des Willensbegriffes. – Die Unbrauchbarkeit des von der Psychologie gelieferten Willensbegriffes für die Jurisprudenz. – Psychologische Analyse des Willensaktes. – Das Streben. – Die Vorstellung eines Zweckes, resp. eines Mittels zur Erzeugung von Lust oder Abwehr von Unlust. – Der Impuls auf die motorischen Nerven. – Die Willenshandlung. – Inhalt des Willens stets Inhalt einer Vorstellung. – Wollen und Wünschen. – Das Bewußtsein der eigenen Aktivität. – Zusammenfassung. – Der negative Willensinhalt. – Der bloß vorausgesehene Erfolg nicht gewollt. – Trübung der explikativ-psychologischen Betrachtung durch normative Erwägungen. – Das Bewußtsein des Sollens und das Wollen. – Die künftig als möglich, nicht als notwendig vorgestellten Folgen 202–214

Wille und Kausalität. – Unterscheidung zwischen dem, was gewollt und dem, was durch den Willen verursacht ist. – Ablehnung des kausalen Willensbegriffes (Wille als Ursache der Körperbewegung). – Unabhängigkeit des Willens vom *tatsächlichen* Kausalablaufe. – Das Wollen von Unterlassungen. – Die angebliche Kausalität der Unterlassung. – Kritik der *Sigwartschen* Auffassung. – Der Kausalbegriff in der Rechtswissenschaft. – Vermengung der explikativen mit der normativen Betrachtung 214–222

V. Kapitel. Der Wille im Privat- und Strafrecht 223–271

Das Objekt des Willens nach juristischem Sprachgebrauche und Willensinhalt im psychologischen Sinne. – Die juristische „Willensfähigkeit“ 223–224

Das zivilistische Willensdogma. – Die Opposition gegen dasselbe. – Unmöglichkeit einer psychologischen Deutung des Willensdogmas. – Die Theorie *Windscheids*. – Der fiktive Charakter des Willens im Willensdogma. – Wahrer Inhalt des Parteiwillens. – Die methodologische Bedeutung des Prinzipes der Wirkungslosigkeit jeder *reservatio mentalis*. – Die Irrtumslehre. – Der Zwang. – Die zum Willensdogma führende Tendenz der juristischen Terminologie. – Notwendigkeit einer außerpsychologischen Deutung des Willensdogmas. – Die Umkehrung der vom zivilistischen Willensdogma aufgestellten Gleichung zwischen Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes 224–235

|XIX

Das kriminalistische Willensdogma: Schuld und Wille. – Die Opposition gegen dasselbe. – Die *Loefflersche* Unterscheidung der Schuldformen. – Begriff der Schuld. – Die Schuld als psychischer Tatbestand. – Versagen des Schuldbegriffes gegenüber der Fahrlässigkeit. – Der rein normative, keineswegs psychologische Charakter der Fahrlässigkeit. – Unmöglichkeit eines einheitlichen Schuldbegriffes auf psychologischer Basis. – Der rein normative Charakter des Schuldbegriffes überhaupt. – Die Stellung der psychischen Elemente im Strafrechtssatze. – Die Schuld als Mangel an gehörigem Interesse. – Die juristische Gleichung zwischen Schuld und Wille. – Schuld und Zurechnung. – Wille und Zurechnung: Der Wille als Zurechnungspunkt. – Prinzipielle Verschiedenheit zwischen dem Willen der explikativen Psychologie und dem Willen der normativen Ethik und Jurisprudenz 235–252

Kritik des Willensbegriffes der herrschenden „psychologischen“ Jurisprudenz. – Der Willensbegriff *Zitelmanns*. – Die unzulässige Verquickung psychologisch-explikativer Seins-Betrachtung und juristisch-normativer Sollens-Betrachtung. – Der Willensbegriff *Bindings*. – Die Differenz zwischen psychologischer und juristischer Methode. – Das Problem der Willensfreiheit. – Die vermutliche Provenienz des Willensbegriffes. – Neuere Strömungen in der Psychologie gegen die Berechtigung eines selbständigen Willensbegriffes 252–271

VI. Kapitel. Der Wille des Staates 272–300

Der Staatswille als realpsychische Tatsache. – Der Gesamtwille der Völkerpsychologie. – Staatswille und Staatspersönlichkeit nach organischer Staatsrechtstheorie. – Der Staatswille als Gesamtwille des Volkes im Sinne der Sozialpsychologie. – Das Problem der Realität. – Der Staatswille als Willensakt gewisser Organe. – Staatswille und Staatsperson nach anorganischer Staatsrechtstheorie. – Die „Abstraktion“ des Staatswillens aus menschlichen Individualwillensakten. – Der Gesamtzweck. – Der Wille der Staatsorgane. – Fiktion und Abstraktion. – Der Staatswille als gemeinsamer Zurechnungspunkt für die Organhandlungen. – Zurechnungsregel: Der Rechtssatz. – Ansätze in der neueren Literatur zu einer Unterscheidung zwischen psychischem und juristischem Willen. – Die Einheit des Willens- und Persönlichkeitsbegriffes für alle Rechtsgebiete 272–300

II. Abteilung. Die logische Form des Rechtssatzes.

VII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne. (Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz.) 301–325

Der mögliche Inhalt des Staatswillens: das eigene Verhalten des Staates. – Das rechtmäßige Verhalten der Untertanen als Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens nach Anschauung der Imperativtheorie. – Kritik der herrschenden Imperativtheorie. | – Zunächst vom Standpunkte des herrschenden psychologischen Willensbegriffes. – Das Wollen fremden Verhaltens kann nicht Inhalt eines kausalen Willensbegriffes sein. – Widerspruch zum Postulat der Willensfreiheit. – Wollen fremden Verhaltens nur im psychologischen Sinn (eines nichtkausalen Willensbegriffes) möglich. – Solches Wollen dem Staate zugesprochen, macht neben einem Willen des Staates auch die Annahme eines Bewußtseins des Staates notwendig 301–306

Analyse einer typischen Konstruktion des Staatswillens nach herrschender Lehre: Die Theorie *Br. Schmidts*. – Der Wille des Staates ein „real vorliegender Tatbestand“. – Verhältnis zur Psychologie. – Die Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen. – Das Wollen fremden Verhaltens bei *Schmidt*. – Untertan und Staatsorgan nach Imperativtheorie 307–313

Der teleologische Charakter der Imperativtheorie: Der soziale Zweck der Rechtsordnung als Inhalt des Rechtssatzes. – Widerlegung der Imperativtheorie gerade vom teleologischen Standpunkte aus. – Unfähigkeit des nackten Imperativs, den Zweck der Rechtsordnung, die Motivation eines bestimmten Verhaltens, zu erfüllen. – Der Imperativ die zweckentsprechende Form für die Normen der Moral. – Die hier maßgebende Differenz zu den Rechtsnormen. – Vom Standpunkte teleologischer Betrachtung bedarf der motivierende Rechtssatz der Sanktion. – Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz als Nachteilsdrohung. – Der Rechtssatz im engeren Sinne als Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten. – Wille des Staates und Zweck der Rechtsordnung 314–322

Norm und Imperativ. – Ungehörige Identifizierung beider 322–325

VIII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne. (Fortsetzung.) 326–361

- Die Zwangstheorie. – Richtige Problemstellung. – Die Unerzwingbarkeit der Rechtsnormen. – Die tatsächliche Ausübung des psychischen Zwanges (Motivation) zwar der soziale Zweck, nicht aber Begriffselement der Rechtsnorm. – Zwang und Willensfreiheit. – Andere Erfüllungsgarantien als Straf- und Exekutionsdrohung. – Die Vorteilsverheißung. – Insbesondere der Erwerb eines subjektiven Rechtes als mögliche Erfüllungsgarantie 326–334
- Die tatsächlichen Motive rechtmäßigen Verhaltens irrelevant für die formaljuristische Konstruktion. – Die subjektive Befolgung der Norm und das objektive normentsprechende Verhalten. – Die Rechtsnorm als „garantierte“ Norm. – Insbesondere die Anschauung *Jellineks*. – Die Autorität des Staates als Erfüllungsgarantie. – Die Rechtsnorm als Befehl. – Ein Herrschaftsverhältnis zwischen Staat und Untertan als Grundlage der Imperativtheorie. – Das Herrschaftsverhältnis als psychischer Motivationsprozeß nur der sozialpsychologischen Betrachtung zugänglich. – Herrschaftsverhältnis als Relation der Über- und Unterordnung für die juristische Konstruktion unfassbar. – Der Staat juristisch nur Person und damit allen anderen Subjekten (den Untertanen) koordiniert. – Im Herrschaftsverhältnis die Untertanen Objekte, nicht Subjekte. –|
 Konsequenz für die logische Form des Rechtssatzes. – Widerlegung einiger Einwände. – Eine rechtspolitische Erwägung. – Wille des Staates und Absicht des Gesetzgebers. – Die ideelle Unverletzbarkeit des Rechtssatzes. – Staatsperson und Rechtsordnung 334–350
- Die Imperativtheorie und die Unrechtsfolgen. – Untertan und Staatsorgan: Befolgung und Anwendung des Rechtssatzes. – Der Rechtssatz als Zurechnungsregel. – Recht und Gericht 350–353
- Die ideale Sprachform des Rechtssatzes und der faktische Wortlaut der Gesetze. – *Bekkers* Begriff des Rechtssatzes. – Die Gesetzestechnik des Zivilrechtes und des Strafrechtes. – *Bekkers* Konstruktion des Rechtssatzes. – Die Umwandlung des Gesetzestextes im Imperative. – Das Kriterium für rechtlich verbindlichen und rechtlich unverbindlichen Gesetzesinhalt. – Unzulänglichkeit der Imperativtheorie 353–361

IX. Kapitel. Der Rechtssatz im weiteren Sinne. (Der den Staat verpflichtende Rechtssatz.) 362–389

- Unterschied zwischen Staat und Untertanen im Verhältnis zur Rechtsordnung. – Logische Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes. – Insbesondere die Anschauung *Jellineks*. – Die Vermeidung von „Staatsunrecht“ ein an die juristische Konstruktion, nicht an die Tätigkeit der Behörden gerichtetes Postulat. – Identität von Sollen und Wollen des Staates. – Der den Staat verpflichtende Rechtssatz. – Der Verwaltungssatz. – Die Rechtssätze als „Regeln staatlichen Handelns“. – Objektive und subjektive Rechtsanschauung. – Die ausnahmslose Bedingtheit des staatlichen Willens. – Unmöglichkeit einer „Unterlassung des Staates“. – Die sogen. Freiheitsrechte. – Das Kriterium zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem Willen des Staates in der Verwaltung (im weiteren Sinne) 362–373
- Kritik einer in der Literatur bereits vertretenen Lehre vom Rechtssatz als einem hypothetischen Urteile: die Anschauung *Zitelmanns*. – Unveränderlichkeit der Natur des objektiven Rechtes und somit seiner logischen Form. – Imperativ und Urteil. – Die „allgemeine Geltung“ des Imperativs, das sogenannte „individuelle,

unübertragbare Moment des Imperativs“. – Der Wille des Gesetzgebers. – Die Übereinstimmung der <i>Zitelmannschen</i> Formulierung mit der Imperativtheorie. – Unbedingte Unterlassungspflichten der Untertanen. – Bedingte Handlungspflicht des Staates. – Einfach bedingte Handlungspflicht der Untertanen – doppelt bedingte Handlungspflicht des Staates	373–382	
Der Rechtssatz als hypothetisches Urteil bei <i>Hold von Ferneck</i> . – Das sogen. Situationsrecht. – Der Kollisionsfall. – Die blitzartige Existenz des objektiven Rechtes. – Das Recht als faktisches psychisches Geschehen, die Jurisprudenz als erklärende Naturwissenschaft. – Kritik dieser Methode. – Die Kollision von Durchschnittsinteressen. – Bedeutung dieser Konstruktion	382–387	
Grundzüge einer rein formalen Systematik des objektiven Rechtes. – Ablehnung der nach Zweckgesichtspunkten erfolgten Einteilung in Privat- und öffentliches Recht. – Alles Recht Staatsrecht	388–389	
X. Kapitel. Die Normentheorie <i>Bindings</i> und <i>Thons</i>	390–432	XXII
Die <i>Bindingsche</i> Unterscheidung zwischen Strafrechtssatz und Norm. – Der Ausgangspunkt der <i>Bindingschen</i> Konstruktion. – Der Sprachgebrauch. – Das objektive Recht als Friede, d. h. als Zustand der Ordnung und nicht als das Ord nende. – Das Unrecht Bruch oder Verletzung des Friedenszustandes, nicht des ordnenden Prinzipes. – Die Unverletzbarkeit der Norm. – Die Unzulässigkeit des Zweckmomentes für die juristische Konstruktion. – Die <i>Bindingsche</i> Trennung von Rechtssatz und Norm. – Die verschiedenen Funktionen von Rechtssatz und Norm bei <i>Binding</i> . – <i>Bindings</i> mittelbarer Nachweis der Normen aus den Strafgesetzen. – Die Identität von Norm und Rechtssatz: Widerlegung der <i>Bindingschen</i> Argumente für die Selbständigkeit der Norm. – Der Zweck von Norm und Rechtssatz. – Gehorsamspflicht und Rechtspflicht. – <i>leges imperfectae</i> . – Schuld und Strafrechtssatz. – Zeitliche Differenz zwischen Norm und Strafrechtssatz. – Der Blankettrechtssatz. – Geltungsgebiet von Norm und Strafgesetz. – Wandlung und Aufhebung der Norm bei unverändertem Strafgesetz. – Rückwirkung von Gesetzen. – Fortbestehen der Norm, Aufhebung des Strafgesetzes. – Wandelbarkeit der Strafgesetze und Unveränderlichkeit der Normen. – Eine Norm mehrere Strafgesetze; – ein Strafgesetz mehrere Normen	390–420	
Die Normentheorie <i>Thons</i> . – Das objektive Recht ein Komplex von Imperativen. – Das Recht als „Wille“ bei <i>Thon</i> . – Die Verbindung der Imperative untereinander. – Der Begriff der Rechtsfolge. – Die subjektive Betrachtungsweise <i>Thons</i> . – Unmöglichkeit der Konstruktion einer Persönlichkeit des Staates neben der Persönlichkeit der Untertanen nach Imperativtheorie. – Die Rechtspflicht als Unrechtsfolge. – Insbesondere die Entschädigungspflicht. – Schadensersatzpflicht der Untertanen und Exekutionspflicht des Staates. – Bestrafung und Ausgleichung. – Erfüllung, Entschädigung, Sicherung	420–432	

III. Buch. Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes.

I. Abteilung. Die Rechtspflicht.

A. Der Begriff der Pflicht.

XI. Kapitel. Moralpflicht und Rechtspflicht 435–473

Die beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes: Die Rechtspflicht und das subjektive Recht. – Der Begriff der Moralpflicht. – Die Moralpflicht als realpsychischer Zustand der Willensgebundenheit. – Die Anerkennung und die Achtung. – Die Identifizierung von Ich und Autorität im Achtungs- oder Anerkennungsvorgange. – Moralnorm und Moralpflicht 435–443

Die Rechtspflicht: Gegenwärtiger Stand der Literatur. – Die Rechtspflicht als realpsychischer Zustand. – Identifizierung von Rechtspflicht und Moralpflicht. – Der sekundäre Charakter der Rechts[normen]. – Die Kultur[normen] *Heinzes*. – Ableitung der Rechtspflichten aus dem Kulturleben. – Die sittliche Rechtfertigung des positiven Rechtes. – Die Frage nach der „letzten“ rechtsverpflichtenden Autorität. – Ableitung der Rechtspflicht aus der Gerechtigkeit (*Schlossmann*). – Die Rechtspflicht als rechtlich relevante Pflicht. – Der naturrechtliche Charakter der herrschenden Anschauung von der Rechtspflicht. – Selbständigkeit von Rechtsnorm und Rechtspflicht. – Objektive Feststellbarkeit der Rechtsnormen. – Der subjektive Charakter der Moralnormen. – Bedeutung der Degregierung von Gesetzesrecht durch Gewohnheit. – Die Zivilrechtsnormen und die Moral. – Die Rechtspflicht als Willensgebundenheit. – Motive rechtmäßigen Verhaltens. – Die Befolgung von Handlungs- und von Unterlassungspflichten. – Der Begriff der Rechtspflicht und die Pflichtverletzung. – Die psychologisch-deterministische Methode. – Das Recht als objektive und subjektive Macht (*Hold von Ferneck*). – Die Rechtsordnung und das rechtmäßige Verhalten. – Generelle und individuelle Natur des Rechtspflichtbegriffes 443–473

| XXIII

XII. Kapitel. Die Anerkennungstheorie 474–511

Autonome und heteronome Pflicht. – Rechtspflicht und Interesse. – Ableitung der Rechtspflicht aus dem Rechtssatze im engeren Sinne. – Rechtsnorm und Rechtspflicht 474–479

Imperativtheorie und Anerkennungstheorie. – Der Ausgangspunkt der Anerkennungstheorie: Die Frage nach dem Geltungsgrunde der Rechtsnormen. – Doppelter Sinn dieser Fragestellung. – Die Anerkennung als Rechtfertigung und als Erklärung. – Die Natur des Anerkennungsaktes (*Bierling*). – Die unbewusste und ungewollte Anerkennung. – Der Inhalt der Anerkennung. – Das Subjekt der Anerkennung. – Die Anerkennung als Fiktion. – Die Anerkennung durch die Majorität. – Das rechtmäßige Verhalten als Anerkennung. – Positivismus und Anerkennungstheorie. – Die historische Betrachtungsweise der Anerkennungstheorie 479–498

Die Fiktion der Rechtskenntnis. – Eine Kulturnormentheorie (*M. E. Mayer*). – Anerkennungs- und Vertragstheorie. – Der Zusammenhang von Imperativ-, Anerkennungs- und Vertragstheorie 498–511

XIII. Kapitel. Die Adresse der Rechtsnormen 512–529

Imperativ und Adresse. – Die drei möglichen Adressaten der Rechtsnormen. – Die Untertanen als Adressaten. – Bedeutung der Gesetzespublikation. – Die Konstruktion *Jherings*. – Die Staatsorgane als Adressaten (*Mayer-Jhering*). – Staatsgewalt und Rechtsordnung. – Die Verwaltungsstrafrechtssätze. – Die Staatsperson als Adressat 512–529

B. Die Rechtspflichten des Staates.

XIV. Kapitel. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates 530–548

Die Rechtspflichten physischer und die juristischer Personen. – Die Rechtspflichten des Herrschaftssubjektes. – Die zur Rechtspflicht des Staates führende Problemstellung. – Die Staatspflicht als realpsychischer Zustand. – Kritik der Selbstverpflichtungslehre (*Jellinek*). – Staat und Recht. – Der Staat als Schöpfer des Rechtes. – Der Gesetzgebungsakt als Funktion des Staates. – Staat und Gesellschaft im Willensbildungsprozesse 530–548

|XXIV

XV. Kapitel. Der Gesetzgebungsprozess 549–567

Die Elemente der Staatswillensbildung. – Der Monarch als Subjekt des Staatswillens. – Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (*Laband*). – Formal-juristische und historisch-politische Betrachtung (*Lukas*). – Juristische Konstruktion von Wert- und Machtdifferenzen 549–557

Die Perfektion des Staatswillens. – Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen (*Haenel*). – Das noch nicht publizierte „Gesetz“. – Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses. – Die Publikationspflicht 557–567

XVI. Kapitel. Staatspflicht und Untertanenpflicht 568–591

Selbstverpflichtung und Selbstbefreiung. – Pflichtenkollision. – Anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson. – Staat und Gesellschaft im Verpflichtungsprozesse. – Staat und Rechtsordnung. – Ableitung der Staatspflicht aus dem Rechtssatze. – Unbedingte Untertanenpflichten und ausnahmslose Bedingtheit der Staatspflicht. – Unterlassungspflichten des Staates. – Juristische Konstruktion der Freiheitsrechte. – Staatswille und Staatsgewalt 568–581

Die Lehre von der Gewaltenteilung. – Rechtspflichten der Legislative. – Wollen und Sollen der Staatsperson. – Einheit des Rechtspflichtbegriffes. – Die Sanktionslosigkeit der Staatspflicht. – Formale Natur des Subjektivierungsprinzipes. – Unrecht des Staates 581–591

C. Die Rechtspflichten der Staatsorgane.

XVII. Kapitel.	Der Begriff des Staatsorganes	592–608
	Stand der Literatur. – Der Organbegriff <i>Gerbers</i> . – Der Organbegriff der anorganischen Staatstheorie. – Der Organbegriff der organischen Staatstheorie. – Der Organbegriff der Naturwissenschaft. – Der Organbegriff der Soziologie. – Der juristische Organbegriff. – Das Staatsorgan als „Erzeuger“ des Staatswillens. – Organbegriff und Konstruktion des Rechtssatzes. – Organbegriff und Zurechnungsregel. – Die Organtätigkeit als Realisierung von Rechtssätzen	592–608
XVIII. Kapitel.	Die Legislative	609–637
	Die Organqualität der Legislative. – Das Parlament als Staatsorgan. – Das Parlament als Organ der Gesellschaft. – Das Parlament als gesellschaftliches Organ. – Die Funktion im Interesse des Staates. – „Gesamtinteresse“ und soziale Gruppeninteressen	609–626
	Der Abgeordnete und der Wähler als Staatsorgane. – Das Volk als Staatsorgan. – Primäre und „sekundäre“ Organe (<i>Jellinek</i>). – Die Ausdehnung des Organbegriffes. – Einfluß der politischen Anschauung auf die juristische Konstruktion . . .	627–637
XIX. Kapitel.	Die Exekutive: Der Rechtsbegriff der Verwaltung	638–662
XXV	Legislative und Exekutive. – Der herrschende Verwaltungsbegriff. – Der wirtschaftliche und der Rechtsbegriff der Verwaltung. – Die Verwaltung als Zweckverfolgung. – Die Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtsschranken. – Die rechtliche Relevanz als Relationsmöglichkeit zur Rechtsordnung. – Die Staatstätigkeit als Realisierung der Rechtsschranken. – Die Verwaltung als „freie“ Staatstätigkeit. – Die Verwaltungstätigkeit extra legem	638–650
	Der Begriff des freien Ermessens. – Die Grenzen des freien Ermessens. – Die Relation zwischen Rechtsordnung und Verwaltung. – Der Staatswille in der Rechtsordnung und in der Verwaltung	651–662
XX. Kapitel.	Die Persönlichkeit der Staatsorgane	663–688
	Der Begriff der Rechtspersönlichkeit. – Die Person als Träger „subjektiven Rechtes“. – Die Person als Subjekt von Rechtspflichten. – Das Pflichtsubjekt und die „innere Zurechnung“. – Die Pflichtsubjektivität. – Person und Mensch	663–670
	Die Organpersönlichkeit und die Stellung der organischen und anorganischen Staatstheorie. – Organpersönlichkeit und Rechtssatz. – Natur der organisatorischen Bestimmungen. – Organ als Institution und Organträger. – Die Vereinbarkeit von Staats- und Organperson auf Grund der richtigen Konstruktion des Rechtssatzes	670–679
	Organpflicht und Rechtspflicht. – Identifizierung von Staats- und Organpflicht. – Die Freiheitsrechte als Organpflichten. – Die Organpflicht als Rechtspflicht . .	679–688
XXI. Kapitel.	Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen	689–719
	Rechtssatz und rechtliche Norm. – Rechtssatz und organisatorische Norm . .	689–692
	Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. – Stand der Theorie. – Die Gesetzesform. – Gesetzesform und Staatswille. – Materielle Elemente im herr-	

schenden Begriffe des formellen Gesetzes. – Die Konstruktion *Haenels* und die *Laband-Anschützsche* Richtung. – Gesetzgebung und Rechtsordnung. – Verwaltung und Rechtsordnung. – Statuierung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. – Der Zweck der Schrankenziehung als Wesen des Rechtssatzes (*Jellinek-Anschütz*). – Das subjektive Kriterium des Rechtssatzes. – Rechtssatz und Gesetzesform. – Juristische Konstruktion der delegierten Verordnung. – Das Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes 692–710
 Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung. – Die organisatorische Verwaltungsverordnung. – Geltendmachung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. – Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft. – Organisatorische Bestimmungen in Gesetzesform 711–719

II. Abteilung. Das subjektive Recht.

A. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

XXII. Kapitel. Die Interessentheorie 720–738

Rechtssatz und subjektives Recht. – Identifizierung von „Recht im subjektiven Sinne“ und „Berechtigung“. – Bedeutung des Sprachgebrauches. – Der naturrechtliche Begriff des subjektiven Rechtes. – Der materielle Reflex der Rechtspflicht 720–724
 | *Jherings* Interessentheorie. – Das naturrechtliche Element in der Interessentheorie. – Der Fiktionscharakter in der Interessentheorie. – Das Durchschnittsinteresse als Substrat des subjektiven Rechtes. – Regelmäßige, nicht notwendige Begriffsmerkmale. – Subjektives Recht und rechtlich geschütztes Interesse. – Reflexwirkung und subjektives Recht. – Das Kriterium der „individuellen Rechtsverletzung“ 724–735
Jherings Begriff der Rechtspersönlichkeit. – Das Rechtssubjekt als Zweckssubjekt. – Der „Destinatär“ 735–738

|XXVI

XXIII. Kapitel. Die Willentheorie 739–749

Der *Windscheidsche* Begriff des subjektiven Rechtes. – Das subjektive Recht als Willensmacht. – Wille und Interesse. – Der Wille der Rechtsordnung als Substrat des subjektiven Rechtes. – Der fiktive Charakter des Willensmomentes. – Der Einfluß der *Thonschen* Theorie auf *Windscheid*. – Das subjektive Recht als Wollendürfen. – Der naturrechtliche Charakter der Willentheorie. – Das Recht auf eigenes Verhalten 739–749

XXIV. Kapitel. Die Kombinationstheorie 750–777

Die Theorie *Bernatziks*. – Die Verbindung des Zweck- und des Willensmomentes. – Das Verhältnis zu *Jherings* Interessentheorie. – Interessenschutz durch einen dem Staate gegenüber selbständigen Willen. – Die Einräumung von Parteirechten. – Der Rechtsschutz. – Die Terminologie des Gesetzgebers 750–757
 Die Ausübung fremden Rechtes. – Die Rechtssubjektivität des Staates. – Der Gesamtzweck. – Der Staatszweck als Substrat der Rechtspersönlichkeit. – Das Interesse an der Organfunktion. – Das Recht auf Organstellung. – Das „geteilte“ Recht. – Das zwischen Staat und Monarchen geteilte Recht. – Das zwischen Staat und Wähler geteilte Recht 757–773
 Die Kombinationstheorie *Jellineks* 774–777

B. Die subjektiven Rechte des Staates
und die subjektiven Rechte gegen den Staat.

XXV. Kapitel. Die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im engeren Sinne 778–789

Die auf das subjektive Recht zielende Problemstellung. – Die *Thonsche* Konstruktion des subjektiven Rechtes. – Die Imperativtheorie und der Begriff des subjektiven Rechtes. – Der Begriff des subjektiven Rechtes. – Der Unrechtstatbestand im weiteren Sinne und die *actio*. – Das Unrecht im engeren Sinne und der Unrechtstatbestand. – Das subjektive Recht im potentiellen und im aktuellen Zustande. – Die Spannung zwischen dem potentiellen und dem aktuellen Zustande 778–789

XXVI. Kapitel. Das subjektive öffentliche Recht 790–818

Öffentliche und private Rechte. – Das subjektive öffentliche Recht *Jellineks*. – Das Dürfen. – Das Erlauben. – Die rechtliche Relevanz. – Das Gewähren. – Das Können. – Erlauben und Gewähren. – Dürfen und Können. – Die gekonnte, aber verbotene Handlung. – Dürfen und Können. – Identität von Dürfen und Können. – Das Können als Relation zum übergeordneten Subjekte. – Staat und Rechtsordnung. – Rechtlich irrelevant und rechtlich gleichgültig. – Die Erweiterung der Handlungsfähigkeit. – Die Identität von Können und Dürfen . . . 790–818

XXVII. Kapitel. Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im weiteren Sinne 819–827

Privates und öffentliches Recht. – Subjektive Rechte gegen den Staat und gegen andere Personen. – Die Möglichkeit der Rechtsverfolgung. – Das subjektive Recht gegen den Staat. – Der Anspruch. – Der allgemeine Begriff des subjektiven Rechtes 819–827

C. Die subjektiven Rechte der Staatsorgane
und das Recht auf Organstellung.

XXVIII. Kapitel. Die verpflichtenden Rechte und berechtigenden Pflichten 828–845

Das Recht auf die Organfunktion. – Die berechtigenden Pflichten und verpflichtenden Rechte. – Sollen und Dürfen 828–835
Das subjektive Recht als Können (*Hold von Ferneck*). – Das Durchschnittsinteresse. – Der Idealbegriff. – Differenzierung zwischen subjektivem und objektivem Rechte. – Recht und Pflicht. – Die komplementären Handlungen 835–845

XXIX. Kapitel. Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen 846–860

Die Subjektivierung des Wahlrechtssatzes. – Die Wahlpflicht. – Der staatliche und gesellschaftliche Charakter des Wahlaktes 846–851
Die staatliche und außerstaatliche Stellung des Monarchen. – Die Stellung des Monarchen innerhalb der Legislative. – Die Stellung des Monarchen innerhalb der Exekutive. – Die Rechtsverpflichtung des Monarchen. – Die Rechtsverpflichtung des Ministers. – Monarch und Minister. – Der Doppelcharakter der monarchischen Funktion. – Das subjektive Recht des Monarchen 851–860

XXX. Kapitel. Organschaft und Stellvertretung 861–878

Stand der Frage. – Der Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung nach herrschender Lehre. – Die Mehrheit der Subjekte. – Die spezifische Verbindung. – Organschaft und Stellvertretung nach organischer Staatstheorie. – Gesamtwille und Gesamtpersönlichkeit. – Organwille und Gesamtwille. – Differenzierung und Identifizierung von Organperson und Gesamtperson. – Die spezifisch organische Beziehung. – Das Gewaltverhältnis zwischen Gesamtwillen und Organwillen	861–871
Die Konstruktion mit der einfachen Ebene. – Privat- und öffentliches Recht. – Das Rechtsverhältnis als Verhältnis zur Rechtsordnung. – Die Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung. – Die Zurechnung bei Organschaft und Stellvertretung	871–878

|I. Buch.

|1

Voruntersuchungen.

Naturgesetz und Norm.³⁸

„The civil law involves a command and a duty; the scientific law is a description, not a prescription. The civil law is valid only for a special community at a special time; the scientific law is valid for all normal human beings, and is unchangeable so long as their perceptive faculties remain at the same stage of development. For ... many ... philosophers ..., the law of nature was not the mental formula, but the repeated sequence of perceptions. This repeated sequence of perceptions they projected out of themselves, and considered as a part of an external world unconditioned by and independent of man. In this sense of the word, a sense unfortunately far too common to-day, natural law could exist before it was recognised by man.“

K. Pearson, *The grammar of science*. 2 ed. London 1900, p. 87.^{39, 40}

Eine Untersuchung der Lehre vom Rechtssatz muß ihren Ausgang nehmen von der Darlegung jener besonderen und eigenartigen Beziehungen, die zwischen diesem Begriffe und solchen verwandter Art bestehen. – Das gemeinsame Band, das den Rechtssatzbegriff mit einigen anderen Termini verknüpft, ist zunächst ein rein äußerliches; es ist der Sprachgebrauch des Wortes „Gesetz“, das in seiner Bedeutung als Naturgesetz dem Sittengesetze gegenübergestellt und vom Rechtsgesetze unterschieden wird. Versteht man unter Rechtsgesetz ebenso wie unter Naturgesetz⁴¹ und Sittengesetz den einzelnen Satz, so fällt der Begriff des Rechtsgesetzes mit dem des Rechtssatzes zusammen. In diesem Sinne gebraucht auch die philosophische Terminologie den Ausdruck. Gerade in der Jurisprudenz jedoch wird das Wort „Gesetz“ häufig nicht als eine Einheit, sondern als eine Mehrheit, als ein Komplex von Einzelnormen verstanden und von den einzelnen Rechtssätzen unterschieden. Man spricht von einem Strafgesetze und meint damit nicht – wie man unter einem Naturgesetze einen einzelnen Satz versteht – einen konkreten Strafrechtssatz, sondern alle Strafrechtssätze eines Rechtsgebietes, dessen Strafgesetzbuch; und so entspricht dem einzelnen Naturgesetze, dem speziellen Sittengesetze auf dem Gebiete des Rechtes der Rechtssatz¹⁾.

| 3 |¹⁾ *Zitelmann*, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig 1879. S. 205:⁴² „Das einzelne Gesetz auf dem Gebiete des Rechtes ist der Rechtssatz.“

³⁸ «Naturgesetz und Norm.»] A₁ «Naturgesetz, Sittengesetz, Rechtsgesetz.»; A₂ [zweite Hand, wahrscheinlich Verlag:] «Naturgesetz und Norm.».

³⁹ *Karl Pearson*, *The Grammar of Science*, 2. Aufl., London 1900, S. 87.

⁴⁰ Motto in A₂ eingefügt.

⁴¹ «Naturgesetz»] A₁ «Rechtsgesetz»; A₂ «Naturgesetz».

⁴² *Ernst Zitelmann*, *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879, S. 205.

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

Diese Gemeinsamkeit des Sprachgebrauches für zwei voneinander verschiedene Begriffe findet ihre Begründung in der Geschichte der Begriffsbildung³⁾. Der Begriff des Gesetzes oder der Norm ist ursprünglich in dem Vorstellungskreise der Politik entstanden und die älteste Rechts- und Staatswissenschaft war es, die ihn ausgebildet hat⁴⁾. Erst von hier aus ist er von den übrigen Disziplinen übernommen worden und hat dort eine eigenartige Umwandlung erfahren, eine Tatsache, die für die Erkenntnis des Gesetzesbegriffes von größter Bedeutung ist⁵⁾⁴⁸. Der Staat mit dem Herrscher an der Spitze, der durch Gesetze, d. i. von den Untertanen zu befolgende Befehle, die Verhältnisse der Gemeinschaft regelt, das gab der ältesten menschlichen Erkenntnis das Analogon für die Ordnung der Natur, deren Elemente man einem obersten, göttlichen Willen ebenso unterworfen dachte, wie man die Bürger den Vorschriften des Gesetzgebers gehorchen sah. Wie im staatlichen Leben das Handeln der Untertanen, so führte man in der Natur das Verhalten aller Objekte auf einen außer- und überhalb stehenden Willen zurück, den man im Universum wie im Staate als *Gesetz* bezeichnete⁶⁾⁵⁰. Mit dem tieferen

¹⁾ Vgl. *Windelband*, Normen und Naturgesetze, in: Präludien, Freiburg i. B. 1884, S. 211 ff.⁴³

²⁾ *Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft, Berlin 1892.⁴⁴

³⁾ Vgl. *Eucken*, Geistige Strömungen der Gegenwart, 1909, S. 154.⁴⁵

⁴⁾ Vgl. *Wundt*, Logik, 3. Aufl. 1906. I. Bd. S. 56 f.⁴⁶

⁵⁾ Treffend bemerkt *Eucken* a. a. O. S. 154:⁴⁷ „Der Begriff des Gesetzes ist vom Bereiche des Menschen zur Natur gewandert, hat hier eine neue Gestalt gewonnen und kehrt mit ihr zum Menschen zurück, um auch sein Leben und Handeln in ein neues Licht zu rücken. Es ist ein sinnfälliges Beispiel der Erscheinung, daß der Mensch sein eigenes Bild in das All hineinsieht und es, erweitert wie umgewandelt, aus ihm zurückempfängt. Dem einen dünkt das ein bloßer Zirkel und Anthropomorphismus, der andere erhofft von solchem Ausgehen und Zurückkehren eine innere Erweiterung des Menschen.“

⁶⁾ Von „Störungen“ im Begriffe des Naturgesetzes noch in neuerer Zeit spricht *Eucken* a. a. O. S. 158.⁴⁹ Sie „kommen aus einem mehr oder minder versteckten Fortwirken des älteren Gesetzes-

⁴³ *Wilhelm Windelband*, Normen und Naturgesetze, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Präludien, Freiburg i. Br. und Tübingen 1884, S. 211–246.

⁴⁴ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 69.

⁴⁵ *Rudolf Eucken*, Geistige Strömungen der Gegenwart, 4. Aufl., Leipzig 1909, S. 154–159.

⁴⁶ *Wilhelm Wundt*, Logik. Eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden wissenschaftlicher Forschung, Bd. 1: Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie, 3. Aufl., Stuttgart 1906, S. 563 f. – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

⁴⁷ *Eucken*, Strömungen (Anm. 45), S. 154.

⁴⁸ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁴⁹ *Eucken*, Strömungen (Anm. 45), S. 158 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁰ Anmerkung in A₂ eingefügt.

7

Geitil... in barriere und fest steht ein in einmündigen und die 2,
Der merulienig reforme,

Seite 3... ill.⁺
Churach, 2. Seite 9

* Hauptgrund kamacht Eueren, was 1511, die Hauptkraft des Göttergods
ist von Barriere des Komplexen zum Punkt ganz verweist, fest
sind ein... in einmündigen wird befest mit der sein
Macht sein für ein einmündigen Eueren sind Geworden in
ein einmündigen das zu Eueren - frill ein einmündigen sein.
Haupt ~~Seite~~ (S. 10) einmündigen, dass die Macht sein einmündigen Zeit
in der die einmündigen ist einmündigen, was einmündigen
dell, was einmündigen einmündigen, der einmündigen ~~Seite~~ ist
einmündigen einmündigen ist einmündigen einmündigen
einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen
einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen einmündigen

Seite aus dem Autographen (8112-8113; 8127-8133)

Eindringen der erklärenden Naturwissenschaft in das Wesen ihres Gegenstandes, mit der Emanzipation von der Vorstellung eines obersten Willens, dem | die beseelte und unbeseelte Natur wie einem Herrscher gehorcht, vollzog sich eine vollständige Wandlung in der Bedeutung des von der Politik entlehnten Gesetzesbegriffes der Naturwissenschaften, und so steht heute das Naturgesetz der erklärenden Disziplinen in⁵¹ einem scharfen Gegensatz zu dem Rechtsgesetze, dem ihm verwandten Sittengesetze, dem grammatischen und ästhetischen Gesetze der normativen Disziplinen, der Norm im eigentlichen und engeren Sinne.

Dieser⁵² Gegensatz, der für die Methode der normativen Disziplinen und insbesondere der Rechtswissenschaft von größter Bedeutung ist, beruht auf einer Verschiedenheit des Standpunktes, von dem aus man die Objekte betrachtet¹⁾. Während es sich die Naturwissenschaften zur Aufgabe machen, das tatsächliche Verhalten der Dinge aufzuzeigen und zu erklären, das Sein zu erfassen, stellen andere Disziplinen Regeln auf, die ein Verhalten vorschreiben, ein Sein oder Nichtsein fordern, das heißt ein Sollen statuieren. Den ersteren Standpunkt bezeichnet man als den explikativen, den letzteren als den normativen, und die ein Sollen statuierenden Regeln als Normen, während die Regeln des Seins als Naturgesetze im weitesten Sinne gelten.

Dementsprechend wird das Wort Gesetz im Sinne von Naturgesetz als eine Aussage betrachtet darüber, daß in der Natur etwas tatsächlich geschieht. Das Naturgesetz ist ein Urteil, das ein Geschehen als notwendige Folge eines anderen in einer Gruppe gleichartiger Aufeinanderfolgen zusammenfaßt und damit⁵⁴ erklärt. So lautet die bekannte *Helmholtzsche* Definition des Naturgesetzes²⁾: „Jedes Naturgesetz sagt aus, daß auf Vorbedingungen, die in gewisser Beziehung gleich sind, immer Folgen eintreten, die in gewisser anderer Beziehung gleich sind.“

Da das Gebiet des Naturgesetzes die Welt des Seins, des wirklichen Geschehens ist, stellt sich jedes Naturgesetz als spezielle Anwendung des allgemeinen Kausalgesetzes dar; es zeigt eine besondere Art des Geschehens als notwendige Folge eines andern, daß etwas und warum es so⁵⁶ und nicht anders geschehen kann, also *begriffes* mit seiner Beziehung auf | ein überlegendes Wollen; das geschieht wenn Denker des 17. und 18. Jahrhunderts aus der Gesetzmäßigkeit der Natur eine gesetzgebende Gottheit glauben erschließen zu können.“

¹⁾ Vgl. *Wundt*, Ethik, 3. Auflage, Stuttgart 1903, S. 1 ff.⁵³

²⁾ v. *Helmholtz*, Vorträge und Reden II. 1884, S. 226.⁵⁵

⁵¹ «Naturgesetz der erklärenden Disziplinen in»] A₁ «Naturgesetz in»; A₂ «Naturgesetz der erklärenden Disziplinen in».

⁵² «Disziplinen ... [Dieser]»] A₁ «Disziplinen. [Dieser]»; A₂ «Disziplinen ... [Dieser]».

⁵³ *Wilhelm Wundt*, Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart 1903, S. 1–4.

⁵⁴ «damit»] A₁ «so»; A₂ «damit».

⁵⁵ *Hermann von Helmholtz*, Die Thatfachen in der Wahrnehmung. Rede gehalten zur Stiftungsfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 3. August 1878, in: *Hermann von Helmholtz* (Hrsg.), Vorträge und Reden, Bd. 2, Braunschweig 1884, S. 217–271 (226).

⁵⁶ «ändern, daß etwas und warum es so»] A₁ «ändern, und daß es so»; A₂ «ändern, daß etwas und warum es so».

geschehen *muß*³⁾⁵⁹: es rückt das tatsächliche Geschehen dem menschlichen Verständnis näher, es *erklärt*.

|6 |In einem völlig andern Sinne wird das Wort Gesetz gebraucht, wenn man – nicht vom explikativen, sondern normativen Standpunkte aus – darunter jene Sätze versteht, die ein bestimmtes Geschehen vorschreiben, indem sie die Forderung eines gewissen Verhaltens aufstellen, ein Sein oder Nichtsein befehlen: ein Sollen statuieren. Die Logik, Grammatik, Ästhetik, Ethik und Rechtswissenschaft sind die Disziplinen, die sich mit solchen „Normen“ befassen⁶⁰; ihre Betrachtungsweise wird darum als normative bezeichnet. Die Sitten- und Rechtsgesetze, die Normen der Logik⁶¹, Grammatik und Ästhetik sind nicht, wie die Naturgesetze, Erklärungen des Seienden; sie behaupten nicht ein wirkliches Geschehen, sie fordern bloß ein solches; sie sagen nicht aus, daß etwas vor sich gegangen ist oder vor sich geht, weil es so vor sich gehen muß, sondern daß es vor sich gehen soll. Die Norm ist keine Anwendung des Kausalgesetzes, denn sie erfaßt das Geschehen nicht als notwendige Folge einer Ursache: als gemußt, sondern lediglich als gesollt. Während die Naturgesetze das Geschehen, das sie aussagen, als ein wirkliches, tatsächlich sich vollziehendes, also in seiner *Realität* betrachten, kommen die Tatsachen, die den Inhalt der Normen bilden, für diese nur in jener ganz besonderen Relation⁶² der *Idealität* in Betracht, nämlich als gesollte.

Wenn hier die Rechtswissenschaft zu den normativen Disziplinen gerechnet wird, so bedarf diese Charakterisierung noch einer gewissen Einschränkung, damit ein mögliches Mißverständnis⁶³ vermieden werde. Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äußert sich negativ darin, daß sie – wie bereits bemerkt – tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat, d. h. also keine explanative Disziplin ist; positiv aber darin, daß sie zu ihrem Gegen-

|6 ³⁾ Damit soll natürlich keineswegs gesagt sein, daß die Naturgesetze Regeln seien, „nach welchen die Vorgänge der Natur sich richten *müssen*, ähnlich den bürgerlichen Gesetzen, nach welchen die Handlungen der Bürger sich richten *sollen*“, welche Bedeutung des Begriffes „Naturgesetz“ *Mach*, Erkenntnis und | Irrtum, 2. Aufl. Leipzig 1906, S. 449⁵⁷ mit Recht zurückweist. Auch liegt das Naturgesetz keineswegs in den Objekten, sondern ist lediglich eine gedankliche Formel zu deren einheitlicher Zusammenfassung oder, wie *Mach*, a. a. O. S. 453 f.⁵⁸ sagt, „ein Erzeugnis unseres psychologischen Bedürfnisses, uns in der Natur zurecht zu finden, den Vorgängen nicht fremd und verwirrt gegenüber zu stehen.“

⁵⁷ *Ernst Mach*, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 449.

⁵⁸ *Mach*, Erkenntnis (Anm. 57), S. 453 f.

⁵⁹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁶⁰ «die sich ... Betrachtungsweise»] A₁ «die solche „Normen“ aufstellen; deren Betrachtungsweise»; A₂ «die sich ... Betrachtungsweise».

⁶¹ «Normen der Logik»] A₁ «Normen der Ethik Logik»; A₂ «Normen der Logik».

⁶² «in jener ganz besonderen Relation»] A₁ «in einer gedachten Relation»; A₂ «in jener ganz besonderen Relation».

⁶³ «damit ein mögliches Mißverständnis»] A₁ «damit Mißverständnis»; A₂ «damit ein mögliches Mißverständnis».

stande *Normen* hat⁶⁴, aus denen – und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben – ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind. Damit ist jedoch keineswegs der Rechtswissenschaft – die nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein kann – jener Charakter gegeben, dessentwegen man mit vollem Rechte heute die Naturrechtssysteme verwirft. Denn wenn der modernen Rechtswissenschaft⁶⁵ zur Aufgabe gestellt ist, nicht, was tatsächlich geschieht, kausal zu erklären, sondern Normen zu gewinnen, die statuieren, was geschehen soll, so darf⁶⁶ der Inhalt dieser Normen – es sind die Rechtssätze – nicht – wie es die Naturrechtslehrer | getan haben – aus⁶⁷ der „Vernunft“, aus der „Natur der Sache“ | 7 oder aus sonst einem außerrechtlichen Prinzip, sondern ausschließlich und allein aus dem positiven Rechte geholt werden. Nicht darum ist das allgemeine Staatsrecht der naturrechtlichen Schule zu verwerfen, weil es normativen Charakter hatte, sondern darum, weil die Normen, die es systematisch darstellte, keine Normen eines positiven Rechtes und darum überhaupt keine Rechtsnormen, sondern – wie die folgenden Untersuchungen noch zeigen werden – Normen der Moral, Religion und anderer sozialer Mächte waren¹⁾⁷³.

¹⁾ In diesem Sinne ist der Gegensatz, den *Hatschek*, Allgemeines Staatsrecht, Göschen 1909, I. S. 13 ff.⁶⁸ und: Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte (Jahrbuch des öffentl. Rechtes der Gegenwart, herausg. v. *Jellinek*, *Laband* und *Piloly*. 1909) S. 48 ff.⁶⁹ zwischen dem modernen Positivismus und der naturrechtlichen Schule annimmt, zu modifizieren. Man kann durchaus auf dem Standpunkte des modernen Positivismus stehen, der besagt: „Nur was aus den offiziellen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht (bei manchen auch Wissenschaft) stammt, ist Recht, alles andere ist Naturrecht“⁷⁰, und doch dem allgemeinen Staatsrechte einen normativen Charakter zuschreiben; nach *Hatscheks* Darstellung scheint letzteres unrichtig. Allein auch darin gleicht die Rechtswissenschaft der gerade von *Hatschek* sehr geistreich zum Vergleiche herangezogenen Grammatik, allerdings nicht der historisch-psychologisch-explikativen, die erklären will, warum, wie es gekommen ist, daß man so oder so tatsächlich spricht, sondern der rein normativen Grammatik, die feststellt, wie man sprechen soll, den Inhalt der Sprachnormen⁷¹ aber nicht aus der Vernunft, sondern aus der – dem positiven Rechte vergleichbaren – „Schriftsprache“ nimmt.⁷² | 7

⁶⁴ «sie zu ihrem Gegenstande *Normen* hat»] A₁ «sie Normen [bricht ab]»; A₂ «sie zu ihrem Gegenstande *Normen* hat».

⁶⁵ «der modernen Rechtswissenschaft»] A₁ «der Rechtswissenschaft»; A₂ »der modernen Rechtswissenschaft».

⁶⁶ «darf»] A₁ «soll»; A₂ «darf».

⁶⁷ «nicht ... aus»] A₁ «nicht aus»; A₂ «nicht – wie es die Naturrechtslehrer getan haben – aus».

⁶⁸ *Julius Hatschek*, Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1: Das Recht der modernen Monarchie, Leipzig 1909, S. 13–19.

⁶⁹ *Julius Hatschek*, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 3 (1909), S. 1–67 (48–56).

⁷⁰ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 48.

⁷¹ «soll, den Inhalt der Sprachnormen»] A₁ «soll, die Sprachnormen»; A₂ «soll, den Inhalt der Sprachnormen».

⁷² *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 4f.

⁷³ «Wenn hier die Rechtswissenschaft ... sozialer Mächte waren.» (8420–8516)] Text und Anmerkung in A₂ eingefügt.

Ein vollkommener Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm ist nur möglich auf Grund einer vollkommenen Disparität von Sein und Sollen. Wie ich von etwas behaupte: es ist, so kann ich von eben demselben sagen: es soll sein, und habe in beiden Fällen etwas völlig Verschiedenes ausgesagt. Sein und Sollen sind allgemeinste Denkbestimmungen, „worunter wir alles in uns und außer uns fassen“²⁾. Treffend sagt *Simmel*⁷⁵⁾: „Das Sollen ist eine Kategorie, die, zu der sachlichen Bedeutung der Vorstellung hinzutretend, ihr eine bestimmte Stelle für die Praxis anweist, wie sie eine solche auch durch die Begleitvorstellung des Seins, des Nichtseins, des Gewolltwerdens usw. erhält“³⁾. Ebenso wie das Sein ist das Sollen eine „... ursprüngliche Kategorie“, und ebensowenig, wie man beschreiben kann, was das Sein oder das Denken ist, ebensowenig gibt es eine Definition des Sollens⁴⁾. Das Sollen „betrifft Vorstellungen, denen wir das Sein noch absprechen, oder wenigstens insoweit nicht zusprechen, als sie eben bloß gesollt werden und dennoch nicht in der Gleichgültigkeit des Nichtseins verharren“⁵⁾. „Das Sollen ist ein Denkmodus wie | das Futurum und das Präteritum, oder wie der Konjunktiv und der Optativ“¹⁾.

Die prinzipielle Verschiedenheit beider Denkformen läßt Sein und Sollen als zwei getrennte Welten erscheinen. Sehr treffend charakterisiert *Kitz*²⁾ den Gegensatz:

„Daraus, daß dieses *ist*, folgt wohl, daß jenes *war* oder jenes sein wird, aber nie und nimmer, daß ein anderes sein soll. Etwas kann sollen und doch ist es weder früher gewesen, noch ist es jetzt, noch wird es künftig sein. Sein und Sollen sind daher gänzlich verschiedene Grundgedanken, die von einem gemeinschaftlichen Prius zusammengehalten werden mögen, aber aus einander ebensowenig zu erklären sind wie Steinkohlenformation oder ein guter Vorsatz; das Sollen unter-

2) *Kitz*, Seyn und Sollen, 1869 S. 74.⁷⁴

3) *Simmel*, a. a. O. S. 8.⁷⁶

4) *Simmel*, a. a. O. S. 8.⁷⁷

5) *Simmel*, a. a. O. S. 9.⁷⁸

1) *Simmel*, a. a. O. S. 9.⁷⁹

2) a. a. O. S. 74.⁸⁰

⁷⁴ *Arnold Kitz*, Seyn und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten- und Rechtsgesetz, Frankfurt a. M. 1864, S. 74.

⁷⁵ Georg Simmel (1858–1918), Soziologe und Philosoph; ab 1885 Privatdozent, ab 1901 a. o. Professor an der Universität Berlin, 1914–1918 Professor in Straßburg. Simmel zählt zu den Begründern der Soziologie als eigenständige Wissenschaft. Im Zentrum seiner soziologischen und philosophischen Bemühungen steht die spannungsreiche Korrelation von statischen und dynamischen Elementen, von Form und Inhalt. Wichtige Werke: Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1892 und 1893; Philosophie des Geldes, Leipzig 1900 (2. Aufl., Berlin und Leipzig 1907); Soziologie, Leipzig 1908.

⁷⁶ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 8.

⁷⁷ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 8.

⁷⁸ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 9.

⁷⁹ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 9.

⁸⁰ *Kitz*, Seyn (Anm. 74), S. 74 – im Originalzitat Schreibung „seyn“ für „sein“, so auch in A.

scheidet sich dadurch vom Sein, daß es gar nicht ins Sein zu treten, noch auch aus dem Sein zu kommen braucht und doch ein Sollen ist und bleibt. Das Sollen geht zwar auf ein etwas-Sein, aber es ist weder durch ein solches Etwas in seinem Wesensbestande bedingt, noch auch durch ein anderes diesem Etwas vorangegangenes seiendes Ding, noch ist es selbst ein solches Etwas.“

Der gegenseitigen Unabhängigkeit des Sollens vom Sein kann auch dadurch kein Abbruch geschehen, daß sich von einem besonderen, im folgenden näher zu charakterisierenden Standpunkte aus gewisse Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen ergeben. Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer und insolange man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber. Die Frage nach dem Warum eines konkreten Sollens kann logisch immer⁸¹ wieder nur zu einem Sollen führen, wie die Frage nach dem Warum eines Seins immer nur ein Sein zur Antwort erhält. Auch hier kann auf die treffende Darstellung *Simmels* hingewiesen werden. „Das Sein überhaupt kann nicht bewiesen, sondern nur erlebt und gefühlt werden und darum läßt es sich nie aus bloßen Begriffen deduzieren, sondern nur aus solchen, in welche irgendwo das Sein schon aufgenommen ist. Das Sollen verhält sich in gleicher Weise. Daß wir etwas sollen, läßt sich, *wenn es logisch erwiesen werden soll*, immer nur durch Zurückführung auf ein anderes als sicher vorausgesetztes Sollen erweisen; an sich betrachtet ist es eine Urtatsache, über die wir vielleicht *psychologisch, aber nicht mehr logisch* hinausfragen können.“⁽³⁾ Und ganz ebenso kann logisch die Aufhebung eines Soll nur wieder durch ein Soll begründet werden.

Es⁸³ ist keine formal-logische, sondern eine materiell-historisch-psychologische⁸⁴ Betrachtung, die zeigt, daß regelmäßig oder doch sehr häufig der *Inhalt* eines Sollens auch der *Inhalt* eines spezifischen Seins ist, daß als gesollt gilt, was in bestimmter Weise tatsächlich geschieht⁸⁵ oder geschehen ist. Was man als „normative Kraft des Faktischen“⁽¹⁾ bezeichnet, ist eben jene historisch-psychologische Tatsache, daß als gesollt dem Einzelnen entgegentritt, was⁸⁷ in der Regel und seit

³⁾ a. a. O. S. 12.⁸²

¹⁾ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. Berlin 1905. S. 329 ff.⁸⁶

⁸¹ «kann logisch immer»] A₁ «kann immer»; A₂ «kann logisch immer».

⁸² *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 12 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁸³ «können.“ ...]Es»] A₁ «können.“]Es »; A₂ «können.“ Und ganz ebenso kann logisch die Aufhebung eines Solls nur wiedurch [sic] ein Soll begründet werden.]Es».

⁸⁴ «keine formal-logische, sondern eine materiell-historisch-psychologische»] A₁ «keine logische, sondern eine historisch-psychologische»; A₂ «keine formal logische, sondern eine materiell-historisch-psychologische».

⁸⁵ «Weise tatsächlich geschieht»] A₁ «Weise geschieht»; A₂ «Weise tatsächlich geschieht».

⁸⁶ *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 329–336.

⁸⁷ «gesollt dem Einzelnen entgegentritt, was»] A₁ «gesollt vom Einzelnen gefordert wird, was»; A₂ «gesollt dem Einzelnen entgegen tritt, was».

|9

|9

altersher von allen oder den Meisten beobachtet⁸⁸ wurde. Und⁸⁹ die analoge Tatsache liegt vor, wenn ein konkretes Sollen aus dem Bewußtsein der Menschen schwindet, ein bestimmtes Verhalten in der Vorstellung der Subjekte den Charakter des Gesolltseins⁹⁰ verliert, wenn es dauernd und von den Meisten nicht geübt wird. Wie ein qualifiziertes Sein Inhalt eines Sollens wird, durch⁹¹ ein qualifiziertes Sein ein Sollen *psychologisch* entsteht⁹², so geht der Inhalt eines Sollens durch qualifiziertes Nicht-Sein verloren, wird ein Sollen durch qualifiziertes Nicht-Sein psychologisch zerstört⁹³. Allein dabei muß man sich stets bewußt sein, daß diese Art der Betrachtung, sofern sie das Sollen aus dem Sein ableitet, das Sollen nicht mehr in jenem formal-logischen Sinne als Gegensatz zum Sein erfaßt. Vielmehr erscheint hier tatsächlich von vornherein schon das Sollen als ein Spezialfall des Seins. Denn worauf allein gibt diese Erkenntnis von der normativen Kraft des Faktischen eine Antwort, was allein wird durch sie „erklärt“? Tatsächliche Vorgänge, sei es äußerer oder innerer Art. Erklärt wird, warum gewisse Gebote an die Einzelnen gerichtet werden, jener tatsächliche Vorgang, jene besonderen psychischen Willensakte, in denen man bestimmte Normen an Subjekte ergehen läßt; und⁹⁴ weiter: die realpsychischen Willensakte jener, die diesen Geboten sich unterwerfen, sie zur Richtschnur ihres eigenen Handelns machen; und endlich: diese normentsprechenden Handlungen selbst. All dieses Wollen und Handeln ist aber kein Sollen – im formal-logischen Sinne – sondern⁹⁵ ein Sein, ein tatsächliches psychisches oder körperliches Geschehen, ist der Inhalt eines Sollens, aber nicht dieses Sollen selbst, das nur eine Form ist. Wie man historisch-psychologisch das Soll seinem Inhalte nach aus dem Sein abzuleiten bemüht ist, so versucht man das Sein aus einem Soll zu erklären, wenn man die Welt auf das Werdegebot eines überirdischen Schöpfers zurückführt. Es ist das gleiche psychologische Begrenzungsbedürfnis, das hier die logisch unendliche Kette des Seins mit einem „Soll“ beginnen läßt, und das dort die logisch ebenso unendliche Kette des Soll mit einem Sein abschließt. Es ist außerordentlich bezeichnend, daß man die Frage nach | dem

10 | Anfange und dem Ende, der Entstehung und Zerstörung des Soll nur insofern beantworten kann, als man aus der Welt des Soll in die des Seins übergeht; und⁹⁶

⁸⁸ «beobachtet»] A₁ «geübt»; A₂ «beobachtet».

⁸⁹ «wurde. Und»] A₁ «wurde. Oder wie Simmel sagt: „tieferen Einblick gewinnen wir noch von der Erkenntnis aus, daß die soziale Gruppe im Allgemeinen dasjenige als Pflicht vom Einzelnen fordert, was mehr oder minder thatsächlich und von jeher in ihr geübt wird, weil es die Bedingung ihrer Selbsterhaltung ist;“^{Fn aaO S 20^{Fn}} Und»; A₂ «wurde. Und».

⁹⁰ «Gesolltseins»] A₁ «Sollens»; A₂ «Gesolltseins».

⁹¹ «wird, durch»] A₁ «wird, ein Sollen hervorbringt oder erzeugt durch»; A₂ «wird, durch».

⁹² «Sollen *psychologisch* entsteht»] A₁ «Sollen entsteht»; A₂ «Sollen *psychologisch* entsteht».

⁹³ «Nicht-Sein psychologisch zerstört»] A₁ «Nicht-Sein zerstört»; A₂ «Nicht-Sein psychologisch zerstört».

⁹⁴ «denen ... läßt; und»] A «denen gewisse Gebote (Normen) an die anderen gerichtet werden; Und»; F* «denen ... läßt; und».

⁹⁵ «Sollen – im formal logischen Sinne – sondern»] A₁ «Sollen sondern»; A₂ «Sollen, – im formal logischen Sinne sondern».

⁹⁶ «man ... und»] A₁ «man das Soll als Sein betrachtet; und»; A₂ «man ... und».

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

Faßt man das Sollen in einem streng logischen Sinne als Form in einem vollständigen Gegensatze zum Sein, dann darf man es mit keinem seiner Inhalte identifizieren, darf kein wie immer geartetes Sein als Sollen ausgeben. Insbesondere darf man nicht, was allerdings häufig geschieht, das Sollen als ein Wollen, also als einen realpsychischen Vorgang gelten lassen. Das Wollen gehört der Welt des⁹⁷ Seins an, ist ein psychisches Geschehen und darum etwas Wesensverschiedenes vom Sollen. Ebenso wenig wie das Handeln kann das Wollen ein Sollen sein. Denn Wollen kann wie Handeln Inhalt des Sollens, niemals das Sollen selbst sein. Wie ich handeln soll, kann ich wollen sollen. Ich kann etwas wollen, ohne es zu sollen. Ich kann etwas sollen, ohne es zu wollen. Dabei kann mir der Widerspruch zwischen meinem Wollen und meinem Sollen wohl bewußt sein. Das Bewußtsein etwas zu sollen, ist prinzipiell zu trennen von dem Wollen. Auch dann noch, wenn ich will, was ich soll; geschweige dann, wenn ich will, obgleich ich mir bewußt bin, das Entgegengesetzte zu sollen. Schließlich: Ich kann *wollen* sollen, aber ich kann nicht *sollen* sollen, was logisch ebenso unsinnig wäre wie: *wollen* wollen.

Ist⁹⁸ das Sollen zu unterscheiden von dem Wollen desjenigen, der soll, an den das Soll gerichtet ist, so⁹⁹ ist es auch nicht identisch mit dem Wollen desjenigen, von dem das Soll ausgeht, genauer: Durch dessen Wollen der Inhalt des Sollens bestimmt wird. Das Sollen, das für den A mit dem Befehle der Autorität B entsteht, ist durchaus nicht identisch mit dem psychischen Willensakte, der in dem Befehle des B zum Ausdruck kommt. Die Urteile: „Ich will, daß du ...“ und „Du sollst das ...“ werden zwar häufig als gleichbedeutend gebraucht, allein genau genommen müßte es heißen: „Ich will, daß du ... und daher sollst du ...“ Man bedenke auch, daß ein Soll dauernd zu konstatieren ist, nachdem längst schon der begründende Willensprozeß¹⁰⁰ der Autorität abgelaufen, daß ja in den meisten Fällen ein Soll angenommen werden muß und im Bewußtsein des Pflichtsubjektes | besteht, ohne daß überhaupt irgend ein psychischer Willensakt einer menschlichen Autorität – und ein anderer ist nicht denkbar – konstatierbar wäre. Daß ich irgend ein konkretes sittliches Verhalten soll, heißt nicht etwa, daß irgend jemand oder die Meisten dieses mein Verhalten „*wollen*“; dies letztere wäre eine psychologische

| 11

⁹⁷ «Wollen gehört der Welt des»] A₁ «Wollen ist eine Art des»; A₂ «Wollen gehört der Welt des».

⁹⁸ «Entgegengesetzte ... [Ist»] A₁ «Entgegengesetzte zu sollen. [Ist»; A₂ «Entgegengesetzte ... [Ist.»

⁹⁹ «soll, an den das Soll gerichtet ist, so»] A₁ «soll, so»; A₂ «soll, an den das Soll gerichtet ist, so».

¹⁰⁰ «Willensprozeß»] A₁ «Willensakt»; A₂ «Willensprozeß».

Fiktion. Überdies stünde *über* dem „Wollen“ dieser anderen ebendasselbe „Soll“, demzufolge sie das entsprechende sittliche Verhalten von mir zu wollen hätten. Dies Soll könnte also nicht ihr Wollen sein.

Aber vielleicht heißt ich soll – wenn nicht immer so doch für gewisse Gebiete des Sollens – ich will, wobei „Ich“ nicht nur im Sinne dessen steht, an den das Soll gerichtet ist, sondern von dem es ausgeht. Vom Standpunkte einer autonomen Moral aus erscheint das Individuum tatsächlich in dieser Doppelrolle als Pflichtsubjekt und Gesetzgeber, und es wird in einem späteren Zusammenhange¹⁰¹ zu prüfen sein, ob auch von diesem Standpunkte aus die scharfe logische Trennung von Wollen und Sollen und damit von Sein und Soll notwendig ist. Daß sie theoretisch möglich ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn wenn hier auch ein „ich soll“ stets und ausnahmslos verbunden ist und inhaltlich übereinstimmt mit einem qualifizierten: „ich will“, so kann doch immerhin beides theoretisch getrennt werden. Fraglich ist nur, ob diese formale Trennung angesichts der durchgehenden materiellen Identität eine besondere Bedeutung hat und daher eine Vernachlässigung des Unterschiedes resp. eine Identifizierung von Sollen und Wollen erlaubt oder doch nicht besonders fehlerhaft ist.

In jener streng *objektiven* Bedeutung, in welcher der Begriff des Sollens bisher entwickelt wurde, derzufolge, was gesollt ist, ohne Rücksicht auf das subjektive Wollen oder Wünschen eines Menschen festgestellt werden kann, in jener Bedeutung, in der das *Sollen* ganz besonders als formal-logische Kategorie im Gegensatz zum Sein auftritt, kommt es gerade für das Recht und dessen Normen in Betracht, und¹⁰² nur in Hinblick auf den objektiven Charakter des rechtlichen Sollens, das unabhängig ist von allem Wollen der rechtspflichtigen Subjekte, sind¹⁰³ die bisherigen Konstatierungen erfolgt. Sollte aber schon jetzt das Bedenken geltend gemacht werden, daß das rechtliche Sollen der Rechtssubjekte identisch sei mit dem Willen des Staates, so muß auf die Ausführungen des 2. Buches verwiesen werden,¹⁰⁴ wo dieser Einwand durch die Klarstellung dessen, was unter „Staatswille“ zu verstehen ist, seine Widerlegung findet.¹⁰⁵

Nicht nur in der besonderen Relation, in der das „Gesetz“ zu den von ihm beinhalteten Tatsachen steht, sondern auch in dem Umfang jener Tatsachen, für die das „Gesetz“ gilt, hat man zwischen den beiden¹⁰⁶ Arten von Gesetzen unterschieden. Das Naturgesetz hat jede Art physischen | oder psychischen Geschehens

¹⁰¹ Vgl. unten S. 97–99, 117–138, 435–443.

¹⁰² «Recht ... und»] A₁ «Recht in Betracht. Und wenn etwa im Hinblick auf die soeben scharf betonte Trennung von Sollen und Wollen das Bedenken [bricht ab]»; A₂ «Recht und dessen Normen in Betracht. und».

¹⁰³ «Sollens ... sind»] A₁ «Sollens sind»; A₂ «Sollens ... sind».

¹⁰⁴ Vgl. unten S. 272–300.

¹⁰⁵ «Ein vollkommener Gegensatz ... Widerlegung findet.» (861–9029)] in A₂ eingefügt.

¹⁰⁶ «steht ... beiden»] A₁ «steht, unterscheidet sich Naturgesetz von Norm, auch der Umfang jener Tatsachen, die den möglichen Inhalt eines „Gesetzes“ bilden, ist bei beiden»; A₂ «steht ... beiden».

zum Gegenstande, vorausgesetzt, daß dieses Geschehen nur tatsächlich vor sich geht (vor sich gehen kann). Ja es ist sogar Postulat der Erkenntnis, jedes wirkliche Geschehen als ein notwendiges auf ein Gesetz zurückzuführen. Die Norm dagegen, die als Befehl an das zu normierende Objekt herantritt¹⁰⁷, kann nur solchen Tatsachen gegenüber geltend gemacht werden, die ihrer Natur nach fähig sind, Befehle zu empfangen und zu befolgen: nur ein vernunft- und willensbegabtes Subjekt, nur der Mensch – so behauptet man – kann¹⁰⁸ unter der Herrschaft der Norm stehen, nur menschliches Verhalten, menschliche Handlungen und Unterlassungen können den Inhalt der Norm bilden. Allein es kann immerhin fraglich sein, ob sich die Norm nur an Menschen richten könne. Das tägliche Leben zeigt uns, daß Befehle auch an Tiere gerichtet und von Tieren befolgt werden. Die oft erstaunlichen Resultate der Tierdressur zwingen zur Annahme, daß dem Tiere gegenüber nicht nur der individuelle Befehl seinen Zweck erfüllt, daß auch eine generelle Norm im Bewußtsein oder Seelenleben des Tieres *wirksam* werden kann. Diese Feststellung ist für den in den folgenden Untersuchungen zu behandelnden Begriff der Persönlichkeit von Bedeutung, den man im Zusammenhange mit der Frage nach der möglichen Adresse der Norm auf den Menschen einschränken zu müssen glaubt. Die Frage, an wen man eine Norm ergehen lassen kann, ist eben zu scheiden von der Frage, an wen man die Norm mit mehr oder weniger *Erfolg* richten kann, an wen Normen zu richten *zweckmäßig* ist. Und¹⁰⁹ von diesem Standpunkte, führt *Simmel* richtig aus, kann für die ganze Natur, nicht nur für Mensch oder Tier, ein Sollen konstruiert werden. „... Wie wir uns eine ganze Welt theoretisch vorstellen können, mit allen Gesetzen und Einzelheiten, und dann noch zu fragen haben, ob sie wirklich ist oder nicht, so können wir ebenso fragen, ob sie sein soll oder nicht. Denn von vielem sagen wir, daß es sein soll, was persönlich anzubefehlen sinnlos wäre; wenn *Kant* behauptet, der Natur gegenüber könne es kein Sollen geben, weil sie einfach den Gesetzen ihrer Wirklichkeit gehorcht und kein Ohr hat, einen darüber hinausgehenden Imperativ zu vernehmen,¹¹⁰ so ist dies psychologisch nicht ganz richtig; auch von dem natürlichen Lauf der Dinge, an dessen Notwendigkeit wir nicht zweifeln, sagen wir oft genug, daß es hätte anders sein sollen. Und zwar nicht nur im Vorblick, der uns noch keine Sicherheit des Verlaufes gewährt, sondern auch im Rückblick auf das schon Vollendete¹⁾. Wenn wir uns nicht scheuen, dem unausweichlich bestimmten Handeln der Men-

¹⁾ Diesem letzteren Gedanken kann hier allerdings nicht bedingungslos beigeplichtet werden. Vgl. dazu unten S. 15.¹¹¹

| 12

¹⁰⁷ «an das zu normierende Objekt herantritt»] A₁ «an die Tatsachen herantritt»; A₂ «an das zu normierende Objekt herantritt».

¹⁰⁸ «Mensch – so behauptet man – kann»] A₁ «Mensch kann»; A₂ «Mensch – so behauptet man – kann».

¹⁰⁹ «kann ... Und»] A₁ «kann. Und»; A₂ «kann ... Und».

¹¹⁰ Die verwendeten Worte finden sich so nicht in Kants Schriften, möglicherweise bezieht sich *Simmel* auf: *Kant*, KrV (Anm. 2), S. A 547 f., B 575 f.

¹¹¹ Vgl. unten S. 94f.

|13 schen doch ein Sollen anderen Inhalts |entgegensetzen¹¹², so sehe ich nicht ein, weshalb wir uns durch die nicht größere Bestimmtheit der übrigen Natur brauchen verhindern zu lassen, auch für sie ein Sollen zu konstruieren. Nur daß es unnütz ist, weil ganz allein an psychologischen Wesen das ausgesprochene Sollen seine Nützlichkeit ausüben kann, dürfte den Hinderungsgrund bilden. Und gerade *Kant*, indem er die ungerechte Verteilung von Tugend und Glückseligkeit in der Welt als etwas ganz unerträgliches hervorhebt, empfindet das angemessene Verhältnis, nach dem der Gute seinen Lohn und der Böse seine Strafe erhält, als ein Sollen, das der Natur gegenüber gilt und dem sie denn auch in einer jenseitigen Welt nachkommt.¹¹³ Der Imperativ ist nur ein einzelner Fall des Sollens oder vielmehr ein Mittel, durch welches das Sollen in das Sein übergeführt wird¹⁴.¹¹⁴ Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein.

Innerhalb¹¹⁶ der menschlichen Handlungen allerdings muß nicht jede einzelne zu einer Norm in ein Verhältnis gebracht, als unter der Herrschaft einer bestimmten Norm stehend erkannt werden, vielmehr gibt es zahlreiche vom normativen Standpunkte aus völlig indifferente Handlungen, ein Verhalten, das in keiner Weise als geboten oder verboten erscheint, ohne daß wir darum die normative Gesetzgebung als lückenhaft empfinden und als einer Ergänzung bedürftig erachten würden, während wir vom explikativen Standpunkte aus das Nichtzurückführenkönnen irgend eines tatsächlichen Geschehens auf ein Naturgesetz als eine vorläufige Unzulänglichkeit unserer momentanen Erkenntnis betrachten, die zu beheben als Aufgabe der Wissenschaft gilt. Treffend führt schon *Schleiermacher*²⁾ ¹¹⁸ als Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz aus, „daß alles

|13 |¹⁾ a.a.O. S.9, 11.¹¹⁵

²⁾ Über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz, gelesen am 6. Januar 1825. Sämtliche Werke. III. Abteilung, 2. Bd. S. 405.¹¹⁷

¹¹² «entgegensetzen»] *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S.10: «gegenüber zu stellen».

¹¹³ *Simmel* fasst hier wahrscheinlich mehrere Aussagen Kants zusammen. Zur Rolle der Tugend und Glückseligkeit als höchstes Gut vgl. z.B. *Immanuel Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788, S. AA V 110–119, 124–132.

¹¹⁴ «Allein es kann ... S.9, 11.» (919–9211, 9225)] in A₂ eingefügt.

¹¹⁵ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S.9f.

¹¹⁶ «wird. ... Innerhalb»] A₁ «wird. Innerhalb»; A₂ «wird. Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein » Innerhalb».

¹¹⁷ *Friedrich Schleiermacher*, Ueber den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz. Gelesen am 6. Januar 1825, in: *Friedrich Schleiermacher's sämtliche Werke*, Dritte Abteilung. Zur Philosophie, Bd. 2, Berlin 1838, S.397–417 (405) – im Originalzitat „Gesetz“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A.

¹¹⁸ *Friedrich (Daniel Ernst) Schleiermacher* (1768–1834), ev. Theologe, Philosoph, Philologe; 1804 a.o. Professor der Theologie und Philosophie in Halle, 1806 Ordinarius, 1810 o. Professor der Theologie in Berlin, 1814 Sekretär der philosophischen Abteilung der Akademie der Wissenschaften. Wichtige Werke: *Plato*, Werke, aus dem Griechischen übersetzt, 5. Bde., Berlin 1804–1810 (2. Aufl., 6 Bde., Berlin 1817–1828); postum: *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, Berlin 1838; *Dialektik*, Berlin 1839.

Natürliche, wie es geschieht, sich auf Gesetze zurückführen läßt, vermöge deren es geschieht, nicht aber im Gebiete der praktischen Vernunft alles auf solche Gesetze, vermöge deren es geschehen soll.“

Das Naturgesetz ist ein *erklärendes* Urteil. Seine „Geltung“ besteht in seiner Wahrheit¹¹⁹ d. h. es „gilt“ nur insofern, als die von ihm behaupteten Beziehungen richtig sind, und nicht weil es selbst wirkt, d. h. als verursachende Kraft in den Dingen Veränderungen hervorruft. Es¹²⁰ ist zwar eine populäre aber durchaus ungenaue Anschauung, die das Gesetz als Ursache der zu erklärenden Erscheinung betrachtet, das Gesetz als *causa efficiens* wirken läßt.

Das Gesetz selbst ruht nicht als wirkender Faktor in den | Dingen, sondern ist | 14 nur die gedankliche Formel ihrer Erklärung¹⁾ ¹²⁴. Nicht ganz so verhält es sich bei der Norm. Denn diese *kann* „wirken“, ja es ist geradezu ihr *Zweck* selbst¹²⁵ als Ursache zu fungieren, motivierend auf den Willen der Menschen Einfluß zu nehmen, diesen Willen zu bestimmen. Die Norm soll¹²⁶ nicht wie das Naturgesetz Seiendes erklären, sie soll¹²⁷ ein Neues schaffen, ein Geschehen hervorbringen. Allein auch die Norm „gilt“ nicht, weil und insofern sie „wirkt“; ihre Geltung

¹⁾ „Eine leere rhetorische Phrase ist es, von Naturgesetzen so zu sprechen, als ob die bloße Formel | 14 eine magische Macht über die Erscheinung übe und ihnen etwas zumutete, was nicht aus ihrer eigenen Natur von selbst folgte. Gesetze können nie Gründe des wirklichen Geschehens sein, sondern nur die konstante Art und Weise ausdrücken, wie reale Dinge sich verhalten.“ *Sigwart*, *Logik* II. 512.¹²¹ Sehr fein charakterisiert auch *Mach*¹²² jenen Prozeß, durch den, was nur Prinzip gedanklicher Zusammenfassung und Orientierung ist, in die Außenwelt projiziert wird: a. a. O. S. 454;¹²³ „Es ist sehr natürlich, daß in Zeiten geringer Schärfe der erkenntnistheoretischen Kritik die psychologischen Motive in die Natur projiziert und dieser selbst zugeschrieben worden sind. Gott oder die Natur strebt nach Einfachheit und Schönheit, dann nach strenger Gesetzmäßigkeit und Bestimmtheit, endlich nach Sparsamkeit und Ökonomie in allen Vorgängen, nach Erzielung aller Wirkungen mit dem kleinsten Aufwand.“

¹¹⁹ «Wahrheit»] A₁ «Richtigkeit»; A₂ «Wahrheit».

¹²⁰ «sind ... Es»] A₁ «sind. Es»; A₂ «sind, d. h. es gilt nicht weil es es [sic] selbst wirkt, als verursachende Kraft Veränderungen hervorruft; sondern weil und insofern [bricht ab]»; A₃ «sind, und nicht weil es es [sic] selbst wirkt, dh. als verursachende Kraft in den Dingen Veränderungen hervorruft; Es».

¹²¹ *Christoph Sigwart*, *Logik*, Bd. 2: Die Methodenlehre, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1893, S. 512.

¹²² Ernst Mach (1838–1916), Physiker, Philosoph und Wissenschaftstheoretiker; 1861 in Wien habilitiert. Er wirkte im Bereich der Mathematik und der Experimentalphysik als Professor ab 1864 in Graz, ab 1867 in Prag, dort u. a. als Dekan der philosophischen Fakultät und als Rektor, und ab 1895 in Wien als Professor für Philosophie. Sein Name verbindet sich sowohl mit mehreren bedeutenden Entdeckungen im Bereich der Physik als auch mit grundlegenden Beiträgen zur positivistisch-empiristischen Theorie des Empiriokritizismus. Wichtige Werke: *Die Mechanik in ihrer Entwicklung. Historisch-kritisch dargestellt*, Leipzig 1883 (9. Aufl., Leipzig 1933); *Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Physischen zum Psychischen*, Jena 1886 (9. Aufl., Jena 1922); *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig 1905 (5. Aufl., Leipzig 1926).

¹²³ *Mach*, *Erkenntnis* (Anm. 57), S. 454.

¹²⁴ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹²⁵ «Erklärung ... selbst»] A₁ «Erklärung. Anders die Norm. In dem Wesen liegt es gerade zu „wirken“, als selbst»; A₂ «Erklärung ... selbst».

¹²⁶ «soll»] A₁ «will»; A₂ «soll».

¹²⁷ «soll»] A₁ «will»; A₂ «soll».

besteht nicht in ihrer Wirkung, in ihrem tatsächlichen Befolgtwerden, nicht in einem Sein (Geschehen), sondern in ihrem Sollen. Die Norm gilt, sofern sie befolgt werden *soll*; der Zweck der Norm ist wohl ihre Wirkung. Sie kann, aber sie muß nicht ihren Zweck erfüllen; auch die wirkungslose Norm bleibt Norm. *Für die spezifische „Soll“-Geltung der Norm bleibt die Realisierung ihres Zweckes bedeutungslos.*

Damit¹²⁸ hängt zusammen, daß sich die Norm ihrem *Zwecke* und ihrer Wirkung nach stets¹²⁹ nur auf künftige, nicht auf vergangene oder gegenwärtige Handlungen bezieht. Weil die Norm, unter dem explikativen Gesichtspunkte des Zweckes oder der Wirkung betrachtet, ein¹³⁰ Verhalten *verursachen* will und das Subjekt, an das sie sich richtet, vor eine Wahl stellt, die Norm zu befolgen oder zu übertreten, muß sie der Handlung, die sie beinhaltet resp. *bezweckt* und die das Resultat der Wahl des Subjektes ist, vorausgehen²⁾. Sieht man aber | von dem Zwecke der Norm, ein tatsächliches Verhalten der Subjekte¹³³ künftig herbeizuführen, ab – einem Zweck, der für die Norm ja nicht spezifisch ist, da sie ihn mit anderen Tatsachen, die nicht Normen sind, gemeinsam hat – betrachtet man nicht die „Wirkung“, sondern die „Geltung“ der Norm, ihr „Sollen“ – und in der Statuierung eines Sollens, einer Pflicht liegt das spezifische Wesen der Norm – so ist eine Frage nach dem zeitlichen Umfange der Handlungen, die den Inhalt des Sollens bilden können, nicht möglich. Denn weder gegenwärtige, noch vergangene oder künftige Handlungen können streng genommen Inhalt des Sollens sein. Denn *in der Zeit* kommen alle Handlungen nur in ihrer *Realität*, d.h. aber in der Form des Seins, nicht aber des Sollens in Betracht. Eine Handlung, die erfolgen *wird*, ist als reale wirkliche, dem Sein angehörige oder doch in Zukunft angehörige

²⁾ Vgl. *Wundt*, a.a.O. I. Bd. S. 6:¹³¹ „Nur wo diese Fähigkeit (der Wahl zwischen verschiedenen möglichen Handlungen) existiert, können Befolgung und Nichtbefolgung bestimmter Normen voneinander, und kann daher der Begriff des Sollens von dem des Seins unterschieden werden. Da die Wahl den Handlungen, die aus ihr entspringen, vorausgeht, so kann nur ihr gegenüber die Norm den wahren Charakter des¹³² Befehles besitzen, als eine Regel, die sich nicht auf die Beurteilung bereits gegebener Tatsachen, sondern auf die Hervorbringung zukünftiger bezieht. Jede Norm ist ursprünglich eine Willensregel, und als solche ist sie zunächst eine Vorschrift für die bevorstehende, noch der Wahl unterliegende Tat.“

¹²⁸ «hervorbringen. ... [Damit] A₁ «hervorbringen. Allein die Norm „gilt“ nicht weil sie wahr ist – die Kategorie der Wahrheit und Falschheit findet auf die Norm gar keine Anwendung –, sondern ihre Geltung besteht insoweit, als der die Norm repräsentierende Befehl, die normierende Aufforderung aufrechterhalten wird; was nicht gleichbedeutend ist mit ihrer „Wirkung“, denn die Norm gilt solange sie befolgt werden *soll*, und nicht, solange sie befolgt wird. [Damit]; A₂ «hervorbringen. ... [Damit].

¹²⁹ «daß ... stets»] A₁ «daß die Norm stets»; A₂ «daß sich die Norm ihrem *Zwecke* nach stets»; A₃ «daß ... stets».

¹³⁰ «Norm ... ein»] A₁ «Norm ihrer Absicht nach ein»; A₂ «Norm unter dem Gesichtspunkte des Zweckes oder der Wirkung betrachtet ein»; A₃ «Norm ... ein».

¹³¹ *Wundt*, Ethik (Anm. 53), S. 6 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹³² «des»] *Wundt*, Ethik (Anm. 53), S. 6: «eines».

¹³³ «Subjekte»] A «Norm»; F* «Subjekte».

Tatsache gedacht und erscheint in einer ganz anderen Denkform als eine Handlung, die geschehen *soll*.

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

Wenn¹³⁴ eine Norm auf eine bereits erfolgte Handlung in Anwendung gebracht wird, so kann dies in zweifacher Weise geschehen. Zunächst in dem Sinne, daß eine vollzogene Handlung lediglich mit einer Norm verglichen, auf ihre Übereinstimmung mit einer Norm hin objektiv geprüft¹³⁵ wird. Die Norm fungiert hier nicht ihrem ursprünglichen und primären *Zwecke* nach als¹³⁶ Verursachung der normierten Handlung, sie bedeutet für die Handlung, auf die sie angewendet wird, nicht das gleiche, wie für die von ihr beinhaltete Handlung – sie dient nur als Beurteilungsmaßstab dessen was geschehen ist. Die geschehene Handlung kann niemals mehr zur Norm in jener eigenartigen Relation stehen, die für das Verhältnis der Norm zur Handlung charakteristisch ist: in der Relation des Sollens. Denn die geschehene Handlung – dem Gebiete des Seins angehörig – ist für immer dem Wirkungs- und Geltungskreise¹³⁷ der Norm entzogen, aus deren Welt des Sollens ausgeschieden. Als Beurteilungsmaßstab verwendet, entbehrt die Norm gerade der beurteilten Handlung gegenüber auch ihrer Eigenschaft des¹³⁸ Danachachtungsgebotes, der motivierenden Ursache. Sie¹³⁹ fungiert in diesem Falle als indifferentes Vergleichsobjekt in ganz derselben Weise, wie auch andere Regeln als Grundlage der Bemessung oder Bewertung verwendet werden, die durchaus keinen Normcharakter an sich tragen, da sie keinerlei Sollen statuieren oder verpflichten. Den¹⁴⁰ Urteilen, daß ein Berg hoch oder niedrig, eine Bewegung schnell oder langsam ist, liegen Regeln zugrunde, die keineswegs normierende Bedeutung haben. Es muß aus formalen Gründen mit Nachdruck betont werden, daß das Urteil, durch welches eine bestimmte Handlung als mit einer Norm im Einklang oder im Widerspruch stehend ausgesagt wird, von vornherein durchaus nicht unter allen Umständen identisch¹⁴¹ ist mit jenem Urteile, in dem die Norm selbst erscheint und¹⁴² das diese Handlung als gesollte bezeichnet. Das Urteil, welches die Lüge als Verletzung eines Sittengesetzes erklärt, ist nicht das Sittengesetz selbst,

| 16

¹³⁴ «vorausgehen. ... [Wenn] A₁ «vorausgehen. Nur eine zukünftige Handlung kann eine gesollte sein, doch darf man die Relation der Gesolltheit nicht mit der der Zukünftigkeit identifizieren; Erstere fällt innerhalb der letzteren, denn man kann sich eine zukünftige Handlung nicht nur als gesollte sondern auch als gemußte dh. wirkliche, nicht bloß in ihrer Idealität sondern auch in ihrer Realität vorstellen. [Wenn]; A₂ «vorausgehen. ... [Wenn]».

¹³⁵ «hin objektiv geprüft»] A₁ «hin geprüft»; A₂ «hin objektiv geprüft».

¹³⁶ «primären *Zwecke* nach als»] A₁ «primären Natur, als»; A₂ «primären *Zwecke* nach als».

¹³⁷ «Wirkungs- und Geltungskreise»] A₁ «Wirkungskreise»; A₂ «Wirkungs u Geltungskreise».

¹³⁸ «ihrer Eigenschaft des»] A₁ «ihrem eigentlichsten Wesens des»; A₂ «ihrer Eigenschaft des».

¹³⁹ «Danachachtungsgebotes ... Sie»] A₁ «Danachachtungsgebotes. Sie»; A₂ «Danachachtungsgebotes ... Sie».

¹⁴⁰ «keinerlei ... Den»] A₁ «keinerlei Danachachtungsgesetz enthalten. Den»; A₂ «keinerlei ... Den».

¹⁴¹ «wird ... identisch»] A₁ «wird, durchaus nicht identisch»; A₂ «wird ... identisch».

¹⁴² «erscheint und»] A «erscheint (erscheinen kann), und»; F* «erscheint und».

das die Lüge verbietet. Ein solches Urteil behauptet ein Sein, kein Sollen; eine konkrete Handlung als böse, normwidrig beurteilen, heißt nicht urteilen: Diese bestimmte Handlung, welche bereits vollzogen ist, soll nicht sein; eine vollzogene Handlung kann ja überhaupt nicht mehr unter die Kategorie des Sollens fallen. Der Sprachgebrauch bediente sich daher mit richtigem Instinkte in diesen Fällen des Präteritums: sie sollte nicht sein, oder hat nicht sein sollen, aber sie ist. Bei einer geschehenen Handlung kann von Sollen oder Nicht-sollen keine Rede mehr sein. Was auch jetzt noch nicht sein soll, sind andere Handlungen, als die vollzogene, Handlungen, die nicht in der Welt des Seins gedacht sind. Und¹⁴³ das diesen Gedanken ausdrückende Urteil ist eben die Norm selbst, die von¹⁴⁴ dem Urteile, das die unvollzogene Handlung zum Gegenstande hat, formal unterschieden¹⁴⁵ werden muß.

Die Anwendung der Norm auf eine bereits geschehene Handlung kann jedoch auch noch auf eine andere Weise erfolgen. Das Urteil, das die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit einer Norm aussagt, kann verbunden sein mit einer *Billigung* oder *Mißbilligung* dieser Handlung durch den Urteilenden¹⁴⁶. Diese Verbindung ist nicht unter allen Umständen eine notwendige. Vom Standpunkte einer heteronomen, nicht autonomen Gesetzgebung, bei Annahme einer außer- und überhalb der Subjekte stehenden Norm ist die Erkenntnis der Normgemäßheit oder Normwidrigkeit einer Handlung an sich durchaus¹⁴⁷ nicht schon eine Billigung oder Mißbilligung derselben durch den Urteilenden. Die Billigung oder Mißbilligung, die sich mit einem Urteile über eine Handlung verbindet¹⁴⁸, ist hier nicht die notwendige Konsequenz der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung dieser Handlung mit der *objektiven* Norm, sondern mit einem subjektiven Wollen oder Wünschen¹⁴⁹. Man billigt jenes Verhalten, das einem angenehm ist, das man wünscht. Das kann mitunter ein solches sein, das zu einer objektiven Norm¹⁵⁰ im Widerspruch steht. Ja es kann sogar ein Urteil, das eine Handlung als mit einer objektiven Norm im Widerspruch stehend konstatiert, mit einer Billigung dieser Handlung verbunden sein. Man kann die Handlungsweise eines *Napoleon* bewundern und im höchsten Grade billigen und sie dennoch als grausam bezeichnen, da sie gegen die Norm, Menschenleben zu schonen, gegen das Sittengesetz der Menschenliebe verstößt. Das Verhalten, das

¹⁴³ «vollzogene ... Und»] A₁ «vollzogene, nämlich künftigen Handlungen gleichen [bricht ab]»; A₂ «vollzogene ... Und».

¹⁴⁴ «die von»] A₁ «die sich ihrem Zwecke nach nicht auf eine vollzogene Handlung sondern nur auf Künftiges bezieht und von»; A₂ «die von».

¹⁴⁵ «hat, formal unterschieden»] A₁ «hat, unterschieden»; A₂ «hat, formal unterschieden».

¹⁴⁶ «Urteilenden»] A₁ «Handelnden»; A₂ «Urteilenden».

¹⁴⁷ «Handlung an sich durchaus»] A₁ «Handlung durchaus»; A₂ «Handlung an sich durchaus».

¹⁴⁸ «Urteile über eine Handlung verbindet»] A₁ «Urteile verbindet»; A₂ «Urteile über eine Handlung verbindet».

¹⁴⁹ «subjektiven Wollen oder Wünschen»] A₁ «subjektiven Wünschen»; A₂ «subjektiven Wollen od Wünschen».

¹⁵⁰ «einer objektiven Norm»] A₁ «einer Norm»; A₂ «einer objektiven Norm».

im Billigen der normgemäßen und im Mißbilligen der normwidrigen Handlung gelegen ist, untersteht selbst der Norm, der die Tätigkeit des Beurteilens ebenso unterworfen ist, wie die des Handelns. Die Norm, welche die Lüge verbietet, fordert zunächst das¹⁵¹ Unterlassen der Lüge, sekundär aber auch das Mißbilligen, das Verurteilen derselben. Dieser letzteren, sekundären¹⁾ ¹⁵⁴ Forderung der Norm kann Folge geleistet werden oder nicht, ebenso wie die Norm in Hinblick auf das von ihr primär geforderte Handeln¹⁵⁵ befolgt oder verletzt werden kann. Während das Urteil, das eine konkrete Handlung mit einer Norm vergleicht, die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Handlung mit einer sittlichen Norm¹⁵⁶ konstatiert, dieser Norm selbst nicht unterworfen ist, sondern sich nach *logischen* Gesetzen vollzieht, ist die Tätigkeit des Billigens oder Mißbilligens einer Handlung eben jener Norm unterworfen, wie diese Handlung selbst. Wir *sollen* eine normwidrige Handlung mißbilligen kraft eben derselben Norm, auf Grund deren wir sie unterlassen sollen. Darum geht es nicht an, das Wesen der Norm ganz allgemein darin¹⁵⁷ zu erblicken, daß sie Beurteilungsregel ist, in dem Sinne, daß man auf Grund derselben tatsächlich billigt oder mißbilligt. Denn ebenso wie das Wesen der Norm ihrer primären Funktion nach nicht darin besteht, daß entsprechend derselben gehandelt *wird*, sondern gehandelt werden *soll*, ist ihr Wesen der sekundären Funktion nach lediglich darin zu erblicken, daß nach ihr gebilligt oder mißbilligt werden *soll*. Das Wesen der Norm ist nicht, daß sie Beurteilungsregel¹⁵⁸ ist, sondern daß sie Beurteilungsregel sein soll, wobei unter *Beurteilen* ein billigendes oder mißbilligendes Urteilen verstanden wird.

Die Behauptung¹⁵⁹, daß alle Urteile, welche die Übereinstimmung einer Handlung mit einer Norm konstatieren, notwendig Billigungsurteile sind und solche, die das Gegenteil feststellen, Mißbilligungsurteile, beruht auf der Voraussetzung, daß das subjektive Wünschen des Urteilenden mit der objektiven Norm übereinstimmt, daß die Kenntnis der Norm auch immer deren Anerkennung bedeutet. So berechtigt eine solche Annahme vom Standpunkte einer autonomen Gesetzge-

¹⁾ *Wundt* a. a. O. S. 6.¹⁵² „Jede Norm ist *ursprünglich* eine Willensregel und als solche ist sie zunächst eine Vorschrift für die bevorstehende noch der Wahl unterliegende Tat, damit aber auch *sekundär* eine Vorschrift für die *Beurteilung* der bereits geschehenen Handlung¹⁵³.“

¹⁵¹ «fordert zunächst das»] A₁ «fordert das»; A₂ «fordert zunächst das».

¹⁵² *Wundt*, Ethik (Anm. 53), S. 6 – erste zwei Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁵³ «Handlung»] *Wundt*, Ethik (Anm. 53), S. 6: «Handlungen».

¹⁵⁴ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁵⁵ «wie ... Handeln»] A₁ «wie im Hinblick auf das bezügliche Handeln»; A₂ «wie ... Handeln».

¹⁵⁶ «mit einer sittlichen Norm»] A₁ «mit der Norm»; A₂ «mit einer sittlichen Norm».

¹⁵⁷ «allgemein darin»] A₁ «allgemein, und besonders im Gegensatz zu dem Naturgesetze, darin»; A₂ «allgemein darin».

¹⁵⁸ «Das Wesen ... Beurteilungsregel»] A₁ «Die Norm ist nicht [bricht ab]»; A₂ «Das Wesen ... Beurteilungsregel».

¹⁵⁹ «Behauptung»] A₁ «Anschauung»; A₂ «Behauptung».

18 bung²⁾ ¹⁶⁵ sein mag, die als Norm nur gelten läßt, was subjektiv als solche, d. h. | als Pflicht empfunden wird, vom Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung, die eine vom subjektiven Empfinden des Individuums unabhängige außer- und überhalb der Menschen existente Norm kennt, – und¹⁶⁶ das kommt für die Jurisprudenz besonders in Betracht – muß sich eine solche Anschauung als Fiktion erweisen. Von diesem Standpunkte kann Kennen einer Norm nicht identisch sein mit Anerkennen derselben. Für eine solche Betrachtungsweise muß es zahlreiche Fälle geben, in denen die ins Bewußtsein des Einzelnen gedrungene¹⁶⁷ objektive Norm, das erkannte Gesetz ohne jede Anerkennung bleibt. Der moralische Nihilist kennt die Sittengesetze sehr wohl, ohne sie anzuerkennen, ja er bekämpft sie, weil er sie kennt; und insoferne existieren sie auch für ihn, wenn er sich auch ihnen nicht unterwirft, als eine existente, reale Macht, durch welche die andern beherrscht werden. Trotzdem kann er eine konkrete Handlung, die er sogar billigt, als im Widerspruch zu der herrschenden Moral stehend erklären, denn mit einem solchen Urteil unterwirft er sich nur den Normen der Logik, die der *moralische* Nihilist nicht zu verwerfen braucht. Die¹⁶⁸ Anerkennung ist ein subjektiver Akt, der sich im Innern des Individuums abspielt; er bedeutet die Selbstunterwerfung unter das erkannte Gesetz, den Beschluß, das Gesetz zum Motive des eigenen Wollens und Handelns zu machen. Nur vom Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung hat es eines solchen besonderen Begriffes der Normanerkennung bedurft; dieser ist selbst der beste Beweis dafür, daß die bloße Kenntnis der ob-

18 ²⁾ Der Gegensatz von Autonomie und Heteronomie wird im folgenden stets in jenem Sinne verstanden, wie *Lipps* (Die ethischen Grundfragen, Hamburg und Leipzig 1899 S. 98)¹⁶⁰ diesen Gegensatz formuliert hat: „Sofern mein Willensentscheid einem *eigenen Zug* zum Sittlichen entstammt und das Gebot nur Anlaß ist diesen Zug zu wecken, ist mein Willensentscheid sittlich autonom. Das Prinzip meines Wollens und Handelns ist nichts¹⁶¹ anderes als: Es ist ein Prinzip der Bestimmtheit des sittlichen Wollens und Handelns, durch mich, ist ein¹⁶² Prinzip der sittlichen Selbstgesetzgebung. Soweit dagegen das sittliche Gebot lediglich als ein fremdes mir gegenübersteht und seinem Inhalte nach nicht zugleich ein¹⁶³ Gebot meiner eigenen Natur oder als ein *Gesetz meines Willens* sich darstellt, will oder handle ich heteronom. Das Prinzip meines Wollens oder Handelns ist ein Prinzip der Heteronomie¹⁶⁴. Das heißt wiederum nichts anderes als dies, daß das Gebot als ein fremdes und anders woher kommendes auf mich wirkt. In jenem Falle ist das Sittliche mein eigener von mir selbst gesetzter Zweck, in diesem Falle ist es ein mir von Anderen vorgesetzter Zweck, in mir selbst aber oder für mich ein bloßes Mittel zum Zwecke.“

¹⁶⁰ *Theodor Lipps*, Die ethischen Grundfragen. Zehn Vorträge, Hamburg und Leipzig 1899, S. 98 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶¹ «ist nichts»] *Lipps*, Vorträge (Anm. 160), S. 98: «ist ein Prinzip der sittlichen Autonomie. Dies heißt nichts» – in A korrekt wiedergegeben.

¹⁶² «Wollens und – ist ein»] *Lipps*, Vorträge (Anm. 160), S. 98: «Wollens durch mich oder ein».

¹⁶³ «zugleich ein»] *Lipps*, Vorträge (Anm. 160), S. 98: «zugleich als ein».

¹⁶⁴ «der Heteronomie»] *Lipps*, Vorträge (Anm. 160), S. 98: «der sittlichen *Heteronomie*».

¹⁶⁵ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁶⁶ «Gesetzgebung ... und»] A₁ «Gesetzgebung – und»; A₂ «Gesetzgebung ... und».

¹⁶⁷ «Bewußtsein des Einzelnen gedrungene»] A₁ «Bewußtsein gedrungene»; A₂ «Bewußtsein eines Einzelnen gedrungene»; F* «Bewußtsein des Einzelnen gedrungene».

¹⁶⁸ «werden. ... Die»] A₁ «werden. Die»; A₂ «werden. ... Die».

jektiven Norm nicht genügt, um sie zum¹⁶⁹ Motive des Handelns und damit sekundär zur Grundlage des Billigens und Mißbilligens zu machen. So notwendig und selbstverständlich sich diese formale Unterscheidung zwischen Kenntnis und Anerkennung der Norm, zwischen Billigung oder Mißbilligung einer Handlung und¹⁷⁰ dem Urteile, das diese Handlung mit der Norm vergleicht, für die Theorie einer heteronomen Gesetzgebung erweist, so überflüssig mag diese Trennung für alle Fälle einer Autonomie | sein, bei¹⁷¹ denen die objektive Norm und das subjektive Pflichtgefühl eins sind, so daß streng genommen nur als Norm gelten kann, was subjektiv als solche empfunden wird. Einer besonderen Anerkennung der erkannten Norm, das ist eines Prozesses, durch den der Inhalt des objektiven Gesetzes zum Inhalt des subjektiven Willens wird, bedarf es hier schon darum nicht, weil die Norm von vornherein nichts anderes ist als ein bestimmt qualifizierter Wille des Subjektes.

| 19

Von einem solchen Standpunkte aus stellt sich überhaupt der ganze Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm¹⁷², zwischen Sein und Sollen als kein so vollständiger und absoluter dar, wie er in den bisherigen Erörterungen formal entwickelt wurde. Insbesondere auf dem Gebiete der Sittengesetzgebung, deren autonome Natur allgemein anerkannt wird, ist der *formale* Gegensatz zwischen Sein und Sollen von der Theorie gegenüber den tatsächlich bestehenden innigen *materiellen*¹⁷³ Wechselbeziehungen zwischen beiden in den Hintergrund gedrängt und das Verhältnis zwischen Sein und Sollen auf verschiedene Weise als durchaus kein gegensätzliches dargestellt worden; (insbesondere seit jenem Zeitpunkte, da die immer stärker werdende Tendenz einsetzte, die formalistische Anschauungsweise der *Kantschen* Ethik zu verlassen.)

Wenn im folgenden auf diese Anschauungen näher eingegangen werden soll, geschieht dies deshalb, weil zahlreiche Gedankengänge, die auf dem Boden der Ethik zur Entwicklung kamen, von Juristen für das Gebiet des Rechtes übernommen wurden und bei der Konstruktion einiger Haupt- und Grundbegriffe der Rechtswissenschaft Bedeutung¹⁷⁴ erlangten, ohne daß bei dieser Übertragung von Resultaten moralphilosophischer Betrachtung in die Rechtswissenschaft auf die prinzipielle Verschiedenheit zwischen der heteronomen Natur des Rechtes und der autonomen der Moral sowie auf den streng formalen Charakter der Jurisprudenz Rücksicht genommen wurde.

¹⁶⁹ «um sie zum»] A₁ «um ihr motivierende Kraft zu verschaffen, und zum»; A₂ «um diese zum».

¹⁷⁰ «Mißbilligung einer Handlung und»] A₁ «Mißbilligung und»; A₂ «Mißbilligung einer Handlung und».

¹⁷¹ «so ... bei»] A₁ «so unzulässig ist diese Trennung für alle Fälle der Autonomie, bei»; A₂ «so ... bei».

¹⁷² «Norm»] A₁ «Sollen»; A₂ «Norm».

¹⁷³ «tatsächlich bestehenden innigen materiellen»] A₁ «tatsächlichen materiellen»; A₂ «tatsächlich bestehenden innigen materiellen».

¹⁷⁴ «Grundbegriffe der Rechtswissenschaft Bedeutung»] A₁ «Grundbegriffe von Bedeutung»; A₂ «Grundbegriffe der Rechtswissenschaft Bedeutung».

Da das Wesen des Sollens darin gelegen ist, daß es sich das Sein unterwirft, scheint es unmöglich, den Gegensatz zwischen beiden zu überbrücken und das Sollen aus dem Sein oder umgekehrt das Sein aus dem Sollen abzuleiten oder zu begründen¹⁷⁵. Allein, wenn man diesen formalen Standpunkt verläßt und die Frage nach Inhalt und Entstehung der Norm aufwirft, ergeben sich eine Reihe von Beziehungen zwischen Sein und Sollen, die vielen Theoretikern das¹⁷⁶ Verhältnis zwischen beiden als ein derartiges erscheinen lassen, daß sie das Sollen als einen Spezialfall des Seins, als einen besonders qualifizierten Zustand des Seins ansehen zu müssen glauben. Die¹⁷⁷ soziologische Forschung, welche die konkreten Sittengesetze einer Gemeinschaft zu einer bestimmten Zeit untersucht, zeigt, daß als Moralnorm¹⁷⁸ von dem Einzelnen stets nur¹⁷⁹ dasjenige gefordert wird, was seit Menschengedenken von den Gemeinschaftsgenossen tatsächlich und regelmäßig¹⁸⁰ geübt wurde und was für die Existenz der Gemeinschaft notwendig ist. Das zur Erhaltung der Gesamtheit¹⁸¹ erforderliche, den egoistischen Tendenzen des Einzelnen entgegengesetzte Verhalten, insoferne es von den allermeisten Gesellschaftsgliedern regelmäßig tatsächlich geübt wurde und geübt wird, ohne welches Verhalten die Gemeinschaft überhaupt niemals hätte bestehen können, bildet den Inhalt der sittlichen Normen, die in einem Volke Geltung haben; die Moralvorschriften sagen aus, unter welchen Existenzbedingungen die Gesellschaft bisher bestanden hat, gegenwärtig faktisch besteht¹⁸² und in Zukunft bestehen kann. Sie sind das Ergebnis einer Abstraktion, die das tatsächliche Verhalten der Einzelnen zusammenfaßt. So sagt *Simmel*¹⁸³: „Tiefere Einblicke (in das Verhältnis zwischen Sein und Sollen) gewinnen wir noch von der Erkenntnis aus, daß die soziale Gruppe im allgemeinen dasjenige als Pflicht vom Einzelnen fordert, was mehr oder minder tatsächlich und von jeher in ihr geübt wird, weil es die Bedingung ihrer Selbsterhaltung ist ...“ Subjektiv beruht dieses tatsächliche Verhalten der Einzelnen, das den Inhalt der abstrakten Regel ausmacht, auf jenen, dem Menschen als

| 20

| 19 ¹⁷⁵ Vgl. *Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral. Philosophische Bibliothek Bd. 11. Berlin 1869, S. 48.¹⁷⁵

| 20 ¹⁷⁶ a. a. O. I. S. 19.¹⁸³

¹⁷⁵ *Julius Hermann von Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke, Leipzig 1869, S. 48.

¹⁷⁶ «die vielen Theoretikern das»] A₁ «die das»; A₂ «die vielen Theoretikern das».

¹⁷⁷ «Seins ansehen zu müssen glauben. Die»] A₁ «Seins erscheinen lassen. Für die»; A₂ «Seins gelten. Für die»; A₃ «Seins ansehen zu müssen glauben. Die».

¹⁷⁸ «Morale Norm»] A₁ «Norm»; A₂ «Moral Norm».

¹⁷⁹ «stets nur»] A₁ «regelmäßig»; A₂ «stets nur».

¹⁸⁰ «Gemeinschaftsgenossen tatsächlich und regelmäßig»] A₁ «Gemeinschaftsgenossen regelmäßig»; A₂ «Gemeinschaftsgenossen tatsächlich und regelmäßig».

¹⁸¹ «Gesamtheit»] A₁ «Gattung»; A₂ «Gesamtheit».

¹⁸² «gegenwärtig faktisch besteht»] A₁ «gegenwärtig besteht»; A₂ «gegenwärtig faktisch besteht».

¹⁸³ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 19 f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

gesellschaftlich lebendem Wesen, als ζῶον πολιτικόν¹⁸⁴, angeborenen Trieben, die – im Gegensatz zu den egoistischen – nicht auf Erhaltung des Individuums, sondern auf Erhaltung der Gattung, der Gemeinschaft gerichtet sind. Diese altruistischen Triebe, die regelmäßig bei den allermeisten Menschen in größerer oder geringerer Intensität auftreten, werden häufig mit der moralischen Disposition der Menschen identifiziert. Indem diese moralisch-altruistischen Tendenzen des Individuums mit seinen egoistischen Neigungen in Widerstreit geraten, kommen sie ihm als Pflicht, als „gesollt“ zum Bewußtsein. Einer derartigen psychologisch-soziologischen Betrachtungsweise erscheint somit das Sollen im objektiven Sinn, die Norm, als Regel tatsächlichen Geschehens, das Soll im subjektiven Sinne, die Pflicht, als ein altruistischer Trieb, eine nach äußerlicher Realisierung strebende, mit egoistischen Trieben im Kampfe liegende Willensrichtung – jedenfalls aber als ein tatsächlicher Vorgang, als real-psychischer Zustand des Individuums, als ein Sein. Ganz in dem ausgeführten Sinne stellt auch *Simmel*²⁾ das subjektive Sollen¹⁸⁶ dar, wenn er sagt: „Immer sind es wirkliche | historische Zustände der Gattung, die in dem Einzelnen zu triebhaftem Sollen werden“, und an anderer Stelle¹⁾ ausführt: „daß das Sollen nichts anderes bedeutet als solche (altruistische) gefühlte Triebe in uns, die nicht auf den Egoismus zurückführbar, also überhaupt nicht weiter erklärbar sind“.

| 21

Wenn der Einzelne das sittliche Soll, die Norm, nicht bloß als subjektiven Trieb empfindet, sondern als eine von Außen, von einer höheren Macht aus an ihn herantretende Forderung, so wird das auf einen eigenartigen Prozeß der Objektivierung zurückgeführt, durch welchen der Mensch gewisse psychische Tatsachen nach¹⁸⁸ außen projiziert, von wo aus dieselben zu ihm in Formen wieder zurückkehren, die¹⁸⁹ ihren Ursprung kaum mehr erkennen lassen²⁾. So ist die Idee der Gottheit nur die Objektivierung des metaphysischen Ich, die Eigenschaften Gottes nur objektivierete menschliche Vorzüge und so zeigt sich das als der höhere Wille einer außer- und überhalb des Menschen stehenden Macht empfundene Sitten-

²⁾ a. a. O. I. S. 19.¹⁸⁵

| ¹⁾ a. a. O. I. S. 30.¹⁸⁷

²⁾ Vgl. *Kirchmann* a. a. O. S. 96.¹⁹⁰

| 21

¹⁸⁴ In seiner staatsphilosophischen Schrift „Πολιτικά“ (dt. „Politik“) bezeichnet Aristoteles (384–322 v. Chr.) den Menschen als ζῶον πολιτικόν (zoon politikón; *Aristoteles*, Pol. III, 6; 1278b 19), d. h. als im weitesten Sinne gemeinschaftsbildendes und gemeinschaftsbedürftiges Lebewesen.

¹⁸⁵ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 20.

¹⁸⁶ «das subjektive Sollen»] A «in seiner soziologischen Ethik das subjektive Sollen»; F* «das subjektive Sollen».

¹⁸⁷ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 30 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁸⁸ «gewisse psychische Tatsachen nach»] A₁ «gewisse innere Vorgänge nach»; A₂ «gewisse psychische Tatsachen nach».

¹⁸⁹ «wieder zurückkehren, die»] A₁ «wieder zurückgeworfen werden, die»; A₂ «wieder zurückkehren, die».

¹⁹⁰ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 175), S. 96.

gesetz – das die Theologie ja auch als Wille Gottes erkennt – nur als die Objektivierung der sittlichen Triebe des Menschen. Was im Grunde schon eigenes Wollen und Wünsen des Subjekts, was aber – weil noch nicht intensiv genug betont und im Widerstreit¹⁹¹ zu den starken egoistischen Trieben stehend – noch nicht alleinige und herrschende Willensrichtung geworden, die Stimme des Gewissens, das wird auf dem Wege jenes eigenartigen Gedankenprozesses der Objektivierung zur Forderung einer dem Individuum übergeordneten Autorität, zum Willen einer übermenschlichen Macht. Vom Standpunkte einer Naturgeschichte der Moral, einer Psychologie des Pflichtgefühls muß anerkannt werden, daß vom Menschen kein Moralebot fordert, was er nicht schon früher gewollt hat. Auf Grund solcher Anschauungsweise wäre es auch völlig verfehlt, das sittliche Handeln und das sittliche Wollen des Individuums auf die objektive Norm zurückzuführen. Denn unter diesem Gesichtspunkte stellt sich das Verhältnis gerade umgekehrt dar: Die Norm ist nur aus dem sittlichen Wollen des Subjektes, aus seiner moralischen Disposition abzuleiten, ist nur deren Objektivierung.

Betrachtet man, auf dem Boden einer autonomen Moral stehend, die Norm als den in objektivierter Form an den Menschen herantretenden sittlichen Trieb, dessen moralisches Wollen, dann ergibt sich mit voller Klarheit, was früher bereits angedeutet wurde, daß „Erkennen“ und „Anerkennen“ der Norm nur Eins ist.¹⁹² Während die Norm, die Inhalt und Ursprung – anders als das¹⁹³ Sittengesetz – keinem¹⁹⁴ subjektiven Wollen des Individuums verdankt, sobald¹⁹⁵ sie in das Bewußtsein dringt, also erkannt wird, noch einer Anerkennung bedarf, das ist des Beschlusses befolgt zu werden, um eine motivierende[...] Macht des Willenslebens¹⁹⁶ zu sein, ist die Moralnorm materiell selbst schon dasjenige, was sie formell zu bewirken hat: das sittliche Wollen und Verhalten des Subjektes. Der Norm in diesem Sinne – allerdings nur in diesem Sinne, und es wird noch zu zeigen sein, daß die Norm in diesem Sinne nicht in allen normativen Disziplinen erfaßt werden kann – wohnt das Moment des psychischen Zwanges von vornherein inne. Von diesem Sittengesetze kann *Windelband*^{1) 198} sagen: „mit unmittelbarer Evi-

| 22

| 22 |¹⁾ a. a. O. S. 237.¹⁹⁷

¹⁹¹ «Widerstreit»] A₁ «Widerspruch»; A₂ «Widerstreit».

¹⁹² Vgl. oben S. 97 f.

¹⁹³ «Ursprung – anders als das»] A «Ursprung – nicht wie das»; F* «Ursprung – anders als das».

¹⁹⁴ «keinem»] A₁ «dem»; A₂ «einem»; F* «keinem».

¹⁹⁵ «verdankt, sobald»] A₁ «verdankt, und somit materiell selbst schon ist, was sie formell bewirken will, sobald»; A₂ «verdankt, sobald».

¹⁹⁶ «Willenslebens»] A₁ «Seelenlebens»; A₂ «Willenslebens».

¹⁹⁷ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237.

¹⁹⁸ Wilhelm Windelband (1848–1915), Philosoph; studierte Medizin, Naturwissenschaften, Geschichte und Philosophie in Jena, Berlin und Göttingen. Er wirkte als Professor 1876–1877 in Zürich, 1877–1882 in Freiburg i. Br., 1882–1903 in Straßburg und 1903–1915 in Heidelberg. Windelband ist der Begründer der Südwestdeutschen Schule des Neukantianismus. Wichtige Werke: Präludien, Freiburg i. Br. 1884 (5. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1915); Lehrbuch der Geschichte

denz knüpft sich an das Bewußtsein¹⁹⁹ der Norm eine Art von psychologischer Nötigung, sie zu befolgen“. Ja das Wesen dieser Norm ist gewiß in der ihr immanenten unmittelbaren Evidenz zu erblicken. Und dagegen kann auch der für die objektive Norm einer heteronomen Gesetzgebung gewiß zutreffende Einwand nicht vorgebracht werden, daß es zahlreiche Fälle gäbe, in denen die in das Bewußtsein gedrungene Norm, das erkannte Sittengesetz, gar keine bestimmende Wirkung ausübt; denn die erkannte Norm ist schon der bewußt gewordene Trieb zum sittlichen Handeln, und als Norm und Pflicht wird²⁰⁰ von diesem subjektivistischen Standpunkte nur gelten gelassen, was als faktische Willensrichtung auftritt. Die Richtigkeit und Zulässigkeit dieser Betrachtungsweise vorausgesetzt, muß man mit *Windelband* sagen:²⁾ „Wer sich einer²⁰² besonderen oder allgemeinen ethischen Maxime bewußt geworden ist, der fühlt sich dadurch veranlaßt, dieselbe zum Motive seines Wollens zu machen“, und kann die Identität von „bewußt werden“ d. i. erkennen und „anerkennen“ voraussetzend fortfahren: „wer eine Norm als solche anerkennt, der ist eben damit überzeugt, daß er, so wie alle andern danach verfahren sollten.“²⁰³ Wird von diesem subjektivistisch-autonomen Standpunkte aus überhaupt noch von „Anerkennung“ einer Norm neben dem Erkennen, Bewußtwerden der Norm gesprochen, so hat der Begriff der Anerkennung hier gleichsam nur die Bedeutung einer Art gedanklichen Reduktionsprozesses²⁰⁴: die Rückverlegung²⁰⁵ der durch die Objektivierung scheinbar nach Außen projizierten Moralautorität in das Innere des Subjektes, das einzig und allein als Sittengesetzgeber fungieren kann.

Die notwendige Konsequenz eines derartigen autonom-subjektivistischen Normbegriffes ist dann auch die Tatsache, daß ein Urteil, durch welches eine konkrete Handlung auf ihr Verhältnis zu einer Norm geprüft wird, stets ein Billigungs- oder Mißbilligungsurteil sein muß, | denn ein solches Urteil, das eine Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der Handlung mit einer Norm aussagt²⁰⁶, konstatiert zugleich die Harmonie oder Diskrepanz dieser fremden

| 23

²⁾ a. a. O. S. 237.²⁰¹

der Philosophie, Freiburg i. Br. 1892 (6. Aufl., Tübingen 1912); Prinzipien der Logik, Tübingen 1913; Einleitung in die Philosophie, Tübingen 1914.

¹⁹⁹ «Bewußtsein»] *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237: «Bewußtwerden».

²⁰⁰ «als Norm und Pflicht wird»] A₁ «als Pflicht gilt [bricht ab]»; A₂ «als Norm und Pflicht wird».

²⁰¹ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237.

²⁰² «Wer sich einer»] *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237: «Wer sich des Sittengesetzes, einer».

²⁰³ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237.

²⁰⁴ «Bedeutung einer Art gedanklichen Reduktionsprozesses»] A₁ «Bedeutung eines Reduktionsprozesses»; A₂ «Bedeutung einer Art gedanklichen Reduktionsprozesses».

²⁰⁵ «Rückverlegung»] A₁ «Anerkennung»; A₂ «Rückverlegung».

²⁰⁶ «Handlung mit einer Norm aussagt»] A₁ «Handlung aussagt»; A₂ «Handlung mit einer Norm aussagt».

Handlung mit dem eigenen subjektiven Wünschen des Urteilenden, dessen Handlungs- und Beurteilungstendenz, die ja identisch ist mit der Norm¹⁾.

Für eine Betrachtungsweise, der das Sollen nur als ein Spezialfall des Seins erscheint, muß auch der Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm – zumindest auf sittlichem Gebiete – verschwinden. Diese soziologische, psychologisch-genetische Methode muß von vornherein zu andern Resultaten gelangen als die formalistische. Die Normen stellen sich als Regeln dar, nach denen „der Wert dessen, was naturnotwendig geschieht, beurteilt wird“, ²⁾ d. h. also Regeln, auf Grund deren etwas Tatsächliches geschieht: nämlich das Beurteilen, während die Naturgesetze der urteilenden Vernunft angehören, d. h. das naturnotwendige Geschehen frei von Billigung oder Mißbilligung, ohne jede Bewertung als naturnotwendig erkennen lassen³⁾. Die der Norm entsprechenden Handlungen erfolgen ebenso naturnotwendig wie alle andern. Das Verhältnis der Norm zu dem Naturgesetze, das ebenfalls ein naturnotwendiges Geschehen beinhaltet, wird dann – nach *Windelband* – in der Weise aufgesucht und festgestellt, daß man die normgemäßen Handlungen, das sind jene, welche dem „normativen Bewußtsein, dem sittlichen Gewissen entsprechen“, auch nur als solche Willensbetätigungen erkennt, die nach dem Motivationsgesetze – d. i. dem Kausalgesetze des menschlichen Willens – möglich sind und verwirklicht werden. Die Gebote des sittlichen Gewissens nun sind „gewisse Formen der Motivation, welche durch den naturgesetzlichen Prozeß hervorgerufen werden können, aber durchaus selten wirklich hervorgerufen werden.“ Die Normen sind daher mit den Naturgesetzen zwar nicht identisch, sie stehen denselben aber auch nicht „als ein fremdes und fernes gegenüber: jede Norm ist vielmehr eine solche Verbindungsweise psychischer Elemente, welche unter dem naturnotwendigen, gesetzlich bestimmten Prozeß des Seelenlebens unter geeigneten Umständen ebenso wie viele andere und wie auch die entgegengesetzten hervorgerufen werden kann. Eine Norm ist eine bestimmte durch die Naturgesetze des Seelenlebens herbeizuführende Form der psychischen Bewegung.“ Die Normen sind daher „besondere Formen der Verwirklichung von Naturgesetzen“, „die Normalgesetzgebung ist mit der Naturgesetzgebung weder identisch noch im | Widerspruch; sie ist eine Selektion aus den durch die Naturgesetzgebung bestimmten Möglichkeiten“⁴⁾.

| 23 |¹⁾ Vgl. *Sigwart*, *Logik I*³ S. 159ff. Anmerkung.²⁰⁷

²⁾ *Windelband* a. a. O. S. 219.²⁰⁸

³⁾ Vgl. *Windelband* a. a. O. S. 219.²⁰⁹

| 24 |⁴⁾ a. a. O. S. 224–226.²¹⁰

²⁰⁷ *Christoph Sigwart*, *Logik*, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 3. Aufl., Tübingen 1904, S. 159–166 Anm. *.

²⁰⁸ *Windelband*, *Normen* (Anm. 43), S. 219.

²⁰⁹ *Windelband*, *Normen* (Anm. 43), S. 219.

²¹⁰ *Windelband*, *Normen* (Anm. 43), S. 223–226 – für die vorstehenden fünf Zitate.

21
76

ferner die Multination, welche sich über mehrere
 gesellschaftliche Stufen hinwegziehen werden können
 wenn die soziale Welt sich fortentwickelt werden.
 Die Nationen sind aber mit dem Reichsgesetz
 ganz nicht vereinbar, im hohen Maße aber
 nicht mit dem föderalen, nicht föderal organisierten
 Reich: jede Nation ist reichlich ein solches Reich
 bei weitem mehr als die föderale (Constitution) / welche
 nicht den vollen Staat darstellt, sondern nur
 die in dem Staat des Bundesland untergeordnet
 unter den Bundesländern stehen in die werden
 sind wie eine die untergeordneten föderalen
 u. sind nach dem Reich. Eine Nation ist eine
 vollständige Einheit die föderale des Bundesland
 fasten ist die föderale von der föderalen Souveränität.

Deutlich tritt bei diesen Gedankengängen der psychologische Standpunkt, die Tendenz, das tatsächliche Geschehen, nämlich das normgemäße Handeln zu erklären, hervor. Auf Grund dieser Voraussetzungen, die das Sollen als besonders qualifiziertes Sein erscheinen lassen, kann und darf eine Disparität zwischen²¹¹ Naturgesetz und Norm nicht vorhanden sein. Fraglich ist nur – und zur Prüfung dieser Frage allein wurden diese Gedankengänge hier eingehender reproduziert – ob diese Methode der Betrachtung auch für die Normen des Rechtes innerhalb der Jurisprudenz zulässig ist.

Auf der Basis einer die Seins-Tatsachen²¹² des sittlichen Lebens berücksichtigenden Ethik mußte auch die berühmte Formel²¹³ *Kants*, derzufolge das Sittengesetz volle Geltung habe, ungeachtet der Tatsache, ob es befolgt oder nicht befolgt werde,²¹⁴ jene Formel, die das Sollen unabhängig von allem Sein konstruiert, Widerspruch finden. Insofern man die Norm überhaupt nur als Tatsache des subjektiven Seelenlebens, als eine real existente Willensrichtung im Individuum gelten läßt, kann ein Sittengesetz gar nicht denkbar sein, das nicht seine Befolgungstendenz in sich selber trüge. Für die objektivierte Norm muß dann angenommen werden, daß sie aufhöre, Norm zu sein, wenn sie nicht mehr befolgt wird, daß die Geltung der Norm, ihr Sollen, stehe und falle mit ihrer Wirkung: ihrem Sein. Eine objektive Norm, die nicht mehr als²¹⁵ subjektive Handlungstendenz in den einzelnen Menschen tatsächlich lebt²¹⁶, hat ihren Charakter als Sittengesetz verloren. Der Grundsatz, daß eine Norm nur insofern als solche angesehen werden kann, als sie nicht bloß ein Sollen statuiert, sondern auch ein Sein bestimmt, gründet seine Berechtigung eben auf die Tatsache, daß jedes Sittengesetz aus dem Innern des Menschen als sittlicher Trieb entspringt und mit diesem verschwindet. Für die psychologisch-genetische Betrachtung ist der Gegensatz zwischen dem objektiven Sittengesetze und dem subjektiven Willen des Individuums nur ein scheinbarer; das reale Substrat der Norm ist ausschließlich die sittliche Willensdisposition des Individuums, der gegenüber eine selbständige objektive Norm nur als Konstruktion eines gedanklichen Objektivierungsprozesses erscheint.

Auch unter einem andern Gesichtspunkte als dem streng subjektivistischen einer autonomen Moral ist ein Sittengesetz undenkbar, das niemals oder nicht mehr und unter keinen Umständen tatsächlich befolgt²¹⁷ würde. Denn, wie schon

²¹¹ «lassen, kann und darf eine Disparität zwischen»] A₁ «lassen, ist eine Disparität zwischen»; A₂ «lassen, kann u darf eine Disparität zwischen».

²¹² «die Seins-Tatsachen»] A₁ «die Tatsachen»; A₂ «die SeinsTatsachen».

²¹³ «die berühmte Formel»] A₁ «die Formel»; A₂ «die berühmte Formel».

²¹⁴ Vgl. z. B. *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785, S. AA IV 419–421.

²¹⁵ «nicht mehr als»] A₁ «nicht als»; A₂ «nicht mehr als».

²¹⁶ «Menschen tatsächlich lebt»] A₁ «Menschen lebt»; A₂ «Menschen tatsächlich lebt».

²¹⁷ «mehr und unter keinen Umständen tatsächlich befolgt»] A₁ «mehr befolgt»; A₂ «mehr und unter keinen Umständen tatsächlich befolgt».

oben gezeigt, stellt sich jedes konkrete Sittengesetz, seinem Inhalte nach, historisch betrachtet, als eine Abstraktion dessen dar, was lange Zeit, tatsächlich und regelmäßig geübt wurde.²¹⁸ Der Natur und dem gewöhnlichen Verhalten des Durchschnittsmenschen entsprechend, wendet sich diese Regel des menschlichen Handelns und Unterlassens als Norm – im Sinne des Darnachachtungsgebotes – gegen das nichtbefolgende Individuum als eine Ausnahme von der Regel. Und diese Regel verliert natürlich ihren Normcharakter – im Sinne des Sollens – sobald sie aufhört, eine Regel des tatsächlichen Geschehens – des Seins – zu sein.

Vom Standpunkte der oben charakterisierten autonom-subjektiven Auffassung hat es vielleicht tatsächlich keinen praktischen Zweck, den formalen Gegensatz zwischen Sein und Sollen beim Sittengesetze in²¹⁹ jener Schärfe aufrecht zu erhalten, in der *Kant* und *Fichte* ihn formuliert haben;²²⁰ und die Theoretiker, die der formalistischen Anschauungsweise der *Kant-Fichteschen* Formel widersprochen haben, konnten sich auf die Tatsache stützen, daß dem formalen Gegensatze von Sein und Sollen die substantielle Identität beider Momente – einerseits für die psychologische Betrachtung im Innern des Subjektes, die das Sollen als tatsächliches Wollen erkennt, andererseits für die historische Betrachtung, die den Inhalt der Norm als Regel tatsächlichen und durchschnittlichen Geschehens aufzeigt – gegenübersteht.

Schon *Schleiermacher* hat in dem bereits zitierten Aufsätze über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz²²¹ gegen die *Kant-Fichtesche* Formel polemisiert,²²² und seine Ausführungen, deren Grundgedanke in den meisten späteren²²³ Schriften über das fragliche Problem wiederkehren, sollen hier darum wiedergegeben werden, weil sie eine Argumentation enthalten, die aus doppeltem Grunde für die Jurisprudenz von Bedeutung ist: Einmal haben die meisten Rechtsphilosophen²²⁴ und Theoretiker des positiven Rechtes diese Argumentation für das Rechtsgebiet übernommen, und zweitens schließt *Schleiermacher* die Ungültigkeit der *Kantschen* Formel für das Sittengesetz aus seiner angeblichen Unanwendbarkeit für das Rechtsgesetz: A. a. O. S. 407²²⁵ führt er aus: „Besteht – denn

²¹⁸ Vgl. oben S. 100.

²¹⁹ «sein. [...] in»] A₁ «sein. [...] Der formale Gegensatz zwischen Sein und Sollen ist beim Sittengesetz tatsächlich nicht in»; A₂ «sein. [...] in».

²²⁰ Vgl. z. B. *Kant*, KrV (Anm. 2), S. A 318f., S. B 375 (vgl. zu dieser Kant-Stelle: *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 62f.); *Johann Gottlieb Fichte*, Das System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre (1798), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke*, Bd. 4, Berlin 1845, S. 1–365 (54–59, 65–70); *Johann Gottlieb Fichte*, Die Anweisung zum seligen Leben, oder auch die Religionslehre (1806), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke*, Bd. 5, Berlin 1845, S. 397–574 (502).

²²¹ «über ... Sittengesetz»] A₁ «über Naturgesetz u Sitt [bricht ab]»; A₂ «über ... Sittengesetz».

²²² *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117).

²²³ «in den meisten späteren»] A₁ «in vielen späteren»; A₂ «in den meisten späteren».

²²⁴ «haben die meisten Rechtsphilosophen»] A₁ «haben Rechtsphilosophen»; A₂ «haben die meisten Rechtsphilosophen».

²²⁵ *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 407–409 – im Originalzitat „Gesetz“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A; Hervorhebungen von Kelsen.

darauf laufen die *Kantischen* und die *Fichtischen* Erklärungen hinaus – besteht die absolute Gültigkeit des Sittengesetzes darin, daß es immer gelten würde, wenn auch niemals geschähe, was es gebietet, weil ja doch das Soll desselben besteht, auch wenn ihm ein Sein gar nicht anhängt, die absolute Gültigkeit des Naturgesetzes hingegen darin, daß immer geschehen muß, was darin ausgesagt ist? Was das erste betrifft, so ist allerdings wahr, daß die Gültigkeit des Gesetzes nicht abhängt von der Vollständigkeit seiner Ausführung; ja es ist der richtige Ausdruck für unsere Annahme des Gesetzes, daß, ohnerachtet wir keine einzige menschliche Handlung | für schlechthin vollkommen, also ganz dem Gesetze entsprechend erkennen, die Gültigkeit des Gesetzes dadurch dennoch gar nicht leidet. Allein auf der andern Seite muß doch immer etwas vermöge des Gesetzes geschehen, sonst wäre es auch kein Gesetz. *Denn wenn wir auf den Prototyp des Sollens, nämlich auf das bürgerliche Gesetz zurückgehen, würde wohl jemand sagen, das sei wirklich ein Gesetz, das zwar ausgesprochen sei als solches, aber niemand mache auch nur die geringste Anstalt, dem Gesetz zu gehorchen? Gewiß würden wir verneinen, aber dann auch hinzufügen, der Gesetzgeber sei auch keine Obrigkeit, weil²²⁶ seine Aussprüche nicht anerkannt werden und das ganze Verhältnis nur im Anerkennen bestehe.* Werden wir nun nicht *auf dieselbe Art* auch vom Sittengesetze sagen müssen: Wenn in keinem Menschen die geringsten Anstalten gemacht würden, demselben zu gehorchen, und das was *Kant* die Achtung für das Gesetz nennt, gar nicht vorhanden wäre; denn diese ist doch immer schon ein wengleich unendlich kleiner Anfang des Gehorsams²²⁷: so wäre auch das Sittengesetz kein Gesetz, sondern ein theoretischer Satz, von welchem man sagen könnte, er würde ein Gesetz sein, wenn es eine Anerkenntnis desselben gäbe? ... Kann man also wohl sagen, das Sittengesetz würde gelten, wenn auch nie etwas demselben gemäß geschähe? ... Das Gesetz ist also nur Gesetz, insofern es also auch ein Sein bestimmt und nicht als ein bloßes Sollen, wie denn auch ein solches strenggenommen gar nicht nachgewiesen werden kann^{(1) 229}.

|26 |¹⁾ Zu diesen Ausführungen *Schleiermachers* bemerkt *Eucken* a.a.O. S. 163,²²⁸ das Problem des Verhältnisses von Natur- und Sittengesetz sei durch *Kant* in den Vordergrund gebracht. „Denn indem er die Moral über alles seelische Getriebe hinaushob, mußte sich das Sittengesetz mit seinem Soll vom Naturgesetz bis zu schroffem Gegensatz abheben. Einem *Schleiermacher* schien damit das Sittliche unter einen einseitigen Anblick gestellt und eines sicheren Haltes in der menschlichen Natur beraubt; das trieb ihn, den engen Zusammenhang von Natur- und Sittengesetz zu verfechten. Aber diesen berechtigten Gedanken hat *Schleiermacher* stark überspannt und das Charakteristische der Moral dadurch abgeschwächt. Wer die Moral zur Natur des Menschen rechnet, der gibt dem Begriff der Natur einen neuen Sinn und hat sie scharf von allem bloßen Dasein zu scheiden; so ist schließlich *Kant* in besserem Rechte als *Schleiermacher*. Die unmittelbare Gleichsetzung von Natur- und Sittengesetzen entspricht dem Stande der antiken Ethik; sie ist hinfällig geworden und widerspricht der weltgeschichtlichen Lage, nachdem das Verhältnis des

²²⁶ «Obrigkeit, weil»] *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 408: «Obrigkeit mehr, weil».

²²⁷ «Gehorsams»] *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 408: «Gehorchens».

²²⁸ *Eucken*, Strömungen (Anm. 45), S. 163 f.

²²⁹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

| Bevor untersucht werden soll, inwieferne, ja ob überhaupt die²³⁰ hier vorausgesetzte Analogie zwischen Rechtsgesetz und Sittengesetz besteht und ein Schluß von dem einen auf das andere zulässig ist, muß das gegenseitige Verhältnis von Norm und²³¹ Naturgesetz in einer bestimmten Hinsicht hervorgehoben werden, nämlich in Bezug auf die Relation zur Gesetz- resp. Normwidrigkeit.

|27

Faßt man das Naturgesetz in einem exakten, strengen²³² Sinne, dann kann es keine Erscheinung geben, die gegen ein Naturgesetz verstieße. Jede solche Tatsache würde nur die Falschheit des Naturgesetzes zeigen, würde zu dem zwingenden Schlusse führen, daß das angebliche Naturgesetz keines gewesen sei. Bedient man sich jedoch des Wortes Naturgesetz in einem weniger strengen Verstande, und begreift man darunter Regeln, die eine konstante – wenn auch nicht absolute und ausnahmslose Gleichförmigkeit im Naturlaufe ausdrücken¹⁾, so wie es etwa die Gesetze der Psychologie, die Formeln der Biologie²⁾ tun, dann hat man es mit Gesetzen zu tun, die eine Ausnahme wohl zulassen; und diese Ausnahmen stellen die Richtigkeit der Regel, solange sie gegenüber²³⁵ der Majorität der der Regel entsprechenden Fälle nur vereinzelt bleiben, nicht nur nicht in Frage, es gilt von ihnen sogar die²³⁶ populäre Anschauung, daß sie diese Regel bestätigen.

Betrachtet man das Sittengesetz unter dem streng formalistischen Gesichtspunkte der objektiven Norm und sieht man seine Geltung nur in seinem Sollen ohne jede Rücksicht auf ein entsprechendes Sein, dann verträgt²³⁷ die Norm ebenso wenig eine „Ausnahme“, wie das exakte Naturgesetz, das sich als ein Spezialfall des Kausalgesetzes darstellt. Läßt sich ein einziger Fall nachweisen, der dem Inhalte der Norm nach unter diese fällt, für den jedoch die Norm²³⁸ nicht gelten soll, dann muß²³⁹ diese Norm als ebenso ungültig betrachtet werden, wie das vermeintliche Naturgesetz, dem ein tatsächlicher Vorgang widerspricht. Etwas an-

Menschen zum Geistesleben hat schwere Verwicklungen erkennen lassen. Auch wäre leicht zu zeigen, daß wo immer moderne Denker die Sittengesetze prinzipiell als Naturgesetze faßten, der Verlauf der Untersuchung sie immer wieder zur Anerkennung einer abweichenden Art gezwungen hat.“

¹⁾ *Paulsen*, System der Ethik, 7. Aufl. 1906, S. 13.²³³

²⁾ *Paulsen*, a. a. O. S. 13.²³⁴

|27

²³⁰ «inwieferne, ja ob überhaupt die»] A₁ «inwieferne die»; A₂ «inwieferne ja ob überhaupt die».

²³¹ «von Norm und»] A₁ «von Rechtsgesetz Sittengesetz und»; A₂ «von Norm und».

²³² «einem exakten, strengen»] A₁ «einem strengen»; A₂ «einem exakten strengen».

²³³ *Friedrich Paulsen*, System der Ethik mit einem Umriss der Staats- und Gesellschaftslehre, Bd. 1, 7. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906, S. 13.

²³⁴ *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 13.

²³⁵ «solange sie gegenüber»] A₁ «solange sie vereinzelt bleiben und [bricht ab]»; A₂ «solange sie gegenüber».

²³⁶ «ihnen sogar die»] A₁ «ihn [sic] die»; A₂ «ihn sogar die».

²³⁷ «verträgt»] A₁ «ist»; A₂ «verträgt».

²³⁸ «nachweisen ... die Norm»] A₁ «nachweisen, in dem diese Norm»; A₂ «nachweisen ... diese Norm».

²³⁹ «muß»] A₁ «ist»; A₂ «muß».

deres ist es, wenn der Fall²⁴⁰ eintritt, daß²⁴¹ eine Norm tatsächlich nicht befolgt wird; denn dies bedeutet keine Ausnahme von ihrer „Geltung“, d. i. von ihrem Sollen, das ja auch diesem Falle gegenüber bestehen bleibt, sondern von ihrer „Wirkung“.

Der²⁴² Geltung des Naturgesetzes und der Ausnahme hiervon entspricht bei einer vergleichsweisen Analogie mit der Norm nicht deren tatsächliches Befolgtwerden und das vielleicht ausnahmsweise Nicht-befolgtwerden – sondern deren Befolgtwerdensollen und etwaiges Nicht-befolgtwerdensollen. Vom objektiven Standpunkte einer heteronomen Gesetzgebung ist es gewiß unrichtig, einen Fall der Nichtbefolgung der Norm als „Ausnahme“ von dieser²⁴³ Norm zu betrachten. | Denn die Geltung der Norm ist für diesen Fall gar nicht ausgenommen, auch für diesen Fall „gilt“ die Norm d. h. soll sie befolgt werden, und nur weil sie gilt, stellt sich dieser Fall als ein besonderer²⁴⁴ gegenüber den andern dar: als Normwidrigkeit. Als „Ausnahme“ steht ein Fall jener Regel gegenüber, die – obgleich der betreffende Fall dem²⁴⁵ Inhalt der Regel nach unter diese fällt – dennoch für ihn nicht zutrifft; ein solcher Fall ist dem exakten Naturgesetze gegenüber gleichbedeutend mit dessen Vernichtung; bei einer bloßen – nicht ausnahmslosen – Regel zeigt er jedenfalls, daß eine Geltung des Gesetzes für ihn nicht besteht. Man muß eben – steht man auf einem objektiven Standpunkte – scharf²⁴⁶ zwischen der Bedeutung unterscheiden, die „Geltung“ beim Naturgesetz²⁴⁷ und bei der „Norm“ hat. Und man muß vermeiden, die „Wirkung“ der Norm d. i. ihr tatsächliches Befolgtwerden mit der „Geltung“ des Naturgesetzes zu vergleichen; welch letztere ihre Analogie bei der Norm ebenfalls in deren „Geltung“ d. i. deren „Befolgtwerdensollen“ findet.

Betrachtet man die Tatsachen des sittlichen Lebens, das sittliche Verhalten der Menschen unter dem Gesichtspunkte der explikativen, erklärenden Disziplinen, muß sich das normgemäße Verhalten, das Befolgen der Moralvorschriften seitens der Menschen als ein ebenso naturnotwendiges, also unter Naturgesetzen stehendes Faktum darstellen wie jeder tatsächliche Vorgang. Kommt man auf Grund der Beobachtung des tatsächlichen Verhaltens zu der Erkenntnis, daß das Verhalten der Menschen in den meisten Fällen den Normen entspricht, die sie sich zur Richtschnur ihres Lebens nehmen, kann man die Regel aufstellen, daß die Menschen im allgemeinen die Normen befolgen. Dieser Naturregel gegenüber ist der

240 «der Fall»] A «ein Fall»; F* «der Fall».

241 «daß»] A «in dem»; F* «daß»

242 «bleibt, sondern von ihrer „Wirkung“.] Der»] A₁ «bleibt.] Der»; A₂ «bleibt, sondern von ihrer „Wirkung“.] Der».

243 «„Ausnahme“ von dieser»] A₁ «„Ausnahme“ dieser»; F* «„Ausnahme“ von dieser».

244 «als ein besonderer»] A₁ «als der besondere»; A₂ «als ein besonderer».

245 «obgleich der betreffende Fall dem»] A₁ «obgleich er dem»; A₂ «obgleich der betreffende Fall dem».

246 «Man muß ... scharf»] A₁ «Man muß eben scharf»; A₂ «Man muß ... scharf».

247 «Naturgesetz»] A₁ «Gesetz»; A₂ «NaturGesetz».

Einzelfall einer Nichtbefolgung eine „Ausnahme“; und diese Regel des tatsächlichen Verhaltens ist es, die einem solchen Falle gegenüber versagt, nicht²⁴⁸ gilt, während die formale Norm auch in diesem Falle befolgt werden soll, also in ihrem besonderen eigensten Sinne²⁴⁹ „gilt“. Das Moralegebot, fremdes Eigentum zu achten, gilt auch für den Dieb, während die Regel, daß die Menschen im allgemeinen fremdes Eigentum respektieren²⁵⁰, dem einzelnen Diebstahle gegenüber ausgenommen ist. Die Normwidrigkeit ist nicht eine Ausnahme von der *Geltung* der Norm, sondern von der ihre tatsächliche *Wirkung* konstatierenden Regel – einem Naturgesetze im weitesten Sinne.

Auch dieser Gegensatz zwischen Naturgesetz und Norm verliert stark an Bedeutung, wenn man den hier bereits wiederholt charakterisierten subjektiven Standpunkt der autonomen Gesetzgebung einnimmt und die Norm ihrem Inhalte nach als Kulturhistoriker betrachtet²⁵¹.

|Berücksichtigt man, daß jede Norm nur ein Verhalten statuiert, das regelmäßig eintritt, also ihrem Inhalte nach auch eine Regel des tatsächlichen Handelns und Unterlassens der Menschen ist, dann stellt die normwidrige Handlung oder Unterlassung eine Ausnahme jener Regel dar, die man als Substanz der Norm erkennt. Als typisch²⁵² für diese Anschauungsweise können die Ausführungen gelten, die *Paulsen*¹⁾ ²⁵⁴ über diesen Punkt in besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Naturgesetz und Norm in seinem System der Ethik gibt. Nachdem er als Naturgesetze in einem weiteren Sinne auch die nicht ausnahmslosen Regeln der Biologie und der medizinischen Diätetik²⁵⁵ erklärt hat, fährt er fort: „In diesem Sinne kann man auch²⁵⁶ die Sätze der Ethik Naturgesetze nennen: Sie drücken ebenfalls regelmäßige Zusammenhänge zwischen Verhaltensweisen und Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung aus. Lüge hat die Tendenz, Mißtrauen hervorzurufen, Mißtrauen hat die Tendenz, menschliches Gemeinschaftsleben zu

|29

¹⁾ a. a. O. S. 13 ff. ²⁵³

|29

²⁴⁸ «versagt, nicht»] A₁ «versagt, zu gelten aufhört [bricht ab]»; A₂ «versagt, nicht».

²⁴⁹ «besonderen eigensten Sinne»] A₁ «besonderen Sinne»; A₂ «besonderen eigensten Sinne».

²⁵⁰ «fremdes Eigentum respektieren»] A «fremdes respektieren»; F* «fremdes Eigentum respektieren».

²⁵¹ «nach als Kulturhistoriker betrachtet»] A₁ «nach betrachtet»; A₂ «nach als Kulturhistoriker betrachtet».

²⁵² «Als typisch»] A «Typisch»; F* «Als typisch».

²⁵³ *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 13–16.

²⁵⁴ Friedrich Paulsen (1846–1908), Pädagoge und Philosoph; 1875 in Berlin habilitiert, 1878 Lehrauftrag, ab 1894 Professur ebendort. Er war Lehrer u. a. von Edmund Husserl und Ferdinand Tönnies. Wichtige Werke: System der Ethik mit einem Umriss der Staats- und Gesellschaftslehre, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1889 (12. Aufl., 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1921); Das deutsche Bildungswesen in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1906 (6. Aufl., Leipzig 1928).

²⁵⁵ «Biologie und der medizinischen Diätetik»] A₁ «Biologie e. c.»; A₂ «Biologie und der medizinischen Diätetik».

²⁵⁶ «auch»] *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14: «nun auch».

stören und zu zerstören, das sind Generalisierungen von derselben Art wie die, daß Alkohol die Tendenz hat, das Nervensystem zu zerstören²⁵⁷.“²⁵⁸

Man sieht, daß *Paulsen* die Norm überhaupt in gar keinen Gegensatz zum erklärenden Naturgesetz stellt, sondern direkt als Naturgesetz bezeichnet. Noch deutlicher wird sein Standpunkt in folgenden Sätzen: „Es wird eingewendet: die Sätze der Ethik oder die Sittengesetze drücken ein Sollen, nicht aber ein Sein aus, wie es die Naturgesetze tun. Du sollst nicht lügen – das ist ein Gesetz der Moral, und zwar ein allgemeingültiges, trotz aller Abweichungen der Wirklichkeit. Mit den Rechtsgesetzen, sagt man, stehen die Moralgesetze in nächster Verwandtschaft, nicht mit den Naturgesetzen. – Sicherlich sind sie mit diesen verwandt, ja vielleicht kann man sagen: die ursprünglichen Rechtsgebote sind nur ein Ausschnitt aus dem Sittengesetz, aber das hindert nicht, daß sie auch mit den Naturgesetzen verwandt sind. Die Rechtsgesetze drücken freilich zunächst ein Sollen aus, von dem das wirkliche Verhalten Ausnahmen macht; aber doch eben nur Ausnahmen. Die Regel ist doch, daß das Gesetz auch das wirkliche Verhalten der Bürger ausdrückt. Ein Gesetz, das alle Welt überträte, würden wir wohl nicht mehr zu den geltenden Gesetzen zählen. Zu seiner Wirklichkeit gehört nicht bloß, daß es auf einem Stück Papier gedruckt steht, sondern daß es das wirkliche Verhalten – wenn auch nicht mit absoluter Regelmäßigkeit bestimmt. Dazu kommt noch ein zweites: das Rechtsgesetz hat zwar zunächst seinen Ursprung im Willen des Menschen, aber zuletzt hat es seinen | Grund in der Natur der Dinge, in kausalen Zusammenhängen zwischen Handlungen und ihren Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung. Du sollst nicht fälschen, stehlen, brandstiften, oder wie es im Gesetze heißt: wer fälscht, stiehlt, wird so und so bestraft; dies Gebot hat seinen eigentlichen Grund darin, daß diese Dinge bedrohliche Wirkungen für das Gemeinwesen haben. Stehlen hat die Tendenz, die Eigentumsordnung, fälschen die Tendenz, den öffentlichen Glauben zu untergraben, schließlich also die Gütererzeugung und den Güterumsatz zu zerstören. Dieses Naturgesetz ist der letzte Grund des Rechtsgesetzes; das Rechtsgesetz ist eine Regel für das Verhalten der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft, welche die Sicherung der Lebensbedingungen der Gemeinschaft zur Absicht hat. Beides gilt auch für die Moralgesetze. Ein Sittengesetz drückt nicht bloß ein Sollen, sondern auch ein Sein aus. Der Kulturhistoriker wird ohne Zweifel sagen: es drückt regelmäßiges, wenn auch nicht ausnahmsloses Verhalten der Glieder des Kreises aus, der es als gültig anerkennt; und jedenfalls ist es ein Prinzip, nach welchem regelmäßig über Handlungen geurteilt wird. ...“²⁵⁹

Deutlich tritt hier die in erster Linie die Tatsachen des sittlichen Lebens berücksichtigende historische Methode²⁶⁰ hervor, die das formale Moment mehr oder

²⁵⁷ «zerstören»] *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14: «zerrütten».

²⁵⁸ *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14.

²⁵⁹ *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14f.

²⁶⁰ «Deutlich ... Methode»] A₁ «Deutlich zeigt sich hier der die [sic] Tatsachen des sittlichen Lebens in erster Linie berücksichtigende historisch psych [bricht ab]»; A₂ «Deutlich ... Methode».

weniger vernachlässigt. *Paulsen* selbst betont ausdrücklich den²⁶¹ *kulturhistorischen* Standpunkt seiner Argumentation.²⁶² Inwieweit derselbe für die Erfassung der Rechtsercheinungen brauchbar ist, soll später erörtert werden. Für das Gebiet der Ethik muß jedenfalls zugegeben werden, daß, wenn auch die hier für den objektiven Standpunkt geforderte formelle Unterscheidung²⁶³ zwischen der Regel des tatsächlichen Geschehens und der ein entsprechendes Sollen statuierenden Norm auch für den subjektiven Standpunkt möglich ist, sie doch für den letzteren an Bedeutung wesentlich verliert und leicht ganz verwischt wird.

Was insbesondere die Versuche anlangt, die Sittengesetze als moralisch-diätetische Regeln zu fassen und sie so in eine Linie mit den Naturgesetzen zu stellen, ist folgendes zu bemerken: Betrachtet man, um Naturgesetz und Norm miteinander zu vergleichen, beide von einem gemeinsamen Standpunkte aus, so zeigt sich, daß sie sich schon durch den Zweck voneinander unterscheiden¹⁾:²⁶⁵ Der ein Naturgesetz beinhaltende Satz will ein Seiendes *erklären*, bestehende Zusammenhänge konstatieren – die Norm will ein Neues schaffen, setzt sich zur Aufgabe²⁶⁶, ein bestimmtes Verhalten der Menschen | zu erzielen. Die Form, in der die²⁶⁷ Norm erscheint, in der sie ihren eigentümlichen Zweck erfüllt, kann eine sehr verschiedene sein. Als nackter Imperativ erscheint das göttliche Gebot: liebe deinen Nächsten; in einem hypothetischen Urteile verspricht das Gebot der Elternverehrung irdische Vorteile eines langen Lebens für den Fall der Darnachachtung, und²⁶⁸ bei primitiven Völkern mögen beispielsweise Reinlichkeitsvorschriften keine andere Sanktion haben als den Hinweis auf die nachteiligen natürlichen Folgen für die Gesundheit und das Leben der Übertreter. Eine solche Norm ist äußerlich nichts anderes als die²⁶⁹ Konstatierung eines tatsächlichen Zusammenhanges²⁷⁰ zwischen einem menschlichen Verhalten und seinen naturgesetzlichen Folgen. Zur Norm wird ein solcher Satz, sofern er die nicht weiter erklärbare Fähigkeit hat, ein Sollen

| 31

¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen über die teleologische Betrachtung der Norm unten S. 69.²⁶⁴

| 30

²⁶¹ «betont ausdrücklich den»] A₁ «betont den»; A₂ «betont ausdrücklich den».

²⁶² Vgl. *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 29–216.

²⁶³ «Standpunkt geforderte formelle Unterscheidung»] A₁ «Standpunkt aufgeforderte Unterscheidung»; A₂ «Standpunkt geforderte formelle Unterscheidung».

²⁶⁴ Vgl. unten S. 159.

²⁶⁵ «bemerken: ... unterscheiden:»] A₁ «bemerken: der Begriff der Norm ist ein *Zweckbegriff* [ein Zeichen unlesbar] Naturgesetz und Norm unterscheiden durch den Zweck: [bricht ab]»; A₂ «bemerken: ... unterscheiden».

²⁶⁶ «schaffen, setzt sich zur Aufgabe»] A₁ «schaffen, hat die Aufgabe»; A₂ «schaffen, setzt sich zur Aufgabe».

²⁶⁷ «erzielen. Die Form, in der die»] A₁ «erzielen. Der Satz, in dem die»; A₂ «erzielen. Die Form, in der die».

²⁶⁸ «Fall der Darnachachtung, und»] A «Fall seiner Befolgung und»; F* «Fall der Darnachachtung, und».

²⁶⁹ «Norm ist äußerlich nichts anderes als die»] A₁ «Norm ist tatsächlich nichts anderes als der Ausdruck einer [bricht ab]»; A₂ «Norm ist äußerlich nichts anderes als die».

²⁷⁰ «tatsächlichen Zusammenhanges»] A «tatsächlich bestehenden Zusammenhanges»; F* «tatsächlichen Zusammenhanges».

zu statuieren, die Subjekte zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. Dieser Satz nun, der als Norm gilt, kann auch einer teleologischen Betrachtung unterworfen werden und weist dann eben jenen Zweck²⁷¹ auf, der oben charakterisiert wurde: Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten¹⁾.²⁷⁴ Der Satz: die Lüge ist dem sozialen Leben schädlich, ist zunächst ganz ebenso eine erklärende Regel, wie der Satz: der Alkohol zerstört das Nervensystem. Im Munde des Soziologen hat der erste Satz ebensowenig normativen Charakter, wie der letztere im Munde des Physiologen. Wie aber der erste Satz von einem Pädagogen, einem praktischen Moralisten, einem Seelsorger als Norm verwendet werden kann, wie er von der Kanzel herabgesprochen als Verbot der Lüge wirkt, so²⁷⁵ ist der letztere eine diätetische Vorschrift des *Arztes*, durch die der Alkoholgenuß verboten wird.

Festgehalten also muß werden: daß die Norm einen Zweck hat und daß sie diesen Zweck in den verschiedensten Gestalten verfolgen kann, auch in der äußeren Erscheinung eines²⁷⁶ Naturgesetzes oder einer Naturregel, von der sich die Norm auch durch den *Zweck* unterscheidet, ganz abgesehen davon, daß sie, im prinzipiellen Gegensatz²⁷⁷ zur Naturregel, die einen *Seinszusammenhang* erklärt, ein *Sollen* statuiert, was *allerdings für die teleologische Betrachtung, unter der allein der Zweck der Norm erscheint, nicht hervortritt*.²⁷⁸

32 | Faßt man aber den Zweck des Sittengesetzes ins Auge, indem man auf die Frage, *warum*²⁷⁹ ein bestimmtes Verhalten als Inhalt einer Norm gefordert wird, zeigt, daß es ein der Gesamtheit Schädliches ist, das verboten, ein der Gesamtheit förderliches, das geboten wird, eben aus dem Grunde der Schädlichkeit oder des Nutzens für die Gesamtheit, stellt²⁸⁰ man sich also auf den explikativen Stand-

31 | ¹⁾ Verfehlt wäre die Annahme, daß dieser Zweck das Wesen der Norm sei. Nicht alles, was den Zweck hat, jemanden zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, ist eine Norm, sonst wäre ja jede Bitte, jeder geäußerte Wunsch und vieles andere eine Norm, das keineswegs die Fähigkeit hat, ein Sollen, eine Pflicht zu statuieren. Das Nähere über das Verhältnis von Zweck und Norm vgl. unten S. 64 ff.^{272, 273}

²⁷¹ «jenen Zweck»] A₁ «jenen spezifischen Zweck»; A₂ «jenen Zweck».

²⁷² «vgl. unten S. 64 ff.»] A₁ «vgl. unten S... Hier genügt es hervorzuheben, daß die Norm einen Zweck hat, und daß sie diesen Zweck in den verschiedensten Gestalten verfolgen kann, auch in der äußeren Erscheinung einer Naturregel, von der sich die Norm eben durch den Zweck unterscheidet, ganz abgesehen davon, daß im Gegensatz zur Naturregel, die einen (*Seinszusammenhang* erklärt, ein Sollen statuiert, (was allerdings für die teleologische Betrachtung, unter der allein der *Zweck* der Norm erscheint, nicht hervortritt)); A₂ «vgl. unten S...»; F* «vgl. unten S. 64 ff.».

²⁷³ Vgl. unten S. 153–161.

²⁷⁴ «Folgen. ... bestimmten Verhalten.»] A₁ «Folgen. Zur Norm macht dieser Satz lediglich sein Zweck. So mag auch [bricht ab]; A₂ «Folgen. ... bestimmten Verhalten.».

²⁷⁵ «wirkt, so»] A₁ «wirkt, weil er in dieser Absicht gebraucht wird, so»; A₂ «wirkt, so».

²⁷⁶ «der äußeren Erscheinung eines»] A₁ «der eines»; A₂ «der äußeren Erscheinung eines».

²⁷⁷ «im prinzipiellen Gegensatz»] A₁ «im Gegensatz»; A₂ «im prinzipiellen Gegensatz».

²⁷⁸ «Festgehalten also muß ... nicht hervortritt.»] Absatz in A₂ eingefügt.

²⁷⁹ «Faßt man ... warum»] A₁ «Faßt man den *Grund* des Sittengesetzes ins Auge will man zeigen *warum*»; A₂ «Faßt man ... *warum*» – am Rand des Manuskriptes die durchgestrichene Notiz «(Zweck! *Erklärungsprinzip* Teleologie Causalität?)».

²⁸⁰ «stellt»] A₁ «näher»; A₂ «stellt».

punkt der teleologischen Betrachtung¹⁾ und²⁸² formuliert man dann das Sittengesetz als eben diese Regel, durch welche die natürliche Rückwirkung jenes Verhaltens auf die Gesamtheit ausgedrückt wird, dann betrachtet man das Sittengesetz als Soziologie²⁾. Es kann wohl auch unter diesem Gesichtspunkte zwischen dem Satze unterschieden werden, der die tatsächlichen Beziehungen zwischen einem individuellen Verhalten²⁸⁴ und der Existenz der Gesamtheit – also ein Sein feststellt – und jenem, der materiell gestützt auf diesen, aber formell selbständig und ohne Rücksicht auf ihn dieses bestimmte Verhalten fordert – ein Sollen statuiert. Allein diese Unterscheidung tritt für jene Betrachtung, die das Sittengesetz *erklären* will, in den Hintergrund.

Nun ist hier gewiß nicht der Ort, um zu der Frage Stellung zu nehmen, inwieweit ein solch explikativer Standpunkt in der Ethik Berechtigung hat. Der Streit, ob die Ethik eine Wissenschaft von den menschlichen Handlungen ist, wie sie tatsächlich geschehen, oder eine Wissenschaft von den menschlichen Handlungen, wie sie geschehen sollen, ob die Ethik ausschließlich oder nur zum Teil eine normative Disziplin ist³⁾, kann hier nicht des näheren erörtert werden. Was festgestellt werden muß, ist die Tatsache, daß bei der Behandlung ethischer Probleme zwei verschiedene Methoden möglich sind, eine formalistisch-normative und eine soziologisch-psychologisch-explikative. Es muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn der Psychologe oder der Soziologe sich die Aufgabe stellt, das Wesen der Norm zu ergründen, sein Resultat von vornherein dahin determiniert ist, daß nur ein Seiendes als Wesen des Sittlichen sich ergeben kann, daß der für die formalistische, streng normative Betrachtung so wesentliche Kontrast zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll, mit den Mitteln einer naturwissenschaftlichen erklärenden Disziplin nicht erfaßbar ist. Allein man kann sich auch nicht der Erkenntnis verschließen, daß auf dem Boden einer autonomen Moral, der sich die Norm als subjektives Pflichtgefühl²⁸⁶ oder Pflichtbewußtsein darstellt, das Sollen als Sein zeigt, eine vollständige Scheidung zwischen explikativer und normativer Methode, wenn schon nicht unmöglich, so doch von fraglichem Werte ist²⁸⁷, daß eine scharfe Trennung beider Standpunkte aber auch dann sehr schwierig ist²⁸⁸, wenn

¹⁾ Vgl. unten S. 63.²⁸¹

²⁾ Vgl. unten S. 71.²⁸³

³⁾ Vgl. *Hensel*, Hauptprobleme der Ethik, Leipzig 1903, S. 1.²⁸⁵

²⁸¹ Vgl. unten S. 153.

²⁸² «Standpunkt der teleologischen Betrachtung und»] A₁ «Standpunkte und»; A₂ «Standpunkt der teleologischen Betrachtung^{Fn} vgl unten S....^{Fn} und».

²⁸³ Vgl. unten S. 161.

²⁸⁴ «einem individuellen Verhalten»] A₁ «einem Verhalten»; A₂ «einem individuellen Verhalten».

²⁸⁵ *Paul Hensel*, Hauptprobleme der Ethik. Sieben Vorträge, Leipzig 1903, S. 1.

²⁸⁶ «als subjektives Pflichtgefühl»] A₁ «als Pflichtgefühl»; A₂ «als subjektives Pflichtgefühl».

²⁸⁷ «Methode ... ist»] A₁ «Methode gar nicht möglich ist»; A₂ «Methode ... ist».

²⁸⁸ «dann sehr schwierig ist»] A₁ «dann nicht möglich ist»; A₂ «dann sehr schwierig ist».

- |33 die Norm ihrem | Inhalte und ihrer Entstehung nach eine Regel tatsächlicher Übung, wirklichen Verhaltens ist. Dies gilt nicht etwa nur für die Moral. So kann auch die Grammatik sich nicht darauf beschränken, vorzuschreiben, wie gesprochen werden soll, sie muß als historische Sprachforschung zeigen, wie zu verschiedenen Zeiten gesprochen wurde, wie in der Gegenwart gesprochen wird; ja, ihre normierende Funktion erfüllt die Grammatik nur dadurch, daß sie die Regelmäßigkeit, die überaus häufige Erscheinung einer Sprachform, ihr tatsächliches Vorkommen bei bedeutenden Schriftstellern – also ein qualifiziertes Sein – konstatiert.

II. Kapitel.

Sittengesetz und Rechtsnorm.²⁸⁹

Völlig anders liegt das Verhältnis auf dem Rechtsgebiete. Hier ist wie in keiner normativen Disziplin die Trennung zwischen dem explikativen und normativen Standpunkte möglich und notwendig. Zwar schien sich ursprünglich gerade in diesem Punkte das Recht von den übrigen normativen Disziplinen nicht wesentlich zu unterscheiden. Solange die Erzeugung des Rechtes im Wege der Gewohnheit erfolgte, bestand zwischen den Normen des Rechtes und denen der Moral gerade mit Rücksicht auf die gleiche Art ihrer Entstehung eine weitgehende Analogie²⁹⁰ und die Jurisprudenz glaubte mit einer gewissen Berechtigung auf²⁹¹ gemeinsamem Boden mit der Moralwissenschaft bauen zu können. Wie²⁹² das Sittengesetz seinen Inhalt aus dem wirklichen Sein nahm, so gewährten die Gerichte Strafe oder Exekution nur in jenen Fällen, wo ein Verhalten des zur Rechenschaft Gezogenen gegen²⁹³ das Herkömmliche, Übliche verstieß; und die Frage, was Rechtens sei, was in einem konkreten Falle geschehen *solle*, war in der Periode der Herrschaft des Gewohnheitsrechtes wenigstens materiell identisch²⁹⁴ mit der Frage nach dem, was regelmäßig geschah, tatsächlich geübt wurde. Da es für das Recht – ebenso²⁹⁵ wie für die Moral – eine objektive Festsetzung dessen, was sein sollte, nicht gab, mußte der Jurist, d. i. jener, der Rechtsfragen zu beantworten oder Unrechtsfolgen zu verhängen hatte, ähnlich wie der Grammatiker auf den Sprachgebrauch, sein Augenmerk stets auf den Rechtsgebrauch, d. i. darauf²⁹⁶ richten, was zu seiner Zeit als Recht wirklich geübt wurde oder²⁹⁷ doch seit Väterzeit als solches zu geschehen pflegte. Der Zusammenhang zwischen dem geltenden | Rechte, d. i.²⁹⁸ demjenigen, was im Augenblicke der Gegenwart und für die näch-

| 34

²⁸⁹ «Sittengesetz und Rechtsnorm.»] von zweiter Hand hinzugefügt; wohl Verlag.

²⁹⁰ «Entstehung eine weitgehende Analogie»] A₁ «Entstehung die weitgehenste [sic] Analogie»; A₂ «Entstehung eine weitgehende Analogie».

²⁹¹ «die Jurisprudenz ... auf»] A₁ «die Rechtswissenschaft konnte mit Recht auf»; A₂ «die Jurisprudenz ... auf».

²⁹² «bauen zu können. Wie»] A₁ «bauen. Wie»; A₂ «bauen zu können. Wie».

²⁹³ «Verhalten des zur Rechenschaft Gezogenen gegen»] A₁ «Verhalten gegen»; A₂ «Verhalten des zur Rechenschaft gezogenen gegen».

²⁹⁴ «der Herrschaft ... identisch»] A₁ «der ausschließlichen Herrschaft des Gewohnheitsrechtes identisch»; A₂ «der Herrschaft ... identisch».

²⁹⁵ «ebenso»] A₁ «ebensowenig»; A₂ «ebenso».

²⁹⁶ «hatte ... darauf»] A₁ «hatte, sein Augenmerk stets darauf»; A₂ «hatte, ähnlich wie der Grammatiker auf den Sprachgebrauch sein Augenmerk stets darauf»; A₃ «hatte ... darauf».

²⁹⁷ «oder»] A₁ «und»; A₂ «oder».

²⁹⁸ «d. i.»] A₁ «und»; A₂ «di.».

ste Zukunft rechtlich postuliert wurde, und der historischen Rechtsentwicklung, d. i. demjenigen, was seit langer Zeit faktische Rechtsgewohnheit war, dieser Zusammenhang war ein so inniger, daß nach einer Trennung der historischen Rechtsforschung von der dogmatischen Rechtsbetrachtung, einer Unterscheidung zwischen den Methoden beider Disziplinen – der ersten, explikativen und der zweiten, normativen – durchaus²⁹⁹ kein Bedürfnis empfunden wurde³⁰⁰, und die historische Betrachtung des Rechtes auch den dogmatischen Anforderungen entsprach: gab doch nur diese Betrachtung auf die dogmatische Frage nach dem, was Rechtsens *ist*, eine befriedigende Antwort.

Allein wenn auch die Tatsache, daß die Gewohnheitsrechtsnormen³⁰¹ ihren *Inhalt* einem *sozialen* Prozesse: der langjährigen Übung entnehmen, die Tatsache, daß rechtliches Sollen und rechtliches Sein *materiell* übereinstimmt, eine³⁰² gewisse Analogie zur autonomen Moral schafft und den Standpunkt der älteren rechtshistorischen³⁰³ Schule begreifen läßt, die ganz so wie eine gewisse Richtung der Ethik, den formalen Gegensatz zwischen Sein und Sollen über der inhaltlichen Identität vernachlässigend, sich eine explikative Methode der Betrachtung wählt,³⁰⁴ so ist dieser Standpunkt dennoch³⁰⁵ niemals ganz gerechtfertigt, zumal gerade die³⁰⁶ Analogie zur Moral niemals, auch zur Zeit alleiniger Geltung des Gewohnheitsrechtes nicht, völlig aufrecht zu erhalten³⁰⁷ ist. Was bei der autonomen Moral die formale Differenz zwischen Sein und Sollen und die sich daraus ergebende Ausschließlichkeit der normativen gegenüber der explikativen Methode vielleicht zu³⁰⁸ vernachlässigen berechtigt, ist der Umstand, daß hier stets und

²⁹⁹ «Disziplinen – der ersten, explikativen und der zweiten, normativen – durchaus»] A₁ «Disziplinen durchaus»; A₂ «Disziplinen der explikativen der ersten und der normativen der zweiten durchaus»; F* «Disziplinen – der ersten, explikativen und der zweiten, normativen – durchaus».

³⁰⁰ «empfunden wurde»] A₁ «bestand»; A₂ «empfunden wurde».

³⁰¹ «Gewohnheitsrechtsnormen»] A₁ «Gewohnheitsrecht»; A₂ «Gewohnheitsrechtsnormen».

³⁰² «übereinstimmt, eine»] A₁ «übereinstimmt, den Standpunkt der historischen Rechtsschule begreifen läßt, die eine»; A₂ «übereinstimmt, eine».

³⁰³ «der älteren rechtshistorischen»] A₁ «der rechtshistorischen»; A₂ «der älteren rechtshistorischen».

³⁰⁴ Die Historische Rechtsschule war eine bedeutende rechtswissenschaftliche Strömung zu Beginn des 19. Jahrhunderts, die, maßgeblich unter der Führung von Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), die Meinung vertrat, dass Recht nicht kraft der Willkür des Gesetzgebers entsteht, sondern organisch durch Sitte und Kultur eines einzelnen Volkes wächst. Wohlverstandene Aufgabe der positiv-rechtlich eingesetzten Rechtserzeuger ist es, das historisch gewachsene Recht zu erfassen und zur Wirkung zu bringen. Zum Selbstverständnis der Historischen Rechtsschule vgl. *Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

³⁰⁵ «ist dieser Standpunkt dennoch»] A₁ «ist dennoch»; A₂ «ist dieser Standpunkt dennoch».

³⁰⁶ «zumal gerade die»] A₁ «zumal auch die»; A₂ «zumal gerade die».

³⁰⁷ «Gewohnheitsrechtes nicht, völlig aufrecht zu erhalten»] A₁ «Gewohnheitsrechte best[eht]»; A₂ «Gewohnheitsrechtes ganz besteht [bricht ab]»; A₃ «Gewohnheitsrechtes nicht völlig aufrecht zu erhalten».

³⁰⁸ «Ausschließlichkeit ... zu»] A₁ «Ausschließlichkeit explikativer und normativer Methode zu»; A₂ «Ausschließlichkeit explikativer und normativer Methode vielleicht zu»; F* «Ausschließlichkeit ... zu».

ausnahmslos gesollt wird, was auch zugleich gewollt wird, und zwar nicht nur in einem generellen, sondern in einem individuellen Sinne. Denn nicht bloß für die Gesamtheit gilt als Norm, was von der Gesamtheit, d. h. den meisten gewollt wird, sondern das Prinzip der Autonomie oder der sittlichen Selbstgesetzgebung bedeutet³⁰⁹ konsequenterweise, daß auch der Einzelne nur soll, auch von dem Einzelnen nur ein sittlicher Imperativ fordert, was³¹⁰ der Einzelne selbst – in Gestalt eines sittlichen Triebes – will (wobei allerdings hier dahingestellt bleiben mag, ob dieses Prinzip der Autonomie mit dem sozialen Charakter, mit Zweck und Ursprung der Moral vereinbar ist). Daraus ergibt sich aber, daß das Sittengesetz, das die Tendenz seiner Befolgung bei jedem Einzelnen, für den es gilt, in sich selbst trägt, sich nur in den Fällen seiner Befolgung bewährt, m. a. W. daß im einzelnen Falle von einem Sittengesetze immer nur geredet werden kann, wenn es in diesem Falle auch tatsächlich | befolgt wurde oder doch der Trieb zur Befolgung, also zumindest das Bewußtsein eines Sittengesetzes vorhanden war. Eine sittliche Norm besteht für den Einzelnen nur insofern, als er sich sie selber setzt, sich ihr selber unterwirft, sie befolgen will. Diesen individuell autonomen³¹¹ Charakter hat aber das Recht niemals, auch das Gewohnheitsrecht nicht. Wenn auch als Recht nur gilt, was von den meisten im allgemeinen geübt wird, so daß für die Gesamtheit wohl rechtliches Sollen und rechtliches Sein inhaltlich stets übereinstimmt, so ist dies doch individuell, d. h. für den Einzelnen keineswegs der Fall. Denn auch der Gewohnheitsrechtssatz statuiert für den Einzelnen ein Sollen ohne Rücksicht darauf, ob er das Gesollte will, ja ohne Rücksicht darauf, ob er die Norm überhaupt kennt³¹². Der Gewohnheitsrechtssatz wird – und darin unterscheidet er sich prinzipiell vom Sittengesetz – auf den Einzelfall *angewendet*¹⁾, auch wenn er nicht *befolgt* wird, ja

| 35

¹⁾ Zwar könnte man geltend machen, daß auch die Moralnorm „angewendet“ werde, indem das Verhalten anderer einer sittlichen Beurteilung unterzogen wird. Allein auch das sittliche Beurteilen, das Loben oder Tadeln eines fremden Verhaltens ist im Grunde nichts anderes als *Befolgen* eben jener³¹³ Norm, die man auf das fremde Verhalten in Anwendung bringt. Denn jede sittliche Norm fordert nicht bloß ein Verhalten, sondern implicite auch das entsprechende Beurteilen³¹⁴. „Du sollst nicht lügen“, heißt nicht bloß, unterlasse selbst das³¹⁵ Lügen, sondern auch, verurteile anderer Lügen! So daß also auch die „Anwendung“ der Norm eine Befolgung ist. Anders bei der Rechtsnorm. Hier besteht die spezifische Anwendung³¹⁶ nicht in dem (mit Billigung³¹⁷ oder

| 35

³⁰⁹ «Autonomie oder der sittlichen Selbstgesetzgebung bedeutet»] A₁ «Autonomie bedeutet»; A₂ «Autonomie oder der sittlichen Selbstgesetzgebung bedeutet».

³¹⁰ «auch von dem Einzelnen nur ein sittlicher Imperativ fordert, was»] A₁ «auch für den Einzelnen nur als sittlicher Imperativ besteht, was»; A₂ «auch von dem Einzelnen nur ein sittlicher Imperativ fordert, was».

³¹¹ «unterwirft ... autonomen»] A₁ «unterwirft, sie zu befolgen wünscht Diesen autonomen»; A₂ «unterwirft ... autonomen».

³¹² «Norm überhaupt kennt»] A₁ «Norm kennt»; A₂ «Norm überhaupt kennt».

³¹³ «Befolgen eben jener»] A₁ «Befolgen jener»; A₂ «Befolgen eben jener».

³¹⁴ «das entsprechende Beurteilen»] A₁ «das Beurteilen»; A₂ «das entsprechende Beurteilen».

³¹⁵ «unterlasse selbst das»] A₁ «unterlasse das»; A₂ «unterlasse selbst das».

³¹⁶ «die spezifische Anwendung»] A₁ «die Anwendung»; A₂ «die spezifische Anwendung».

³¹⁷ «Billigung»] A₁ «Anerkennung»; A₂ «Billigung».

gerade dann, wenn er nicht befolgt wird. Diese Möglichkeit der Anwendung gehört zum Wesen des Rechtes. Kein Recht ohne Gericht! Daher ist bei dem durch Rechtsnormen – auch durch Gewohnheitsrechtsnormen – statuierten Sollen von vornherein die Möglichkeit eines materiellen Gegensatzes zum individuellen Wollen, d. h. zum Sein gegeben³²⁰, was beim autonomen Sittengesetz ausgeschlossen ist. Das rechtliche Sollen gilt im Einzelfalle ohne gleichinhaltliches Sein.

Besteht also bei ausschließlicher Geltung von Gewohnheitsrecht wenigstens insofern eine Analogie zwischen Rechts- und Sittengesetz, | als *generell* betrachtet, |³⁶ d. h. für die Gesamtheit in beiden Fällen als³²¹ Norm nur gilt, was von der Gesamtheit tatsächlich geübt wird, und tritt somit wenigstens unter diesem Gesichtspunkte der Gegensatz von Sein und Sollen, von explikativer und normativer Methode nicht deutlich hervor, so hat die Verdrängung der gewohnheitlichen Rechts-erzeugung durch die Gesetzgebung zur Folge, daß nunmehr auch diese Analogie zwischen Recht und Moral³²² verschwindet. So lange der Inhalt von Rechtsnormen, also rechtlichem Sollen, auf³²³ die gleiche Weise zustande kommt, wie der Inhalt von Sittengesetzen, also sittlichem Sollen, nämlich durch³²⁴ das qualifizierte Sein langdauernder³²⁵ Übung, ist es nicht ganz unverständlich³²⁶, daß der Unterschied zwischen Rechts- und Sittengesetzen übersehen wird. Tritt an Stelle der Gewohnheit die bewußte Gesetzgebung, so ist es zwar auch jetzt noch ein sozialer Prozeß, ein tatsächliches Geschehen, das dem rechtlichen Sollen seinen Inhalt gibt, allein der soziale Vorgang der Rechtserzeugung³²⁷ besteht nicht mehr in dem tatsächlichen Verhalten eben derselben, für welche die Rechtsnorm gilt. Der Inhalt

Mißbilligung verbundenen) Urteile über die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines äußeren Verhaltens mit einer Rechtsnorm, sondern in der Realisierung der Sanktion, in der Verhängung der Strafe etc. Wenn der Richter aber im konkreten Unrechtsfalle eine Strafe verhängt, also eine Rechtsnorm zur Anwendung bringt, so befolgt er zwar auch eine Rechtsnorm, aber nicht jene, die er zur Anwendung bringt, sondern eine andere. Der Rechtssatz, der den Richter verpflichtet, den Dieb zu³¹⁸ strafen, ist ein ganz anderer als jener, der zur Unterlassung des Diebstahls verpflichtet. Letzterer ist es allerdings, den der Richter anwendet. Vgl. des nähern darüber unten S. 189 ff.³¹⁹ Dort wird auch die Frage zu untersuchen sein, welche Bedeutung eben die Tatsache, daß der Rechtssatz nicht nur befolgt, sondern auch angewendet werden können muß, für die *logische Form des Rechtssatzes* hat.

³¹⁸ «verpflichtet, den Dieb zu»] A₁ «verpflichtet zu»; A₂ «verpflichtet, den Dieb zu».

³¹⁹ Vgl. unten S. 301–389.

³²⁰ «Wollen, d. h. zum Sein gegeben»] A₁ «Wollen gegeben»; A₂ «Wollen dh zum Sein gegeben».

³²¹ «Gesamtheit in beiden Fällen als»] A₁ «Gesamtheit als»; A₂ «Gesamtheit in beiden Fällen als».

³²² «zwischen Recht und Moral»] A₁ «zwischen heteronomen Recht und autonomer Moral»; A₂ «zwischen Recht und Moral».

³²³ «Rechtsnormen, also rechtlichem Sollen, auf»] A₁ «Rechtsnormen auf»; A₂ «Rechtsnormen also rechtlichem Sollen auf».

³²⁴ «Sittengesetzen, also sittlichem Sollen, nämlich durch»] A₁ «Sittengesetzen, durch»; A₂ «Sittengesetzen, also sittlichem Sollen, nämlich durch».

³²⁵ «langdauernder»] A₁ «langjähriger»; A₂ «langdauernder».

³²⁶ «nicht ganz unverständlich»] A₁ «nicht unverständlich»; A₂ «nicht ganz unverständlich».

³²⁷ «Rechtserzeugung»] A₁ «Gesetzgebung»; A₂ «Rechtserzeugung».

des rechtlichen Sollens bestimmt sich jetzt ohne Rücksicht auf die tatsächliche Übung der Gesellschaft; (wenn er vielleicht auch durch dieses gesellschaftliche Verhalten noch immer zerstört³²⁸ werden kann: Derogierung des Gesetzesrechtes durch Gewohnheitsrecht!) das rechtliche Sollen ist jetzt in jeder Beziehung auch inhaltlich unabhängig vom Sein³²⁹. Jetzt kann der formale Gegensatz zwischen rechtlichem Sollen und Sein nicht mehr übersehen werden, zumal keinerlei, auch keine generelle inhaltliche³³⁰ Identität mehr besteht.³³¹

Bei der gewohnheitlichen Rechtserzeugung tritt³³² der heteronome Charakter des Rechtes nicht so sehr in den Vordergrund, weil der Inhalt der Rechtssätze durch dieselben Personen – die Gesamtheit als Einheit genommen – bestimmt wird, für welche die³³³ Rechtssätze gelten. Immerhin ist der heteronome Charakter für die individuelle Betrachtung trotzdem gegeben, da ja der Einzelne – zum Unterschiede von der wahrhaft autonomen Moral – ohne Rücksicht auf sein Wollen dem Rechte unterworfen ist, und gerade in dieser individuellen Reaktion³³⁴ des Rechtes gegen den Einzelnen, in der Anwendung des Rechtssatzes durch das Gericht, in dieser doppelten Wirkungsmöglichkeit des Rechtssatzes, die neben dem Befolgtwerden auch noch in dem Angewendetwerden besteht, der spezifische Unterschied zwischen Rechts- und Sittengesetzen zu erblicken ist¹⁾³³⁵. Vollkommen

¹⁾ In der spezifischen Anwendungsmöglichkeit liegt übrigens auch der Unterschied zwischen | 36
Rechtssätzen und „Konventionalregeln“. Mit letzterem Terminus bezeichnet bekanntlich *Stamm-*
| 37
ler, *Wirtschaft und Recht*, 2. Aufl. 1906. „Die Masse³³⁶ jener Normen, die in den Weisungen von
Anstand und Sitte, in den Forderungen der | Etikette und den Formen des geselligen Verkehrs im
engeren Sinne, in der Mode und den vielfachen äußeren Gebräuchen, wie in dem Kodex der
ritterlichen Ehre uns entgegentreten.“ (a. a. O. S. 121).³³⁷ Dagegen kann³³⁸ das von *Stamm-*
ler behauptete, „nie versagende Kriterium“ zwischen dieser Gruppe von sozialen Normen und den
Rechtssätzen nicht als zutreffend bezeichnet werden. Der Unterschied liegt nämlich nach *Stamm-*
ler in dem besonderen Geltungsansprüche beider Arten von Normen.³³⁹ „Das Recht will als

³²⁸ «Verhalten noch immer zerstört»] A₁ «Verhalten zerstört»; A₂ «Verhalten noch immer zerstört».

³²⁹ «vom Sein»] A₁ «vom rechtlichen Sein»; A₂ «vom Sein».

³³⁰ «zumal keinerlei, auch keine generelle inhaltliche»] A₁ «zumal keine inhaltliche»; A₂ «zumal keinerlei auch keine generelle inhaltliche».

³³¹ «Allein wenn auch ... Identität mehr besteht.» (11810–1217)] in A₂ eingefügt.

³³² «Bei der gewohnheitlichen Rechtserzeugung tritt»] A₁ «Beim Gewohnheitsrechte tritt»; A₂ «Beim Gewohnheitlicher Rechtserzeugung tritt»; F* «Bei der gewohnheitlichen Rechtserzeugung tritt».

³³³ «für welche die»] A «für die (die Gesamtheit, wiederum als Einheit genommen) die»; F* «für welche die».

³³⁴ «dieser individuellen Reaktion»] A₁ «dieser Reaktion»; A₂ «dieser individuellen Reaktion».

³³⁵ Anmerkung in A₂ eingefügt.

³³⁶ «Konventionalregeln“. ... Masse»] A₁ «Konventionalregeln“. Stammers „die Masse»; A₂ «Konventionalregeln“. Mit letzterem Terminus bezeichnet bekanntlich *Stamm-*
ler „die Masse»; F* «Konventionalregeln“. ... Masse».

³³⁷ *Rudolf Stamm-*, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 121.

³³⁸ «kann»] A₁ «muß»; A₂ «kann».

³³⁹ *Stamm-*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 124.

Zwangsgebot über dem einzelnen gelten ohne Rücksicht auf dessen Zustimmung und Anerkennung, – die Konventionalregel gilt nach ihrem eigenen Sinne lediglich zufolge der Einwilligung der Unterstellten.“ (a. a. O. S. 477.)³⁴⁰ *Stammler* übersieht hier den Doppelsinn des Wortes „gelten“, das sowohl „befolgt werden“, als auch „befolgt werden sollen“ – also jedesmal etwas völlig verschiedenes bedeuten kann. Nimmt man „gelten“ im Sinne³⁴¹ des tatsächlichen Befolgtwerdens, dann ist die Anerkennung oder Zustimmung der Normunterworfenen für die Geltung der Rechtsätze ebenso wesentlich wie für die Geltung oder das tatsächliche Befolgtwerden irgend einer menschliches Verhalten bezweckenden Norm, also auch der Konventionalregeln. Tatsächlich wird die „Anerkennung“ als „Geltungsgrund“ der Rechtsnormen von den meisten Juristen behauptet. Daß freilich diese Art von Geltung für die normative Betrachtung der Rechtswissenschaft irrelevant ist, gehört auf ein anderes Blatt und wird in einem der folgenden Kapitel näher untersucht werden.³⁴² Nimmt man aber das Wort „gelten“ im Sinne von Befolgt-werden-sollen, also nicht wie im ersten Falle explikativ, sondern normativ, dann³⁴³ ist die Anerkennung oder Zustimmung der Normunterworfenen für die Geltung der Rechtsätze³⁴⁴ ebenso wenig wesentlich wie für die Geltung der Konventionalregeln. Denn auch diese letzteren *sollen* befolgt werden ohne Rücksicht darauf, ob das Subjekt es wünscht oder für zweckmäßig hält. Auch das die Vorschriften des Ehrenkodex verletzende Subjekt bleibt unter dessen Herrschaft, auch der „Kneifende“ „sollte“³⁴⁵ die Norm befolgen, die Ehrenkränkung mit der Waffe zu sühnen fordert. Es ist unrichtig, wenn *Stammler* sagt: „Wer keine Satisfaktion gibt, steht außerhalb des ritterlichen Ehrenkodex“. (a. a. O. S. 125.)³⁴⁶ Denn dieser Kodex verlöre jede Bedeutung, wenn seine „Geltung“ d. h. die Vorstellung von seinem Befolgt werden *sollen* vom Belieben der Menschen abhinge. In der gesellschaftlichen Mißachtung³⁴⁷, die den Satisfaktionsverweigerer trifft, zeigt sich deutlich, daß auch dieser noch unter dem Ehrenkodex steht. Und wenn *Stammler* als weiteres Beispiel für seine Behauptung anführt: „Wer nicht grüßt, empfängt keinen Gegengruß“³⁴⁸, so ist damit keineswegs gezeigt, daß derjenige, der die Grußnorm verletzt, nicht grüßen *soll*; gerade in der Verweigerung des Gegengrußes seitens jenes, der hätte³⁴⁹ begrüßt werden sollen, zeigt sich deutlich, daß die Grußnorm auch für den Verletzer gilt; ja man könnte gar nicht von einer Verletzung dieser „Konventionalregeln“ sprechen, wenn jeder, der sie nicht anerkennt und daher nicht befolgt, sich außerhalb derselben setzte. Wenn die Konventionalregel objektiv ebenso wie der Rechtssatz auch für jenen „gilt“, der sie nicht anerkennt, so hat das darin seinen Grund, daß die Konventionalregel ganz ebenso wie der Rechtssatz heteronomer Natur ist. Nicht in seinem Innern, etwa als Inhalt natürlicher³⁵⁰ Triebe oder angeborener Willensrichtungen findet der Mensch die Vorschriften der Sitte, des Anstandes etc. vor. Vielmehr ist es das äußere Leben der Gesellschaft, aus dem ihm das System jener Gebote und Verbote entgegentritt, die *Stammler* als „Konventionalregeln“ bezeichnet. Der Mensch wird in diese Normen ebenso hineingeboren wie in die Rechtsordnung. Ihr Geltungsanspruch (im Sinne des Befolgtwerden sollen) trifft jeden, auch den, der sie als töricht oder zweckwidrig verwirft. Nur daß er sie verletzen kann, ohne daß er – wie beim Rechte – durch eine zu diesem Zwecke *geschaffene Organisation* mit einer Unrechtsfolge belegt wird. Nur von streng autonomen Normen könnte vielleicht mit³⁵¹ einer gewissen Berechtigung gesagt werden, daß die Anerkennung des Normsubjektes für ihre Geltung wesentlich sei, sofern nämlich hier von einer

| 38

³⁴⁰ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 477.

³⁴¹ «im Sinne»] A₁ «im ersten Sinne»; A₂ «im Sinne».

³⁴² Vgl. unten S. 474–511.

³⁴³ «sollen ... dann»] A₁ «sollen, dann»; A₂ «sollen ... dann».

³⁴⁴ «die Geltung der Rechtssätze»] A₁ «die Rechtssätze»; A₂ «die Geltung der Rechtssätze».

³⁴⁵ «auch der „Kneifende“ „sollte“»] A₁ «auch dieser „sollte“»; A₂ «auch der „Kneifende“ „sollte“».

³⁴⁶ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 125.

³⁴⁷ «Mißachtung»] A₁ «Verachtung»; A₂ «Mißachtung».

³⁴⁸ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 125.

³⁴⁹ «jenes, der hätte»] A₁ «jenes durch Nichtgrüßen wer [bricht ab]»; A₂ «jenes, der hätte».

³⁵⁰ «Innern, etwa als Inhalt natürlicher»] A₁ «Innern als natürlicher»; A₂ «Innern etwa als Inhalt natürlicher».

³⁵¹ «könnte vielleicht mit»] A₁ «könnte mit»; A₂ «könnte vielleicht mit».

deutlich und gänzlich | unübersehbar tritt der heteronome Charakter des Rechtes | 37
in den Vordergrund, sobald an Stelle gewohnheitlicher Rechtserzeugung die be-
wußte Rechtssatzung tritt und nunmehr auch für die *generelle* Betrachtung – die
übrigens viel mehr die der historisch-soziologischen als die der ethisch-juristi-
schen Disziplinen ist – die inhaltliche Identität von Sollen und Sein wegfällt.³⁵²

| Es ist außerordentlich bezeichnend, daß gerade von den Vertretern der rechts- | 38
historischen Schule in entscheidender Weise dagegen Stellung genommen wurde,
daß der natürliche und unbewußte Prozeß allmählicher Rechtsbildung im Wege
der Gewohnheit durch den künstlichen und bewußten Akt der Gesetzgebung aus-
geschaltet werde. – Daß es Historiker waren, die dem Staate (richtiger: der Gesell-
schaft) zu Beginn des 19. Jahrhunderts den Beruf zur gesetzmäßigen Rechtserzeu-
gung absprachen, hat eben darin seinen Grund, daß vom historischen Stand-
punkte aus als Recht stets nur begriffen werden konnte, was schon durch
tatsächlichen Gebrauch zu solchem geworden war.

Mit dem Siege des Prinzipes, daß Recht nur dasjenige sei, was durch den for-
mellen Akt der Gesetzgebung zum ausdrücklichen Willen des Staates geworden ist
– ohne Rücksicht darauf, ob es bis zu diesem Augenblicke schon als solches geübt
wurde oder nicht – ist der Zusammenhang³⁵³, der, wie nochmals betont werden
muß, zwar materiell und für eine generelle Betrachtung, aber niemals formell und
für eine individuelle Betrachtung zwischen³⁵⁴ dem tatsächlichen und historischen
Geschehen einerseits und der Rechtsnorm andererseits, dem rechtlichen Sein und
Sollen besteht, durchaus zerrissen. Der *Inhalt* der Norm ergibt sich auf dem Boden
des positiven Rechtes nicht mehr durch eine Abstraktion dessen, was regelmäßig
geübt wird, aus einer Betrachtung des Seins und historischen Werdens: der Inhalt
der Rechtsnorm wird in unzweideutiger Weise durch einen freien³⁵⁵ | Rechts- | 39
schöpfungsakt festgestellt, der formal völlig unabhängig ist von der tatsächlichen

Norm für ein Individuum nur gesprochen werden kann, als dieses die Norm will, oder sich der
Norm unterwirft, m. a. W. die Norm anerkennt.

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

³⁵² «Bei der gewohnheitlichen Rechtserzeugung ... Sollen und Sein wegfällt.» (121s–123s) A₁
«Dieses Verhältnis hat jedoch eine völlige Änderung durch die Verdrängung der gewohnheitlichen
Rechtserzeugung durch die Gesetzgebung des modernen Staates erfahren.»; Streichung und Ein-
schub in A₂.

³⁵³ «der Zusammenhang»] A₁ «der innige Zusammenhang»; A₂ «der allerdings nur materielle
und niemals formelle Zusammenhang»; A₃ «der Zusammenhang».

³⁵⁴ «der, wie nochmals betont ... zwischen»] A₁ «der zwischen»; A₂ «der wie nochmals betont
werden muß zwar materiell aber niemals formell zwischen»; A₃ «der wie nochmals betont werden
muß zwar materiell und für eine generelle Betrachtung aber niemals formell u für eine indivi-
duelle Betr. zwischen».

³⁵⁵ «einen freien»] A₁ «einen von der Rechtsentwicklung formal unabhängigen freien»; A₂ «ei-
nen freien».

Rechtsentwicklung. Durch den Gesetzgebungsakt ist eine scharfe und deutliche Zäsur zwischen Rechtsentwicklung und geltendem Rechte geschaffen – eine Trennung, die für die Methode der Rechtserkenntnis von der größten Bedeutung ist. Die dogmatische Jurisprudenz des positiven Rechtes hat³⁵⁶ den Inhalt ihrer Rechtssätze nicht mehr aus der Rechtsgeschichte zu holen, sondern aus dem Gesetze. Zwischen der historischen Erkenntnis³⁵⁷ des Rechtes und seiner dogmatischen Betrachtung ist eine prinzipielle Scheidung nunmehr *nicht nur möglich, sondern notwendig und die Verschiedenheit der Methoden beider Disziplinen tritt von selbst zu Tage*. Damit hat sich aber zwischen der Jurisprudenz und den übrigen normativen Disziplinen, wie Grammatik und Ethik, insoferne eine größere Verschiedenheit entwickelt, als die in der Ethik und Grammatik mitunter schwer zu vermeidende Verbindung³⁵⁸ und Vermischung von explikativer und normativer Betrachtung in der Jurisprudenz gänzlich eliminiert werden muß. Die Trennung beider Standpunkte und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes in der dogmatischen Jurisprudenz ist vielmehr oberster methodischer Grundsatz.

Die Bedeutung, welche der Verdrängung der gewohnheitlichen Rechtsbildung durch die bewußte Gesetzgebung für die Methode der Jurisprudenz zum Unterschiede von der der Moralwissenschaft hier beigelegt wird, ist durchaus nicht allgemein anerkannt. Besonders von Seite der Rechtshistoriker wird darauf hingewiesen, daß auch die bewußte Gesetzgebung – soll sie überhaupt lebensfähig sein – materiell zu denselben Resultaten kommen müsse wie die gewohnheitliche Rechtsbildung, daß die im Wege der Gesetzgebung erzeugten Rechtsnormen keinen wesentlich anderen Inhalt haben als jene, die sich ohne diesen künstlichen Akt im Wege der natürlichen und mählichen gewohnheitlichen Entwicklung gebildet hätten, da auch die gesetzgebenden Faktoren nur das Werkzeug der gleichen Macht seien, durch welche die Gewohnheitsrecht bildenden Individuen geleitet werden: der Volksüberzeugung, des Volksbewußtseins. Ja, man¹⁾ ging³⁶⁰ sogar so weit, zu behaupten, daß das Recht, dadurch daß es in die Sphäre bewußter Satzung trat, gar nicht aufgehört habe Gewohnheitsrecht zu sein, insoferne es auch jetzt nur Recht sei – wenn auch nicht unmittelbar im Momente der Erlassung des Gesetzes – als es als bindend anerkannt werde. Und solche Anerkennung sei nicht nur gegeben, wenn die Norm ihrem wesentlichen Inhalte nach bereits gegolten habe, sondern auch wenn | ihre Erlassung in den daran beteiligten Kreisen als Bedürfnis empfunden wurde.

| 39 | ¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen S. 366 f.³⁵⁹

³⁵⁶ «Jurisprudenz des positiven Rechtes hat»] A₁ «Jurisprudenz hat»; A₂ «Jurisprudenz des positiven Rechtes hat».

³⁵⁷ «Erkenntnis»] A₁ «Betrachtung»; A₂ «Erkenntnis».

³⁵⁸ «Verbindung»] A₁ «Trennung»; A₂ «Verbindung».

³⁵⁹ Vgl. unten S. 495, 497 f. – Kelsen bezieht sich auf Ferneck.

³⁶⁰ «Ja, man ging»] A «Ja Simmel^{Fn}aaO I S 77^{Fn} zB. ging»; F* «Ja, man ging».

Es mag richtig sein, daß die gesetzgebenden Faktoren im allgemeinen bemüht sind oder doch bemüht sein *sollen*, die „Volksüberzeugung“ auszusprechen und in den Gesetzen nur das zu normieren, was dem „Volksgeist“ und den Bedürfnissen entspricht. Ganz abgesehen davon, daß in vielen Fällen gewiß nur Parteiinteressen, Bedürfnisse der herrschenden Klasse und durchaus nicht die Volksüberzeugungen für den Inhalt eines Gesetzes maßgebend sind – der Grund der formalen Geltung des Gesetzes³⁶¹ liegt doch gewiß nicht in diesem inneren Verhältnisse zur Volksüberzeugung, sondern in der äußeren Tatsache, daß es formell gültig erlassen wurde; ein³⁶² Punkt, auf den später noch eingehender zurückzukommen sein wird. –

Durch die Existenz eines außer- und überhalb der Menschen³⁶³ stehenden Gesetzes, dessen Normen ihrem Inhalte nach objektiv festgestellt werden können und ihrer Entstehung nach von subjektiven Faktoren: dem Innern des unter der Herrschaft des Gesetzes stehenden Individuums völlig unabhängig sind, ist die heteronome Natur der Rechtssätze in eklatanter Weise determiniert. Während die Normen der Moral nur scheinbar von außen ihre Befehle an das Subjekt richten, nur durch den gedanklichen Prozeß der Objektivierung die gesetzgebende Autorität nach außen projiziert wird, geht der Rechtssatz unzweifelhaft von einer Macht aus, die von vornherein außerhalb des Individuums steht und welcher der Mensch unterworfen ist kraft der tatsächlichen, faktischen Herrschaft, die sie über ihn ausübt ohne Rücksicht auf seine Zustimmung, seinen Willen: Diese Macht ist der Staat. Zwar³⁶⁴ ist auch diese Tatsache in ihrer vollen Schärfe erst durch die Verdrängung des Gewohnheitsrechtes zur Geltung gekommen. Solange das Recht nicht durch bewußte Satzung seitens einiger wenigen der Vielheit der Rechtsgenossen gegenüber gestellt wurde, sondern im Schoße der letzteren durch deren tatsächliche Übung entstand, schien das Recht eben kraft seiner *Entstehung* – ganz so wie die Moral – der Ausfluß des Willens aller einzelnen, tatsächlich der Wille des Volkes; und wenn der Staat durch seine Gerichte dieses Recht zur Anwendung brachte, so war es, hielt man sich immer die Herkunft des *Rechtsinhaltes* vor Augen, nur³⁶⁵ scheinbar seine eigene Autorität, von der die Rechtsnorm herrührte. In Wirklichkeit – so konnte man mit einem Scheine von Berechtigung annehmen – ruhte³⁶⁶ die Autorität des Rechtes wie die der Moral im³⁶⁷ Innern jener Personen,

³⁶¹ «Gesetzes»] A₁ «Recht[s]»; A₂ «Gesetzes».

³⁶² «wurde; ein»] A₁ «wurde. Während die Geltung des Gewohnheitsrechtssatzes tatsächlich nur darauf beruht, daß das von ihm geforderte Verhalten ein regelmäßiges, übliches ist, und so als Ausdruck einer Volksüberzeugung gelten mag – ist der formale Geltungsgrund des Gesetzes ein ganz anderer: dessen formal gültige Erklärung; ein»; A₂ «wurde. ein».

³⁶³ «Menschen»] A₁ «Individuen»; A₂ «Menschen».

³⁶⁴ «Willen: Diese Macht ist der Staat. Zwar»] A₁ «Willen. Zwar»; A₂ «Willen: Diese Macht ist der Staat. Zwar».

³⁶⁵ «es, hielt ... nur»] A₁ «es nur»; A₂ «es hielt ... nur».

³⁶⁶ «Wirklichkeit – so konnte ... annehmen – ruhte»] A₁ «Wirklichkeit ruhte»; A₂ «Wirklichkeit – so konnte ... annehmen – ruhte».

³⁶⁷ «Rechtes wie die der Moral im»] A₁ «Rechtes im»; A₂ «Rechtes wie die der Moral im».

|41 die es erzeugten. Darum war ja auch die Methode der älteren Juristen, die Recht und Moral nicht scharf unterschieden, begreiflich. Auch in diesem Punkte bedeutet die Verdrängung des Gewohnheitsrechtes durch die bewußte Gesetzgebung eine grundlegende Änderung in dem Wesen der Rechtserscheinung³⁶⁸. Die Erkenntnis, daß der das Recht tragende Staat³⁶⁹ eine durchaus außerindividuelle Autorität ist, hat gerade in früherer Zeit nicht recht Eingang finden können, und man war in mannigfacher Weise bemüht, die Herrschaft des Staates auf den Willen des Einzelnen zu gründen. Die Theorie des Gesellschaftsvertrages in allen ihren bis zum heutigen Tage erhaltenen Spielarten ist ein Dokument dieses Bestrebens; daß solches nur mittels grober Fiktionen seinen Zweck erreichen kann, ist wiederholt behauptet und nachgewiesen worden, bedarf daher hier keiner näheren Erörterung.

Die Identität der normierenden Autorität mit dem der Norm unterworfenen Subjekte – in welcher Tatsache die Autonomie der Moral zum Ausdruck kommt – kann für das heutige Recht nicht³⁷⁰ behauptet werden. Auf ethischem Gebiete hat die Annahme dieser Identität zur Folge, daß jede sittliche Pflicht nur im Wege einer Selbstverpflichtung entstehen kann, daß für das Individuum nur jene Norm gilt, der es sich freiwillig unterwirft, die es selbst zum³⁷¹ Inhalt seines Willens macht, daß somit sein Sollen ein eigenes Wollen³⁷² ist. Und in der vollständigen Unmöglichkeit, diesen Gedankengang auf das Rechtsgebiet zu übertragen, zeigt sich vollends die streng heteronome Natur des Rechtssatzes, der seine verpflichtende Funktion unabhängig vom Wollen des Individuums ausübt. Der prinzipielle Unterschied zwischen der Moral- und der Rechtspflicht wird bei der Erörterung des Rechtspflichtbegriffes näher zu entwickeln sein.³⁷³

Die autonome Natur der Moral, derzufolge das³⁷⁴ ethische Sollen ein qualifiziertes Wollen scheint, haben wir als eine Ursache³⁷⁵ dafür erkannt, daß auf diesem Gebiete der formale Gegensatz von Sein und Sollen und damit die Unterscheidung des explikativen vom normativen Standpunkte nicht präzise durchgeführt wird. Je unabhängiger³⁷⁶ dagegen auf dem Gebiete des Rechtes das Sollen der Norm von dem Sein des individuellen Wollens erscheint, desto schärfer läßt sich bei Betrachtung der Rechtserscheinungen die normative von der explikativen Methode trennen.

³⁶⁸ «Wesen der Rechtserscheinung»] A₁ «Wesen der für die Jurisprudenz [bricht ab]»; A₂ «Wesen der Rechtserscheinung».

³⁶⁹ «der das Recht tragende Staat»] A₁ «der rechtssetzende Staat»; A₂ «der das Recht tragende Staat».

³⁷⁰ «kommt – kann für das heutige Recht nicht»] A₁ «kommt, ist für das Recht niemals [bricht ab]»; A₂ «kommt – kann für das heutige Recht nicht».

³⁷¹ «unterwirft, die es selbst zum»] A₁ «unterwirft, zum»; A₂ «unterwirft, selbst zum»; F* «unterwirft, die es selbst zum».

³⁷² «ein eigenes Wollen»] A «ein Wollen»; F* «ein eigenes Wollen».

³⁷³ Vgl. unten S. 435–473.

³⁷⁴ An dieser Stelle am Seitenrand notiert und gestrichen: «Formalismus!?».

³⁷⁵ «als eine Ursache»] A₁ «als Ursache»; A₂ «als eine Ursache».

³⁷⁶ «unabhängiger»] A₁ «schärfer»; A₂ «unabhängiger».

Es ist ein anderes, ob man das tatsächliche Rechtsleben einer Gesamtheit³⁷⁷ ins Auge faßt, die Rechtssätze auf ihr faktisches Befolgtwerden hin prüft, oder ob man sich mit der formalen Erkenntnis³⁷⁸ dessen begnügt, was diese Rechtssätze vorschreiben. Es ist Aufgabe des Kulturhistorikers und Sittenschilderers, das Tun und Lassen eines Volkes zu deskribieren und mit seinen Rechts- und Moralnormen zu vergleichen. Es ist Aufgabe des Psychologen, die Wirkung zu untersuchen, die ein ins Bewußtsein gedrungener Rechtssatz auf das Wollen und Handeln des Einzelmenschen hat, den motivierenden Einfluß der | Normen zu analysieren, das rechtmäßige oder rechtswidrige Handeln des Individuums auf seine tatsächlichen Ursachen zurückzuführen. Und Aufgabe des Soziologen ist es, das Recht als eine faktische, die Massen beherrschende Macht, als massenpsychologische Tatsache zu erfassen; ihm wird, ebenso wie dem Psychologen, das Recht als ein realer psychischer Vorgang, ein Seiendes erscheinen, das er zu *erklären* hat, indem er seine Ursachen aufzeigt, das rechtliche Verhalten der Menschen als naturnotwendig begreifen läßt.

| 42

Faßt man nicht das rechtmäßige Verhalten der Menschen ins Auge, sondern lediglich die objektive Norm, d. h. fragt man sich nur – und nichts anderes – wie *sollen* sich die Menschen rechtmäßig verhalten, und hält man sich dabei lediglich an das positive Recht, an das Gesetz, dann kann und muß man sich bei Beantwortung dieser Frage mit gewissen rein *formalen* Kriterien begnügen. Der Richter, der das geschriebene Recht anzuwenden hat, kann eine Entscheidung nicht davon abhängig machen, ob der Rechtssatz, der im konkreten Falle verletzt wurde, in der Regel tatsächlich befolgt wird – d. h. ob dem rechtlichen Sollen ein Sein entspricht – er hat lediglich zu fragen, ob der Rechtssatz formal besteht. Soll er das Gesetz anwenden, kann er nicht die Gewohnheit befragen, eins schließt das andere aus; es ist für ihn schlechterdings unmöglich, das Sollen aus dem Sein abzuleiten. *Der Standpunkt des Richters*³⁷⁹ *aber ist zugleich der des theoretischen Juristen dem Gesetzesrechte gegenüber.* Wie für jenen so kommt auch für diesen das Recht nur in seinen formalen Beziehungen des Sollens ohne Rücksicht auf das entsprechende Sein in Betracht. Denn der Jurist hat nicht das tatsächliche rechtliche Verhalten der Menschen materiell zu erklären, nicht explikativ die Erscheinungen des Rechtslebens zu begründen, sondern normativ zu erfassen. Erklärung ist die Aufgabe der Soziologen und Psychologen, Beschreibung des Seienden und Darstellung des Werdens³⁸⁰ Aufgabe der Kultur- und Rechtshistoriker.

Es ist selbstverständlich, daß der formale, streng normative Gesichtspunkt des Juristen ein einseitiger und durchaus nicht imstande ist, die Gesamt-Rechtserrscheinung zu erfassen. Auch soll nicht gesagt sein, daß der Jurist nicht auch soziologische, psychologische, daß er etwa keine historischen Untersuchungen vor-

³⁷⁷ «Gesamtheit»] A₁ «Volkes»; A₂ «Gesamtheit».

³⁷⁸ «der formalen Erkenntnis»] A₁ «der Erkenntnis»; A₂ «der formalen Erkenntnis».

³⁷⁹ «Richters»] A₁ «Juristen»; A₂ «Richters».

³⁸⁰ «Werdens»] A₁ «Gewordenen»; A₂ «Werdens».

nehmen dürfe. Im Gegenteil! Solche sind nötig; allein der Jurist muß³⁸¹ sich stets bewußt bleiben, daß er als Soziologe, Psychologe oder Historiker einen ganz anderen Weg verfolgt, als jenen, der ihn zu seinen spezifisch juristischen Erkenntnissen führt, er darf die Resultate seiner explikativen Betrachtung niemals in seine normativen Begriffskonstruktionen aufnehmen.

|43 |Es mag mit Rücksicht auf die besondere Natur der Moral eine psychologische oder soziologische Ethik möglich sein – auch dies ist gar nicht unbestritten anerkannt – eine derartige Jurisprudenz wäre ein methodisches Unding. Sie hat überhaupt aufgehört Jurisprudenz zu sein und wäre bestenfalls eine Psychologie oder Soziologie des Rechtes – richtiger des Rechtslebens.

Der ausschließlich normative Charakter der Jurisprudenz beruht auf der besonderen Eigenart des Rechtssatzes gegenüber dem Sittengesetze, auf dessen streng heteronomen Charakter und der daraus resultierenden formalistischen³⁸² Betrachtungsweise dieser Disziplin. Eine solche Erkenntnis muß zu der Konsequenz führen, alle jene Resultate, die aus einer mehr explikativen Betrachtung der Norm auf dem Gebiete der Ethik gewonnen werden, für die *Rechtsnorm* abzulehnen. Wenn man das Sittengesetz als eine Regel tatsächlichen Geschehens erklärte, und auf solche Weise den Gegensatz zum Naturgesetze – den Unterschied zwischen Sein und Sollen – abschwächte, so war auch hier schon der Einwand möglich, daß diese Anschauungsweise die formale Differenz vernachlässige, die zwischen dem Satze besteht, der ein tatsächliches Verhalten der Menschen behauptet, und jenem, der ein solches Verhalten fordert. Immerhin konnte man diese formale Unterscheidung gegenüber der materiellen Tatsache unberücksichtigt lassen, daß jedes konkrete Sittengesetz seinem Inhalte und seiner Entstehung nach mit einer Regel tatsächlichen Geschehens übereinstimmt – für die Rechtsnorm ist dies unhaltbar. Eben mit Rücksicht auf seine von allem tatsächlichen Verhalten unabhängige Entstehung, ist das Rechtsgesetz durchaus nicht die Abstraktion eines tatsächlichen Verhaltens der meisten Rechtsgenossen. Und selbst wenn in dem einen oder andern Falle der Gesetzgeber als Norm vorschreibt, was längst geübt wurde, so ist doch diese tatsächliche Übung für den Normcharakter gleichgültig. Hier tritt der formale Gegensatz zwischen Sein und Sollen ausschließlich in den Vordergrund und die mögliche materielle Identität zwischen beiden kann³⁸³ als irrelevant unberücksichtigt bleiben.

Auf dem Gebiete der Moral wurde der Gegensatz von Sein und Sollen dadurch überbrückt, daß man die Norm als den bewußtgewordenen sittlichen Trieb, das Sollen als qualifiziertes Wollen erkannte, und die Objektivität der Norm als eine scheinbare erklärte. Schon vom Standpunkte einer formalen Ethik, die auch den

³⁸¹ «muß»] A₁ «darf»; A₂ «muß».

³⁸² «und der daraus resultierenden formalistischen»] A₁ «und auf der formalistischen»; A₂ «und der daraus resultierenden formalistischen».

³⁸³ «Identität zwischen beiden kann»] A₁ «Identität kann»; A₂ «Identität zwischen beiden kann».

unsittlichen Menschen, d. h. jenen, der ausnahmsweise ohne³⁸⁴ alle oder doch die meisten sittlichen Triebe lebt, gewissen allgemeinen Sittengesetzen für unterworfen ansieht, denen eben die meisten Menschen auf Grund ihrer natürlichen Veranlagung unterworfen sind – einer Ethik, die auch jenen, der sich selbst jenseits von Gut und Böse stellt, durch Normen der Moral für verpflichtet hält und diese Normen als von ihm verletzt erachtet, – schon vom Standpunkte einer solchen formalen objektivistischen Ethik ist der Einwand möglich, daß der historisch-psychologische Standpunkt den³⁸⁵ Bedürfnissen einer spezifisch ethischen d. i. normativen Betrachtung nicht gerecht werde, da der Psychologe, dessen Aufgabe die Erklärung des Regelmäßigen sei, und nur ein Seiendes zum Gegenstande haben könne, bei seiner Betrachtung sittlicher Phänomene den Menschen *generell* erfasse und mit Recht unberücksichtigt lasse, daß die altruistisch-moralische Disposition der Menschen keine gleiche sei, daß der Prozeß der Objektivierung altruistischer Triebe zu Moralgesetzen nicht ausnahmslos von allen Menschen, sondern nur von den meisten ausgehe, während doch alle Menschen als der Moral unterworfen gelten müßten; daß ja auch nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines³⁸⁶ Christus, sondern die sittlichen Triebe eines *Durchschnittsmenschen* jener Abstraktion zugrunde liegen, die als Regel des Verhaltens den Inhalt der Norm ausmacht, während die Ethik keine *generelle* sondern eine *individuelle* Betrachtung erfordere. Vollends aber auf dem Gebiete des Rechtes, – wo die Norm im Gesetze als äußere objektive Tatsache besteht und nicht wie in der Moral als ein subjektiv-psychischer Zustand nur³⁸⁷ eine scheinbare objektive Existenz führt, bloß als das Resultat eines gedanklichen Objektivierungsprozesses erscheint – muß die psychologisch-genetische Methode geradezu ad absurdum geführt werden. Hier stehen Norm und subjektives Wollen einander scharf getrennt gegenüber. Und hier erscheint das normentsprechende Wollen und Handeln der Subjekte der objektiven Norm gegenüber nicht wie in der Moral als prius,³⁸⁸ sondern umgekehrt: da[s] rechtmäßige Wollen und Handeln der Subjekte kann – muß allerdings nicht – durch die Rechtsnorm motiviert sein.

Die Identität von objektiver Norm und subjektivem Wollen oder Wünschen hat auf dem Gebiete der Moral zu der Annahme³⁸⁹ berechtigt, daß jedes Urteil, das die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit einer Norm aussagt, notwendig ein Billigungs- oder Mißbilligungsurteil sein muß, daß

³⁸⁴ «der ausnahmsweise ohne»] A₁ «der ohne»; A₂ «der ausnahmsweise ohne».

³⁸⁵ «daß der historisch-psychologische Standpunkt den»] A₁ «daß Ausgang und Endpunkt der Norm nur scheinbar zusammen fallen: die historisch psychologische Betrachtungsweise [bricht ab]»; A₂ «daß der historisch psychologische Standpunkt den».

³⁸⁶ «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines»] A₁ «nicht die hochge[Rest des Wortes unlesbar] altruistischen Tendenzen eines»; A₂ «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines».

³⁸⁷ «Moral als ein subjektiv-psychischer Zustand nur»] A₁ «Moral nur»; A₂ «Moral als ein subjektiv-psychischer Zustand nur».

³⁸⁸ Lat.: prius; dt.: das (zeitlich) frühere.

³⁸⁹ «Gebiete der Moral zu der Annahme»] A₁ «Gebiete zu der Annahme»; A₂ «Gebiete der Moral zu der Annahme».

die Kenntnis der Norm identisch ist mit ihrer Anerkennung. Daß eine solche Identifizierung dort unzulässig bleibt³⁹⁰, wo objektive Norm und subjektives Wollen nicht von vornherein Eins sind, wurde schon gezeigt.³⁹¹ Dies ist nun auf dem Gebiete des Rechtes zweifellos der Fall und gerade hier zeigt sich denn auch, daß die Anwendung der Norm auf eine bereits vollzogene Handlung ohne jede Billigung oder Mißbilligung erfolgen kann, daß ein Kennen der Norm durchaus kein Anerkennen derselben involviert. Man kann sehr wohl eine konkrete Handlung |
 45 | als rechtswidrig erkennen und beurteilen, ohne diese Handlung zu verdammen. Ja man kann eine solche Handlung sehr hochschätzen und vom Standpunkte einer andern – eben entgegengesetzten ethischen Norm, geradezu fordern. Mit dem Urteile, daß eine Handlung rechtswidrig ist, ist keineswegs die Mißbilligung der Handlung verbunden, weil mit der Kenntnis des Rechtssatzes keineswegs seine Anerkennung gegeben ist. Da die Rechtsnorm ohne Rücksicht auf den individuellen Willen entsteht und ohne Rücksicht auf diesen angewendet wird, bedarf es eines besonderen Aktes um den fremden Willen, dessen Ausdruck sie ist, zum Inhalt des eigenen zu machen. Ja eine Rechtsnorm mag sogar imstande sein – durch ihre Sanktion – motivierend auf das Wollen und Handeln³⁹² eines Menschen zu wirken – eben vermittels Furcht vor Strafe – ohne daß dieser Mensch die Norm in jeder Beziehung, „anerkennt“, ja trotzdem er sie für schlecht und schädlich hält. Zur Anerkennung gehört nicht bloß der Beschluß der tatsächlichen Befolgung, sondern auch die Überzeugung der Gerechtigkeit, die Billigung der Norm; nicht nur das Bewußtsein, daß man so handeln solle, sondern auch der Glaube, daß eine solche Norm bestehen solle.

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

| 45 | ¹⁾ Vgl. oben Seite 22.³⁹³

³⁹⁰ «bleibt»] A «sei»; F* «bleibt».

³⁹¹ Vgl. oben S. 97–99.

³⁹² «das Wollen und Handeln»] A₁ «das Han[deln]»; A₂ «das Wollen u Handeln».

³⁹³ Vgl. oben S. 102f.; *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 237.

das Sittengesetz ein psychischer Vorgang – sondern in der Furcht vor Strafe, in dem Wunsche, die nachteiligen Unrechtsfolgen zu vermeiden.

Damit ist die Stellung der Rechtsnorm zum Naturgesetze nicht die gleiche wie die des autonomen Sittengesetzes. Das Rechtsgesetz ist infolge seines streng normativen Charakters in keiner Beziehung | dem Naturgesetze verwandt, das expli- | 46
kativ erklärt. Der formale Gegensatz³⁹⁴ von Sein und Sollen spiegelt sich um so ungetrübter in dem Verhältnisse von Natur- und Rechtsgesetz, als der Begriff des Rechtsgesetzes ein rein formaler ist und Berücksichtigung von Seinsmomenten nicht zuläßt, während beim Sittengesetze gerade die nicht leicht zu³⁹⁵ vermeidende explikative Struktur des Begriffes den Gegensatz zum Naturgesetze ausgleicht.

Das dem Sittengesetze einer autonomen Moral innewohnende Moment des psychischen Zwanges läßt zum Wesen solcher Norm gehörig auch die Tendenz, befolgt zu werden, erscheinen. Das Moralebot kann als solches nur gelten, wenn es nicht nur ein Sollen statuiert, sondern auch ein Sein bestimmt. Wenn man diesen Grundsatz auch auf den Rechtssatz angewendet hat und von diesem forderte, er müsse wenigstens regelmäßig befolgt³⁹⁶ werden, um Norm zu sein, so geschah dies auf Grund einer Anschauung, die den wesentlichen Unterschied zwischen Sittengesetzen und Rechtsgesetzen übersah und die – vor allem auf eine *Erklärung* des Rechtslebens³⁹⁷ bedacht – darin ihren Ausdruck fand, daß man ohne Berücksichtigung der heteronomen Natur des Rechtes die verbindliche Kraft beider Arten von Norm in gleicher Weise begründete: nämlich auf der Anerkennung.

Auf eine allseitige Kritik der Anerkennungstheorie, die für die allgemeine Rechtslehre die größte Bedeutung erlangt hat, kann hier nicht näher eingegangen werden; dies wird in dem Kapitel geschehen, das von dem Grunde der verbindlichen Kraft des Rechtsgesetzes handelt.³⁹⁸ An dieser Stelle, wo es lediglich auf die Beziehungen zwischen Rechts- und Sittengesetz ankommt, muß lediglich folgendes hervorgehoben werden: Indem man auch den Rechtssatz als verbindliche Norm nur insoferne gelten ließ, als er von den Rechtsgenossen anerkannt wurde, verlegte man die verpflichtende Autorität – wie beim Sittengesetze – in das Innere des Individuums. Dieser Vorgang ist beim Rechtssatze unzulässig, denn er steht im Widerspruche zu seiner heteronomen³⁹⁹ Natur und entspricht auch nicht den Tatsachen im Rechtsleben des modernen Staates.

Stützt man sich auf die Anerkennungstheorie, dann muß man vom Rechtssatze – dessen Wesen man mit dem des Sittengesetzes identifiziert – das Gleiche annehmen wie vom letzteren: Die Nichtbefolgung ist ein Symptom mangelnder Aner-

³⁹⁴ «Der formale Gegensatz»] A₁ «Der Gegensatz»; A₂ «Der formale Gegensatz».

³⁹⁵ «nicht leicht zu»] A₁ «nicht zu»; A₂ «nicht leicht zu».

³⁹⁶ «müsse wenigstens regelmäßig befolgt»] A₁ «müße befolgt»; A₂ «müße wenigstens regelmäßig befolgt».

³⁹⁷ «Rechtslebens»] A₁ «Rechtserscheinung»; A₂ «Rechtslebens».

³⁹⁸ Vgl. unten S. 474–511.

³⁹⁹ «seiner heteronomen»] wohl richtig: «dessen heteronomer».

kennung, sie nimmt dem Rechtssatze seine verpflichtende Kraft und damit den Normcharakter.

Was jedoch vom Standpunkte einer autonomen Moral gelten mag⁴⁰⁰, ist un- haltbar für das heteronome Recht. Das zeigt schon die Tatsache, daß die Konse- quenz des Anerkennungsgedankens, die darin besteht, daß der Mensch tatsächlich
| 47 nur an jene Gesetze gebunden | ist, die er als solche anerkennt, auf die Rechtssätze angewendet, geradezu absurd ist. Die ganze Anerkennung, die ja, wie früher dar- gelegt,⁴⁰¹ für das Sittengesetz nur die Rückverlegung der durch die Objektivierung scheinbar nach⁴⁰² außen projizierten Autorität in das Innere des Individuums bedeutet, ist für das Rechtsgebiet eine durchaus entbehrliche Fiktion, da die ge- setzgebende Gewalt hier von vornherein außerhalb des Individuums besteht. Die Anschauung, daß eine mangelnde Anerkennung des Rechtssatzes durch die Rechtsgenossen, die in der Nichtbefolgung zum Ausdruck gelangt, die Zerstörung der Autorität bedeute, die das Recht setzt – eine Anschauung die in den oben zitierten Ausführungen *Schleiermachers*⁴⁰³ zu Tage tritt, – ist für den modernen Gesetzesstaat unrichtig, denn die rechtsetzende Autorität⁴⁰⁴ beruht gar nicht, wie bei der Moral, auf der Anerkennung, das Recht ist nicht mehr Tat der Rechtsge- nossen, sondern Träger des einheitlichen Rechtswillens⁴⁰⁵ ist der *Staat*, eine juri- stische Person, deren Autorität in dem faktischen Funktionieren ihrer Organe besteht: die Staatsgewalt und nicht das normative Gewissen des Individuums dik- tiert den Rechtssatz.

Wenn *Schleiermacher* den Grundsatz, eine Norm müsse tatsächlich ein Sein bestimmen, müsse befolgt werden, um als solche zu gelten, geradezu von dem Rechtsgesetze, als einem Prototyp⁴⁰⁶ der Norm, ableitet, um ihn erst von hier aus auf das analoge Sittengesetz zu übertragen,⁴⁰⁷ so hat dies darin seinen Grund, daß er unter dem Einflusse der historischen Schule seiner Zeit vornehmlich die ge- wohnheitliche Rechtsbildung im Auge hatte, bei welcher ja die formale Differenz zwischen Recht und Moral sich nicht geltend macht und jeder Rechtssatz erst durch dauernde Übung des von ihm Geforderten – worin ja die Anerkennung gelegen ist – zur Existenz kommt. Hier bedeutet die Anerkennungstheorie nicht bloß eine Erklärung des wirklichen u. zw. regelmäßig rechtmäßigen Verhaltens der Subjekte, sondern sie beinhaltet auch den formellen Geltungsgrund der Norm

⁴⁰⁰ «gelten mag»] A₁ «gültig ist»; A₂ «gelten mag».

⁴⁰¹ Vgl. oben S. 98.

⁴⁰² «der durch die Objektivierung scheinbar nach»] A₁ «der nach»; A₂ «der durch die Objek- tivierung scheinbar nach».

⁴⁰³ Dazu vgl. oben S. 107 f.; *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 407–409.

⁴⁰⁴ «die rechtsetzende Autorität»] A₁ «diese Autorität»; A₂ «die rechtsetzende Autorität».

⁴⁰⁵ «mehr ... Rechtswillens»] A₁ «mehr *gesellschaftliche* Funktion sondern Träger des Rechts- willens»; A₂ «mehr *gesellschaftliche* Funktion sondern Träger des einheitlichen Rechtswillens»; F* «mehr ... Rechtswillens».

⁴⁰⁶ «Rechtsgesetze, als einem Prototypen»] A₁ «Rechtsgesetze, den Prototypen»; A₂ «Rechtsge- setze, als einem Prototypen».

⁴⁰⁷ *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 408.

selbst. Sie versteht nicht nur eine explikative, sondern auch normative Funktion, wie überhaupt der ganze Rechtssatzbegriff in diesem Falle ganz ebenso wie der Normbegriff der Moral eine derartig gemischte Struktur aufweist.

Dem Gesetzesrechte gegenüber jedoch, kann die Anerkennung als⁴⁰⁸ bloße *Erklärung* tatsächlichen Geschehens, nämlich des rechtmäßigen Verhaltens der Subjekte, für die Jurisprudenz keine Bedeutung haben, da es die Aufgabe dieser Disziplin nicht ist, Seiendes zu erklären.

Die Theorie, welche ein wesentliches Merkmal des Rechtssatzes darin findet, daß er wirklich befolgt werde, beruft sich auf eine un|leugbare Tatsache des Rechtslebens: die Derogierung des Gesetzesrechtes durch entgegenstehende Gewohnheit⁴⁰⁹. Ein Rechtssatz wird faktisch eliminiert dadurch, daß er nicht befolgt, genauer: nicht angewendet wird⁴¹⁰, ein rechtliches Sollen wird durch ein Sein zerstört.

Nun wäre es sicherlich töricht, die bestehenden Wechselwirkungen zwischen Sein und rechtlichem Sollen⁴¹¹ zu leugnen. So sicher es ist, daß aus entsprechendem Sein Sollen entstehen kann, so gewiß ist es, daß Sollen durch widersprechendes Sein zerstört wird. Fraglich ist nur, welche Bedeutung dieser Tatsache vom normativ-*juristischen* Standpunkte aus beizumessen ist, für welche Betrachtungsweise diese Beziehung aktuell wird. Da⁴¹² sei denn zunächst darauf hingewiesen, daß, wenn man schließt: weil⁴¹³ eine Norm aufhört, als solche zu gelten, sobald sie nicht mehr befolgt wird, gehört zu ihrem Wesen, daß sie befolgt werde, – man konsequenterweise auch schließen müßte, daß eine Norm dann aufhörte Norm zu sein, wenn sie unter allen Umständen ausnahmslos befolgt würde. Denn es wäre sinnlos zu gebieten, was immer und ausnahmslos geschieht, was also geschehen muß. Mit dem Augenblicke, da alle Menschen ausnahmslos sittlich handelten, fielen alle Sittengesetze weg, und nur insofern es Unrecht gibt, Unrecht möglich ist, und nur wegen dieses Unrechts gibt es Rechtsgesetze. Treffend führt *Schleiermacher*¹⁾ aus, daß sich eine Stufe sittlicher Vollkommenheit denken lasse, „auf welcher, weil der Wille nicht erst bestimmt zu werden braucht, auch das Soll, aber mit dem Soll zugleich das Gesetz verschwindet, wenn nämlich zu der allgemeinen

| 48

|¹⁾ a. a. O. S. 403.⁴¹⁴

| 48

⁴⁰⁸ «Individuums besteht. ... als» (13211–1334)] A₁ «Individuums besteht. Als»; A₂ «Individuums besteht. ... Als».

⁴⁰⁹ «durch entgegenstehende Gewohnheit»] A₁ «durch Gewohnheit»; A₂ «durch entgegenstehende Gewohnheit».

⁴¹⁰ «er nicht befolgt, genauer: nicht angewendet wird»] A₁ «er angeblich nicht befolgt wird»; A₂ «er nicht befolgt genauer: nicht angewendet wird».

⁴¹¹ «Sein und rechtlichem Sollen»] A₁ «Sein u Sollen»; A₂ «Sein u rechtlichem Sollen».

⁴¹² «ist, für ... wird. Da»] A₁ «ist. Da»; A₂ «ist für ... wird. Da».

⁴¹³ «daß, wenn man schließt: weil»] A₁ «daß der Schluß, den man juristisch zieht: weil»; A₂ «daß wenn man schließt: weil».

⁴¹⁴ *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 404.

Bereitwilligkeit noch auch eine ebenso allgemeine Einsicht⁴¹⁵ in das allgemeine Wohl hinzukommt, so daß nur die vorhandenen Umstände dargelegt werden brauchen, um einen gleichmäßigen Beschluß aller Einzelnen hervorzurufen.“

Deutlich geht aus dem Gesagten hervor, daß – wenn zum Wesen der Norm ihr Befolgtwerden gehört, – ganz ebenso auch das Nichtbefolgtwerden, ihre Verletzung, zur Wahrung ihres Charakters nötig wäre. Das heißt aber nichts anderes, als daß beide Momente, Befolgung und Verletzung – die einander ausschließen, – als Seinsmomente für die normative Konstruktion unbrauchbar sind. Unter dem ausschließlichen Gesichtspunkte des Sollens betrachtet, muß das Sein stets unberücksichtigt bleiben. Schon früher wurde darauf aufmerksam gemacht, daß wer das Sollen aus dem Sein entspringen und durch ein – bestimmt qualifiziertes – Sein zerstört werden läßt, dies ausschließlich von einem explikativen, das Sein erfassenden Standpunkte aus erkennt. *Erklärung* ist der Zweck, den die Darlegung dieser Beziehungen des Sollens zum Sein hat; für die normative Betrachtung sind sie ohne Bedeutung. Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß, wie Entstehung⁴¹⁶ und Untergang des Seins von einem rein explikativen Standpunkte aus unfaßlich ist, [...] so Entstehung und Zerstörung des Sollens außerhalb der normativen Betrachtungsfläche liegt.⁴¹⁷

Stets muß daran festgehalten werden, daß der Gegensatz von Sein und Sollen ein Gegensatz der Betrachtungsweisen selbst ist und daß gerade in der Jurisprudenz zu einer Vereinigung beider Gesichtspunkte keine Ursache gegeben, vielmehr die ausschließliche Behauptung der normativen Methode erforderlich ist. Ja es ist sogar schlechterdings unmöglich, Rechtsbegriffe zu konstruieren, die beiden⁴¹⁸ Standpunkten gerecht werden, in denen sich das Recht zugleich als ein Seiendes und ein Seinsollendes spiegelt. Entschließt man sich, als Rechtssatz nur jene Norm gelten zu lassen, die ein Sein bestimmt, die regelmäßig befolgt wird, dann muß man, ist ein Gesetz rechtskräftig erlassen, um die Frage seiner Gültigkeit zu entscheiden, abwarten, ob es motivierend wirken wird; und erst wenn feststeht, daß es tatsächlich befolgt wurde, kann sein Normcharakter konstatiert werden. Daß diese nach rückwärts gerichtete *historische* Betrachtung dem positiven Rechte gegenüber

⁴¹⁵ «allgemeine Einsicht»] *Schleiermacher*, Unterschied (Anm. 117), S. 404: «allgemeine richtige Einsicht».

⁴¹⁶ «Bedeutung. Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß, wie Entstehung»] A₁ «Bedeutung. Fragt man nach dem Warum eines Sollens, unterwirft man die Norm – ihrem Inhalt nach – einer explikativen Betrachtung, dann muß die Antwort darauf – sofern man eine solche nicht als Scheinantwort verwirft^{Fn}Simmel^{Fn} – stets ein Sein aussagen. Und es ist für die gegenseitigen Beziehungen von Sein u Sollen außerordentlich bezeichnend, daß auch die letzte Frage nach Entstehung und Zerstörung des Seins wiederum zu einem Sollen führt: Aus dem Befehl eines Gottes, dem „Werde“ einer überirdischen Macht läßt der nach dem Urgrunde des Seins forschende Menschengestalt die Welt entstehen. Wie Entstehung»; A₂ «Bedeutung. Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß wie Entstehung».

⁴¹⁷ Vgl. oben S. 89.

⁴¹⁸ «unmöglich, Rechtsbegriffe zu konstruieren, die beiden»] A₁ «unmöglich, beiden»; A₂ «unmöglich, Rechtsbegriffe zu konstruieren, die beiden».

unsinnig ist, beweist die Tatsache, daß kein Jurist, auch jener nicht, der das Befolgtwerden als wesentliche Eigenschaft des Rechtssatzes behauptet, jemals zögern wird, einem Gesetze schon im Augenblicke der gültigen Erlassung den Normcharakter zuzusprechen.⁴¹⁹

Wenn auch der Entstehungsakt des Gesetzes gesellschaftlichen und nicht staatlichen Charakters und in Übereinstimmung hiermit⁴²⁰ materieller Natur ist⁴²¹ – wie ja noch später näher auszuführen sein wird – und der Staat nicht als Schöpfer, sondern lediglich als Träger des Rechtes zu betrachten ist, so ist das Recht seiner Geltung nach rein formaler Natur. Und wenn ein Rechtssatz, der formell – d. i. im Gesetze – besteht, ohne eine tatsächliche Wirkung zu üben, so bleibt dem Juristen nichts anderes übrig, als dessen formale Existenz – und eine andere hat der Rechtssatz für den Juristen nicht – im Gegensatz zu dem nicht entsprechenden Verhalten der Subjekte zu konstatieren.

Gerade beim Rechtssatze ist die⁴²² „Nichtbefolgung“ keineswegs von derselben Bedeutung wie beim Sittengesetz. Ein Rechtssatz, der niemals „befolgt“ wird,

⁴¹⁹ «zuzusprechen.»] A₁ «zuzusprechen. Läßt man aber das staatliche gesetzte Recht auch schon im Augenblicke seiner gültige[n] Erlassung als verbindliche Norm gelten, ja läßt man überhaupt den Willen des Staates als Recht gelten – dann ist es widerspruchsvoll die tatsächliche Befolgung als Kriterium des Rechtssatzes zu postulieren. Das letztere hat nur dann einen Sinn, wenn man das Recht lediglich in der der „Volküberzeugung“ entsprechenden tatsächlichen Übung des Rechtsgenossen sieht. Dann aber erfährt man das Recht nicht mehr *formal*, als das zu Befolgende, den Schutz sondern *materiell*: als das Befolgen, das Sein, das Geschützte, das Gut, Interesse, oder wie man sonst das materielle Element an der der [sic] Rechtserscheinung nennen mag. – Dann ist der Rechtssatz nur die Abstraktion gewisser Vorgänge, des Verhaltens vieler Einzelner, die Rechtsregel sagt nur etwas bestehendes aus, wie ein Satz der Naturwissenschaften oder der Psychologie oder Soziologie – sie ist ein Urteil über Seiendes, dessen Richtigkeit oder Wahrheit von diesem Seienden abhängt. Unter der ausschließlichen Herrschaft des Gewohnheitsrechtes ist eine solche Anschauungsweise in der Jurisprudenz berechtigt, und die *historische* Rechtsschule, die diese Anschauungsweise akzeptierte, hat auch folgerichtig dem Staate die Zuständigkeit zur Rechtserzeugung abgesprochen. Ihr ist das Recht eine seiende Erscheinung, eine faktische Tätigkeit, ein reales Verhalten vieler Einzelner, eine Funktion der nicht organisierten *Gesellschaft*.] Es bedeutet eine Formalisierung des Rechtes, wenn es nicht mehr eine tatsächliche Funktion der *Gesellschaft* sondern der Wille des Staates – also einer Organisationsform der Gesellschaft ist. Er ist reines *Sollen* für die Rechtsgenossen und es besteht formaliter ohne Rücksicht darauf ob es von ihnen befolgt wird oder nicht.] Der historischen Methode war es dem Gewohnheitsrechte gegenüber durchaus möglich unter Vereinigung des explikativen mit dem normativen Standpunkte das Recht in Beziehung zur Gewohnheit als ein *Seien*[des] in Beziehung auf den Einzelnen aber als ein *Sollen* zu erfassen indem der Gewohnheitsrechtssatz, der aussprach, was von der Masse der Rechtsgenossen geübt wurde, dem Einzelnen das übliche Verhalten vorschrieb. – Das Gesetzesrecht des modernen Staates kommt für den Juristen nur in seiner Beziehung zum Einzelnen als Sollvorschrift in Betracht. Es ist streng individueller Natur. Die für das Gewohnheitsrecht charakteristische Relation zur Gesamtheit, aus deren tatsächlicher Übung es ja entstand, ist für das Gesetzesrecht überhaupt nicht vorhanden. Die Tatsache eines regelmäßigen Verhaltens der Meisten, die die generelle Natur des Gewohnheitsrechtes begründete – ist für das Gesetzesrecht bedeutungslos und es ist darum als schwerer Irrtum anzusehen, wenn was mitunter geschieht – auch vom modernen Gesetzesrechte behauptet wird, daß es genereller Natur sei.^{Fn} Hold von Ferneck^{Fn}; A₂ «zuzusprechen.».

⁴²⁰ «hiermit»] A «hiez»]; F* «hiermit».

⁴²¹ «staatlichen ... ist»] A₁ «staatlicher Natur ist»; A₂ «staatlichen ... ist».

⁴²² «Gerade beim Rechtssatze ist die»] A₁ «Gerade die»; A₂ «Gerade beim Rechtssatze ist die».

würde darum nicht aufhören, Rechtssatz zu sein. Die Rechtsnorm führt materiell noch ein anderes Leben als⁴²³ im Befolgtwerden. Sie wird „angewendet“, und zwar gerade in jenen Fällen, | in denen sie *nicht* befolgt wird. Und zweifellos ist diese äußere Erscheinungsform des Rechtssatzes juristisch bedeutsamer. Nur wenn der Rechtssatz verletzt wird, kommt er zu der ihm eigentümlichen „Wirkung“, tritt die von ihm beinhaltete Unrechtsfolge ein.

|50

Es⁴²⁴ ist sehr leicht möglich, daß ein Rechtssatz von den Untertanen gegebenen Falles immer verletzt, von den Staatsorganen jedoch stets angewendet wird. Man denke an Rechtssätze, die nur selten befolgt oder nur selten angewendet zu werden Gelegenheit haben; etwa Zollstrafbestimmungen, die das Unterlassen gewisser Manipulationen mit nur selten zur Einfuhr gelangenden Waren mit Strafe belegen, u. a. Solche Rechtssätze behielten, trotzdem sie niemals befolgt würden, ihren Charakter, vorausgesetzt, daß sie nur angewendet werden. Der Fall der Derogierung eines formell existenten Rechtssatzes durch Gewohnheit ist stets nur dann gegeben, wenn er durch die Behörden konstant nicht angewendet wird; und dabei ist es gleichgültig, ob dieser Rechtssatz in der Mehrzahl der Fälle, in denen sein Tatbestand vorlag, „befolgt“ wurde oder nicht. Die Gründe, aus denen ein Rechtssatz trotz seiner formellen Existenz von den Behörden nicht⁴²⁵ angewendet wird, sind sehr mannigfache. Nur einer unter vielen ist die kontinuierliche Verletzung seitens der Untertanen.

Dieser Vorgang eines bloß faktischen Außerkraftsetzens von Rechtssätzen ist jedoch rechtlich völlig unfaßbar. Die Nichtanwendung eines formell bestehenden Rechtssatzes oder die Anwendung eines formell nicht existenten durch die Staatsorgane ist ein tatsächliches Versagen der Rechtsordnung, das eben darum juristisch nicht konstruiert werden kann, weil alle juristische Konstruktion auf dem tatsächlichen Funktionieren der Rechtsordnung beruht, dieses Funktionieren zur Voraussetzung hat und niemals das tatsächliche Verhalten des Rechtsapparates erklären soll. Ebenso versagt die juristische Konstruktion in allen⁴²⁶ Fällen von Verfassungsbrüchen, wenn etwa der Monarch verfassungswidrige Regierungsakte setzt, die tatsächliche Wirkungen haben. Geradeso, wie es unsinnig wäre, die Revolution juristisch zu rechtfertigen, ein „Recht darauf, ein Recht nicht zu achten“ zu behaupten, bedeutet es einen Widerspruch in sich selbst, die Derogierung eines Gesetzes durch *abusus* der Behörden – was sich juristisch als das Gleiche herausstellt wie Revolution und Verfassungsbruch: nämlich Ausschaltung der⁴²⁷ Rechts-

⁴²³ «führt ... als»] A₁ «führt noch eine andere Existenz als»; A₂ «führt noch ein anderes Sein als»; A₃ «führt noch ein anderes Leben als»; F* «führt ... als».

⁴²⁴ «ein. ⊃ Es»] A₁ «ein. ⊃ Der Fall der Derogierung eines formell existenten Rechtssatzes durch Gewohnheit. ⊃ Es»; A₂ «ein. ⊃ Es».

⁴²⁵ «Existenz von den Behörden nicht»] A₁ «Existenz nicht»; A₂ «Existenz von den Behörden nicht».

⁴²⁶ «allen»] A₁ «jenen»; A₂ «allen».

⁴²⁷ «nämlich Ausschaltung der»] A «nämlich Stillstand (Ausschaltung) der»; F* «nämlich Ausschaltung der».

ordnung – juristisch konstruieren zu wollen. *Und nichts anderes bezweckt die Theorie, die in den seiner Natur nach normativen Begriff des Rechtssatzes als wesentliches Element ein Seins-moment, nämlich sein Befolgt- oder Angewendet-werden aufnimmt. Denn | dies hat lediglich den Zweck, jener Erscheinung juristisch gerecht zu werden, die wir ihrem Wesen nach als außerrechtliche erkannt haben: der Vernichtung des Rechtssatzes durch ein tatsächliches Verhalten, des rechtlichen Sollens⁴²⁸ durch ein Sein.* Dementsprechend muß es als völlig verfehlt bezeichnet werden, wenn man versucht⁴²⁹, die Derogierung des Gesetzesrechtes infolge rechtswidrigen Funktionierens der Staatsorgane – und nur auf diesem Wege kann sich eine dem Rechtssatze entgegenstehende⁴³⁰ Gewohnheit bilden – juristisch zu regeln, indem man z. B. zur Derogierung fordert, daß der Rechtssatz in der Mehrzahl der Fälle, oder durch eine bestimmte Zeit, unter bestimmten Umständen nicht zur Anwendung gekommen sei. Denn ganz abgesehen davon, daß die angeführten Momente sich zumeist überhaupt nicht feststellen lassen, – wie könnte man wohl eine Majorität von Fällen nachweisen, in denen ein Rechtssatz hätte zur Anwendung kommen sollen, obgleich er nicht angewendet wurde? – sind alle derartigen Formulierungen willkürlich und vom Standpunkte des positiven Rechtes aus irrelevant. Wie die letzten Fragen nach Zeugung und⁴³¹ Vernichtung des Seins von den erklärenden Disziplinen keine Antwort erhalten, metaphysischer Natur sind, so steht das Problem der Entstehung⁴³² und Zerstörung des Rechtes – nicht einzelner Rechtsverhältnisse – jenseits der⁴³³ Grenzen formaler Rechtsbetrachtung, ist, um einen treffenden Ausdruck *Georg Jellineks* zu gebrauchen¹⁾: metajuristischer Natur.

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

Auf den Zweck der Norm wurde schon früher hingewiesen. Auch die Normen des Rechtes, die Rechtssätze, haben Zwecke, insoferne⁴³⁵ sie nämlich ein bestimmtes Verhalten der Menschen herbeizuführen beabsichtigen. Da der Zweck der

[51] ¹⁾ *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatsverträge. Wien 1880 S. 3. ⁴³⁴

⁴²⁸ «des rechtlichen Sollens»] A₁ «des Sollens»; A₂ «des rechtlichen Sollens».

⁴²⁹ «man versucht»] A₁ «man vom juristischen Standpunkte aus versucht»; A₂ «man versucht».

⁴³⁰ «eine dem Rechtssatze entgegenstehende»] A₁ «eine entgegenstehende»; A₂ «eine dem Rechtssatze entgegenstehende».

⁴³¹ «Wie die letzten Fragen nach Zeugung und»] A₁ «Wie Entstehung und»; A₂ «Wie Zeugung und»; A₃ «Wie die letzten Fragen nach Zeugung und».

⁴³² «so steht das Problem der Entstehung»] A₁ «so fällt Entstehung»; A₂ «so steht das Problem der Entstehung».

⁴³³ «Rechtes – nicht einzelner Rechtsverhältnisse – jenseits der»] A₁ «Rechtes außerhalb der»; A₂ «Rechtes – nicht einzelner Rechtsverhältnisse – jenseits der».

⁴³⁴ *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880, S. 3 Anm. 3.

⁴³⁵ «die Rechtssätze, haben Zwecke, insoferne»] A₁ «die Rechtssätze sind lediglich ihrem Zwecke nach Normen, insoferne»; A₂ «die Rechtssätze haben Zwecke, insoferne».

Norm durch verschiedene Mittel, d. i. in verschiedenen Formen erreicht werden kann und die Norm als solche nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, hat sich gezeigt, daß auch diätetische Regeln, Naturgesetze im weitesten Sinne, die einen naturnotwendigen Zusammenhang aussagen, als Normen fungieren können. Die früher dargelegten Ausführungen *Paulsens*⁴³⁶ haben gerade von diesem Punkte ihren Ausgang genommen, um die Beziehungen zwischen Norm und Naturgesetz aufzuzeigen. Wenn *Paulsen* die Sittengesetze als Regeln formuliert, welche die natür[li]chen Rückwirkungen des unsittlichen Verhaltens auf die Gesellschaft konstatieren⁴³⁷ – so ist dagegen nichts einzuwenden; bloß darauf mußte schon früher aufmerksam gemacht werden,⁴³⁸ daß die einzelne Unsittlichkeit nicht etwa eine Ausnahme von dieser Regel bedeutet, sondern nur von jenem Satze, der das regelmäßige sittliche Verhalten der Menschen behauptet. Denn die Lüge, beispielsweise, ist immer und unter allen Umständen der Gesellschaft schädlich und daher verboten, auch in dem Falle, wo tatsächlich gelogen wird, während die Regel, daß die Menschen meistens die Wahrheit sprechen, für den einzelnen Fall der Lüge nicht gilt d. h. ausgenommen ist.

| 52

Für den Rechtssatz muß diese Unterscheidung noch im besonderen Maße hervorgehoben werden. Es sei zunächst dahingestellt, welches die dem Rechtssatze eigentümliche logische Form ist, welches die spezifischen Mittel sind, durch die der Zweck des Rechtes erreicht wird; – es wird Aufgabe eines der folgenden Kapitel sein, diese Frage prinzipiell zu erörtern.⁴³⁹ – Hält man sich an die von *Paulsen* selbst akzeptierte Formulierung: Unter gewissen Voraussetzungen tritt eine bestimmte Unrechtsfolge ein – dann ist offenkundig, daß der Rechtssatz nicht identisch ist mit der Regel, welche die natürliche, die naturnotwendige Folge des Unrechtes auf die Gesellschaft ausspricht. Vielmehr ist es die durch den Willen des Staates, also künstlich geschaffene Unrechtsfolge – wie z. B. Strafe – die der Rechtssatz beinhaltet; und es ist keine Folge für die Gesamtheit, sondern die Reaktion auf den Einzelnen – den Rechtsbrecher – die im Rechtssatze in Aussicht gestellt wird. Wenn *Paulsen* darauf hinweist, daß das Rechtsgesetz seinen Grund in der Natur der Dinge habe – übrigens die spezifische Vorstellung des Naturrechtes – in dem kausalen Zusammenhange zwischen Handlungen und ihren Rückwirkungen auf die Lebensgestaltung,⁴⁴⁰ so ist dies an sich gewiß richtig. Das Gesetz wird häufig erlassen⁴⁴¹, um schädliches Verhalten der Subjekte zu verhindern. Nicht immer; denn mitunter mag wohl ein Verhalten gefordert sein, dessen Unterlassen keineswegs schädliche Wirkung auf die Gesellschaft oder auf den Staat hätte, vielleicht sogar sehr nützlich wäre – man denke an gewisse Steuergesetze –. Die sozial-

⁴³⁶ Vgl. oben S. 111f.; *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 13.

⁴³⁷ Vgl. z. B. *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 16.

⁴³⁸ Vgl. oben S. 110.

⁴³⁹ Vgl. unten S. 301–389.

⁴⁴⁰ Vgl. *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14.

⁴⁴¹ «wird häufig erlassen»] A₁ «wird erlassen»; A₂ «wird häufig erlassen».

schädliche Wirkung eines Verhaltens ist regelmäßig der Grund eines Rechtsgesetzes⁴⁴². Aber darum ist doch der Rechtssatz selbst nicht die Naturregel, die eine derartige schädliche Wirkung konstatiert. Der Rechtssatz: wer stiehlt, den will der Staat strafen, ist völlig verschieden von der Regel: Diebstahl gefährdet die Existenz der Gemeinschaft; – (ist aber auch scharf zu unterscheiden von der Regel: die Menschen achten im allgemeinen das fremde Eigentum). Die Relation, die zwischen dem Delikte und seiner Wirkung auf die | Gesellschaft von der Naturregel konstatiert wird, ist ein *Kausalnex*, ist das Verhältnis von Ursache und Wirkung. Die Beziehung, die der Rechtssatz zwischen dem Unrechtstatbestande und der Reaktion des Staates auf denselben: der Unrechtsfolge behauptet, ist nicht das Verhältnis der *Kausalität*, sondern, wie noch später auszuführen sein wird,⁴⁴³ das des Erkenntnisgrundes.

Der Rechtssatz ist keine Naturregel, die einen natürlichen Zusammenhang von Ursache und Wirkung behauptet. Er ist aber auch kein Satz, der ein regelmäßiges Verhalten der Menschen aussagt. Er beinhaltet durchaus nicht, daß oder wie die Subjekte, denen das Soll des Rechtssatzes gilt, handeln oder unterlassen, er drückt nicht das wirkliche Verhalten der Bürger aus, wie *Paulsen* sagt.⁴⁴⁴ Der Rechtssatz muß scharf unterschieden werden von der Regel, die aussagt, daß die Menschen im allgemeinen die Unrechtsfolgen zu vermeiden suchen und daher rechtmäßig handeln, den Rechtssatz nicht verletzen. Nur von dieser Regel bedeutet das Unrecht eine Ausnahme und nur eine Identifizierung dieser Regel mit dem Rechtssatz kann zur Anschauung führen, das Unrecht sei *im Verhältnis zum Rechtssatz* eine „Ausnahme“. Inwieferne eine solche Nichtunterscheidung zwischen Norm und Regel tatsächlichen Verhaltens beim Sittengesetze mit Rücksicht auf seine Entstehung, seinen Inhalt und seine Fortdauer zulässig ist, wurde gezeigt, aber auch nachgewiesen, daß das Rechtsgesetz gerade in diesem Punkte sich wesentlich vom Sittengesetze unterscheidet.

Schon früher wurde darauf hingewiesen, daß von einem objektiven Standpunkte aus auch das Sittengesetz in seiner spezifisch normativen Richtung dem konkreten unsittlichen Verhalten⁴⁴⁵ gegenüber nicht ausgenommen ist, sondern daß sein Soll auch diesem gegenüber *gilt*.⁴⁴⁶ Noch viel schärfer tritt dies beim Rechtssatz hervor. Für diesen ist die Normwidrigkeit, das Unrecht geradezu Anwendungsfall. Der Rechtssatz *gilt* nicht nur in diesem Falle, insofern er auch hier hätte befolgt werden sollen, er wird auch noch äußerlich verwirklicht, indem die von ihm beinhaltete Unrechtsfolge realisiert wird. Und gerade diese Beziehung des Rechtssatzes ist für den Juristen die einzig in Betracht kommende. Formal – und

⁴⁴² «Rechtsgesetzes»] A₁ «Rechtssatzes»; A₂ «Rechtsgesetzes».

⁴⁴³ Vgl. unten S. 164 f.

⁴⁴⁴ Vgl. *Paulsen*, Ethik (Anm. 233), S. 14.

⁴⁴⁵ «Richtung dem konkreten unsittlichen Verhalten»] A₁ «Richtung auch den einzelnen Un-sittlichen»; A₂ «Richtung den konkreten unsittlichen Verhalten».

⁴⁴⁶ Vgl. oben S. 109–111.

das ist die juristische Betrachtungsweise – ist die Rechtsordnung nur wegen der Rechtswidrigkeit vorhanden, ist der Rechtssatz nur auf die Rechtswidrigkeit zugeschnitten; nur im Falle der Rechtswidrigkeit kommt die Rechtsordnung in Funktion. Sie verhängt über den rechtswidrig Handelnden Unrechtsfolgen und hat mit dem rechtmäßig Handelnden nichts zu tun. Erst durch das Unrecht wird die Rechtsordnung aktuell und nur die Möglichkeit eines Unrechtes läßt die Rechtsordnung über den einzelnen Verhältnissen schweben.

[Gewiß, neben dieser Reaktion gegen das Unrecht des Einzelnen übt die Rechtsordnung noch eine zweite Funktion aus: Sie wirkt vermittels Furcht vor den Unrechtsfolgen motivierend auf die Masse der Individuen und veranlaßt die meisten zu⁴⁴⁷ rechtmäßigem Verhalten; und dieser Wirkung der Rechtsordnung gegenüber kann allerdings das Unrecht eine *Ausnahme*, ein ausnahmsweises Versagen der Rechtsordnung resp. deren motivierender Wirkung bedeuten. Nun mag es hier dahingestellt bleiben, ob das rechtmäßige Verhalten der Subjekte tatsächlich immer oder auch nur in den meisten Fällen auf⁴⁴⁸ die motivierende Wirkung der Rechtsordnung zurückzuführen ist; sicherlich wird es zahlreiche Fälle geben, in denen andere Motive maßgebend waren, und die meisten werden sich jeder Prüfung in dieser Richtung entziehen.

Die Annahme, daß zwischen der Rechtsordnung und dem allgemeinen rechtmäßigen Verhalten der Masse der Individuen ein Kausalverhältnis und zwar das des psychischen Zwangs, der Motivation⁴⁴⁹ besteht – und diese Annahme findet sich gerade nur bei Juristen häufig vor – entbehrt jeder für die Behauptung eines psychologischen Zusammenhangs notwendigen empirischen Basis. Eine solche Annahme bedeutet eine Fiktion oder Präsump tion, deren Anwendung in der Jurisprudenz wohl zulässig ist, aber in der Erkenntnis psychischer Relationen realer, dem Kausalgesetze unterworfenen Vorgänge d. h.⁴⁵⁰ also in der Naturwissenschaft keinen Platz hat.⁴⁵¹

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

⁴⁴⁷ «veranlaßt die meisten zu»] A₁ «veranlaßt sie zu»; A₂ «veranlaßt die meisten zu».

⁴⁴⁸ «tatsächlich immer oder auch nur in den meisten Fällen auf»] A₁ «tatsächlich regelmäßig auf»; A₂ «tatsächlich immer oder auch nur in den meisten Fällen auf».

⁴⁴⁹ «Individuen ... Motivation»] A₁ «Individuen ein Verhältnis der Motivation»; A₂ «Individuen ... Motivation».

⁴⁵⁰ «Relationen ... Vorgänge d. h.»] A₁ «Relationen dh.»; A₂ «Relationen ... Vorgänge dh.».

⁴⁵¹ «Die Annahme, daß ... keinen Platz hat.»] Absatz in A₂ eingefügt.

halten der Masse der Subjekte aufsucht und hiebei eine regelmäßige *generelle*⁴⁵² massenpsychische Wirkung konstatiert.

Für den Juristen kommt das Recht, kommt der Rechtssatz gerade in seiner *individuellen* Reaktion gegen die einzelne Rechtswidrigkeit in Betracht. Sieht man das Wesen des Rechtssatzes in seiner regelmäßigen motivierenden Wirkung auf die Masse der Subjekte, in seiner Fähigkeit, die Menschen zu rechtmäßigem Verhalten zu veranlassen, dann muß ein derartiger Rechtsbegriff den Juristen | gerade im entscheidenden Momente im Stiche lassen: im Falle des Unrechtes. Denn gerade diesem gegenüber bedeutet der Rechtssatz in seiner motivierenden Kraft ein völliges Versagen. Wie die Norm der autonomen Moral, verlöre der Rechtssatz, wäre er es nur insofern als er motivierend wirkt, dem wider ihn Handelnden gegenüber seinen spezifischen Charakter. Wendet man, wie es häufig geschieht, ein, er bleibe dem Einzelfalle gegenüber Rechtssatz, wenn er nur in der Mehrzahl der Fälle seine motivierende Wirkung ausübe, der Einzelfall sei eine *Ausnahme*, dann ist eben darauf hinzuweisen, daß das Unrecht niemals als Ausnahme des Rechtssatzes, sondern stets nur einer von ihm völlig verschiedenen Regel gelten kann – was eben die vorhergehende Darstellung zu beweisen bemüht war.

Um das Verhältnis von Rechtssatz und Moralnorm, von Jurisprudenz und Ethik allseits zu beleuchten, sei hier noch eine Anschauung erörtert, die, von einer Verschiedenheit in dem normativen Charakter der einzelnen Normwissenschaften ausgehend, zu einer gewissen Unterordnung des Rechtssatzes unter die Moralnorm, der Jurisprudenz unter die Ethik gelangt. In seiner Ethik¹⁾ führt *Wundt*⁴⁵³ aus, daß es der Konnex mit dem menschlichen Willen mit sich bringe, daß jener Begriff des Gesetzes, dessen sich die explikativen Wissenschaften bedienen, von dem Normbegriffe, aus dem er entsprang, um so weiter entfernt sei, je weniger die Tatsachen selbst den Charakter von Willkürhandlungen an sich tragen oder je weniger sie mit solchen untermengt sind. Darum habe sich im Naturgesetze der Normbegriff am meisten seinem eigenen Ursprunge entfremdet. Aus dem nämlichen Grunde sei nun der normative Charakter der einzelnen Normwissenschaften keineswegs ein gleichwertiger. So fasse die Grammatik in den grammatischen Regeln oder Sprachgesetzen gewisse regelmäßige Spracherscheinungen zusam-

| 55 |¹⁾ a. a. O. I S. 6, 7, 8.⁴⁵⁴

⁴⁵² «eine regelmäßige *generelle*»] A₁ «eine *generelle*»; A₂ «eine regelmäßige *generelle*».

⁴⁵³ Wilhelm Wundt (1832–1920), Psychologe und Philosoph; 1857 in Heidelberg habilitiert, dort 1864 a.o. Professor; ab 1874 Ordinarius in Zürich, ab 1875 in Leipzig, dort Leiter des Instituts für experimentelle Psychologie; 1889–1890 auch Rektor. Er gilt als Begründer der Psychologie als eigenständiges Fach. Wichtige Werke: Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2 Bde. Leipzig 1863 (7./8. Aufl., Leipzig 1922); Logik, 2 Bde. Stuttgart 1880–1883 (4. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1919–1921, 5. Aufl., nur 1. Bd., Stuttgart 1924, mehr nicht erschienen); Ethik, Stuttgart 1886 (5. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1923–1924).

⁴⁵⁴ *Wundt*, Ethik (Anm. 53), S. 6–8.

men, die unter bestimmten physiologischen und psychologischen Bedingungen entstanden und unter der Konkurrenz anderer Bedingungen ähnlichen Ursprunges ausbleiben können, ohne daß die dann entstehenden Ausnahmen darum als falsch oder sprachwidrig angesehen werden. Über allen grammatischen Regeln schwebt nur eines als Norm, nämlich die logischen Gesetze des Denkens. Im eigentlichen Sinne normativ seien darum nur die logischen Elemente der Grammatik. *Und in ganz ähnlicher Weise verhalte es sich mit der Rechtswissenschaft, mit den Rechtsnormen.* „Hier behält man zwar den Ausdruck der Norm bei, weil dieselben, welches auch ihr Ursprung sei, praktisch als bindende Vorschriften gehandhabt werden. Gleichwohl scheiden auch sie sich deutlich in solche Satzungen, die von mehr wechselnder Art sind und in den geschichtlich besonderen Bedingungen einer Rechtsgemeinschaft ihre Quelle haben, und in andere, denen wir unabhängig von solchen besonderen Ursachen eine verpflichtende Kraft beilegen, weil sie aus der allgemeinen sittlichen Anlage der menschlichen Natur entsprungen sind. Welches aber immer das Verhältnis dieser beiden Arten von Rechtsnormen zu einander sein möge, jedenfalls gestehen wir den letztgenannten, die auf bestimmten ethischen Normen beruhen, allein einen allgemein gültigen Wert zu.“⁴⁵⁵

| 56

Diese Unterscheidung zwischen Rechtsnormen, denen ein höherer normativer Charakter zukommt und solchen, denen ein geringerer anhaftet, ist auf dem Boden des positiven Rechtes bedeutungslos. Für den Juristen ist kein Rechtssatz mehr oder weniger verbindlich als der andere. Die Tatsache, daß gewisse Rechtsnormen die gleichen Zwecke verfolgen wie Sittengesetze, d. h. daß erstere in⁴⁵⁶ den Handlungen oder Unterlassungen, die sie fordern, mit den letzteren übereinstimmen, ist für den Juristen kein Grund, der rechtlichen Verbindlichkeit jener einen höheren Grund zuzuerkennen als anderen. Denn die rechtliche Verbindlichkeit der Rechtssätze, ihr normativer Charakter, stammt aus einer ganz anderen Quelle als die verpflichtende Kraft der Sittengesetze. Beide sind in ihrer normativen Natur voneinander völlig unabhängig. Was immer der Ursprung der Moralgebote sein mag, die Quelle der verbindlichen Rechtsgesetze ist – für die formal juristische Betrachtung des modernen Rechtes – ausschließlich und allein der Wille des Staates, der natürlich für die Normen der Moral niemals als Autorität in Betracht kommen kann. Weil und nur insoferne sie Wille des Staates sind, der durch seine faktische Macht seinen Willen realisiert, haben Rechtssätze verbindliche Kraft – und für diese rechtliche Verbindlichkeit ist es gleichgültig, ob sie mit Sittengesetzen übereinstimmen oder nicht. Nicht wegen Übertretung des Sittengesetzes wird der Verbrecher bestraft, sondern, weil ein Rechtsgesetz auf sein Verhalten Strafe setzt. Und die rechtliche Verbindlichkeit eines Rechtssatzes leidet nicht im geringsten, wenn er im Widerspruch zu einem Sittengesetze steht. Jener Teil der Rechtsord-

⁴⁵⁵ Wundt, Ethik (Anm. 53), S. 7f.

⁴⁵⁶ «d. h. daß erstere in»] A₁ «d. h. in»; A₂ «d. h. daß beide in»; A₃ «d. h. daß erstere in».

nung, der ein Verhalten der Subjekte herbeizuführen bezweckt, das auch durch Sittengesetze gefordert wird, ist darum juristisch nicht anders qualifiziert, als jener Teil, der ethisch indifferent, ja unsittlich ist. Für das Subjekt freilich mag ein Verhalten, das nicht nur durch Sittengesetz gefordert ist, sondern auch unter rechtlicher Sanktion steht, eine doppelte und darum erhöhte Verbindlichkeit besitzen. Aber innerhalb der Rechtswissenschaft, von deren spezifischem Standpunkte aus, ist dieses Moment nicht geeignet, einen Unterscheidungsgrund der Rechtssätze abzugeben.

III. Kapitel.

Das Verhältnis von kausaler, teleologischer und normativer Betrachtung. – Der Zweck im Recht.⁴⁵⁷

Der Gegensatz von Sein und Sollen, von Naturgesetz und Norm, der⁴⁵⁸ für die Methode der mit Rechtssätzen befaßten Jurisprudenz von so grundlegender Bedeutung ist, muß noch in einer weiteren Richtung hin verfolgt werden. Es ist zu untersuchen, inwieweit dieser Gegensatz mit der Unterscheidung kausaler und teleologischer Betrachtung zusammenhängt, und ob die Rechtswissenschaft, sofern sie zu den Sozialwissenschaften gerechnet wird, eben dieser für die Gesellschaftsdisziplinen als charakteristisch geltenden teleologischen Betrachtungsweise unterworfen ist. Es führt dies letztlich auf die Frage nach der methodologischen Bedeutung des Zweckmomentes für die juristische Begriffsbildung.

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

|Diese *teleologische* Betrachtung, die das Geschehen und insbesondere die menschlichen Handlungen und Wollungen nach Mittel und Zweck erfaßt, wird⁴⁶⁰ mitunter der kausalen Anschauung des Seins nach Ursache und Wirkung

|58

¹⁾ Sigwart, Logik II, 3. Aufl. S. 249.⁴⁵⁹

|57

⁴⁵⁷ «Das Verhältnis von kausaler, teleologischer und normativer Betrachtung. – Der Zweck im Recht.»] von zweiter Hand hinzugefügt; wohl Verlag.

⁴⁵⁸ «Sollen, von Naturgesetz und Norm, der»] A₁ «Sollen, der»; A₂ «Sollen, von Naturgesetz und Norm, der».

⁴⁵⁹ Christoph Sigwart, Logik, Bd. 2: Die Methodenlehre, 3. Aufl., Tübingen 1904, S. 249.

⁴⁶⁰ «Wollungen nach Mittel und Zweck erfaßt, wird»] A₁ «Wollungen wird»; A₂ «Wollungen nach Mittel und Zweck erfaßt, wird».

a

III. Kapitel. Die Verhältnisse von kanakaler, Melanesischer und normaler Bevölkerung -
 I. Teil
 Behandlung - der Zweck im Recht.

192

Das Jugendrecht von Samoa und Kolonien, das für die Melanesen der
 mit Kanakern zusammen bestehenden Inselgruppen von so geringem
 geistiger Entwicklung ist, muß auch in dieser Hinsicht eine
 für sich selbst stehen. Es ist zu untersuchen, inwieweit dieser
 Jugendrecht mit der Unterentwicklung der Melanesen in
 langjähriger Erfahrung zu erklären ist, nicht als wäre die
 Kanakern ein Recht, besonders für die von Kanakern gebildeten
 Gruppen nicht allem sicher, für die gebildeten Melanesen als
 geschlechtliche Gruppen gebildeten Kanakern ^{einige} unterworfen
 zu werden müssen ist. Es ist jedoch nicht die Frage, wie die
 Melanesen die Entwicklung der Jugendrecht für die Melanesen
 für Kanakernbildung.

Die geschlechtliche Entwicklung der Melanesen ist
 neben der geschlechtlichen Entwicklung der Melanesen
 nichtigen - geschlechtliche. Es ist mit anderen Worten.

scharf entgegengesetzt. Ja, man hat in beiden Betrachtungsweisen zwei grundverschiedene, einander ausschließende Erkenntnismethoden⁴⁶¹ gesehen und alle Wissenschaft gerade unter diesem Gesichtspunkte in kausale Naturwissenschaft auf der einen Seite und teleologische oder Zweckwissenschaft⁴⁶² auf der andern Seite getrennt. Zu der letzteren zählt man insbesondere die Sozialwissenschaften und in deren Gefüge auch die Jurisprudenz. *Stammler*¹⁾⁴⁶⁴ ist es vor allen, der auf den Gegensatz von Kausalität und Telos die spezifische Methode der Sozialwissenschaft zum Unterschiede von der Naturwissenschaft aufbaut.

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

Am präzisesten drückt *Stammler* seine Anschauung in den folgenden Worten aus: „Solange man zukünftiges Geschehen unter dem Gesichtspunkte einer bestimmten Kausalität vorstellt, so bleibt für die teleologische Erwägung überhaupt kein Platz: von diesen beiden möglichen Betrachtungsweisen kommenden menschlichen Handelns ist jeweilig immer bloß die eine gerade möglich. ...⁴⁶⁵ Beides gleichzeitig genommen – Kausalität und Telos – enthält einen unlöslichen inneren Widerspruch, zwischen beiden Möglichkeiten einen künftigen Gegenstand sich vorzustellen, zwischen der notwendigen Verursachung desselben oder aber zwischen ihm als einem zu schaffenden ist die unvermeidliche Trennung, die, wiederhole ich, in dem Inhalte der beiden Betrachtungsweisen liegt, durchaus nicht aufzuheben“⁽²⁾. *Stammler* geht davon aus, daß man sich vorzunehmende

¹⁾ *Wirtschaft und Recht*, 2. Aufl. 1906 S. 337 ff., 378.⁴⁶³

²⁾ a. a. O. S. 344.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ «ausschließende Erkenntnismethoden»] A₁ «ausschließende Methoden»; A₂ «ausschließende ErkenntnisMethoden».

⁴⁶² «teleologische oder Zweckwissenschaft»] A₁ «teleologische Zweckwissenschaften»; A₂ «teleologische oder Zweckwissenschaft».

⁴⁶³ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 337–345, 378.

⁴⁶⁴ Rudolf Stammler (1856–1938), Rechtsphilosoph und Privatrechtslehrer. Er wurde 1876 in Leipzig habilitiert, 1882–1884 war er a. o. Professor in Marburg, 1884–1885 in Gießen. 1885–1916 war er o. Professor in Halle a. d. S., 1916–1923 schließlich in Berlin. 1913 gründet er die Zeitschrift für Rechtsphilosophie. Er gilt, der Marburger Schule des Neukantianismus verpflichtet, als Begründer der neukantianischen Rechtsphilosophie. Große Verdienste erwarb er sich um die Verwissenschaftlichung des universitären Rechtsunterrichts. Wichtige Werke: *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin und Halle a. d. S. 1902 (2. Aufl., Halle a. d. S. 1926); *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S. 1911 (2. Aufl., Halle a. d. S. 1923); *Recht und Macht*, Berlin 1918; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig 1922 (3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928).

⁴⁶⁵ «„Solange ... möglich. ...»] Satz in A₂ eingefügt.

⁴⁶⁶ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 344.

Handlungen auf zweierlei verschiedene Art und Weise vorstellen könne: „entweder als kausal bewirktes Geschehnis der *äußeren Natur* oder als von mir zu bewirkende“³⁾. Der Inhalt dieser beiden Klassen von Vorstellungen geht ganz auseinander. „Ich nehme dabei entweder menschliches Tun als Naturereignis und suche lediglich dessen kausales Geschehen und seine ursachliche Bewirkung aufzuhellen und zu erfassen; oder aber ich stelle mir meine künftige Handlung | als meine vor, die ohne mein Zutun, nicht schon zufolge lediglicher Naturkausalität eintreten würde“⁴⁾. Es ist nicht einzusehen, welcher Unterschied darin gelegen sein soll, daß in dem einen Falle die künftige Handlung als kausal bewirkt, in dem anderen als von mir zu bewirkend vorgestellt wird. Es ist insbesondere nicht einzusehen, wie im zweiten Falle, wo also die künftige Handlung als von mir zu bewirkende vorgestellt wird, der Kausalnexus aus der Vorstellung ausgeschlossen sein soll. „Bewirken“ kann doch wohl nichts anderes heißen, als eine Wirkung hervorbringen und eine Wirkung anders als *kausal*, nämlich durch eine *Ursache* hervorbringen, scheint doch unmöglich, da keine Wirkung ohne Ursache denkbar. Eine künftige Handlung kann ich als durch mich zu bewirkend nur insofern vorstellen, als ich mich als *Ursache* (im streng kausalen Sinne) dieser künftigen Handlung vorstelle. Der Inhalt dieser spezifischen Vorstellungen (die „Vorstellung von einem Gegenstande als einem zu bewirkenden“ ist nach *Stammler* der Wille²⁾) beschränkt sich ja nicht nur auf künftige eigene Handlungen, sondern auch auf andere durch mich zu bewirkende Geschehnisse, wiederum sofern diese nur durch meine Handlungen *kausal* herbeigeführt werden. Es kann keinen Unterschied machen, ob ich *mich* oder etwas anderes als Ursache eines künftigen Geschehens, sei es auch meines Handelns, vorstelle. In allen Fällen ist das Bewirkte oder erst zu bewirkend Vorgestellte nicht anders als notwendig, d. h. kausal durch eine Ursache bewirkt oder zu bewirkend zu denken. Und wenn *Stammler* erklärt, eine künftige, *zu bewirkende* Handlung werde als eine solche vorgestellt, „die ohne mein Zutun, nicht schon zufolge lediglicher Naturkausalität eintreten würde“⁴⁷¹ (soll wohl heißen: die ohne mein Zutun, schon zufolge lediglicher Naturkausalität *nicht* eintreten würde), so ist dies deshalb unrichtig, weil nichts berechtigt, „mein Zutun“ als außerhalb der Naturkausalität stehend zu denken. Und nicht anders, nur noch augenfälliger liegt es bei der Vorstellung von Handlungen Dritter „als einem von dem Handelnden zu beschaffenden Erfolg“.⁴⁷² Auch der von dem handelnden

³⁾ a. a. O. S. 344. ⁴⁶⁷. ⁴⁶⁸

⁴⁾ a. a. O. S. 340. ⁴⁶⁹

²⁾ a. a. O. S. 340. ⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ «344»] A «340»; F* «344».

⁴⁶⁸ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 339 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁶⁹ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 340.

⁴⁷⁰ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 341 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

⁴⁷¹ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 340.

⁴⁷² *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 340.

Dritten zu beschaffende Erfolg kann nicht anders als kausal d. h. durch den Dritten als Ursache bewirkt gedacht werden. Wenn *Stammler* als Beispiel für eine kausale und eine nicht kausale Vorstellung künftiger menschlicher Handlungen anführt: „Ich kann mich in das Triebleben eines Hungernden und Dürstenden hineinversetzen und einsehen, wie selbiger nach Speise begehrt und Nahrungsmittel, die zur Verfügung stehen, kausal getrieben zu sich nimmt; oder auch ich nehme an, daß jemand *sich* zum Ziele setzt, Reichtümer durch seine Tätigkeit zu erwerben, um sie zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu verwenden⁴⁷³“, so ist zu entgegnen, daß zwischen der Vorstellung, die das künftige Verhalten des Hungerigen und jener, die das künftige Verhalten des Geldgierigen⁴⁷⁴ bezeichnet, nicht der geringste Unterschied zu konstatieren ist. Hunger bekommen und durch Handlungen stillen ist ganz ebenso als ein kausaler Vorgang zu denken, wie das sich zum Ziele setzen, das bewußte Wollen, Reichtümer zu erwerben, und die Realisierung dieses Willens. Der von *Stammler* immer wieder behauptete Gegensatz in der Vorstellung künftigen naturnotwendigen Vorgehens und erst von dem Handelnden zu bewirkender Handlungen besteht nicht, da die von dem Handelnden gewollte, zum Ziel gesetzte Handlung, wie überhaupt jeder Zweck, nur als kausal bewirkt gedacht werden kann. Der kausale Charakter tritt ganz besonders bei jenen Zweckvorstellungen hervor, die letztlich nicht die eigene Handlung, sondern einen durch die Handlung erst mittelbar zu bewirkenden Erfolg betreffen. Es ist durchaus keine Täuschung, wie *Stammler* behauptet, „wenn jemand meinen wollte, daß dadurch, daß er die Mittel zu einem bestimmten Zwecke wählte und etwa berechnete, was er mit diesem oder jenem Mittel erreichen könnte, man in die ledigliche Kausalbetrachtung doch wieder hineinkomme⁴⁷⁵“; denn nur die Vorstellung des kausalen Zusammenhanges ermöglicht die Vorstellung eines äußeren Erfolges als eines zu bewirkenden und ebenso auch als eines durch mich zu bewirkenden. Nur sofern man den bestehenden Kausalnexus kennt und auszunützen versteht, kann man sich zum Zwecke setzen (d. h. wollen), etwa ein Metallstück zum Schmelzen zu bringen. Einfach das Gegenteil von dem ist wahr, was *Stammler* sagt, nämlich daß im Inhalte der Vorstellung eines vom Vorstellenden erst zu bewirkenden Erfolges die Kausalität nicht vorhanden sei, „da eine solche seine Vorstellung als die eines zu schaffenden Gegenstandes ganz überflüssig, ja widersprechend machen würde⁴⁷⁶“. Vielmehr muß in der Vorstellung eines jeden Zweckes gerade die Kausa-

| 60

| 1) a. a. O. S. 30. 473

2) a. a. O. S. 342. 475

3) a. a. O. S. 342. 476

| 60

473 *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 340 – Hervorhebung von Kelsen.474 «Geldgierigen» A₁ «Reichtümer [bricht ab]»; A₂ «Geldgierigen».475 *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 340.476 *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 342.

lität enthalten sein, da ohne die Kausalität keine Zweckvorstellung möglich ist. Jede Zweckvorstellung – und nach *Stammler* ist der *Wille* eine Zweckvorstellung – schließt⁴⁷⁷ die Kausalvorstellung in sich.

Der von *Stammler* immer wieder behauptete Unterschied in den beiden Vorstellungsmöglichkeiten künftiger Handlungen, das Dogma⁴⁷⁸, daß die Zweckvorstellung (die Vorstellung von einem Gegenstande als einem zu bewirkenden) oder der „Wille“ mit der Kausalität⁴⁷⁹ (als | Inhalt) unvereinbar sei, wird⁴⁸⁰ schließlich damit begründet, daß man mit der Vorstellung künftigen menschlichen Tuns die Vorstellung einer möglichen Wahl habe, daß aber der Gedanke des Wählens den einer notwendigen Kausalität ausschließe. Das sei also das Spezifische bei der Vorstellung menschlicher Handlungen als zu bewirkender, daß wir „den dadurch zu erreichenden Erfolg als einen solchen nehmen, der auch unterbleiben könnte“⁽¹⁾.

Nun ist es zweifellos richtig, daß wir mit der Vorstellung menschlicher⁴⁸² Handlungen als zu bewirkender die Vorstellung möglicher Wahl verbinden. Es ist *Stammler* ohne weiteres zuzustimmen, wenn er sagt: „Den Gedanken von vorzunehmenden, von⁴⁸³ zu bewirkenden Handlungen haben wir zweifellos im Inhalte unserer Vorstellungen“⁽²⁾. Auch ist dieser Gedankeninhalt keineswegs eine Wahnvorstellung. Nur daß er nicht den Gedanken zwingender Kausalität ausschließt, wie *Stammler* behauptet, und daß sich die Vorstellung künftiger Handlungen als zu bewirkender dadurch, daß wir den zu erreichenden Erfolg als solchen nehmen, *der auch unterbleiben könnte*, in keiner Weise von der Vorstellung irgend einer künftigen Tatsache unterscheidet. Wenn ich mir ein künftiges Verhalten vornehme, zum Zweck setze, oder – im Sinne *Stammlers* – wenn ich ein solches Verhalten will, so weiß ich allerdings nicht mit Gewißheit, ob dieses mein Verhalten eintreten wird oder nicht. Ich kann – nach meiner gegenwärtigen Voraussicht – so, wie ich es mir vorgenommen habe, ich kann aber auch anders handeln. Ich muß mir mehrere Handlungsmöglichkeiten vorstellen. Allein ich weiß mit Sicherheit und muß dies unbedingt annehmen: wie immer ich handeln werde, ich werde mit kausaler Notwendigkeit handeln. Wenn ich noch nicht voraussehen kann, wie ich handeln werde, und mehrere Handlungsmöglichkeiten mir vorstel-

[61] |¹⁾ a. a. O. S. 345.⁴⁸¹

²⁾ a. a. O. S. 352.⁴⁸⁴

⁴⁷⁷ «Jede Zweckvorstellung ... schließt»] A₁ «Jede Zweckvorstellung schließt»; A₂ «Jede Zweckvorstellung ... schließt».

⁴⁷⁸ «das Dogma»] A₁ «das von ihm eigentlich nirgends bewiesene Dogma»; A₂ «das Dogma».

⁴⁷⁹ «Kausalität»] A₁ «Kausalitätsvorstellung»; A₂ «Kausalität».

⁴⁸⁰ «sei, wird»] A₁ «sei, ist kaum anders verständlich als durch die Annahme, daß *Stammler* stillschweigend Willensfreiheit voraussetzt [bricht ab]»; A₂ «sei, wird».

⁴⁸¹ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 345.

⁴⁸² «menschlicher»] A₁ «künftiger»; A₂ «menschlicher».

⁴⁸³ «vorzunehmenden, von»] *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 354: «*vorzunehmenden* Wahlen, von».

⁴⁸⁴ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 354.

len muß – nichts anderes ist aber der Gedanke der Wahl – so geschieht dies nur deshalb, weil ich nicht voraussehen kann, was die Ausführung meines Entschlusses verhindern wird, weil ich nicht die Bedingungen kenne, unter denen ich künftig handeln werde; das künftige als zu bewirkend vorgestellte Handeln muß als notwendig aus seinen Ursachen hervorgehend gedacht werden. Die von mir vorgestellte kausale Notwendigkeit der zu bewirkenden Handlung ist eine bedingte, und zwar eine durch den Eintritt der von mir noch nicht vorausgesehenen Ursachen bedingte. Nicht anders liegt es bei der Vorstellung irgend eines künftigen Ereignisses. Mangels der Voraussicht alles dessen, was künftig bis zum Eintritt des vorgestellten Ereignisses geschehen wird, kann ich von keinem künftigen Ereignis mit Sicherheit voraussagen, daß es geschehen wird. Allein ich muß annehmen: Wenn es geschieht, dann erfolgt es kausal notwendig. Auch hier muß ich mir mehrere Erfolgsmöglichkeiten vorstellen. Wenn ich ein Thermometer über eine Flamme gehalten sehe, werde ich mir als künftigen Erfolg das Steigen der Quecksilbersäule vorstellen. Allein ich muß auch mit der Möglichkeit rechnen, daß dieser Erfolg unterbleiben könnte, nämlich wenn, was ich nicht mit Bestimmtheit voraussehen kann, die Flamme das Thermometerglas abschmilzt und das Quecksilber infolgedessen, statt in der Röhre zu steigen, abfließt. So zeigt sich auch bei der Vorstellung eines anderen als eines durch mich zu bewirkenden künftigen Erfolges, was *Stammler* als das Spezifikum der Zwecksetzung, der Vorstellung eines künftigen Handelns als zu bewirkend, kurz des Wollens behauptet: daß wir „den zu erreichenden Erfolg als einen solchen nehmen, der auch unterbleiben könnte“.⁴⁸⁵ Darum ist falsch, was *Stammler* behauptet: „In jeder Zwecksetzung liegt inhaltlich die Vorstellung, daß ein Erfolg unabhängig vom kausalen Werden desselben beschafft werden soll.“⁴⁸⁶ In⁴⁸⁷ jeder Zwecksetzung liegt inhaltlich die Vorstellung, daß ich einen Erfolg kausal herbeiführen will⁴⁸⁸. Und falsch ist, wenn *Stammler* fortfährt: „Sieht man ein, daß ein bestimmtes Geschehnis auf Grund erkannter Naturgesetzlichkeit kausal unvermeidlich kommen wird, so ist es widerspruchsvoll und sinnlos, von diesem Ereignis noch zu sagen, daß man es herbeiführen wolle“⁴⁸⁹. Denn selbst wenn eine vollkommene Voraussicht alles Künftigen möglich wäre, so kann man doch einsehen, daß ein bestimmtes Ereignis kausal notwendig eintreten werde und dennoch sagen, daß man es herbeiführen wolle, wenn man sein eigenes Wollen als Ursache⁴⁹⁰ des Ereignisses voraussieht. Sieht man aber von dem unmöglichen Falle vollkommener Voraussicht ab, so liegt keinerlei Widerspruch darin, zu wissen, daß alles, was künftig geschehen wird, durch das eigene Handeln naturnotwendig geschehen wird, und dennoch Künf-

| 62

⁴⁸⁵ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 345.

⁴⁸⁶ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 355.

⁴⁸⁷ «soll.“ In»] A₁ «soll.“ Gerade das Gegenteil ist richtig: In»; A₂ «soll.“ In».

⁴⁸⁸ «daß ich einen Erfolg kausal herbeiführen will»] A₁ «daß ein Erfolg kausal herbeigeführt [bricht ab]»; A₂ «daß ich einen Erfolg kausal herbeiführen will».

⁴⁸⁹ *Stammler*, *Wirtschaft* (Anm. 337), S. 355.

⁴⁹⁰ «als Ursache»] A₁ «als notwendige Ursache»; F* «als Ursache».

tiges zu wollen. Denn das Wollen – *als psychischer Vorgang* – muß ebenso in der Kausalreihe gedacht werden wie alles andere.⁴⁹¹

Die Erkenntnis der inneren Zusammengehörigkeit von Teleologie und Kausalität ist⁴⁹² eine der modernen Logik durchaus geläufige. So sagt *Sigwart*⁴⁹³ ausdrücklich, daß der Zweck „dem Kausalbegriffe nicht entgegengesetzt ist, sondern denselben einschließt“⁴⁹⁴. Die teleologische Betrachtung⁴⁹⁵ nach Mittel und Zweck und die kausale nach Ursache und Wirkung stellen nicht zwei verschiedene Verbindungen unter den von der Erkenntnis einheitlich zu ordnenden Elementen her; | 63 | vielmehr | ist es stets dieselbe Verbindung, nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet, die in beiden Fällen vorliegt. Stets ist es nur Ursache und Wirkung, die unter Umständen als Mittel und Zweck angesehen werden können, und immer stellt das Verhältnis von Mittel und Zweck – unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet – ein solches von Ursache und Wirkung dar. Treffend bemerkt *Wundt*¹⁾: „Sobald wir die Wirkung in der Vorstellung vorausnehmen, erscheint sie als Zweck, und die Ursache, welche die Wirkung herbeiführt, erscheint als das Mittel zu diesem Zweck. Wenn wir von den Pumpwirkungen des Herzens zu der Bewegung des Blutes in den Gefäßen übergehen, so sind jene die Ursachen der letzteren, wenn wir umgekehrt von der Blutbewegung in den Gefäßen auf die Herzaktion zurückgehen, so ist die erstere der Zweck, der durch die letztere erreicht wird.“ Wie die teleologische Betrachtung nicht nur bei der Vorstellung künftig zu bewirkender Handlungen (also bei Willensakten), sondern auch bei allen organischen Naturvorgängen zulässig ist, kann sie überhaupt auf alle Kausalvorgänge ausgedehnt werden. „Jede zusammengesetzte Kausalreihe läßt sich ihr unterwerfen oder fordert sie sogar unter Umständen heraus“, sagt *Wundt*²⁾ und erklärt, „daß es kein Erscheinungsgebiet gibt, auf das nicht neben dem Kausal- das Zweckprinzip anwendbar wäre, wenn auch besondere Umstände uns veranlassen, bald das eine bald das andere zu bevorzugen. *Niemals aber schließen beide Prinzipien sich aus, und insbesondere ist die Anwendung des Zweckprinzips nur unter der Voraussetzung der gleichzeitigen Gültigkeit des Kausalprinzips möglich*“.

| 62 | ¹⁾ a. a. O. II S. 251.⁴⁹⁴

| 63 | ¹⁾ Logik, 3. Aufl. I S. 631.⁴⁹⁶

²⁾ Vgl. a. a. O. S. 631/2.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ «Der von *Stammler* ... wie alles andere.» (1504–1522)] in A₂ eingefügt.

⁴⁹² «Erkenntnis ... ist»] A₁ «Erkenntnis ist»; A₂ «Erkenntnis ... ist».

⁴⁹³ Christoph von Sigwart (1830–1904), Logiker und Philosoph; er lehrte 1852–1855 in Halle, 1855–1859 in Tübingen, seit 1859 in Blaubeuren und 1865–1903 nochmals in Tübingen. In der Logik erblickte Sigwart die Struktur einer allgemeinen Methodenlehre wissenschaftlichen Denkens. Wichtige Werke: Logik, 2 Bde., Tübingen 1873 und 1878 (3. Aufl., 2 Bde., Tübingen 1904); Kleine Schriften, 2 Bde., Freiburg 1881; Vorfragen der Ethik, Freiburg 1886.

⁴⁹⁴ *Sigwart*, Logik II³ (Anm. 459), S. 251.

⁴⁹⁵ «Die teleologische Betrachtung»] A₁ «Die Betrachtung»; A₂ «Die teleologische Betrachtung».

⁴⁹⁶ *Wundt*, Logik (Anm. 46), S. 631.

⁴⁹⁷ *Wundt*, Logik (Anm. 46), S. 631 (für das Zitat vor dem Anmerksungszeichen), 632 (für das Zitat nach dem Anmerksungszeichen) – Hervorhebung von Kelsen.

Die innere Verwandtschaft der kausalen mit der teleologischen Betrachtung erhellt insbesondere auch aus der Tatsache, daß beide, auf die Seinswelt gerichtet, eine *Erklärung des Geschehens* bedeuten. Das auf möglichst einheitliche Erfassung des Seins gerichtete *Erklärungsbedürfnis* wird in gleicher Weise befriedigt⁴⁹⁸, ob das eine Mal die *Ursache*, das andere Mal der Zweck einer Erscheinung aufgezeigt wird. Zweckprinzip wie Kausalprinzip sind in gleicher Weise dem *Satze des Grundes* unterzuordnen. „Auf diese Weise entspringen Kausalität und Zweck aus den zwei einzig möglichen logischen Gesichtspunkten, unter denen wir den Satz des Grundes auf einen *Zusammenhang des Geschehens anwenden können*“⁽³⁾.

Steht somit fest, daß zwischen Kausalität und Telos, zwischen kausaler und teleologischer Betrachtung kein Gegensatz, sondern | innigster Zusammenhang besteht, ist zuzugeben, daß beide Anschauungsarten der *explikativen* Methode angehören und eine Erkenntnis der *Seinswelt* bedeuten, dann ist von vornherein schon eine gewisse Gegensätzlichkeit nicht nur der kausalen, *sondern auch der teleologischen* Betrachtung zu jener gegeben, die ausschließlich auf das *Sollen* gerichtet ist und keineswegs eine *Erklärung* des Geschehens bezweckt, sondern sich auf die Feststellung dessen beschränkt, was geschehen *soll*. Nennt man diese letztere Betrachtung eine normative, weil ihr Gegenstand nur das Gesollte resp. die das Sollen statuierende Norm ist, dann ist auf den ersten Blick die kausale, aber auch die *teleologische*⁵⁰⁰ von der normativen Betrachtung in derselben Weise prinzipiell zu scheiden wie das Sein vom Sollen.

| 64

Dies ist nun freilich keineswegs üblich. Nicht selten, ja gewöhnlich sogar wird normativ und teleologisch nicht scharf unterschieden, vielmehr beides identifiziert, indem „Zweck“ und „Sollen“ als gleichbedeutend gebraucht werden. Etwas wird gesollt, heißt soviel, wie etwas wird bezweckt, und andererseits sagt man vom Zweck, er sei etwas, das eintreten *soll*. Und tatsächlich kann materiell der *Inhalt* des Sollens, dasjenige, was gesollt wird, sofern es tatsächlich geschieht, unter einem teleologischen Gesichtspunkte als Zweck erkannt werden. Allein trotzdem ist die formale Identifizierung von Zweck und Sollen, von teleologisch und normativ nicht ohne weiteres zulässig⁵⁰¹. Dies zeigt eine Prüfung des Verhältnisses von Zweck und Norm.

Erkennt man im Zweck die Vorstellung eines künftigen Erfolges, also eine gedanklich antizipierte⁵⁰² Wirkung, und faßt man die beiden Hauptfälle ins Auge, in denen der Zweck in die Erscheinung tritt, nämlich den Zweck eines äußeren

³⁾ *Wundt*, a. a. O. I S. 632.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ «wird in gleicher Weise befriedigt»] A₁ «wird befriedigt»; A₂ «wird in gleicher Weise befriedigt».

⁴⁹⁹ *Wundt*, *Logik* (Anm. 46), S. 632 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁰⁰ «die kausale, aber auch die *teleologische*»] A₁ «die *teleologische*»; A₂ «die kausale aber auch die *teleologische*».

⁵⁰¹ «nicht ohne weiteres zulässig»] A₁ «nicht zulässig»; A₂ «nicht ohneweiters zulässig».

⁵⁰² «eine gedanklich antizipierte»] A₁ «eine antizipierte»; A₂ «eine gedanklich antizipierte».

Geschehens oder den äußern objektiven Zweck, und *meinen* oder den inneren subjektiven Zweck⁵⁰³, so ergibt sich folgendes. Das Urteil, daß die Versorgung des Körpers mit Blut der Zweck der Herztätigkeit sei, bedeutet keineswegs, daß das Herz den Körper mit Blut versorgen *soll*, sondern nur daß es ihn mit Blut versorgt; das Zwecker Urteil bezieht sich auf ein Sein, kein Sollen. Es wird durchaus nicht die Existenz irgendeiner *Norm* behauptet, welche die Blutversorgung des Körpers durch die Herztätigkeit vorschreibt, postuliert, sondern ein Naturgesetz (im weiteren Sinne einer Regel), jedenfalls ein *kausaler* Zusammenhang. Schwieriger ist die Trennung, wenn es sich um den sog. inneren Zweck, also um den Zweck im ursprünglichen Sinne handelt, wenn ich mir etwas zum Zwecke setze, oder *will*. Faßt man freilich das Sollen in jenem formal-objektiven Sinne, in dem es für die juristische Betrachtung allein von Bedeutung ist, dann tritt die Unabhängigkeit dieses objektiven Sollens⁵⁰⁴ vom inneren Zweck deutlich zu Tage. Ich kann sollen, ohne das Gesollte zu wollen, d. h. zu meinem Zwecke zu machen, und ich kann wollen, ohne zu sollen. Allein das Sollen kann auch in einem subjektiven Sinne gefaßt werden, dann nämlich, wenn man es nicht von außen⁵⁰⁵ an das Subjekt, sondern vom Subjekte resp. dessen Willen selbst ausgehen läßt.⁵⁰⁶ Denn indem ich etwas will oder mir zum Zwecke setze, schein ich ein Postulat an mich zu stellen, mir ein Sollen zu statuieren.

Ich *soll* jetzt auch, was ich will. Nun mag dahingestellt bleiben, ob es überhaupt terminologisch nicht anfechtbar wäre, von einem Postulat an sich selbst, von einer Selbstnormierung zu reden, und ob daher auch in einem solchen Falle von einem „Sollen“ gesprochen werden dürfte. Allein diese rein terminologische Frage sei hier ausgeschaltet und zugegeben, daß auch ein Sollen durch den eigenen Willen normiert werden könne. *Das heißt aber nichts anderes, als daß ein Sollen seinen Inhalt durch ein eigenes Wollen erhalten kann.* Dann⁵⁰⁷ muß aber das Sollen formal vom Wollen oder Zwecksetzen geschieden werden. Der Zweck muß unter allen Umständen als das Gewollte, nicht als das Gesollte gelten. Berücksichtigt man aber nicht nur den subjektiven, sondern auch den objektiven Zweck, dann ist der Zweck im ersten Falle dasjenige, dessen künftiges Geschehen⁵⁰⁸ man will, im zweiten Falle dasjenige, was als Wirkung tatsächlich geschieht (Beispiel: Herzfunktion und Blutbewegung in den Gefäßen), auf alle Fälle ist es aber ungenau zu sagen: der Zweck ist dasjenige, was geschehen *soll*.⁵⁰⁹

⁵⁰³ «äußern objektiven ... subjektiven Zweck»] A₁ «äußern Zweck, und *meinen* oder den inneren Zweck»; A₂ «äußern objektiven ... subjektiven Zweck».

⁵⁰⁴ «Unabhängigkeit dieses objektiven Sollens»] A₁ «Unabhängigkeit des Sollens»; A₂ «Unabhängigkeit dieses objektiven Sollens».

⁵⁰⁵ «außen»] A₁ «innen»; A₂ «außen».

⁵⁰⁶ «Faßt man freilich ... selbst ausgehen läßt.» (15411–15417)] drei Sätze in A₂ eingefügt.

⁵⁰⁷ «könne. *Das heißt ... kann.* Dann»] A₁ «könne. Dann»; A₂ «könne. *Das heißt ... kann.* Dann».

⁵⁰⁸ «dessen künftiges Geschehen»] A₁ «dessen Geschehen»; A₂ «dessen künftiges Geschehen».

⁵⁰⁹ «Berücksichtigt man aber ... was geschehen *soll*.»] A₁ «Ich kann etwas Wollen, dh. bezwecken, ohne es zu *sollen*, ja obgleich ich das Gegenteil soll, und ich kann etwas sollen ohne es zu

Wenn dasjenige, was ich will, also mein Zweck, auch unter dem Gesichtspunkt des Sollens als Inhalt einer Norm betrachtet werden kann, indem ich mich gleichsam als mein eigener Gesetzgeber gelten lasse, so muß doch stets festgehalten werden, daß es eine wesentlich andere Betrachtung ist, unter der etwas als Zweck oder gewollt, als jene, unter der es als gesollt erscheint. Nur die Identifizierung von Wollen und Sollen, die formell unzulässig ist, weil Wollen als psychischer Vorgang dem Sein angehört und also nicht als Sollen gelten darf, kann Zweck und Sollen oder Zweck und Norm zusammenfallen lassen. Die formale Scheidung von⁵¹⁰ Wollen und Sollen ist stets möglich und beider Identifizierung auch dann unzulässig, wenn – wie für die Anschauung der autonomen Moral – das Sollen seinen Inhalt stets nur durch ein Wollen bekommt, wenn sollen und wollen materiell übereinstimmen. Auch dann bedeutet, daß etwas mein Zweck ist, nur soviel: daß ich es will, nicht aber daß ich es *soll*, wenn ich auch dasselbe soll, was ich will¹⁾ 511.

¹⁾ Die Unterscheidung von Sollen und Wollen spielt auch eine Rolle bei dem Verhältnis zwischen Norm und Wert. Faßt man Wert in einem subjektiven Sinne, dann ist es unrichtig, Werturteil und normative Betrachtung zu identifizieren. In diesem subjektiven Sinne ist Wert eine Funktion des Wollens, nicht des Sollens. Wert ist mir, was ich als Mittel meiner Bedürfnisbefriedigung vorstelle, was ich zu meinem Zweck mache oder will; und das ohne Rücksicht darauf, ob ich bezüglich des von mir gewerteten Objektes etwas *soll* oder nicht, ob zwischen mir und dem Wertobjekt eine normative Verbindung besteht. Der Wert in diesem subjektiven Sinne ist keineswegs ein Ergebnis normativer Betrachtung, sondern eine realpsychische Tatsache, welche der explikativ psychologischen Erkenntnis zugänglich ist.

| 65, 66

Anders der Wert im objektiven Sinne: Das Urteil, das einen Wert oder Unwert im objektiven Sinne behauptet, konstatiert lediglich ein Verhältnis zu einer ethischen, rechtlichen, ästhetischen oder sonst einer Norm: die Normgemäßheit oder die Normwidrigkeit; der⁵¹² Wert im objektiven Sinne ist tatsächlich eine Funktion des Sollens. Dazu beachte man folgendes: das *subjektive* Werturteil gilt immer einem *Objekte*, das *objektive* Werturteil immer einem *Subjekte*. Denn das subjektiv Gewertete ist stets nur Gegenstand eines Vorstellens, Strebens, Wünschens, Wollens, Bezweckens: Was Wert im subjektiven Sinne hat, steht in einem psychischen Verhältnisse des Objektes zum wertenden Menschen. Das objektive Werturteil dagegen, das eine Normbefolgung oder Normverletzung beinhaltet, ist seinem Wesen nach eine *Zurechnung*, die in ein Subjekt, eine Person ausläuft. Der⁵¹³ Wert im objektiven Sinne bezieht sich immer auf eine Person, nie auf einen Gegenstand, weil die im Werturteil konstatierte Befolgung⁵¹⁴ oder Verletzung einer Norm,

wollen, soferne „Sollen“ in einem formal objektiven Sinne verstanden wird; Streichung und Einschub in A₂.

⁵¹⁰ «Die formale Scheidung von»] A₁ «Die Identifizierung von»; A₂ «Die formale Scheidung von».

⁵¹¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁵¹² «Normwidrigkeit; der»] A₁ «Normwidrigkeit; und das ohne Rücksicht auf irgend eine psychisch-teleologische oder kausale Beziehung zu einem Subjekte. Der»; A₂ «Normwidrigkeit; Der».

⁵¹³ «ausläuft. Der»] A₁ «ausläuft; ja geradezu eine Personifizierung bedeutet. Der»; A₂ «ausläuft. Der».

⁵¹⁴ «die im Werturteil konstatierte Befolgung»] A₁ «die Befolgung»; A₂ «die im Werturteil konstatierte Befolgung».

|66 |Indem die Norm ein Sollen statuiert, etwas als gesollt hinstellt, „setzt sie einen Zweck“, macht sie das Gesollte zum Zweck. Weist das nicht auf eine Identität von Norm (Sollen) und Zweck hin? Keineswegs. Was bedeutet aber dann: „die Norm setzt einen Zweck“? In dieser überaus irreführenden Vorstellung⁵¹⁷ der einen „Zweck setzenden“ Norm liegt im Grunde ein arger Anthropomorphismus! Man bedenke doch nur, daß „Zwecke setzen“ wollen also einen realpsychischen Akt bedeutet und daß der Norm ein Zwecke-setzen zusprechen soviel hieße, wie: die Norm als solche wollen lassen. Das ist nun bei näherem Zusehen wohl nicht gut
|67 |wirklich zu nehmen. |Ja es ist nicht einmal in dem Sinne richtig, daß irgendwelche Menschen, sei es eine Autorität oder eine Majorität, wollen resp. bezwecken müssen⁵¹⁸, was als Norm oder als Inhalt einer Norm gilt. Man kann aus irgend welchen Gründen gezwungen sein, ein Sollen d. h. eine⁵¹⁹ Norm als gültig zu behaupten, ohne irgend jemandes Wollen konstatieren zu können, das diese Norm zum Inhalt hat. Dies ist augenfällig bei den Normen des Rechtes. Allein auch der ethische Satz: der Soldat soll tapfer sein, muß keineswegs von irgend jemandem gewollt sein, um

deren Wesen die *Verpflichtung* ist, naturgemäß nur einem Pflichtsubjekte, d. i. einer Person zukommt; erst durch die im objektiven Werturteil gelegene Zurechnung wird das Gewertete zur *Person*. Das objektive Werturteil bedeutet darum geradezu nur Personifizierung. Ein Beispiel, das absichtlich nicht dem ethischen oder Rechtsgebiete entnommen, illustriere das Gesagte: In dem *subjektiven* Werturteil: Das Gemälde ist schön, ist Träger des Wertes ein Gegenstand, der meine ästhetischen Bedürfnisse befriedigt. Bei solchem subjektiven Werturteile kommt die Person des Malers gar nicht in Betracht. Wird dagegen im vorliegenden Falle ein objektives Werturteil gefällt, das nicht die psychische Relation des Bildes zu einem Beschauer, sondern das Verhältnis zu gewissen ästhetischen Normen der Malerei aussagt, die in dem Bilde befolgt oder verletzt sind, *dann* tritt sofort die Person des Malers in den Vordergrund, an die allein die Soll-Regeln der Malerei gerichtet sind und die allein diese Regeln befolgen soll und tatsächlich befolgt oder verletzt hat. Das | objektive Werturteil rechnet das Bild im guten oder schlechten Sinn der Person des Malers zu, das objektive Werturteil gilt der Person des Malers, nicht dem Bilde. Noch viel deutlicher als im Bereiche der Ästhetik, wo eben mangels allgemeingültiger Normen das subjektive Werturteil überwiegt, zeigt sich die Richtigkeit des Gesagten im Bereiche der Moral oder des Rechtes. Irgend ein äußerer Tatbestand ist im Sinne eines objektiven Werturteiles weder⁵¹⁵ gut noch schlecht; gut und schlecht sind allein die Subjekte, denen die äußeren Tatbestände auf Grund von Rechts- oder Moralnormen zuzurechnen sind. Ein Eisenbahnezusammenstoß ist an sich moralisch und rechtlich indifferent. Das Urteil der Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit trifft die Person des fahrlässigen Bahnbeamten.

Das hier Gesagte muß allerdings einen großen Teil dessen voraussetzen, was erst die folgenden Untersuchungen über das Wesen der normativen Zurechnung ergeben werden. Man vergleiche dazu das 3. Kapitel.⁵¹⁶

⁵¹⁵ «ist im Sinne eines objektiven Werturteiles weder»] A₁ «ist an sich weder»; A₂ «ist im Sinne eines objektiven Werturteiles weder».

⁵¹⁶ Vgl. unten S. 161–174.

⁵¹⁷ «dieser überaus irreführenden Vorstellung»] A₁ «dieser Vorstellung»; A₂ «dieser überaus irreführenden Vorstellung».

⁵¹⁸ «wollen ... müssen»] A₁ «wollen müssen»; A₂ «wollen ... müssen».

⁵¹⁹ «sein, ein Sollen d. h. eine»] A₁ «sein, eine»; A₂ «sein, ein Sollen dh. eine».

gültig behauptet werden zu können¹⁾ 524. Und auch dann, wenn irgend jemandes Wille besteht, dessen Inhalt zugleich Inhalt einer Norm ist, muß doch die Norm, die das Sollen statuiert, formal geschieden werden von dem Wollen, das den Zweck setzt²⁾. Es ist darum – wie bereits früher bemerkt⁵²⁸ – eine irreführende Ungenauigkeit, wenn das Urteil: ich will, daß du ... und das Urteil: du sollst ... ihrer Bedeutung nach identifiziert werden. Vielmehr ist völlig verschieden, was beide behaupten: das erste ein Sein, das zweite ein Sollen. Die inhaltliche Übereinstimmung darf einen die formale Trennung nicht vergessen lassen. Wer behauptet: Ich will, daß du dies oder jenes tust, sagt damit noch keineswegs, daß für den andern ein Sollen, d. h. eine Norm und Pflicht⁵²⁹ dieses Verhaltens bestehe. Und wer behauptet: du sollst dies oder jenes tun, behauptet lediglich eine Norm oder Pflicht des andern zu diesem Verhalten, keineswegs aber ein eigenes Wollen. Kann die Norm als irgend jemandes Willensinhalt festgestellt werden, dann ist es nicht die Norm, die einen Zweck setzt, sondern der Wollende.

|68

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

¹⁾ Treffend bemerkt *Husserl*, Logische Untersuchungen. I Halle 1900. S. 40f.: 520 „Zu enge ist offenbar der ursprüngliche Sinn des Sollens, welcher Beziehung hat zu einem gewissen Wünschen oder Wollen, zu einer Forderung oder einem Befehl, z. B.: Du sollst mir gehorchen; H.⁵²¹ soll zu mir kommen. Wie wir in einem weiteren Sinn von einer Forderung sprechen, wobei niemand da ist, der fordert, und eventuell niemand, der aufgefordert ist, so sprechen wir auch oft von einem Sollen unabhängig von irgend jemandes Wünschen oder Wollen. Sagen wir: ‚Ein Krieger soll tapfer sein‘, so heißt das nicht, daß wir oder jemand sonst dies wünschen oder wollen, befehlen oder fordern.“ Vgl. dazu auch oben S. 10. 522, 523

²⁾ Unrichtig ist daher, wenn *Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, S. 7,⁵²⁵ behauptet, daß dem Wollen der Begriff des Sollens „nahe verwandt“ ist, „daß zum Sollen mindestens zwei Personen als wollende Wesen gehören, von denen die eine wünscht oder befiehlt, daß die andere etwas tue oder unterlasse.“ Das Sollen ist eine letzte formal-logische Kategorie wie das Sein und darf⁵²⁶ daher nicht als Spezialfall des letzteren, etwa als ein psychischer oder physischer Vorgang der unter dem Kausalgesetz zu erfassenden Seinswelt aufgefaßt werden, wie *Brütt* es allerdings tut, wenn er a. a. O. S. 10⁵²⁷ sagt, „daß es sich bei allen Arten des Sollens nur um psychologische Erscheinungen handelt, die sich irgendwo und wann im zeitlich räumlichen Schema abspielen.“

⁵²⁰ *Edmund Husserl*, Logische Untersuchungen. Erster Teil. Prolegomena zur reinen Logik, Halle 1900, S. 40f.

⁵²¹ «H.»] A «X»; in F* fälschlich «H.».

⁵²² Vgl. oben S. 89f.

⁵²³ «fordern.» Vgl. dazu auch oben S. 10.»] A₁ «fordern.»; F* «fordern.» Vgl. dazu auch oben S. 10.».

⁵²⁴ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁵²⁵ *Lorenz Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften, Berlin 1907, S. 7.

⁵²⁶ «darf»] A₁ «kann»; A₂ «darf».

⁵²⁷ *Brütt*, Rechtsanwendung (Anm. 525), S. 10.

⁵²⁸ Vgl. oben S. 89.

⁵²⁹ «eine Norm und Pflicht»] A₁ «eine Pflicht»; A₂ «eine Norm u Pflicht».

Etwas anderes ist es, wenn man den Begriff des Zweckes in jenem objektiven Sinne versteht, in dem die teleologische Betrachtung des tatsächlichen Geschehens die antizipierte Wirkung auch erfassen kann.⁵³⁰

Die Norm, die ein bestimmtes Verhalten nicht als seiend, auch nicht als in Zukunft seiend, sondern als gesollt statuiert, *hat* einen Zweck. Sie selbst ist nicht ein Zweck und setzt keinen Zweck, so wie sie ein Sollen ist oder ein Sollen statuiert, sondern⁵³¹ sie ist das *Mittel* zu einem Zwecke¹⁾⁵³²; und ihr Zweck ist: dasjenige Verhalten, | das sie als *gesollt* beinhaltet, *tatsächlich herbeizuführen*, in der Seinswelt zu realisieren (dadurch, daß sie motivierend auf die Individuen wirkt). Ein tatsächliches Verhalten, ein Geschehen ist der Zweck der Norm, etwas anderes also als das Sollen, dessen Ausdruck die Norm ist, wenn auch der *Inhalt* dieses Sollens mit dem Inhalt des Zweckes, des tatsächlichen Geschehens (dessen Form das Sein ist) übereinstimmt. Das Sollen der Norm ist auch an sich nicht Zweck des Individuums, an das die Norm gerichtet ist. Nur soferne das Individuum das *will*, was die Norm als gesollt statuiert, macht es sich den Zweck der Norm zu seinem eigenen Zweck, indem es den Inhalt seines Wollens, nach dem Inhalte der Norm resp. des Sollens bestimmt, d. h. seinen Zweck mit dem der Norm in Übereinstimmung bringt. Zweck der Norm, das tatsächliche *Verhalten als seiend* (und zwar als

[68] ¹⁾ Vgl. dagegen *Sigwart*, Logik II³ S. 743,⁵³² wo von einem anderen als dem oben eingenommenen Standpunkte aus „allgemeine Normen, die ich für mein Handeln setze“ und „Zwecke meines Handelns“ identifiziert werden. Faßt man, wie *Sigwart*, den Zweck als einen Erfolg, der erreicht werden „soll“, und vergleicht man damit „Normen“, die man sich für sein Handeln setzt, dann ist der formale Unterschied von Norm und Zweck von vornherein eliminiert; aber nur, weil Sollen und Wollen bei inhaltlicher Übereinstimmung identifiziert werden. Anders freilich stellt sich das Verhältnis von Norm und Zweck dar, wenn man die Norm und das Sollen ohne⁵³³ Rücksicht darauf betrachtet, daß sie für das eigene Handeln „gesetzt“ wird, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob der Inhalt einer Norm oder eines Sollens zum Inhalt eines Wollens gemacht wird oder, was dasselbe ist, zu meinem Zweck gesetzt wird (sich Normen für sein Handeln setzen heißt ja von vornherein nichts anderes, als sich Inhalt von Normen zum Inhalte⁵³⁴ eigenen Wollens machen, m. a. W. zum Zwecke setzen), und wenn man des weiteren den Zweck subjektiv nicht als einen Erfolg, der herbeigeführt werden *soll*, sondern den man herbeiführen *will*, und objektiv als einen Erfolg, der herbeigeführt *wird*, betrachtet. Dann kann dem „Zwecke setzen“ ein „Normieren“ nicht gleichgestellt werden, schon deshalb, weil mit dem einen ein Wollen, mit dem andern ein Sollen gesetzt würde, aber vor allem deshalb, weil das Normieren, | sofern darunter nicht die auf Erzeugung eines Norminhaltes gerichtete Willenstätigkeit verstanden wird, überhaupt keinen dem Zweckesetzen vergleichbaren Seinsvorgang, sondern das Sollen selbst bedeutet. „Normieren“ im Sinne von etwas wollen, das dann den Inhalt eines Sollens bildet, hat mit „Norm“ als Ausdruck eines Sollens nichts zu tun. Der Terminus ist irreführend.

⁵³⁰ «In dieser überaus irreführenden Vorstellung ... Wirkung auch erfassen kann.» (1564–1583) | in A₂ eingefügt.

⁵³¹ «nicht ein Zweck ... sondern» | A₁ «nicht Zweck, wie sie ein Sollen ist, sondern»; A₂ «nicht ein Zweck, so wie sie ein Sollen ist, sondern»; A₃ «nicht ein Zweck ... sondern».

⁵³² *Sigwart*, Logik II³ (Anm. 459), S. 743 Anm. *.

⁵³³ «Norm und das Sollen ohne» | A₁ «Norm ohne»; A₂ «Norm und das Sollen ohne».

⁵³⁴ «Inhalte» | A₁ «Zweck»; A₂ «Inhalte».

⁵³⁵ Anmerkung in A₂ eingefügt.

künftig seiend, was etwas anderes ist als „gesollt“⁵³⁶) gedacht, ist daher formal zu trennen vom Sollen dieses Verhaltens, das die Norm statuiert.

*Einen*⁵³⁶ Zweck aber hat die Norm nur insoferne, als sie zum Gegenstande teleologischer Betrachtung gemacht wird. Und diese Betrachtung ist keineswegs die einzig mögliche. Eine methodisch völlig verschiedene liegt vor, wenn die Norm nicht auf den Zweck hin, sondern auf das Sollen geprüft wird.

Zwar, wenn man nach dem *Inhalt* des Sollens fragt, das die Norm statuiert, nach dem, was auf Grund der Norm gesollt ist, dann kommt man, auf einem anderen Wege, so doch zu demselben Resultate, wie wenn man teleologisch fragte⁵³⁷: was bezweckt die Norm? Denn der *Inhalt* des Sollens ist eben der Zweck. Allein neben dieser materiell-normativen Problemstellung⁵³⁸ (d. h. einer auf den *Inhalt* des Sollens gestellten) ist auch eine rein formale möglich; diese richtet sich nicht auf den *Inhalt* der Norm, sondern⁵³⁹ auf deren *Form*; es fragt sich hierbei nicht, was gesollt, sondern wie gesollt wird, auf welche Weise, in welcher äußeren Gestalt die Norm das Sollen statuiert (oder in der teleologischen Terminologie: Wie der Zweck verfolgt wird, was inhaltlich dieselbe Antwort ergibt).

*Diese*⁵⁴⁰ letztere formal-normative Fragestellung ist von besonderer Bedeutung für die Methode der Rechtswissenschaft⁵⁴¹. Denn nur auf diesem Wege gelangt sie zur Lösung des ihr spezifischen Problems in Bezug auf den | *Rechtssatz*. Das haben ja die Rechtsätze mit allen übrigen Normen gemein, daß sie ein Sollen (d. h. subjektive Pflichten) statuieren. Und auch bezüglich des *Inhaltes* werden die Normen des Rechts mit solchen der Sitte, Sittlichkeit oder Religion übereinstimmen. Wenn es also überhaupt selbständige, von den Moralgesetzen und sonstigen sozialen Normen verschiedene Normen des Rechtes gibt, dann kann deren spezifische Wesenheit nur in ihrer Form gelegen sein, in der Art und Weise, wie das rechtliche Sollen, die Rechtspflicht statuiert wird. Darum ist es die besondere Aufgabe der Jurisprudenz, diese spezifische Form des Rechtssatzes festzustellen.

|70

Daß die Norm als solche, das Statuieren eines Sollens überhaupt, an keine äußere Form gebunden ist, wurde schon in einem anderen Zusammenhange hervorgehoben. Auf alle mögliche Weise können Subjekte durch die kompetente Autorität verpflichtet werden: durch eine Gebärde, ein Wort durch einen gesprochenen oder geschriebenen Satz u. a. m. Da könnte denn die Frage aufgeworfen werden, warum denn gerade die eine Tatsache, oder wenn man, wie üblich, an den grammatikalischen Ausdruck der Norm denkt – gerade der eine Satz als ein Sollen

⁵³⁶ «statuiert. [Einen] A «statuiert (dessen Ausdruck die Norm ist.) [Einen]; F* «statuiert. [Einen].

⁵³⁷ «man teleologisch fragte] A₁ «man fragte»; A₂ «man teleologisch fragte».

⁵³⁸ «Problemstellung»] A₁ «Fragestellung»; A₂ «Problemstellung».

⁵³⁹ «Inhalt der Norm, sondern»] A₁ «Inhalt des Sollens, sondern»; A₂ «Inhalt der Norm, sondern».

⁵⁴⁰ «statuiert ... [Diese] A₁ «statuiert. Diese»; A₂ «statuiert ... [Diese].

⁵⁴¹ «die Methode der Rechtswissenschaft»] A₁ «die Rechtswissenschaft»; A₂ «die Methode der Rechtswissenschaft».

statuierend, d.h. also als Norm anerkannt wird, der andere aber nicht? Allein dafür, daß etwas als Norm gilt oder m.a.W. daß etwas als *gesollt* angesehen wird, gibt es ebensowenig eine Erklärung, wie dafür, daß etwas als *seiend* erkannt wird. Das Sollen ist wie das Sein eine letzte nicht weiter ableitbare Kategorie. Insbesondere wäre es verfehlt, die Norm als solche mit irgendeiner grammatikalischen Form zu identifizieren, etwa jeden Imperativ oder jeden „*Soll*“-Satz als Norm zu betrachten. Die Norm als solche – nicht etwa die besondere Rechtsnorm – ist überhaupt nicht an einen sprachlichen Ausdruck gebunden und kann, wenn sie in Worten erscheint, ebensogut als Imperativ wie als Infinitiv, als Soll-Satz oder als hypothetisches Urteil erscheinen¹⁾. Es gibt Imperative, die nicht verpflichten, und Pflichten, die auf hypothetischen Urteilen beruhen. Was insbesondere die Soll-Sätze betrifft, so bedeutet ein: du sollst ... ein Urteil über eine bestehende Pflicht, es konstatiert ein bereits gesetztes Sollen, ist also an sich deklarativ nicht konstitutiver Natur; in dieser Wortverbindung wohnt keineswegs die immanente Kraft, ein Sollen zu statuieren. Zwar kann sich der Gesetzgeber bei Schaffung von Pflichten auch eines solchen Ausdruckes bedienen, allein nicht anders und nicht mit mehr Wirkung als etwa eines Imperatives oder eines strafandrohenden Urteils.

|71 Die |Normen des Dekalogs „Ehre⁵⁴³ Vater und Mutter“, „Du sollst nicht begehren deines Nächsten Gut“ und „Wer meinen Namen zum falschen ausspricht, den will ich bis in das dritte Glied strafen“ setzen in gleicher Weise sittlich-religiöse Pflichten.

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

Und auch darauf wurde schon hingewiesen, daß es nicht angeht, das Wesensmerkmal für den Normcharakter einer Tatsache oder insbesondere eines Wortes oder Satzes in dem *Zwecke* zu erblicken, den die teleologische Betrachtung der Norm aufzeigt. Die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten hat die Norm mit vielen anderen Tatsachen gemein, denen keineswegs die Qualität, ein *Sollen* zu statuieren, eine Pflicht zu begründen zukommt¹⁾.⁵⁴⁵

|70 ¹⁾ Vgl. die Ausführungen des 1. Kapitels.⁵⁴²

|71 ¹⁾ Vgl. die Ausführungen des 1. Kapitels.⁵⁴⁴

⁵⁴² Vgl. oben S. 113 f., explizit findet dieser Gedanke jedoch hier das erste Mal seinen Ausdruck.

⁵⁴³ «Urteils. ... „Ehre»] A₁ «Urteils. „Ehre»; A₂ «Urteils. ... „Ehre».

⁵⁴⁴ Vgl. oben S. 93 f.

⁵⁴⁵ «wenn die Norm ... zu begründen zukommt.» (1595–16033)] A₁ «wenn die Norm nur auf ihre formale Bedeutung hin, nicht auf den Zweck sondern auf das Sollen geprüft wird, dessen formaler Ausdruck sie ist, und wenn man nicht fragt: *welchen Zweck* hat, oder *was* bezweckt die

Vom Standpunkte der teleologischen Betrachtung aus erscheint als Zweck der Norm⁵⁴⁶ ein tatsächliches Verhalten der Subjekte, das dadurch herbeigeführt wird, daß die Norm im Bewußtsein der Normunterworfenen motivierende Wirkung ausübt. Diese teleologische Betrachtung der Norm ist sonach von der kausalen durchaus nicht wesensverschieden, denn als Zweck der Norm erscheint nichts anderes als ihre gedanklich antizipierte Wirkung und zwar *kausale* Wirkung, die durch die Norm als Ursache hervorgerufen wird. Die kausale wie die teleologische Betrachtung erfaßt die Norm als Bewußtseinstatsache, wie sie in der Kausalkette der Seinswelt steht. In diesem Sinne hat es der Psychologe, der Historiker oder der Soziologe mit der Norm zu tun; in diesem Sinne ist die Norm Gegenstand explikativer, d. h. erklärender Disziplinen. Dabei soll noch besonders hervorgehoben werden, daß diese spezifisch-teleologische Verbindung zwischen der Norm und ihrer präsumptiven Wirkung zu erkennen ist, eine Verbindung, die von einem anderen Standpunkte aus sich auch als kausale darstellt.

Völlig anderer Natur aber ist die Verbindung, die zwischen den innerhalb der Norm zusammengefaßten Elementen besteht, jene Verbindung, die grammatisch durch das „soll“ hergestellt wird. Zwei Bestandteile sind es nämlich, die im Inhalte jeder Norm zu unterscheiden sind: das *Soll-Subjekt*, das ist dasjenige, das soll, die Person, der das Soll gilt, an die das Soll gerichtet ist, und das *Soll-Objekt*, das ist dasjenige, was gesollt wird. Die Anwendung der Norm auf die Tatsachen der Seinswelt kann nun ein Doppeltes ergeben: entweder die Übereinstimmung eines Seins-Tatbestandes mit der Norm, d. h. die Existenz eines Geschehens, das inhaltlich der Norm entspricht, oder einen Seinstatbestand⁵⁴⁷, der inhaltlich der Norm widerspricht. („Inhaltlich“, denn formell muß sich jedes tatsächliche Geschehen eben durch die *Seinsform* von der *Sollensform* unterscheiden, in der das inhaltlich gleiche Geschehen in der Norm erscheint. Darum ist ja die der Norm entsprechende Handlung nicht die „gesollte“, sondern bloß eine mit der gesollten inhalt-

| 72

Norm, sondern lediglich *wie* verfolgt die Norm ihren Zweck; wenn man nicht nach dem *Inhalt*, sondern lediglich nach der *Form* der Norm fragt. In diesem Falle ist die Betrachtung ausschließlich auf das Sollen und nicht auf den Zweck (der dem Sein angehört) gerichtet, ist die Betrachtung eine normative und überdies eine eine [sic] formale. Die Erkenntnis daß der Zweck der Norm nicht immanent ist, wie es das Sollen ist, daß der Zweck der Norm nur unter einer bestimmten Betrachtung und zwar als außerhalb der Norm stehend erscheint, und daß diese – teleologische Betrachtung der Norm keineswegs die einzige und daß sie nun von der normativen verschiedene weil auf die Seins- nicht auf die Soll[Rest des Wortes unlesbar] gerichtete ist, ist von der größten Bedeutung für die Methode der Rechtswissenschaft, denn für diese kommen die Rechtsnormen nicht vom materiell teleologischen, sondern vom formal-normativen Standpunkte aus in Betracht [bricht ab]; A₂ «wenn die Norm ... zu begründen zukommt.»

⁵⁴⁶ «erscheint als Zweck der Norm»] A₁ «erscheint die Norm»; A₂ «erscheint als Zweck der Norm».

⁵⁴⁷ «Übereinstimmung ... Seinstatbestand»] A₁ «Übereinstimmung eines äußeren Tatbestandes mit der Norm, dh die Existenz eines äußeren Geschehens das inhaltlich mit der Norm übereinstimmt, oder einen äußeren Tatbestand»; A₂ «Übereinstimmung ... Seinstatbestand».

lich übereinstimmende.) Ist aber von irgend einem Seinstatbestande durch den Vergleich mit einer Norm Übereinstimmung oder Widerspruch zum Objekt des Norminhaltes festgestellt⁵⁴⁸, dann erhebt sich sofort die Frage nach dem Norm-(Soll)-Subjekt. Wer⁵⁴⁹ ist schuld daran? lautet die Frage bei einem normwidrigen Tatbestand; wer hat das Verdienst daran? bei einem normentsprechenden. Nur daß die letztere Frage unserem Bewußtsein ungewohnter und seltener ist, da man eher geneigt ist zu bestrafen als zu belohnen, da Strafe sozial wichtiger und notwendiger ist als Lohn. Die Antwort auf beide Fragen liefert die Norm, die ja als einen der beiden Bestandteile die Bezeichnung des Sollsubjektes⁵⁵⁰ enthält. Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestande und einem Subjekte ist die *Zurechnung*. Sie ist eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen. Man kann sie, weil sie auf Grund der Normen erfolgt, als eine normative bezeichnen.

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

Gerade die *rechtliche* Zurechnung, das ist die Zurechnung auf Grund der Rechtsnormen, zeigt, daß zwischen Normobjekt und Normsubjekt die größte Distanz, daß nicht einmal ein kausaler oder teleologischer Zusammenhang bestehen muß. Das Soll-Subjekt der Rechtsnormen ist – um zunächst auf dem Gebiete des Strafrechtes zu verbleiben – dadurch zu eruieren, daß es in der Strafrechtsnorm für

⁵⁴⁸ «Widerspruch ... festgestellt»] A₁ «Widerspruch steht zum Norminhalt [bricht ab]»; A₂ «Widerspruch zum Objekt des Norminhaltes festgestellt».

⁵⁴⁹ «dem Norm-(Soll)-Subjekt. Wer»] A₁ «dem realen Repräsentanten des (Soll)Normsubjektes, nach demjenigen, der den gesollten und oder nicht-gesollten Tatbestand [bricht ab]»; A₂ «dem (Soll)Normsubjekt. Wer»; F* «dem Norm-(Soll)-Subjekt. Wer».

⁵⁵⁰ «Sollsubjektes»] A₁ «Normsubjektes»; A₂ «Sollsubjektes».

den Fall eines normwidrigen Tatbestandes mit Strafe bedroht ist. Die Antwort auf die Frage, wer zu bestrafen ist, sagt zugleich, wem der normwidrige Tatbestand zuzurechnen ist. Nun bestimmt z. B. ein Rechtssatz des römischen Rechtes, daß mit einer hohen Geldstrafe⁵⁵¹ der Eigentümer jenes Hauses zu belegen sei, von dessen Dach ein Gegenstand herabgefallen ist, der beim Herabfallen jemanden getötet hat. Der Tod des Passanten wird dem Eigentümer des Hauses zugerechnet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß zwischen der Person des Eigentümers und dem Tode des Passanten kein wie immer gearteter kausaler oder teleologischer Zusammenhang besteht oder doch bestehen⁵⁵² muß. Weder ist der Eigentümer, der möglicherweise vom Hause weit⁵⁵³ abwesend ist, vielleicht von seinem Eigentume gar nichts weiß, die Ursache von dem Tode des Passanten, noch der Tod sein Zweck gewesen. Nun mag man ja das Postulat stellen, jede Norm solle nur gebieten, was kausal herbeizuführen in der Macht des Normsubjektes steht, oder verbieten, was zu verhindern das Normsubjekt imstande ist. Allein so gerecht diese Forderung sein mag, so vergesse man doch nicht, daß es eben nur ein ideales Postulat ist, dem keineswegs alle geltenden Normen und am wenigsten die positiven Rechtsnormen⁵⁵⁴ entsprechen, auf Grund deren aber ausschließlich und allein die rechtliche Zurechnung erfolgen kann. Auch wäre selbst die Erfüllung dieses Idealpostulates für die Frage der Zurechnung bedeutungslos. Jeder Fall einer Normverletzung ist ja – vom deterministischen Standpunkte aus – nur ein Beweis dafür, daß das Normsubjekt tatsächlich nicht bewirken oder verhindern konnte⁵⁵⁵, was es sollte, was aber keineswegs die Zurechnung aufheben wird. Denn bei der Zurechnung fragt es sich niemals, was das Subjekt getan oder unterlassen hat, sondern lediglich, was *gesollt* war und wer *gesollt* hat.

Gewiß gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Zurechnung längs einer Kausalreihe läuft, in denen es zwei kausal miteinander verknüpfte Glieder sind, die durch die Zurechnung verbunden werden, z. B. der | Tod⁵⁵⁶ des Gemordeten mit dem Mörder. Allein es wäre irrig zu glauben, das Zurechnungsprinzip sei hier die Kausalität, der Erfolg werde dem Täter deshalb zugerechnet, weil er vom Täter kausal herbeigeführt worden sei. Gerade hier zeigt sich deutlich, daß das Kausalitätsprinzip⁵⁵⁷ keinerlei Kriterium dafür gibt, aus der nach allen Seiten unendlichen Kette kausal verbundener Glieder gerade diese beiden herauszuheben, die *kausal* allen

|74

⁵⁵¹ «einer hohen Geldstrafe»] A₁ «einer Geldstrafe»; A₂ «einer hohen Geldstrafe».

⁵⁵² «Zusammenhang besteht oder doch bestehen»] A₁ «Zusammenhang bestehen»; A₂ «Zusammenhang besteht oder doch bestehen».

⁵⁵³ «möglicherweise vom Hause weit»] A₁ «möglicher Weise weit»; A₂ «möglicher Weise vom Hause weit».

⁵⁵⁴ «die positiven Rechtsnormen»] A₁ «die Rechtsnormen»; A₂ «die positiven Rechtsnormen».

⁵⁵⁵ «Normsubjekt ... konnte»] A₁ «Normsubjekt eben nicht bewirken konnte»; A₂ «Normsubjekt eben tatsächlich nicht bewirken oder verhindern konnte»; F* «Normsubjekt ... konnte».

⁵⁵⁶ «Tod»] A₁ «Mord»; A₂ «Tod».

⁵⁵⁷ «sei. ... Kausalitätsprinzip»] A₁ «sei. Das Kausalitätsprinzip»; A₂ «sei. ... Kausalitätsprinzip».

anderen gleich stehen. Erfolgte die Zurechnung auf Grund der Kausalverknüpfung, müßte jede Wirkung jeder ihrer⁵⁵⁸ Ursachen zugerechnet werden, was keineswegs der Fall ist, aber jedenfalls nicht in jenem Sinne geschieht, wie bei der rechtlichen oder sittlichen Zurechnung. Denn für die kausal-mechanische Betrachtung hat die eine Ursache nicht mehr und nicht weniger Schuld oder Verdienst an einer Wirkung, als die nächste und zweitnächste dieser Wirkung vorangehende Ursache an dieser oder einer folgenden Wirkung.

Dazu kommt noch, daß eine Wirkung regelmäßig nicht eine einzige Ursachenreihe hat, sondern mehrere, an deren Schnittpunkt gleichsam der zuzurechnende Erfolg steht. All diese Reihen⁵⁵⁹ stehen, unter dem Gesichtspunkte des *Kausalprinzipes* betrachtet, einander gleich, dennoch greift die *Zurechnung* nur auf eine dieser Reihen, nämlich jene zurück, in der sich eine bestimmt qualifizierte und zwar normativ qualifizierte menschliche Handlung findet. Das Kausalprinzip kann jedenfalls nicht für diese Auswahl maßgebend sein.⁵⁶⁰ Bei der Zurechnung von Unterlassungstatbeständen aber – ein überaus wichtiger Fall rechtlicher und sittlicher Zurechnung – ist keine wie immer geartete Kausalverbindung zwischen dem nicht handelnden⁵⁶¹ (also auch kausal nicht wirkenden) Normsubjekte⁵⁶² und dem Normobjekte herzustellen.

Zudem kommt, daß von den beiden Elementen, die durch die Zurechnung miteinander verknüpft werden, dasjenige, welches als Ursache zu fungieren hätte, – wäre Zurechnung nur ein Kausalnexus – gerade für die kausale Betrachtung gar nicht besteht. Als *Ursache* kommt nur eine Bewegung oder Veränderung in der körperlichen oder geistigen Seinswelt in Betracht. Die Zurechnung erfolgt aber zu einer *Person*, zu etwas nicht in Bewegung, sondern in Ruhe Gedachtem, d. h. eben nicht zum „Menschen“ im Sinne einer biologisch-psychologischen Einheit gewisser auf einen bestimmten Zweck bezogener Lebensprozesse (Organismus), sondern zu einem außerhalb der Welt tatsächlichen Geschehens gedachten normativen Konstruktionspunkte⁵⁶³. Nur der „Mensch“, d. h. die körperlichen und psychischen Bewegungen, deren Träger er ist, kann Ursache sein, nicht aber die Person, die Subjekt der Verantwortung, Zurechnungs-Subjekt ist.⁵⁶⁴

|75 Ebensowenig wie die kausale ist die teleologische Verknüpfung | zwischen Normsubjekt und Normobjekt für die Zurechnung von Bedeutung. Der Umstand, daß der normwidrige Tatbestand ein Zweck des Subjektes war, das heißt vom Subjekte gewollt wurde, ist keineswegs ein wesentliches Merkmal der Zurechnung.

⁵⁵⁸ «Wirkung jeder ihrer»] A₁ «Wirkung ihrer»; A₂ «Wirkung jeder ihrer».

⁵⁵⁹ «Reihen»] A₁ «Kausalreihen»; A₂ «Reihen».

⁵⁶⁰ «Denn für die kausal-mechanische ... Auswahl maßgebend sein.» (1644–16414)] in A₂ eingefügt.

⁵⁶¹ «nicht handelnden»] A₁ «nicht kausal handelnden»; A₂ «nicht handelnden».

⁵⁶² «Normsubjekte»] A₁ «Subjekte»; A₂ «NormSubjekte».

⁵⁶³ «Konstruktionspunkte»] A₁ «Konstruktion»; A₂ «Konstruktionspunkte».

⁵⁶⁴ «Zudem kommt ... Zurechnungs-Subjekt ist.»] Absatz in A₂ eingefügt.

Das Gewollt-Sein des Tatbestandes *kann*, muß aber nicht zu den Unrechtsmerkmalen gehören. Wo die Norm auch den ungewollten Tatbestand gebietet oder verbietet – z. B. bei Fahrlässigkeitsdelikten – erfolgt die Zurechnung auch ohne den Bestand⁵⁶⁵ eines Willens im Sollssubjekte, *obgleich* das Subjekt (psychisch) nicht gewollt hat, ja gerade weil es hätte etwas wollen sollen, weil es aber *nicht* gewollt hat. Denn⁵⁶⁶ die Zurechnung erfolgt immer nur auf Grund der positiven *Norm!* Überhaupt wird ein bestimmter äußerer⁵⁶⁷ Erfolg jemandem nicht deshalb zugerechnet, *weil* (im Sinne eines Erkenntnisgrundes) er so gehandelt und durch sein Handeln den fraglichen Erfolg bewirkt oder weil er den anderweitig verursachten Erfolg nicht verhindert hat, sondern deshalb, weil er im ersten Falle entweder so hat handeln *sollen* (Zurechnung zum Verdienst) oder weil er die Handlung hat unterlassen *sollen* (Zurechnung zur Schuld), im zweiten Falle aber, weil er den Erfolg hat verhindern oder nicht verhindern *sollen*. Es ist irreführend und falsch, zu sagen, jemand werde belohnt oder bestraft, weil er sich irgendwie verhalten habe; vielmehr wird er nur darum bestraft⁵⁶⁸, weil er nicht tun oder unterlassen hat *sollen*, was er getan oder unterlassen hat, und belohnt, weil er hat tun oder unterlassen *sollen*, was er getan oder unterlassen hat. Denn die Zurechnung beruht ausschließlich und allein auf dem *Sollen*, der Norm.⁵⁶⁹

Es ist ganz und gar verfehlt, für die Zurechnung irgend ein absolutes, natürliches oder gerechtes Prinzip aufzustellen, auf Grund dessen diese Verknüpfung⁵⁷⁰ angeblich tatsächlich erfolgt, wie etwa der übliche Grundsatz: Zugerechnet wird nur, wenn das Zuzurechnende gewollt ist. Allein aus der Norm ist das Prinzip der Zurechnung zu holen. Darum ist es jedesmal *quaestio facti*, d. h. jedesmal muß geprüft werden, für wen und⁵⁷¹ unter welchen Umständen die Norm ein Sollen statuiert. Es heißt ein ideales Postulat als geltenden Grundsatz ausgeben, wenn man irgend ein allgemeines⁵⁷² Prinzip der Zurechnung behauptet und nicht in jedem einzelnen Falle die Zurechnung auf Grund der Norm vornimmt.

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

⁵⁶⁵ «Bestand»] A₁ «Willen»; A₂ «Bestand».

⁵⁶⁶ «Sollssubjekte ... Denn»] A₁ «Sollssubjekte. Denn»; A₂ «Sollssubjekte, *obgleich* das Subjekt (psychisch) nicht gewollt hat, ja gerade weil es hätte etwas wollen sollen, was es aber *nicht* gewollt hat. Denn».

⁵⁶⁷ «bestimmter äußerer»] A₁ «bestimmte Handlung und deren Erfolg [bricht ab]»; A₂ «bestimmter äußerer».

⁵⁶⁸ «bestraft»] A₁ «belohnt oder bestraft»; A₂ «bestraft».

⁵⁶⁹ «Überhaupt wird ... *Sollen*, der Norm.» (1657–16521)] drei Sätze in A₂ eingefügt.

⁵⁷⁰ «Verknüpfung»] A «Zurechnung»; F* «Verknüpfung».

⁵⁷¹ «werden, für wen und»] A «werden wer und»; F* «werden, für wen und».

⁵⁷² «allgemeines»] A₁ «anderes»; A₂ «allgemeines».

|76 | Dabei muß allerdings noch mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß der Begriff der Zurechnung in dem eben dargelegten Sinne keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist. Eine von aller kausalen und teleologischen völlig unabhängige Verknüpfung von Elementen erfolgt nicht nur auf Grund der Rechtsnormen. Vielmehr muß betont werden, daß der Begriff der Zurechnung für alle Normgebiete den gleichen akasualen oder ateleologischen Charakter trägt. Wo immer eine Zurechnung stattfindet, erfolgt sie ausschließlich auf Grund von Normen, ist jene spezifische, durch das „Soll“ hergestellte Relation zwischen Normsubjekt und Normobjekt und nicht irgend ein tatsächlicher kausaler⁵⁷³ oder teleologischer Zusammenhang das Zurechnungsprinzip. Es mag immerhin zwischen den durch die Zurechnung verbundenen Tatbeständen eine kausale oder auch eine teleologische Beziehung bestehen: doch ist es niemals diese, auf Grund deren die Zurechnung erfolgt. Dieser Auffassung widerspricht freilich die herrschende Lehrmeinung insbesondere auf dem Gebiete der Moral. Hier ist es ein ausgesprochen teleologischer Zusammenhang, der als Zurechnung ausgegeben wird. Denn hier wird unter *Zurechnung* üblicher Weise jenes Urteil verstanden, in welchem man eine Tat als *gewollt* gelten läßt. Allein diese Auffassung der sittlichen Zurechnung kann ohne grobe Fiktionen nicht aufrecht erhalten werden. Denn zunächst beschränkt sich die sittliche Zurechnung keineswegs darauf, positive Handlungen d. h. Körperbewegungen zuzurechnen, sondern als Gegenstand der Zurechnung erscheinen auch Tatbestände, die sich als kausale Folgen von Handlungen darstellen. Dann werden aber auch Tatbestände zugerechnet, die nicht als kausale Folgen einer Handlung erscheinen, bei denen die Verbindung zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsobjekt durch eine *Unterlassung* hergestellt wird. Wenn es nun auch bei jeder zuzurechnenden körperlichen Handlung möglich wäre, einen Willen des Subjektes anzunehmen – sofern nämlich die Körperbewegung als kausale Wirkung der Willensaktion erscheint – so muß doch schon bei der ethischen Zurechnung weiterer⁵⁷⁴ Tatbestände, die erst durch eine Körperbewegung herbeigeführt werden, die Möglichkeit einer Zurechnung ohne psychischen Willensakt des Subjektes zugegeben werden. Denn wenn zum Willen die Vorstellung eines künftigen Erfolges gehört – m. a. W. also Voraussicht, – dann wäre, rechnete man wirklich nur den *gewollten* Erfolg zu, eine Zurechnung überall dort ausgeschlossen, wo der Erfolg des Handelns aus irgend welchen Gründen tatsächlich nicht vorausgesehen, daher auch nicht *gewollt* wurde. Dem ist jedoch tatsächlich nicht so! Beim Prozesse der Zurechnung fragt es sich nämlich niemals, ob der zuzurechnende Erfolg (der Einfachheit halber sei nur an den normwidrigen |77 | Tatbestand gedacht) auch *tatsächlich* vorausgesehen d. h.⁵⁷⁵ *gewollt* wurde, son-

⁵⁷³ «ein tatsächlicher kausaler»] A₁ «ein kausaler»; A₂ «ein tatsächlicher kausaler».

⁵⁷⁴ «Zurechnung weiterer»] A₁ «Zurechnung kausal weiterer»; A₂ «Zurechnung weiterer».

⁵⁷⁵ «d. h.»] A₁ «oder»; A₂ «dh.».

dern lediglich, ob er hatte vorausgesehen und verhindert werden⁵⁷⁶ *sollen*. Wer ein Versprechen nicht einhält, weil er daran vergißt, verhält sich unsittlich d. h.⁵⁷⁷ ihm wird Wortbruch und des weiteren die eventuelle Schädigung⁵⁷⁸ des Kontrahenten zugerechnet, obgleich er diese Schädigung wie den Wortbruch nicht wollte, auch nicht voraussah; er handelt unsittlich, weil er an das Versprechen eben nicht hätte vergessen *sollen*, was dasselbe heißt wie: daß er das Versprechen erfüllen sollte. Unrichtig ist, daß ihm deshalb zugerechnet werde, weil er hätte sich erinnern *können* oder nicht vergessen müssen. Denn da er vergessen⁵⁷⁹ hat, mußte er vergessen, konnte er nicht anders. Ein Tatbestand wird zugerechnet, weil er resp. sein kontradiktorischer Gegensatz gesollt⁵⁸⁰, nicht weil er *gewollt* war. Aus der Norm, nicht aus der Seele des Zurechnungssubjektes ist das Zurechnungsprinzip zu holen. Ist daher in irgend einem Falle ein psychisches Moment Voraussetzung der Zurechnung, so ist dies nur deshalb und nur soferne der Fall, als die Norm ein solches enthält, d. h. soferne das Normobjekt unter seinen Tatbestandsmerkmalen ein solches psychisches Moment wie Wollen oder Wissen aufweist. So, wenn die Norm lautet: Du sollst nicht mit Absicht töten. Auf Grund dieser Norm kann der Tod eines Andern irgend jemandem nur dann zugerechnet werden, wenn das Tatbestandsmerkmal der Absicht gegeben ist. Allein auch hier erfolgt die Zurechnung nicht, weil eine Absicht oder ein Wille des Subjektes vorliegt, – ebensowenig könnte man sagen: die Zurechnung erfolgt, weil ein Mensch getötet wurde, denn Tod des einen und Absicht des andern sind formal gleichgeordnete Bestandteile des Normobjektes, Tatbestandsmerkmale, die Absicht wird selbst ebenso zugerechnet wie der Tod d. h. nur zusammen mit dem Tod zugerechnet – sondern die Zurechnung erfolgt, weil das Subjekt nicht mit Absicht töten sollte. Es wäre ein Irrtum zu glauben, daß alle Normen – oder auch nur alle sittlichen Normen – derartige psychische Momente enthalten. Der soziale Charakter der Moral ließe das nicht zu. Es wäre dem Leichtsinne, der Fahrlässigkeit Tür und Tor geöffnet. Auch die sittlichen Normen verbieten⁵⁸¹ einen äußeren Tatbestand⁵⁸² nicht bloß, soferne er wirklich vorausgesehen und gewollt wurde; vielmehr fordern sie dieses Voraussehen und Wollen oder Nichtwollen selbst, so daß Nichtvoraussehen und Nichtwollen nicht⁵⁸³ nur eine Zurechnung *nicht* aufheben, sondern selbst zuge-

⁵⁷⁶ «vorausgesehen und verhindert werden»] A₁ «vorausgesehen werden»; A₂ «vorausgesehen u verhindert werden».

⁵⁷⁷ «vergíßt, verhält sich unsittlich d. h.»] A₁ «vergíßt handelt unter un[bricht ab]»; A₂ «vergíßt verhält sich unsittlich dh.».

⁵⁷⁸ «weiteren die eventuelle Schädigung»] A₁ «weiteren Schädigung»; A₂ «weiteren die ev Schädigung».

⁵⁷⁹ «er vergessen»] A₁ «er sich vergessen»; A₂ «er vergessen».

⁵⁸⁰ «er resp. sein kontradiktorischer Gegensatz gesollt»] A₁ «er gesollt resp nicht gesollt»; A₂ «er resp sein kontrad. Gegensatz gesollt».

⁵⁸¹ «Normen verbieten»] A₁ «Normen gebieten od verbieten»; A₂ «Normen verbieten».

⁵⁸² «Tatbestand»] A₁ «Erfolg»; A₂ «Tatbestand».

⁵⁸³ «Nichtwollen nicht»] A₁ «Nichtwollen oder wollen nicht»; A₂ «Nichtwollen nicht».

rechnet werden. „Er hat nicht vorausgesehen und daher nicht gewollt, was verboten ist“, das kann keine Rechtfertigung sein, wenn er eben hätte voraussehen und verhindern wollen *sollen*.

|78 Wenn dennoch Zurechnung und Wille in einen regelmäßigen | Konnex gebracht werden, wenn das Zugerechnete stets das Gewollte sein soll, wenn der Wille als Wesen der *Persönlichkeit* gilt und wiederum Persönlichkeit Zurechnungsfähigkeit bedeutet, soferne Zurechnungssubjekt und Persönlichkeit zusammenfallen, so weist dies auf eine eigentümliche und besondere Bedeutung des Terminus „Wille“ hin, die mit jener des psychologischen Begriffes nicht übereinstimmt. Durch diese hier bloß angedeutete Möglichkeit eines Willensbegriffes, dem selbständige, von der psychologischen verschiedene Bedeutung zukommt, mag vielleicht auch die Tendenz zu jener Identifizierung von Sollen und Wollen gerechtfertigt werden, die allenthalben zu konstatieren ist, mag schließlich auch der unbegreifliche Widerspruch seine Lösung finden, der den Willen psychologisch⁵⁸⁴ als kausal gebunden, ethisch und rechtlich aber⁵⁸⁵ als frei erscheinen läßt. Die Untersuchung dieses Willensbegriffes, der insbesondere für die Terminologie der Rechtswissenschaft die größte Bedeutung hat, ist dem folgenden Buche⁵⁸⁶ vorbehalten.

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

Da alle Zurechnung nur auf Grund von Normen erfolgen kann, muß auch die sogenannte wirtschaftliche Zurechnung auf irgend welche Normen zurückzuführen sein, wenn anders der fragliche Terminus auch hier in jenem besonderen und eigentlichen Sinne gebraucht wird, in dem er zur Bezeichnung einer von kausaler und teleologischer völlig verschiedenen *normativen* Verknüpfung⁵⁸⁷ von Elementen dient. Damit soll hier keineswegs die Frage aufgeworfen werden, ob Nationalökonomie eine normative oder eine explikative Disziplin sei. Hier sollen lediglich jene Gedankenoperationen untersucht werden, die man als wirtschaftliche Zurechnung bezeichnet hat, und die Normen aufgezeigt werden, auf Grund deren sie erfolgen. Ob diese Normen als spezifisch wirtschaftliche Normen gelten oder sich als Normen anderer Art erweisen, ob ferner die Zurechnungsoperation der spezifischen Erkenntnismethode⁵⁸⁸ der Nationalökonomie entspricht oder ob der Begriff wirtschaftlicher Zurechnung anderer als rein wirtschaftstheoretischer Na-

⁵⁸⁴ «psychologisch»] A₁ «bald»; A₂ «psychologisch».

⁵⁸⁵ «ethisch und rechtlich aber»] A₁ «ethisch aber»; A₂ «ethisch u rechtlich aber».

⁵⁸⁶ Vgl. unten S. 191–300.

⁵⁸⁷ «verschiedenen *normativen* Verknüpfung»] A₁ «verschiedenen Verknüpfung»; A₂ «verschiedenen: *normativen* Verknüpfung».

⁵⁸⁸ «Normen ... Erkenntnismethode»] A₁ «Normen sittlich anderer Art erweisen, ob ferner der Begriff der Zurechnung der spezifischen Methode»; A₂ «Normen anderer Art erweisen, ob ferner die Zurechnungsoperation der spezifischen Forschungsmethode»; A₃ «Normen ... Erkenntnis-Methode».

tur ist, muß hier dahingestellt bleiben. Worauf es allein ankommt, ist der Nachweis, daß es auf dem Gebiete der Wirtschaft eine Zurechnung gibt, die eine der rechtlichen und ethischen Zurechnung dem Wesen nach gleiche ist.

Das Problem der wirtschaftlichen Zurechnung ist in präziser Form zuerst im Bereiche der sozialistischen Lehren aufgetreten. Es gipfelt in der Frage, in welcher Weise der wirtschaftliche Ertrag auf die drei Produktionsfaktoren Land, Kapital und Arbeit aufzuteilen sei. Da kein Produktionsmittel für sich allein einen Ertrag hervorbringen kann und jedes Produkt durch die Zusammenwirkung mehrerer Faktoren entsteht, wird eine Regel gesucht, die aussagt, welcher Anteil am Ertrage den Produktionsfaktoren zukommt.

Es bedarf kaum besonderer Argumente, um darzutun, daß vom Standpunkte einer *explikativ-kausalen Betrachtung der tatsächlichen Produktionsvorgänge* das fragliche Problem unlösbar, richtiger gesagt: daß die Problemstellung eine verkehrte ist. Es geht nicht an, den kausalen Erfolg, der das Resultat mehrerer gemeinsam zusammenwirkender Ursachen ist, ganz oder teilweise einer dieser Ursachen allein zuzurechnen. Treffend bemerkt *Wieser*¹⁾: „So angesehen kommt man nicht über den Satz hinaus, daß der Erfolg das gemeinsame Erzeugnis aller seiner Urheber und Ursachen⁵⁹⁰ ist, die verbunden wirken müssen oder gar nichts bewirken können ...“ Gibt man aber zu, daß eine auf den kausalen Zusammenhang gerichtete, Erklärung bezweckende Betrachtung des tatsächlichen Geschehens das Problem der Zurechnung nicht lösen kann oder, präziser formuliert, daß es für eine derartige Betrachtung kein Problem der Zurechnung gibt, dann ist – eine Konsequenz, die *Wieser*, ein Hauptvertreter der wirtschaftlichen Zurechnungslehre, allerdings nicht zieht – damit implicite zugegeben, daß die Stellung und Lösung des Problems nur vom Standpunkte einer normativen Betrachtung aus denkbar ist. Eine dritte Möglichkeit, die Tatsachen der Wirtschaft wissenschaftlich zu erfassen und miteinander zu verbinden ist logisch nicht möglich.

Nun ist es bekanntlich gerade die sozialistische Wirtschaftstheorie, die sich nicht darauf beschränkt festzustellen, was an wirtschaftlichen Vorgängen tatsächlich sich ereignet, und wie diese Vorgänge miteinander – kausal natürlich – zusammenhängen, m. a. W. wie sie zu *erklären* sind, sondern sich auch – sei es nun bewußt oder unbewußt – zugestandener- oder nichtzugestandenermaßen – mit der Frage beschäftigt, was im Bereiche der Wirtschaft geschehen *soll*, damit ein gerechter oder entsprechender Zustand erzielt werde. Ja, die Vermutung liegt nahe, daß die erstere, die kausal-explikative Betrachtung (historisch und psychologisch genommen) innerhalb der Theorie des wissenschaftlichen Sozialismus insofern⁵⁹¹ nur eine sekundäre Bedeutung hat, als ihre Ergebnisse dem Zwecke

¹⁾ Der natürliche Wert. Wien 1889 S. 73.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ *Friedrich von Wieser*, Der natürliche Werth, Wien 1889, S. 73.

⁵⁹⁰ «Urheber»] A₁ «Ursachen»; A₂ «Urheber».

⁵⁹¹ «genommen) ... insofern»] A₁ «genommen) insoferne»; A₂ «genommen) ... insoferne».

80 dienen, den Inhalt, das Substrat für geeignete⁵⁹² Normen des wirtschaftlichen Verhaltens zu gewinnen, so wie die biologische Betrachtung des menschlichen Organismus der Medizin | dazu dient, diätetische Regeln, also Normen für ein gesundheitsförderliches Verhalten zu produzieren.

Es ändert an dem logisch-methodologischen Charakter des wissenschaftlichen Sozialismus nicht das geringste, wenn er behauptet – und diese Behauptung auch richtig wäre – daß seine wirtschaftlichen Postulate nichts anderes zum Inhalte haben, als was sich auf Grund der gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse in der Zukunft mit kausaler Notwendigkeit ergeben müsse. Denn es bleibt dabei, daß er etwas, was nicht ist, aber möglicherweise sein wird, als *gesollt* statuiert, daß er an den wirtschaftenden Menschen *Postulate*⁵⁹³ stellt, oder mit andern Worten wirtschaftliche *Normen* anerkennt. Seine Betrachtung ist, sofern sie sich nicht auf das tatsächliche Geschehen und dessen Erklärung beschränkt, sondern einen *Ideal*-zustand ins Auge faßt, eine normative. Nur sofern dasjenige, was angeblich kausal notwendig⁵⁹⁴ eintreten wird, nach Ansicht der Sozialisten auch eintreten *soll*, und nicht sofern es kausal notwendig eintreffen *muß*, wird es zum Maßstab und zur Kritik des Gegenwärtigen, und nur sofern es unter dem Gesichtspunkt des *Sollens* steht, ist begreiflich, daß an der Herbeiführung desselben, an der Verwirklichung des Ideals praktisch gearbeitet wird, ja diese praktische Arbeit als *Pflicht* gilt, wo doch die Erkenntnis, daß es naturnotwendig geschehen *muß*, all dies überflüssig machte.

Nur der normative Charakter der Betrachtung des wissenschaftlichen Sozialismus oder eines Teiles desselben erklärt⁵⁹⁵ die Tatsache, daß gerade hier das Problem der Zurechnung aufgeworfen und ohne sonderliche Schwierigkeit auch gelöst wurde. Die sozialistischen Theoretiker zögern nämlich nicht, den vollen wirtschaftlichen Ertrag, das ganze Produkt einem einzigen der drei Produktionsfaktoren zuzurechnen; und dieser Produktionsfaktor ist bekanntlich die Arbeit.

Es ist ein vergebliches Bemühen, dieses Ergebnis „wissenschaftlich“, d. h. von einem kausal-explikativen Standpunkte zu rechtfertigen. In Wahrheit ist dieses Zurechnungsurteil nichts anderes als die Verknüpfung zweier Elemente, deren Verbindung schon vorher durch das „Soll“ einer wirtschaftlichen Norm hergestellt wurde, jener *Norm*, die der wissenschaftliche Sozialismus unter dem Schlagworte „Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag“ statuiert oder anerkennt! Das Urteil⁵⁹⁶: Das ganze Produkt ist nur dem Produktionsfaktor Arbeit zuzurechnen, bedeutet

⁵⁹² «als ... geeignete»] A₁ «als sie vor allen nur dem Zwecke dienen, geeignete»; A₂ «als ... geeignete».

⁵⁹³ «daß er an den wirtschaftenden Menschen *Postulate*»] A₁ «daß er Postu[late]»; A₂ «daß er an den wirtschaftenden Menschen *Postulate*».

⁵⁹⁴ «angeblich kausal notwendig»] A₁ «angeblich notwendig»; A₂ «angeblich kausal notwendig».

⁵⁹⁵ «Betrachtung ... erklärt»] A₁ «Betrachtung macht [bricht ab]»; A₂ «Betrachtung ... erklärt».

⁵⁹⁶ «Urteil»] A₁ «Zurechnungsurteil»; A₂ «Urteil».

nichts anderes als die Norm: Der Arbeiter *soll* den ganzen Ertrag der Arbeit (wie er nur durch Zusammenwirken mit Kapital und Land kausal bewirkt wird) allein erhalten. Zurechnungsurteil und Norm sind hier geradezu identisch. Was in Form | eines Zurechnungsurteils auftritt, ist das gleiche wie die Norm: eine Vorschrift für gerechte Ertragsaufteilung.

| 81

Was diese wirtschaftliche Zurechnung von den bisher behandelten Fällen sittlicher und rechtlicher Zurechnung unterscheidet, ist der Umstand, daß es sich nicht wie bei diesen letzteren bisher ins Auge gefaßten Fällen um *Zurechnung zur Pflicht*, sondern um *Zurechnung zum Rechte* handelt. In der Norm: der Arbeiter soll den vollen⁵⁹⁷ Arbeitsertrag erhalten, ist das grammatische Satzsubjekt offenbar nicht in demselben Sinne Soll- oder Normsubjekt, wie etwa in der Norm: der Soldat soll tapfer sein. Nicht der Arbeiter „soll“ etwas in dem Sinne, daß er dazu verpflichtet ist, der Arbeiter ist vielmehr berechtigt. Ein Pflicht-Norm-⁵⁹⁸ oder Sollsubjekt kommt in der erwähnten wirtschaftlichen Norm tatsächlich nicht zum Vorschein; doch kann es keinem Zweifel unterliegen, an wen diese Norm gerichtet ist: An die Gesellschaft, d. h. an alle anderen Subjekte ausschließlich des in der Norm bezeichneten Arbeiters. An diese ergeht in der Norm die Aufforderung, dem Arbeiter den vollen Arbeitsertrag zu überlassen⁵⁹⁹, ihm den Arbeitsertrag zuzuteilen oder doch nicht wegzunehmen. Die Pflicht der andern ist gleichbedeutend mit dem Rechte des einen.

Die allgemeine grammatische Möglichkeit, nicht nur den Verpflichteten, sondern auch⁶⁰⁰ den Berechtigten als Subjekt eines Sollens erscheinen zu lassen, hat tiefere Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheinen mag; denn offenbar besteht eine ganz analoge Verbindung zwischen dem, wozu man berechtigt ist, dem Rechtsobjekt, und dem Berechtigten, dem Rechtssubjekte, wie sie zwischen dem Soll- oder Pflichtobjekte und dem Soll- oder Pflichtsubjekte besteht. Denn auch diese erstere Verbindung wird durch eine Norm hergestellt und auf dieser Norm beruht die Zurechnung, durch⁶⁰¹ die irgend etwas als Recht mit irgend jemand verknüpft wird: die Zurechnung zum Rechte. Es ist eine dem Juristen bekannte⁶⁰² Tatsache, daß man denselben Sachverhalt, den man als Recht des einen ausdrückt, auch als Pflicht des⁶⁰³ andern darstellen kann. Jemand hat ein Recht

⁵⁹⁷ «vollen»] A₁ «ganzen»; A₂ «vollen».

⁵⁹⁸ «Pflicht-Norm-»] A₁ «Pflichtsubjekt»; A₂ «Pflicht-Norm».

⁵⁹⁹ «Arbeitsertrag zu überlassen»] A₁ «Arbeitsertrag zu lassen»; A₂ «Arbeitsertrag zu überlassen».

⁶⁰⁰ «Die allgemeine ... sondern auch»] A₁ «Die grammatische Möglichkeit, auch»; A₂ «Die allgemeine ... sondern auch».

⁶⁰¹ «hergestellt ... durch»] A₁ «hergestellt, und die Zurechnung zum Rechte, durch»; A₂ «hergestellt ... durch».

⁶⁰² «bekannte»] A₁ «geläufige»; A₂ «bekannte».

⁶⁰³ «Sachverhalt ... des»] A₁ «Sachverhalt ausdrücken sowohl als Pflicht des einen oder auch als Recht des»; A₂ «Sachverhalt den man als Recht des einen ausdrücken kann oder auch als Pflicht des»; A₃ «Sachverhalt ... des».

darauf, ist gleichbedeutend: ein anderer ist dazu verpflichtet, d. h. *soll*. Die Zurechnung zum Berechtigten erfolgt auf Grund derselben Norm, wie die Zurechnung zum Verpflichteten, so daß man die Norm unter Umständen mit zwei Subjekten, einem äußeren, dem Pflichtsubjekte, und einem inneren, dem Rechtssubjekte, denken kann. Doch muß man sich stets vergegenwärtigen, daß auch die Verbindung, derzufolge zwischen Subjekt und Objekt das Verhältnis des Rechtes besteht, eine normative, eine Sollverbindung ist, wenn auch nur eine mittelbare Sollverbindung, gleichsam durch die primäre, zwischen Pflichtsubjekt und -objekt hergestellte. Denn man ist nur insofern zu etwas berechtigt, | als ein anderer dazu verpflichtet ist. So ist das Eigentumsrecht das Recht auf Unterlassung von Eingriffen⁶⁰⁴ seitens aller anderen, d. h. aber nichts anderes als die Pflicht, das Sollen aller⁶⁰⁵ anderen, diese Eingriffe zu unterlassen.

Die wirtschaftliche Norm⁶⁰⁶, die da lautet: der Arbeiter hat das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, oder: der Arbeiter *soll* den vollen Arbeitsertrag erhalten, ist nur eine Transformation der Norm: die Gesellschaft soll dem Arbeiter den vollen Arbeitsertrag überlassen. Die Gesellschaft ist hier das äußere Norm- oder Sollssubjekt, m. a. W. das Pflichtsubjekt, der Arbeiter das innere Norm- oder Sollssubjekt m. a. W. das Rechtssubjekt, der volle Arbeitsertrag aber das Sollobjekt und zwar Pflicht- und Rechtsobjekt zugleich. Worauf es im wesentlichen ankommt, ist die Tatsache, daß auch die Rechtsverbindung ebenso wie die Pflichtverbindung eine normative, daß die Zurechnung zum Recht ebenso wie die Zurechnung zur Pflicht von der kausalen oder teleologischen Verknüpfung wesensverschieden ist. Allerdings – und das muß in diesem Zusammenhange schon erwähnt werden – hat man auch die Verbindung des Rechtssubjektes mit dem Rechtsobjekte – ebenso wie die zwischen Pflichtsubjekt und Pflichtobjekt, wie überhaupt die zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsobjekt – als eine teleologische insofern aufzuzeigen versucht, als man das subjektive Recht als Wille (im psychischen Sinne) oder Interesse zu erkennen glaubte, so daß dasjenige, wozu man berechtigt ist, als Gegenstand des Willens oder des Interesses, also als *Zweck* erschien; allein diese Auffassung ist ebenso fiktionaler Natur wie jene, welche die Zurechnung stets auf einen psychologischen Willen⁶⁰⁷ des Subjektes führt, mit der sie innig zusammenhängt. Ihre ausführliche Analyse und Widerlegung⁶⁰⁸ wird diese Auffassung wenigstens für das Rechtsgebiet bei der Untersuchung des subjektiven Rechtsbegriffes erhalten.⁶⁰⁹

Daß die wirtschaftliche Zurechnung zur „*Arbeit*“, also zu einem Vorgange und nicht zum *Arbeiter*⁶¹⁰ geht, ist an und für sich nicht etwa unmöglich und bloß eine

⁶⁰⁴ «Eingriffen»] A₁ «Störungen»; A₂ «Eingriffen».

⁶⁰⁵ «Pflicht, das Sollen aller»] A₁ «Pflicht aller»; A₂ «Pflicht das Sollen aller».

⁶⁰⁶ «Die wirtschaftliche Norm»] A₁ «Die Norm»; A₂ «Die wirtschaftliche Norm».

⁶⁰⁷ «einen psychologischen Willen»] A₁ «einen Willen»; A₂ «einen psychologischen Willen».

⁶⁰⁸ «Ihre ausführliche Analyse und Widerlegung»] A₁ «Ihre Widerle[gung]»; A₂ «Ihre ausführliche Analyse und Widerlegung».

⁶⁰⁹ Vgl. unten S. 720–878.

⁶¹⁰ «nicht zum *Arbeiter*»] A «nicht zur Person des Arbeiters»; F* «nicht zum *Arbeiter*».

ungenau Ausdrucksweise. Die Zurechnung muß nicht notwendig ihrem innern Wesen nach zum Menschen gehen. Was Zurechnungssubjekt ist, richtet sich nach der Norm, auf Grund deren die Zurechnung erfolgt, und die Norm kann sich – wie früher bereits ausgeführt – nicht nur an Menschen wenden. Zwar ist es zweckmäßig, den Menschen zum Normsubjekt zu machen, und speziell die wirtschaftliche Norm, auf Grund deren die wirtschaftliche Zurechnung erfolgt, dürfte wohl als Subjekt den Arbeiter im Auge haben. Die Zurechnung zur Arbeit bedeutete die *Personifizierung* eines Naturvorganges. Allein man verschließe sich nicht der Erkenntnis, daß auch der Mensch erst durch die Zurechnung zur Person wird, und daß auch hier *nur durch die Zurechnung* eine Summe von natürlichen, physikalischen, chemischen und psychischen Prozessen *personifiziert*, d. h. zu einer normativen Einheit erhoben wird. Denn die organisch-teleologische Einheit „Mensch“ ist keineswegs an und für sich identisch mit „Person“. Nur als Zurechnungssubjekt ist der Mensch Person; darum ist durchaus nicht jeder Mensch Person und darum gibt es Personen die keine Menschen sind; so zeigt uns als Beispiel für letztere die Jurisprudenz die Person des Staates, die Ethik die Person Gottes. Nur die irri- gen normativen mit dem psychologisch-explikativen Standpunkt verwechselnde Anschauung, welche Zurechnung und psychologischen Willen und daher letzteren mit dem Begriff der Person⁶¹¹ in Konnex bringt, hat die unheilvolle Identifizierung von Wille, Mensch und Person auf dem Gewissen, die zu den künstlichsten Fiktionen zwang. Auch davon wird in den folgenden Untersuchungen näher zu handeln sein.⁶¹²

| 83

Wenn die „bürgerliche“ Nationalökonomie⁶¹³ die Stellung und Lösung des Zurechnungsproblems, so wie beides seitens der sozialistischen Theorie erfolgt, ablehnt, so geschieht dies wegen des normativen Charakters dieser Theorie. Die bürgerliche Nationalökonomie sieht bei ihrer auf Erklärung des Wirtschaftslebens gerichteten Betrachtung von irgendwelchen an die wirtschaftenden Menschen gerichteten Normen⁶¹⁴ der Gerechtigkeit ab. Wenn aber die streng explikative Wirtschaftsforschung trotzdem etwas wie eine wirtschaftliche Zurechnung kennt, ein Problem dieses Namens und dessen Lösung von ihren methodischen Voraussetzungen aus zugibt, so muß hier der Terminus „Zurechnung“ eine völlig andere Bedeutung haben, als jene ist, die ihm als sittliche, rechtliche und auch als wirtschaftliche Zurechnung im sozialistischen Sinne zukommt. Hier ist nicht der Ort, die Berechtigung dieser Terminologie zu prüfen, auch kein Anlaß dazu, den Inhalt jener Lehren zu untersuchen, die für die wirtschaftliche Zurechnung im nicht-

⁶¹¹ «und daher letzteren mit dem Begriff der Person»] A₁ «und letzteren mit Person»; A₂ «und daher letzteren mit dem Begriff der Person».

⁶¹² Vgl. unten S. 663–670.

⁶¹³ «Nationalökonomie»] A₁ «Wirtschaftstheorie»; A₂ «Nationalökonomie».

⁶¹⁴ «irgendwelchen ... Normen»] A₁ «irgendwelchen Normen»; A₂ «irgendwelchen ... Normen».

sozialistischen Sinne aufgestellt wurden. Nur auf das Folgende möge kurz aufmerksam gemacht werden.

Wenn die Wirtschaftstheorie von der Tatsache ausgeht, daß die Wirtschaftspraxis den produktiven Ertrag tatsächlich auf die einzelnen Produktivfaktoren aufteilt und zur Erzielung praktischer Resultate aufteilen muß, daß sich also die Wirtschaftspraxis keineswegs mit der vom streng kausalen Standpunkte einzig möglichen Erkenntnis begnügt, daß der ganze Ertrag eine Wirkung aller verursachenden Faktoren sei und daher einem einzelnen Faktor als einer Mitursache nicht ein Teil des bewirkten Ertrages oder gar das ganze „zuge|rechnet“ werden könne, wenn die Theorie, von dieser Tatsache ausgehend, sich für verpflichtet hält, die präzise Zurechnungsregel für die tatsächlich geübte Aufteilung des Produktionsertrages aufzusuchen¹⁾ und⁶¹⁶ eine solche Zurechnungsregel finden zu können glaubt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Resultat einen wesentlich anderen Charakter haben muß, als alles, was bisher unter dem Begriffe der Zurechnung zusammengefaßt wurde. Wie es außerhalb des Rahmens dieser Untersuchungen fällt, dieses Resultat zu überprüfen, so muß hier auch die Frage dahingestellt bleiben, ob jener von der kausal-explikativen Wirtschaftstheorie aufzudeckende Zusammenhang zwischen Produktionsfaktoren und Produktionsertrag eben dieselbe Bezeichnung verdient, die für die akausale, ateleologische, spezifisch⁶¹⁷ normative Verknüpfung von Elementen üblich ist.

Die Erkenntnis, daß die normative Betrachtung keineswegs eine auf den Zweck gerichtete, d. h. teleologische ist, gibt auch eine Direktive für die Lösung der prinzipiellen Frage, ob Rechtsbegriffe Zweckbegriffe sein können. Erst in

¹⁾ Vgl. Wieser a. a. O. S. 70 ff.⁶¹⁵

⁶¹⁵ Wieser, Werth (Anm. 589), S. 70–76.

⁶¹⁶ «aufzusuchen und»] A₁ «aufzusuchen, so möge sie sich vorerst die Natur und Bedeutung jenes Gedankenprozesses klar machen, der sich als praktische Zurechnung darstellt. In dem Verhältnisse zwischen Produktionsfaktoren und Produkt handelt es sich offenbar um einen Kausalnexus und keine Vorstellung ist im populären Denken einer größeren Gefahr der Verunstaltung und Verzerrung ausgesetzt als gerade jene von Ursache und Wirkung. Als Beispiel praktischer und auch theoretisch gerechtfertigter Zurechnung wird das folgende Beispiel angeführt: Von zwei gleichgroßen in gleicher Weise bearbeiteten Feldern trägt das eine um 100 Einheiten mehr als das andere. Mit vollem Recht rechne der Bauer diesem besseren Felde und nicht eben der Arbeitskraft oder den Maschinen, Düngmitteln etc, die ja in beiden Fällen gleich sind – den Plusertrag von 100 zu. Allein wie steht es, wenn man dieses Feld dem ein Ertrag von 100 zugerechnet wird mit einem anderen vergleicht das ebenso groß und mit dem gleichen Kapital und Arbeitsaufwande bewirtschaftet nicht um 100 sondern nur um 50 weniger trägt, und gar mit einem, das ebensoviele, endlich mit einem das um so mehr trägt? In diesen Fällen ändert sich die Zurechnung zum Felde sofort; sie sinkt im 1. Falle auf 50 im 2. auf 0 und müßte konsequent im letzten Falle auf ein Minus reduziert werden. Was bedeutet das aber? Doch jedenfalls soviel, daß die Verknüpfung irgend eines Ertragsteiles mit einem einzelnen Produktionsfaktor keine Konstante sein kann daß einem bestimmten Acker kein bestimmter Anteil des Ertrages zugerechnet werden kann, die im ersten Falle gewonnene Ziffer 100, wie die in den andern gewonnenen Ziffer 50, 10, 0, –10 etc bezeichnen nichts anderes als Verhältniszahlen und»; A₂ «aufzusuchen, und».

⁶¹⁷ «eben dieselbe ... spezifisch»] A₁ «eben jene Bezeichnung verdient, die für die spezifisch»; A₂ «eben dieselbe ... spezifisch».

neuerer Zeit ist man sich dieses Grundproblems bewußt geworden und hat erörtert, ob das Zweckmoment ein konstituierendes Merkmal jener Begriffe sein dürfe, welche die Rechtswissenschaft auf Grund der positiven Rechtsordnung konstruiert. Zwar ist das Problem noch nicht im Zusammenhange mit der ganzen juristischen Methode zu lösen versucht worden^{618 2)}; die Autoren, die sich überhaupt zu einer Stellungnahme in methodologischen Dingen für verpflichtet erachten, beschränken sich entweder darauf, bei dem einen oder anderen Rechtsbegriffe die Aufnahme des Zweckmomentes ohne tiefere Begründung abzulehnen oder⁶²⁰ das Zweckmoment ohne besondere Rechtfertigung zu verwenden. Insbesondere haben z. B. die Vertreter der sogenannten organischen Staatstheorie den Staatsbegriff wie überhaupt den Korporationsbegriff unabhängig vom Zwecke konstituieren zu müssen geglaubt. So *Gierke*³⁾ ^{624, 625} und *Seid-*

²⁾ Nur bei *Preuss*, Zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion, in *Schollers* Jahrb. f. Gesetzgeb. 1900, S. 359 ff.⁶¹⁹ wird die Frage überhaupt im Zusammenhange erörtert.

³⁾ Vgl. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887. S. 611.⁶²¹ Vgl. insbesondere auch *Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Berlin 1889, S. 153 und S. 79 ff.⁶²² „Für uns ist kein Anlaß, in dieser Allgemeinheit zu der Frage Stellung zu nehmen. Speziell für die Konstruktion des Staatsbegriffes halten wir jedenfalls mit *Laband* den Zweck für ein völlig unbrauchbares Moment, wenigstens sofern man von moderner wissenschaftlicher Anschauung ausgeht.“⁶²³

⁶¹⁸ «Problem ... worden»] A₁ «Problem in voller Schärfe und im Zusammenhange mit der ganzen juristischen Methode noch nicht aufgeworfen worden»; A₂ «Problem in voller Schärfe noch nicht aufgeworfen und im Zusammenhange mit der ganzen juristischen Methode zu lösen versucht worden»; F* «Problem ... worden».

⁶¹⁹ *Hugo Preuß*, Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion. [Buchbesprechung:] Dr. Julius Hatschek: „Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung.“ (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausg. Von Jellinek und Meyer. Bd. II, Heft 1.) Leipzig 1898, Duncker & Humblot. VIII u. 236 S., in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 24 (1900), S. 359–372.

⁶²⁰ «anderen Rechtsbegriffe ... abzulehnen oder»] A₁ «anderen Zweckbegriffe die Aufnahme des Zweckmomentes zu bekämpfen, oder»; A₂ «anderen Rechtsbegriffe ... abzulehnen, oder».

⁶²¹ *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 631f. Anm. 2.

⁶²² *Hugo Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 79f., 153 (Zitat S. 80).

⁶²³ «ausgeht.»] A₁ «ausgeht.» *Preuss* ist es auch, der sich mit *Gierke* für diese antitel[eologische] ateleologische Begriffskonstruktion auf *Gierke* beruft; A₂ «ausgeht.».

⁶²⁴ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁶²⁵ *Otto (Friedrich) von Gierke* (1841–1921), Rechtshistoriker, Privat- und Staatsrechtslehrer; 1867 habilitiert in Berlin; 1871 zunächst a. o. Professor in Berlin, im gleichen Jahr noch o. Professor in Breslau, ab 1884 in Heidelberg. Er kehrte 1887 an die Universität Berlin zurück, wo er 1902–1903 auch Rektor war. Er gilt als Begründer des deutschen Genossenschaftsrechts und als einer der Hauptvertreter einer Organismuslehre des Staates. Wichtige Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868–1881; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a. M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., Berlin 1895–1917; Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915.

| 85 ler⁴⁾ 628; auch *Preuss*⁶²⁹ hat in seiner | ausgezeichneten Studie über die Methode der juristischen Begriffskonstruktion sich mit allem Nachdrucke gegen die Verwertung⁶³⁰ des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung gewendet, indem er erklärt, es verwandle „überall und immer die Anwendung des Zweckmomentes jeden staatsrechtlichen Begriff in einen politischen“⁽¹⁾, und für das ganze Gebiet juristischer Konstruktion den Grundsatz ausspricht: „Das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf“⁽²⁾. Gerade auf Seiten der organischen Theorie muß einen allerdings diese Ablehnung des Zweckmomentes auf den ersten Blick Wunder nehmen, da deren spezifische, den Staatswillen als Realität erfassende, der naturwissenschaftlichen verwandte *organische* Betrachtungsweise eher das Gegenteil vermuten ließe, zumal doch die Begriffe des Organs, des Organismus und des Organischen nur als Zweckbegriffe denkbar sind³⁾. Viel konsequenter müßte dagegen eine Opposition gegen das Zweckmoment als konstituierendes Begriffsmerkmal bei einer der organischen entgegengesetzten Staats- und Rechtskonstruktion erscheinen. Allein gerade hier ist, wie *Preuss* treffend hervorhebt, „der Zweck in tausendfacher Gestalt das A und Ω dieser neueren spekulativen Schule“,⁶³⁴ als deren typischer Vertreter *Jellinek*⁴⁾ 635 gelten kann.

| 85 4) Das juristische Kriterium des Staates. Tübingen 1905, S. 10: 626 „Unter dem | Einfluß der *Ihering-schen* Zwecktheorie haben *Rosin* und *Brie* den Zweck als das bei der Begriffsbestimmung⁶²⁷ der öffentlich rechtlichen Gemeinwesen entscheidende Moment bezeichnet ... Allein als *juristisches* Kriterium ist der Zweck einer Organisation nicht verwendbar, weil die wirklich erfüllten Aufgaben derselben sich in der Regel mit den ihr begrifflich gestellten nicht decken.“

¹⁾ a. a. O. S. 370. 631

²⁾ a. a. O. S. 369. 632

³⁾ Vgl. *Jellinek*, Allg. Staatslehre, 2. Aufl. S. 195. 633

⁴⁾ Allerdings ist auch die Stellung dieses Autors keine vollständig eindeutige. So sagt *Jellinek*, Gesetz und Verordnung 1887, S. 192: 636 „Sowenig aber eine vollendete Anschauung vom Staate

626 *Gustav Seidler*, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905, S. 10.

627 «Begriffsbestimmung»] A_1 «Begriffsbildung»; A_2 «Begriffsbestimmung».

628 Anmerkung in A_2 eingefügt.

629 Hugo Preuß (1860–1925), Staatsrechtslehrer und Staatsmann. Er wurde 1889 an der Universität Berlin habilitiert und lehrte ab 1906 als Professor an der Handelshochschule Berlin, 1918 war er dort auch Rektor. Ab 1918 preußischer Staatssekretär des Innern, wurde er mit dem Entwurf einer Reichsverfassung betraut und wird daher von manchen als Vater der Weimarer Verfassung angesehen. 1919 war er für kurze Zeit Reichsminister des Innern, 1919–1925 Mitglied des Preußischen Landtags. Wichtige Werke: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889; Zur preußischen Verwaltungsreform, Leipzig und Berlin 1910; Staat, Recht und Freiheit. Aus vierzig Jahren deutscher Politik und Geschichte, Tübingen 1926.

630 «Verwertung»] A «Verwendung»; F^* «Verwertung».

631 *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370.

632 *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 369.

633 *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 86), S. 144f. – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

634 *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 367.

635 Anmerkung in A_2 eingefügt.

636 *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg i. Br. 1887, S. 192 – Hervorhebungen von Kelsen.

möglich ist ohne einen Begriff von seinem Ursprunge und Zwecke, so wenig sind diese Begriffe zu verwenden zu einer Erkenntnis der rechtlichen Natur des Staates. Nicht den Staat in seiner Totalität hat die Rechtswissenschaft zu erforschen. Nur die äußeren Verhältnisse der Persönlichkeiten zu einander fallen in das Gebiet des Rechtes. Deshalb bedarf die Jurisprudenz formeller Merkmale, um an ihnen das zu erkennen, was sie als Staat betrachten soll⁶³⁷. Und in einer Anmerkung (4) fügt er erläuternd hinzu: „Der Zweck ist gewiß der ‚Schöpfer des Rechtes‘. Aber es ist ein methodisch logischer Fehler, den Schöpfer mit dem Geschöpf zu confundieren. In welche vage Allgemeinheiten man durch Aufnahme des Zweckmomentes in eine juristische Begriffsbestimmung gerät, hat Rosin S. 27, 28 (Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, Hirts Annalen des Deutschen Reiches 1883, Sep. Abdr.)⁶³⁷ gezeigt.“⁶³⁸ Dagegen hat Jellinek in seinem „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, 2. Aufl. 1905, im vollen Gegensatz zu seiner eben entwickelten Anschauung das Zweckmoment als Kriterium der Rechtsbegriffe insbesondere im Staatsrechte akzeptiert. | Vgl. a. a. O. S. 12 ff., 23 ff.⁶³⁹ Am schärfsten widersprechen aber den oben zitierten Ausführungen die folgenden Sätze, die Jellinek a. a. O. S. 38⁶⁴⁰ im Zusammenhange einer sehr treffenden Polemik gegen die organische Staatstheorie äußert, die mit einem ateleologischen Organbegriff operieren zu können glaubt: „Wenn das Ganze keinen Zweck für die Glieder hat, wie sind politische Parteien, die doch bestimmte Zwecke durch den Staat erreichen wollen, überhaupt nur denkbar; wie kann man dann über Regierung und Verwaltung eines Staates ein Urteil fällen? Ist der Staat begrifflich zwecklos, dann hat die innere Politik Rußlands und Englands den gleichen Wert oder vielmehr Unwert, da der Wertbegriff ein durchaus teleologischer ist.“ Daran kann freilich nicht gezweifelt werden, daß der Staat einen Zweck hat, genauer: teleologisch betrachtet werden kann. Allein fraglich ist nur, ob diese Art der Betrachtung zum Rechtsbegriffe des Staates führt. Und tatsächlich sind die Momente⁶⁴¹, die Jellinek in diesem Zusammenhange hervorhebt, ausschließlich politischer und nicht juristischer Relevanz. Daß ein Verständnis für die Tätigkeit der politischen Parteien, daß ein Werturteil über einen konkreten Staat nur von einem teleologischen Standpunkte aus möglich ist, ist selbstverständlich. Darum kann der Staat aber „begrifflich“ d. h. als Rechtsbegriff „zwecklos“ sein, d. h. in dem Rechtsbegriff des Staates kann das Zweckmoment fehlen. Eine Bibliothek kann zweifellos einen Zweck haben, sie wird gewiß zu irgend einem Zwecke geschaffen werden; trotzdem entbehrt die Begriffsdefinition derselben: „eine geordnete, örtlich vereinigte Vielheit von Büchern“, jedes Zweckmomentes. Jellinek wendet sich dann besonders gegen den Versuch von Preuss, das Zweckmoment aus den staatsrechtlichen Begriffen zu eliminieren, und zwar mit Worten, die kaum mit seinen oben zitierten Ausführungen in Einklang zu bringen sind: „Und nun gar die Elimination des Zweckes ‚des Schöpfers des ganzen Rechtes‘ aus dem Staatsrechte, das dadurch einfach unverständlich wird.“⁶⁴²

| 86

Es ist übrigens bezeichnend, daß auch Vertreter der organischen Staatstheorie gelegentlich das Zweckmoment als konstituierendes Merkmal der Rechtsbegriffe verwenden. So vor allem Gierke, auf den sich zwar Preuss, Gemeinde, Staat, Reich etc.⁶⁴³ bei seiner ateleologischen Konstruktion beruft, den dagegen Jellinek (Gesetz und Verordnung, S. 192)⁶⁴⁴ mit demselben Rechte neben⁶⁴⁵ Rosin und Brie unter jenen Theoretikern anführt, die „dem Zweckmomente im Staatsbegriffe juristische Bedeutung“ vindizieren. Gierke sagt nämlich: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung, Neue Folge, Bd. III,

⁶³⁷ Heinrich Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in: Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 16 (1883), S. 265–322 (291f.) – die von Jellinek zitierte Seitenzahl stammt aus dem Sonderdruck.

⁶³⁸ Jellinek, Gesetz (Anm. 636), S. 192 Anm. 4 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

⁶³⁹ Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 12–41.

⁶⁴⁰ Jellinek, System (Anm. 639), S. 38 Anm. 1 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶⁴¹ «Momente»] A₁ «Tatsachen»; A₂ «Momente».

⁶⁴² Jellinek, System (Anm. 639), S. 38 Anm. 1.

⁶⁴³ Preuß, Gemeinde (Anm. 622), S. 57f.

⁶⁴⁴ Jellinek, Gesetz (Anm. 636), S. 192 Anm. 4.

⁶⁴⁵ «192) mit demselben Rechte neben»] A₁ «192) neben»; A₂ «192) mit demselben Rechte neben».

- | 86 Doch ist in diesem | wichtigen Punkte der Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Theorie keineswegs ein vollständiger. Denn *Laband*⁶⁴⁷, neben *Jellinek* der erste Begründer der letzteren Richtung⁶⁴⁸, von dem *Jellinek* gerade in methodischer Hinsicht ausgegangen ist, verwirft ziemlich unzweideutig das Zweckmoment als juristisches Konstruktionsmittel. In der bekannten Polemik gegen *Brie*, der den Zweck als das für den Begriff des Staates wesentliche Kriterium hinstellt¹⁾, sagt | *Laband* „Prinzipiell muß nun bestritten werden, daß¹⁾: man das wesentliche Kriterium eines Rechtsinstitutes in dem Zwecke desselben erblicken kann. Der Zweck liegt außerhalb der Einrichtung, durch welche er realisiert werden soll; er liegt jenseits der begrifflichen Grenzen des Mittels, durch welches er erreicht werden soll. Der Zweck ist subjektiv verstanden die Absicht, objektiv genommen die Wirkung, welche durch eine Einrichtung realisiert werden soll²⁾ ⁶⁵², beziehentlich hervorgebracht *wird*, aber kein Teil dieser Ein-

S. 1195:⁶⁴⁶ „Seinen (*Rosins*) Ausführungen, daß der *Zweck* eines Gemeinwesens ein Rechtsbegriff und dessen konkrete Bestimmung ein wesentliches Element der körperschaftlichen Rechtspersönlichkeit ist, stimme ich vollkommen bei.“

¹⁾ Theorie der Staatsverbindungen. Breslau 1886.⁶⁴⁹

- | 87 ¹⁾ Archiv für öffentliches Recht. II. Bd., 1887, S. 317.⁶⁵⁰

²⁾ Dieses „soll“ ist ungenau. Wie das „wird“ der *Wirkung* (Zweck im objektiven Sinne), entspricht das „soll“ der *Absicht*⁶⁵¹ (Zweck im subjektiven Sinne); an seine Stelle gehört also ein: „*will*“; der Satz müßte ganz korrekt lauten: „Der Zweck ist subjektiv verstanden die Absicht, welche man durch eine Einrichtung realisieren will, objektiv genommen, die Wirkung, welche durch eine Einrichtung hervorgerufen *wird*“. Nur so kann die in der Sprache übliche, auch von *Laband* trotz richtiger Erkenntnis des Wesens des Zweckes nicht vermiedene, höchst irreführende Identifizierung von Sollen und Wollen ausgeschlossen werden.

⁶⁴⁶ *Otto Gierke*, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 7 (1883), S. 1097–1195 (1195) – Klammersausdruck und Hervorhebung von *Kelsen* eingefügt.

⁶⁴⁷ *Paul Laband* (1838–1918), bedeutendster Staatsrechtslehrer der Kaiserzeit und wichtigster Exponent des staatsrechtlichen Positivismus. Seit 1861 Privatdozent in Heidelberg, 1864 a. o. Professor in Königsberg, ab 1866 dort Ordinarius. Er ging 1872 an die Universität Straßburg, 1880 war er Rektor ebendort. Mitbegründer des Archivs für öffentliches Recht (1886), der Deutschen Juristenzeitung (1896) und des Jahrbuchs für öffentliches Recht (1907). Wichtige Werke: *Über den Verfasser und die Handschriften-Genealogie des Schwabenspiegels*, Berlin 1861; *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3 Bde., Tübingen 1876–1882 (5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1911–1914); *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden 1895; *Handbuch der Politik*, 2 Bde. 1912–1913 (2. Aufl., 3 Bde., Berlin und Leipzig 1914).

⁶⁴⁸ «Begründer der letzteren Richtung»] A «Begründer dieser Richtung»; F* «Begründer der letzteren Richtung».

⁶⁴⁹ *Siegfried Brie*, *Theorie der Staatenverbindungen*, Breslau 1886, S. IV.

⁶⁵⁰ *Paul Laband*, [Buchbesprechung:] Dr. *Siegfried Brie*, ord. Prof. an der Univers. Breslau, *Theorie der Staatenverbindungen*. Breslau 1886. gr. 4°. 139 S. (Gratulationsschrift der Universität Breslau zum fünf-hundert-jährigen Jubiläum der Universität Heidelberg), in: *Archiv für öffentliches Recht* 2 (1887), S. 311–320 (317) – Hervorhebungen teilweise von *Kelsen*, teilweise vom Autor.

⁶⁵¹ «entspricht das „soll“ der *Absicht*»] A «entspricht es der *Absicht*»; F* «entspricht das „soll“ der *Absicht*».

⁶⁵² Anmerkung von *Kelsen* in *Laband-Zitat* eingefügt.

richtung selbst. So nützlich es für das Verständnis eines Rechtsinstitutes sein kann, sich darüber klar zu werden, welchen Zwecken es dient, so unzulässig ist es, die Frage nach dem *Wesen* eines Rechtsinstitutes damit abzufertigen, daß man den Zweck desselben angibt. Seit *Ihering*⁶⁵³ es für erforderlich erachtet hat, ausführlich darzutun, daß die Rechtsinstitute nicht um ihrer selbst willen oder zum Zeitvertreibe der Juristen da sind, sondern praktischen Bedürfnissen entstammen und vernünftigen Zwecken dienen, scheint es zur Mode geworden zu sein, den Blick in die Ferne, nach dem ‚Zweckmoment‘ schweifen zu lassen und darüber das Rechtsinstitut selbst aus den Augen zu verlieren. *Die Aufgabe, die begrifflichen Elemente des Kaufes, des Darlehens, der Sozietät, der Hypothek u. s. w. zu ermitteln, ist weit verschieden von einer Betrachtung der Zwecke*, denen diese Institute dienen können. Es ist nicht nur möglich, daß ein und dasselbe Rechtsinstitut zu sehr verschiedenen Zwecken verwendet wird, sondern ebenso, daß man zur Erreichung desselben Zweckes sich verschiedener Rechtsinstitute erfolgreich bedienen kann und endlich, daß man trotz der Verwendung des geeigneten Rechtsinstitutes den Zweck nicht erreicht. Man kann die wesentlichen Merkmale eines jeden Rechtsbegriffes präzise und vollständig feststellen, ohne ein Wort über den Zweck des Rechtsinstitutes hinzuzufügen; man kann z. B. eine exakte Definition der Hypothek geben, ohne die Bemerkung beizufügen, daß sie zur Sicherung einer Forderung dient, und man kann ebenso eine juristisch vollkommene Definition des Monarchen, *des Gesetzes*, der Disziplinarstrafe geben, ohne sich in eine Erörterung über die Zwecke dieser Institutionen zu verlieren. Wenn man aber sich | darauf beschränkt, jemandem zu sagen, die Hypothek sei ein Recht, welches die Sicherung von Forderungen bezweckt, oder die Monarchie sei eine Einrichtung, um die Festigkeit der staatlichen Ordnung zu sichern, so erfährt er gar nichts, was für den *Rechtsbegriff* von irgendwelcher Erheblichkeit wäre“. Diese ganz vorzüglichen Ausführungen *Labands* wurden nicht bloß deshalb im vollen Umfange hier wiedergegeben, weil sie den in der Literatur seltenen Fall einer im Gegenstande präzisieren⁶⁵⁴ Fragestellung und Beantwortung darstellen, sondern auch deshalb, weil sie in ihren allerdings

| 88

⁶⁵³ Rudolf von Ihering, auch: Rudolph von Jhering (1818–1892), einer der herausragenden Privatrechtslehrer des 19. Jahrhunderts. Er wurde 1843 in Berlin habilitiert. Nach Professuren ab 1845 in Basel, ab 1846 in Rostock, ab 1849 in Kiel und ab 1852 in Gießen lehrte er schließlich 1868–1872 in Wien und 1872–1892 in Göttingen. Ihering, der zunächst ein glühender Verfechter der auf der Grundlage der Historischen Rechtsschule entwickelten Begriffsjurisprudenz war, avancierte zu deren schärfstem Kritiker und wurde mit seinem Spätwerk zum einflussreichsten Wegbereiter der soziologisch ausgerichteten Interessenjurisprudenz. Wichtige Werke: *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde., Leipzig 1852–1865 (7. und 8. Aufl., Wien 1924); *Der Kampf ums Recht*, Wien 1872; *Der Zweck im Recht*, 2 Bde., Leipzig 1877 und 1883 (4. Aufl., Leipzig 1905); *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884 (5. Aufl., Leipzig 1892).

⁶⁵⁴ «den in der Literatur ... präzisieren»] A₁ «den seltenen Fall einer präzisieren»; A₂ «den in der Literatur ... präzisieren».

nicht näher begründeten Resultaten eine auffallende Übereinstimmung mit⁶⁵⁵ den Ausführungen eines anderen Autors aufweisen, der gerade von *Laband* als der geistige Urheber und Hauptvertreter jener mit Recht bekämpften teleologischen Methode der juristischen Begriffsbildung apostrophiert wird. *Ihering* ist es, dem übrigens nicht nur von *Laband*, sondern ganz allgemein¹⁾ die „Zwecktheorie“ zugeschrieben wird und auf den sich alle jene berufen zu können glauben, die Rechtsbegriffe als *Zweckbegriffe* konstruieren. Nun hat *Ihering* zweifellos mit seinem „Zweck im Recht“⁶⁵⁷ eine streng teleologische Anschauung der Rechtserscheinung systematisch durchgeführt. Indes man kann, wie *Preuss* bemerkt, „ein aufrichtiger Bewunderer *Iherings* und seines Werkes sein, ja man mag an sein Dogma vom Zweck als *Schöpfer* des ganzen Rechtes, wenn es richtig verstanden wird, glauben, und vor allem die Fruchtbarkeit dieser Anschauung für *Iherings* entwicklungsgeschichtliche Rechtsbetrachtung voll anerkennen, trotz alledem aber die Hineinziehung des Zweckmomentes in die juristische Begriffskonstruktion für deren Selbstauflösung halten“.⁶⁵⁸ Allein eben jene Betrachtung, die *Ihering* zu der übrigens recht naheliegenden und selbstverständlichen Erkenntnis führt²⁾ ⁸⁹ ⁶⁶², daß die *Erzeugung* des Rechtes – als menschliche Tätigkeit wie alle menschliche Tätigkeit – zu einem Zwecke geschieht, ist keineswegs | eine spezifisch-juristische, sondern eine auf das Sein, das tatsächliche Geschehen in seinem kausalen, also⁶⁶³ möglicherweise auch⁶⁶⁴ teleologischen Zusammenhänge gerichtete, somit eine historisch-soziologische Betrachtung. Denn nur diese, *nicht* aber die normativ-formale, lediglich auf das Sollen gerichtete Betrachtung der Jurisprudenz kann über-

¹⁾ Vgl. z. B. *Seidler*, a. a. O. S. 10; *Preuss* a. a. O. S. 367. ⁸⁸ ⁶⁵⁶

²⁾ Da der Zweck ebenso wie die Kausa dem Satze vom Grunde unterworfen ist und *Ihering* überdies ausdrücklich das⁶⁵⁹ Zweckgesetz als psychologische Kausalität aufgefaßt wissen will, ⁶⁶⁰ so kann man, wie *Stammler* a. a. O. S. 343⁶⁶¹ nicht mit Unrecht hervorhebt, „*Iherings* Motto, daß ‚der Zweck der Schöpfer des Rechtes‘ sei, auch durch den Satz wiedergeben: Die als Recht ergehenden menschlichen Anordnungen haben ihre Ursachen.“ Nach der *Iheringschen* Terminologie müßte es wohl heißen: haben ihren „Grund“, da nach *Ihering* der „Grund“ der Oberbegriff ist, unter den Ursache und Zweck, wie unter den Satz vom Grunde das Ursachengesetz: „Kein Grund ohne Ursache“ und das Zweckgesetz, die mechanische und die psychologische Kausalität fallen. Doch ist *Stammler* völlig zuzustimmen, wenn er meint, dieser Satz sei „freilich ebenso richtig wie selbstverständlich“.

⁶⁵⁵ «sie in ihren ... Übereinstimmung mit»] A₁ «sie eine auffallende Ähnlichkeit [bricht ab]»; A₂ «sie in ihren ... Übereinstimmung mit».

⁶⁵⁶ *Seidler*, Kriterium (Anm. 626), S. 10; *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 367.

⁶⁵⁷ Vgl. *Rudolf von Ihering*, Der Zweck im Recht, 2 Bde., 4 Aufl., Leipzig 1884–1905.

⁶⁵⁸ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 367 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶⁵⁹ «überdies ausdrücklich das»] A₁ «überdies das»; A₂ «überdies ausdrücklich das».

⁶⁶⁰ Vgl. *Rudolf von Ihering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1884, S. 4.

⁶⁶¹ *Stammler*, Wirtschaft (Anm. 337), S. 343.

⁶⁶² Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁶⁶³ «kausalen, also»] A₁ «kausalen, historisch soziologen [sic] also»; A₂ «kausalen also».

⁶⁶⁴ «also möglicherweise auch»] A₁ «also auch»; A₂ «also möglicher Weise auch».

haupt die „Schöpfung des Rechtes“, die Rechtswerdung, die *Erzeugung* des rechtlichen Sollens, dieses⁶⁶⁵ *metajuristische* Problem erfassen¹⁾. Der *Iheringsche* Standpunkt, von dem aus der Zweck im Recht erblickt⁶⁶⁷ wird, kann niemals zu *Rechtsbegriffen*, sondern stets nur zu soziologischen, sei es ökonomischen oder psychologischen Begriffen führen. Allerdings hat *Ihering* das Zweckmoment nicht nur bei seinen soziologisch-historischen⁶⁶⁸ Betrachtungen berücksichtigt. Er hat es auch vielfach seiner formal-juristischen Konstruktion zu Grunde gelegt, und nicht zu Unrecht berufen sich daher die Vertreter der teleologischen Begriffsbildung in der formalen Jurisprudenz auf ihn. So hat z. B. *Ihering* seinen Begriff des subjektiven Rechtes, der in den späteren Untersuchungen noch näher zu prüfen sein wird,⁶⁶⁹ durchaus⁶⁷⁰ als einen Zweckbegriff konstituiert, indem er es als „Interesse“ qualifizierte, was ja nur eine andere Bezeichnung für den *Zweck* im subjektiven Sinne ist. Dies sagt *Ihering* selbst, wenn er seine Definition des subjektiven Rechtes als rechtlich geschütztes *Interesse* dahin erläutert²⁾: „Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechtes konstituieren; ein substantielles, in dem der praktische *Zweck* desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formelles, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält“. Dabei stellt natürlich das „Interesse“ das substantielle Zweckmoment, der Schutz das formale Element dar. In eben demselben Werke aber, in dem diese das Zweckmoment als wesentliches Begriffsmerkmal enthaltende⁶⁷² Definition des subjektiven Rechtes, also eines Rechtsbegriffes aufgestellt wird, findet sich folgende überaus scharfe, inhaltlich ganz⁶⁷³ mit den früher zitierten Ausführungen *Labands* übereinstimmende⁶⁷⁴ Polemik gegen die teleologische Begriffsbildung in

[89] ¹⁾ *Preuss* sagt a. a. O. S. 367:⁶⁶⁶ „Wohl steht das politische Handeln im weitesten Sinne, also auch die legislative wie die administrative Tätigkeit, unter dem Zweckgesetze; und für die Betrachtung der Rechtsentwicklung, des Rechtes in Bewegung, ist daher das Zweckmoment von größter, vielleicht von entscheidender Bedeutung; da findet es auch an der tatsächlichen Entwicklung ständig Maßstab und Korrektiv. Die juristische Begriffskonstruktion jedoch hat das in allem Wechsel der Erscheinungen Dauernde und Bleibende gedanklich zu erfassen; und hier bedeutet das Zweckmoment die souveräne Willkür des Autors“.

²⁾ Geist des römischen Rechtes, III 1. S. 339.⁶⁷¹

⁶⁶⁵ «Rechtes“, die ... dieses] A₁ «Rechtes“ dieses»; A₂ «Rechtes“ die ... dieses».

⁶⁶⁶ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 367.

⁶⁶⁷ «erblickt») A «erfaßt»; F* «erblickt».

⁶⁶⁸ «seinen soziologisch-historischen») A₁ «seinen historisch [bricht ab]»; A₂ «seinen soziologisch-historischen».

⁶⁶⁹ Vgl. unten S. 724–738.

⁶⁷⁰ «Rechtes ... durchaus») A₁ «Rechtes durchaus»; A₂ «Rechtes ... durchaus».

⁶⁷¹ *Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig 1888, S. 339.

⁶⁷² «Zweckmoment ... enthaltende») A₁ «Zweckmoment enthaltende»; A₂ «Zweckmoment ... enthaltende».

⁶⁷³ «scharfe, inhaltlich ganz») A₁ «scharfe ganz»; A₂ «scharfe inhaltlich ganz».

⁶⁷⁴ «übereinstimmende») A₁ «erinnernde»; A₂ «übereinstimmende».

der Jurisprudenz³⁾: | „Der Begriff erfaßt also den Körper, in dem was er *ist*. Allein worin liegt dies ‚Ist‘? Man könnte meinen in dem Zweckmomente, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existiere, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht leugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch juristische) Verständnis höchst⁶⁷⁶ wichtig, ja unerläßlich ist; *was ich aber bestreite, ist nur, daß die juristische Theorie darnach definieren darf*“. Hier schaltet *Ihering* eine Anmerkung (511)⁶⁷⁷ ein, in der er gegen „die teleologischen Definitionen“ innerhalb der Jurisprudenz polemisiert. Als solche bezeichnet er speziell die *Einertsche* Definition des Wechsels,⁶⁷⁸ die denselben fälschlicher Weise nach seinem praktischen Zwecke, nicht aber nach seiner „juristischen Natur“ erfasse. Der teleologischen setzt *Ihering* die „ontologische“ Definition als die der juristischen Methode entsprechende entgegen. Im Texte aber fährt er dann folgendermaßen fort: „Ist denn aber z. B. die Definition des Depositums und Commodates als Hingabe zum Zwecke der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für Inhalt ist. Hingabe zum Zwecke der Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts, als Hingabe mit der *Verpflichtung* zur Aufbewahrung, mit dem *Rechte* der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in seinem rechten Sinne gebrauchen, meinen wir mit dem ‚Zweck‘ des Institutes etwas dem Inhalt Entgegengesetztes, etwas Höheres, *außer ihm liegendes, zu dem letzterer selbst sich nur als Mittel* verhält. Ist nun aber unsere Wissenschaft nur eine *Theorie der Mittel*, sozusagen der *materia medica*, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hält, so müssen wir die Mittel *nach Momenten, die ihnen immanent* sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, daß eine Bestimmung derselben *nach Zwecken*, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im *allgemeinen unausführbar sein* würde“. ⁶⁷⁹ Auch hier fügt *Ihering* eine sehr charakteristische Anmerkung (512)^{680, 681} ein. Er sagt: „Wo sollte z. B. die Vormundschaft ihren Platz finden? Wo der Ususfruktus? Wäre *der Zweck das maßgebende*

|90

³⁾ Geist des römischen Rechtes, II.2. S. 364.⁶⁷⁵

⁶⁷⁵ *Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig 1883, S. 364 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁶⁷⁶ «Verständnis höchst»] *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 364: «Verständnis des Instituts höchst» – Zitierung durch Kelsen in A korrekt.

⁶⁷⁷ *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 364 Anm. 511.

⁶⁷⁸ Vgl. *Carl Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Leipzig 1839, S. 32.

⁶⁷⁹ *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 364 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁶⁸⁰ *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 365 Anm. 512.

⁶⁸¹ «(512)»] A «(N^o 511)»; F* «(512)».

Moment, so müßte der Pachtkontrakt, die Emphytheusis⁶⁸² und der Ususfructus⁶⁸³ an Grundstücken an einer Stelle zusammengestellt werden!“ Im Texte fährt er dann fort: „Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln ohne daß mit dem Institute selbst die geringste Änderung | vor sich geht, sondern es gibt auch eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überhaupt gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem praktischen Bedürfnis (utilitas) sondern nur der juristischen Konsequenz oder Notwendigkeit (ratio iuris) ihren Ursprung verdanken, nur existieren, weil sie nicht *nicht* existieren können. Definieren aber darf man nur nach Momenten, nach denen⁶⁸⁴ man auch klassifizieren kann. Ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung sämtlicher Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des Einzelnen. Wir definieren den Körper also nicht nach dem, was er soll oder was er leistet, sondern nach seiner Struktur, seinen anatomischen Momenten“. ⁶⁸⁵

Es soll hier nicht darauf ankommen, die in einzelnen Details unrichtigen und mitunter unklaren Ausführungen *Iherings* nachzuprüfen. Nur in Parenthese sei bemerkt, daß die von *Ihering* hier angenommene Gegensätzlichkeit von Zweckmoment und Inhaltmoment nicht akzeptiert werden kann, vielmehr in den Gegensatzpaaren Inhalt und Form einerseits und Zweck und Mittel andererseits dem⁶⁸⁶ Inhalt der Zweck, der Form das Mittel entspricht¹⁾ ⁶⁸⁷. *Ihering* selbst hat ja in seiner obenerwähnten Definition des subjektiven Rechtes das Zweckmoment, das durch das Interesse dargestellt wird, als *substantiellen*, d. h. aber *inhaltlichen* Faktor dem *formalen* Elemente, das im „Schutz“ repräsentiert wird, *gegenübergestellt*. – Worauf es hier vor allem ankommt, ist die Feststellung der Tatsache, daß *Ihering* an dieser Stelle fast mit den gleichen Worten das Zweckmoment aus der juristischen Begriffskonstruktion eliminiert wie *Laband*, und daß die Vertreter einer teleologischen Begriffskonstruktion innerhalb der Rechtswissenschaft, bevor sie sich auf *Ihering* berufen, zuerst diese eklatanten Widersprüche im Systeme ihres Meisters aufklären müssen.

|91 |¹⁾ Treffend *Preuss*, Zur Methode der juristischen Begriffsbildung S. 370:⁶⁸⁷ „Der Zweck liegt niemals in der Form, sondern stets im Inhalt, der Inhalt der Rechtsinstitute ist aber niemals juristischer, sondern stets politischer, ökonomischer Natur; deshalb kann die juristische Begriffskonstruktion als solche mit dem Zweckmomente absolut nichts anfangen, sondern löst sich dadurch auf.“

⁶⁸² Gr.: ἐμφύτευσις (emphyteusis); dt.: Erbpachtrecht.

⁶⁸³ Lat: ususfructus; dt.: Nießbrauch.

⁶⁸⁴ «nach Momenten, nach denen»] *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 365: «nach einem Moment, nach dem».

⁶⁸⁵ *Ihering*, Geist II.2⁴ (Anm. 675), S. 365 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁶⁸⁶ «Form ... dem»] A₁ «Form und Zweck und Mittel, dem»; A₂ «Form ... dem».

⁶⁸⁷ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370.

⁶⁸⁸ Anmerkung in A₂ eingefügt.

Die an sich gewiß unleugbare Tatsache, daß die *Normsetzung* zu bestimmten Zwecken geschieht, unter dem Zweckgesetze steht, m. a. W. teleologischer Natur ist, kann in keiner Weise präjudiziell sein für⁶⁸⁹ die Natur der auf der Norm beruhenden Begriffe, aus der Norm abgeleiteten Korollarien. Fragt man sich nicht nach dem Ursprung der Rechtsnormen, sondern setzt man dieselben voraus, so wie dies zwar nicht der Soziologe, dafür aber der Jurist tun muß, da dieser lediglich unter der *juristisch* nicht näher zu untersuchenden | *Voraussetzung* einer gegebenen Rechtsordnung seine Begriffe konstruieren kann, dann kommt der *Zweck*, zu dem die Normen erlassen wurden, ebensowenig in Betracht wie der Ursprung derselben, dann liegt auch dieser Zweck außerhalb der juristischen Begriffsbildung^{690 1) 694}.

| 92

Die Eliminierung des Zweckmomentes aus der juristischen Begriffsbildung läßt die Rechtsbegriffe nur als *formale* Kategorien bestehen²⁾. Die gegen eine teleologische Konstruktion gerichtete Methode der Rechtswissenschaft geht von der Voraussetzung aus, daß die Jurisprudenz nur die Form einer Erscheinung zu berücksichtigen hat.

¹⁾ Es ist etwas ähnliches auf dem Gebiete der Ethik, wenn z. B. *Locke*⁶⁹¹ auf der einen Seite erklärt, daß es keine selbstevidenten sittlichen Axiome gibt und alle sittlichen Normen aus der Offenbarung oder der Erfahrung ableitet, und auf der anderen Seite von einer mathematischen Beweisbarkeit des Sittlichen spricht.⁶⁹² Treffend weist *Jodl*, Geschichte der Ethik als philosophischer Wissenschaft. I. Bd. 2. Aufl. Stuttgart u. Berlin 1906. S. 26 ff.,⁶⁹³ darauf hin, daß hier keineswegs – wie manche angenommen haben – ein Widerspruch vorliegt, da „sich die von *Locke* behauptete mathematische Gewißheit in der Ethik nicht auf das Finden der sittlichen Regel selbst, sondern nur auf die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines gegebenen einzelnen Falles mit diesen Regeln bezieht oder auf die logische Entwicklung aller aus einem ethischen Begriffe oder einem Gesetze folgende Korollarien“ ... „Wir befinden uns hier“ sagt *Jodl* in diesem Zusammenhange, „also ganz im Gebiete des Subjektiven, Logischen. *Locke* fragt gar nicht nach dem Ursprunge der sittlichen Begriffe und Axiome, sondern er setzt dieselben voraus, gerade so wie der Mathematiker die Größen und Figuren, mit denen er zu tun hat. Worauf es ihm ankommt ist nur zu zeigen, daß sich aus ethischen Ideen mit derselben Sicherheit Folgesätze ableiten lassen, wie aus mathematischen. Es wäre aber ein vollständiger Irrtum, wenn man glauben wollte, die mathematische Demonstrierbarkeit erstreckte sich auch auf die sittlichen Grundurteile.“

| 92

²⁾ Vollkommen übereinstimmend *Preuss*, a. a. O. S. 370:⁶⁹⁵ „All das ist ja nur die Bestätigung für die Urväterweisheit, daß das Recht eine formale⁶⁹⁶ Kategorie ist.“

⁶⁸⁹ «Weise präjudiziell sein für»] A₁ «Weise für die [bricht ab]»; A₂ «Weise präjudiziell sein für».

⁶⁹⁰ «der juristischen Begriffsbildung»] A₁ «der Begriffsbildung»; A₂ «der juristischen Begriffsbildung».

⁶⁹¹ «ähnliches auf dem Gebiete der Ethik, wenn z. B. *Locke*»] A₁ «ähnliches, wenn *Locke*»; A₂ «ähnliches auf dem Gebiete der Ethik, wenn z. B. *Locke*».

⁶⁹² Vgl. *John Locke*, An Essay Concerning Human Understanding, London 1690, bk. 1, ch. 3; bk. 3, ch. 11; bk. 4, ch. 4. Vgl. *Friedrich Jodl*, Geschichte der Ethik als philosophische Wissenschaft, 2. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906, S. 251–267.

⁶⁹³ *Jodl*, Geschichte (Anm. 692), S. 261f. – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt, Hervorhebung von Kelsen.

⁶⁹⁴ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁶⁹⁵ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370.

⁶⁹⁶ «eine formale»] *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370: «eine rein formale».

sichtigen hat, mit deren Inhalt sich die Soziologie, die historisch politischen Disziplinen zu befassen haben, einer Erscheinung, die man immerhin in ihrer Totalität als „Recht“ bezeichnen mag, wenn man sich dann nur bewußt bleibt, daß der „Rechts“wissenschaft mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln⁶⁹⁷ nur eine Seite dieser „Rechts“erscheinung zugänglich ist.

Erkennt man aber, daß die Jurisprudenz die *Form* und nur die Form zu erfassen hat, dann darf man konsequenterweise in die Rechtsbegriffe keine anderen als formale Elemente aufnehmen. Damit ist jene Richtung innerhalb der konstruktiven Jurisprudenz abgelehnt, die durch eine Verbindung von formalen und materiellen Elementen in den Rechtsbegriffen den „scholastischen“ Formalismus der Jurisprudenz vermeiden zu können glaubt. Der einer rein formalen Methode immer wieder gemachte Vorwurf, daß sie „unbefriedigende“ Resultate liefere, weil sie nicht das wirkliche Leben erfasse, das tatsächliche Rechtsleben unerklärt lasse, beruht auf einer völligen Verkennung des Wesens der Jurisprudenz, die eben die Wirklichkeit der Seinswelt nicht zu erfassen, das Leben nicht zu „erklären“ hat. Die rein formalen Rechtsbegriffe als inhaltslose Formeln für wertlos erklären, hieße ebensoviel, wie die Begriffe der Geometrie verwerfen, weil sie lediglich die Formen der Körper erfassen, ohne über deren Inhalt etwas auszusagen. Und der Versuch, den hohlen Formeln der Rechtsbegriffe dadurch Leben und praktischen Wert einzuflößen, daß man neben den formalen auch substantielle⁶⁹⁸ Elemente in dieselben aufnimmt, sie auch etwas über den Inhalt der Rechtserscheinung aussagen läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt¹⁾⁷⁰¹, bedeutete⁷⁰² den analogen methodischen Fehler, der in einer Definition der Kugel gelegen wäre, die das Material⁷⁰³ berücksichtigt, das im konkreten Falle die Kugelform birgt. Mit Rücksicht auf ihren formalen Charakter aber kann die Jurisprudenz mit einem

|93

|93

¹⁾ Als Beispiel für eine nach dieser Methode durchgeführte Konstruktion sei⁶⁹⁹ der Begriff des subjektiven Rechtes erwähnt, in dem *Ihering* und im Anschluß an ihn viele Neueren neben dem formalen Elemente: Schutz oder Wille ein⁷⁰⁰ materielles oder substantielles, inhaltliches Element: das Interesse, d. h. also den Zweck im subj. Sinne unterscheiden.

⁶⁹⁷ «spezifischen Erkenntnismitteln»] A₁ «spezifischen Mitteln»; A₂ «spezifischen Erkenntnis-Mitteln».

⁶⁹⁸ «Leben ... substantielle»] A₁ «Leben einzuflößen, daß man substantielle»; A₂ «Leben ... substantielle».

⁶⁹⁹ «Methode durchgeführte Konstruktion sei»] A₁ «Methode konstruierten Rechtsbegriff [bricht ab]»; A₂ «Methode erfolgte Konstruktion sei»; F* «Methode durchgeführte Konstruktion sei».

⁷⁰⁰ «Schutz oder Wille ein»] A₁ «Schutz des [bricht ab]»; A₂ «Schutz oder Wille ein».

⁷⁰¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁷⁰² «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete»] A₁ «läßt bedeutete»; A₂ «läßt m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff aufnimmt, bedeutete», F* «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete».

⁷⁰³ «das Material»] A₁ «den Stoff»; A₂ «das Material».

freilich nicht in allen Punkten zutreffenden Gleichnis als eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung bezeichnet werden²⁾ 706.

Darum ist *Jellinek* nicht zuzustimmen, wenn er behauptet³⁾, | „daß eine rein formale Konstruktion des Rechtes eine Unmöglichkeit ist“ und an anderer Stelle¹⁾ sagt: „Es ist unmöglich, wissenschaftlich haltbare juristische Resultate zu gewinnen, wenn man den Inhalt der Lebensverhältnisse gänzlich ignoriert.“ Denn wenn *Jellinek* zugibt, daß⁷⁰⁹ es nicht Aufgabe der Jurisprudenz sei, den „Inhalt“ der Lebensverhältnisse „selbständig zu erforschen“, dann ist nicht einzusehen, wie der stetige Hinblick „auf denselben“ „der Regulator der juristischen Konstruktion“ sein kann. Keineswegs eine Begründung dieses methodologischen Postulates aber liefert *Jellinek*, wenn er im unmittelbaren Anschluß an das Letztzitierte fortfährt: „das *Recht* will die äußere Form der Lebensverhältnisse erfassen, deshalb muß es auf die in dem Inhalt derselben gegebenen Grenzen, die ja auch formgebende Wirkung haben, Rücksicht nehmen“.⁷¹⁰ Denn das „Recht“ ist etwas anderes als die Jurisprudenz; letztere allein schafft die Rechtsbegriffe, das erstere, die Rechtsordnung, regelt die Lebensverhältnisse, und bei dieser Tätigkeit, der *Normsetzung*, die eine von der Begriffsbildung auf Grund der Rechtsordnung wesensverschiedene ist, muß allerdings vernünftigerweise auf den Inhalt der zu regelnden Lebensverhältnisse Rücksicht genommen werden. Sonst läuft das Recht Gefahr, seinen Zweck zu verfehlen; keinesfalls aber ist daraus irgend etwas für die Rechtswissen-

|94

²⁾ *Preuss*, Zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion, S. 370/1:704 „Eben deshalb (weil das Zweckmoment den Rechtsbegriffen fremd ist) hat man freilich auch irgend eine soziale Erscheinung noch bei weitem nicht geistig erfaßt, wenn man sie juristisch konstruiert hat; vielmehr muß dafür die juristische mit der historisch-politischen oder ökonomischen Betrachtung Hand in Hand gehen.“ Im Sinne der methodologischen Grundauffassung der hier durchgeführten Untersuchungen ist die juristische von der historisch-politischen und ökonomischen Betrachtung allerdings scharf zu trennen. *Preuss* fährt fort: „Nun hat gerade im öffentlichen Recht die Methode der juristischen Reinkultur lange mit dem ganzen Reiz der Neuheit gewirkt, aber durch ihre naturnotwendig rein formalistische Art nicht dauernd befriedigen können. Da ist dann die Verlockung besonders groß, mit Hilfe der Zweck- und Interessentheorie vermeintlich etlichen materiellen Gehalt in das formalistische Gewebe bringen zu können, ohne gegen das Dogma von der ‚rein juristischen‘ Behandlung zu verstoßen. Jedoch so berechtigt und gesund die hier zu Grunde liegende Tendenz ist, so verfehlt und unfruchtbar ist der bisher meist eingeschlagene Weg; er führt nicht zu einer Verbindung der juristischen mit der historisch-politischen Betrachtung, sondern zu einer Verfälschung der einen durch die andere.“⁷⁰⁵

³⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien 1880. S. 43.⁷⁰⁷

¹⁾ Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.⁷⁰⁸

|94

⁷⁰⁴ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁷⁰⁵ *Preuß*, Methode (Anm. 619), S. 370 f.

⁷⁰⁶ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁷⁰⁷ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 434), S. 43.

⁷⁰⁸ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 636), S. 235.

⁷⁰⁹ «zugibt, daß» | A₁ «zugibt, daß das Recht „die äußere Form der Lebensverhältnisse erfassen“ soll, daß»; A₂ «zugibt, daß».

⁷¹⁰ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 636), S. 235.

schaft zu befürchten, wie *Jellinek* meint, wenn er behauptet⁷¹¹: „Sonst verfällt die *Jurisprudenz* rettungslos der Scholastik, d. h. jener Richtung des Denkens und Forschens, welche eine Welt von Begriffen ohne Realität, von Formen ohne Inhalt, von Resultaten ohne Wert schafft“. ⁷¹² Denn die *Jurisprudenz* ist nicht das schaffende, regelnde Recht⁷¹³, wie die Geometrie nicht die Kunst der *Körperbildung* ist; und so begeht zwar der Bildhauer einen schweren Kunstfehler, der bei der Formung einer *Materie*⁷¹⁴ nicht auf deren besondere Beschaffenheit, auf die in dem Inhalte derselben gegebenen Grenzen, die ja auch formgebende Wirkung haben, Rücksicht nimmt, nicht aber der theoretische Geometer⁷¹⁵, der die Form eines Körpers bestimmt; denn die Geometrie ließe sich, gerade umgekehrt, den größten Verstoß gegen die ihr vorgeschriebene Methode zuschulden kommen, wollte sie den Inhalt irgendwie berücksichtigen. Gerade diese Disziplin liefert den Beweis, daß man „Formen ohne Inhalt“ schaffen kann und dennoch nicht „Resultate ohne Wert“ liefert, und überdies weit davon entfernt bleibt, rettungslos der Scholastik zu verfallen. Das aber trifft vollinhaltlich auf die *Jurisprudenz* zu.

⁷¹¹ «daraus irgend etwas ... wenn er behauptet»] A₁ «daraus zu befürchten was *Jellinek* behauptet»; A₂ «daraus irgend etwas ... wenn er behauptet».

⁷¹² *Jellinek*, Gesetz (Anm. 636), S. 235 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷¹³ «das schaffende, regelnde Recht»] A₁ «das Recht»; A₂ «das schaffende, regelnde Recht».

⁷¹⁴ «einer Materie»] A₁ «eines Materials»; A₂ «einer Materie».

⁷¹⁵ «der theoretische Geometer»] A₁ «der Geometer»; A₂ «der theoretische Geometer».

Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

II. Buch.
Die originale Erscheinungsform des Rechts-
sages.

Seite aus dem Autographen (189)

Der Wille im Recht.

IV. Kapitel.

Der psychologische Wille.

Einleitung.⁷¹⁶

Die folgenden Untersuchungen gehen von dem Grundsatz aus, daß das objektive Recht Wille des Staates ist.⁷¹⁷

Diese Anschauung ist jedoch weder die einzig herrschende noch hat sie zu allen Zeiten bestanden. Besonders in Stadien primitiver gesellschaftlicher Entwicklung, in denen die staatliche Organisation nicht so vollkommen durchgeführt war, wie dies heute der Fall ist, und daher auch ein prägnanter Begriff des Staates fehlte, wurde das Recht als Wille einer⁷¹⁸ außerstaatlichen, übernatürlichen Macht, als Befehl Gottes betrachtet. Dieser theologischen Auffassung des Rechtes steht auch die von der Naturrechtsphilosophie vertretene nicht allzu ferne, derzufolge das objektive Recht sich lediglich als System der dem Individuum angeborenen subjektiven Rechte darstellt⁷¹⁹. Denn auch diese Auffassung läßt das Recht als eine vom Staate unabhängige Erscheinung existieren; das Verhältnis des Staates zum Recht ist nur dadurch gegeben, daß der Staat mit seinen Machtmitteln die subjektiven Rechte seiner Untertanen zu schützen hat.

Solange die Rechtserzeugung ausschließlich oder doch vornehmlich im Wege der Gewohnheit vor sich geht, als Recht nur dasjenige gilt, was tatsächlich geübt wird, liegt es auch⁷²⁰ ziemlich nahe, als das Subjekt oder den Träger der Rechtsordnung nicht den Staat, sondern jene Gemeinschaft zu betrachten, durch deren faktisches dauerndes Verhalten der Inhalt jener Normen bestimmt wird, die lediglich anzuwenden dem Staate mit seinen Organen zur Aufgabe fällt. Solange dasjenige, was dem „gesunden Menschenverstande“ zunächst und am schärfsten ins Auge fällt, dasjenige, wonach im täglichen Leben vor allem die Frage ist, nämlich der *Inhalt* der die Praxis des Alltags beherrschenden Normen vom *Volke*

⁷¹⁶ «Einleitung.»] Überschrift in F* eingefügt.

⁷¹⁷ «Die folgenden ... ist.»] A₁ «Die moderne Auffassung läßt das objektive Recht als Wille des Staates erscheinen.»; A₂ «Die folgenden ... ist.»

⁷¹⁸ «Wille einer»] A₁ «Wille Gottes, [bricht ab]»; A₂ «Wille einer».

⁷¹⁹ «darstellt»] A₁ «darstellte»; A₂ «darstellt».

⁷²⁰ «es auch»] A₁ «es tatsächlich»; A₂ «es auch».

|98 ausgeht, ist man begreiflicherweise | nur⁷²¹ allzu leicht geneigt, die lediglich formale Funktion des Staates und seiner Organe zu übersehen und das Recht als Wille des⁷²² *Volkes* oder als Volksüberzeugung gelten zu lassen. Wenn man aber auch mit dieser Formel vielleicht⁷²³ zutreffend die Herkunft des Norm-Inhaltes bezeichnet, so ist doch diese genetisch-materielle Betrachtung der Rechtsercheinung keineswegs geeignet, über die *formale* Natur derselben Aufschluß zu geben. Die Frage nach der juristischen Konstruktion des objektiven Rechtes bleibt offen.⁷²⁴

Mit dem Zurücktreten der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung und dem Siege des Prinzipes bewußter Rechtssatzung im modernen Staate gewinnt jene Theorie die Oberhand, die das objektive Recht als Wille des Staates erfaßt. Denn sobald auch der *Inhalt* der Rechtsnorm⁷²⁵ nicht mehr durch das „Volk“ im Wege der Gewohnheit bestimmt wird, sobald die staatliche Organisation auch den Prozeß der Rechtserzeugung erfaßt, indem die formalen *Voraussetzungen* dessen was Recht ist⁷²⁶, durch die Bestimmungen über den Gesetzgebungsprozeß in der Rechtsordnung selbst zum Ausdruck kommen, wird bei der Frage nach der Natur des objektiven Rechtes der Blick auf⁷²⁷ den Staat selbst gelenkt.

Freilich, wenn man das Recht darum als Wille des Staates gelten ließe⁷²⁸, weil es nunmehr der *Staat* sei, der den Inhalt der Rechtsnormen fixiere, weil der Staat das Recht *erzeuge*, so wäre das eine irrige Anschauung. Denn der Gesetzgebungsprozeß ist – wie später noch näher darzulegen sein wird⁷²⁹ – keineswegs ein Staatsakt, eine Handlung des Staates, ein der Staatsperson zuzurechnender Vorgang. Vielmehr ist dieser Prozeß ganz ebenso wie die gewohnheitliche Übung sozialer und nicht staatlicher Natur. Was ihn von der letzteren unterscheidet, ist bloß die Tatsache, daß er in der *Rechtsordnung als Voraussetzung dafür fixiert ist*, was als Recht zu gelten hat; ganz ebenso wie die Testamentserrichtung deshalb noch kein⁷³⁰ Staatsakt ist, weil in der Rechtsordnung bestimmt wird, unter welchen Voraussetzungen eine letztwillige Verfügung ein rechtsgiltiges Testament ist. Zu meinen aber, daß

⁷²¹ «man begreiflicherweise nur»] A₁ «man nur»; A₂ «man begreiflicherweise nur».

⁷²² «Wille des *Volkes* oder»] A₁ «Wille oder Übung [bricht ab]»; A₂ «Wille des *Volkes* oder».

⁷²³ «vielleicht»] A₁ «durchaus»; A₂ «vielleicht».

⁷²⁴ «Solange ... bleibt offen.»] A₁ «Solange die Rechtserzeugung im Wege der Gewohnheit vor sich geht, als Recht nur dasjenige gilt, was dauernd geübt wird, ist das Recht tatsächlich nicht als Funktion des *Staates* zu betrachten, sondern als Ausfluß der *Gesellschaft*. Nicht der zu einer juristischen Person organisierte Staat ist Erzeuger und Träger des Rechtes, sondern die unorganisierte in der „Gesellschaft“ zusammen lebende Menge der Individuen. Der Staat der durch seine Organe das Recht zur Anwendung bringt, führt nicht seinen Willen aus [bricht ab]»; A₂ «Solange ... bleibt offen.».

⁷²⁵ «Rechtsnorm»] A «Rechtsnormen»; F* «Rechtsnorm».

⁷²⁶ «Voraussetzungen dessen was Recht ist, durch»] A₁ «*Voraussetzungen* durch»; A₂ «*Voraussetzungen* dessen was Recht ist durch».

⁷²⁷ «Blick auf»] A₁ «Blick von dem Inhalt auf»; A₂ «Blick auf».

⁷²⁸ «ließe»] A₁ «läßt»; A₂ «ließe».

⁷²⁹ Vgl. unten S. 545 f., 609, 625–627.

⁷³⁰ «Testamentserrichtung deshalb noch kein»] A₁ «Testamentserrichtung kein»; A₂ «Testamentserrichtung deshalb kein»; F* «Testamentserrichtung deshalb noch kein».

der Gesetzgebungsprozeß darum ein Staatsakt sei, weil die daran beteiligten Personen Staatsorgane sind, ist schon deshalb verkehrt, weil die Qualität des Staatsorgans aus der Tatsache geschlossen werden muß, daß eine Handlung des Staates vorliegt und nicht umgekehrt. Sonst wäre jede Handlung eines Staatsorgans Staats-handlung, was offenbar nicht zutrifft. Daß das Recht im objektiven Sinn, d. h. die Rechtsordnung, Wille des Staates ist, bedeutet nicht, daß der Staat das Recht „erzeugt“, sondern daß der Staat *Träger* dieser Ordnung ist, deren Inhalt durch einen sozialen Prozeß „erzeugt“ wird, wenn auch dieser soziale Prozeß staatlicher Regelung insoferne unterworfen | ist, als die Rechtsnormen ihn als *Voraussetzung* des Rechtes feststellen. |99

Die tatsächliche – wenn auch sehr eingeschränkte – Geltung des Gewohnheitsrechtes neben dem Gesetzesrechte im modernen Staate hat auch manche neueren Theoretiker⁷³¹ veranlaßt, bei der Konstruktion des objektiven Rechtes auf⁷³² eine einheitliche Formel zu verzichten und insoferne eine dualistische Formulierung zu akzeptieren, als sie⁷³³ das Recht je nach seiner *Entstehungsart* als Wille des Staates *oder* aber als Volkswille auffassen. Nur dem Gesetzesrechte wird die Eigenschaft, Staatswille zu sein, zugesprochen, während das Gewohnheitsrecht als Volkswille zu gelten hat. So sagt z. B. *Jellinek*¹⁾: „Als rechterzeugendes Organ aber kennt die Jurisprudenz nur einerseits das Volk in seiner natürlichen Existenz, das auf dem Wege der Gewohnheit sich der Normen bewußt wird, welche das Tun und Lassen der Volksgenossen regeln, andererseits das Volk als organisierte Einheit, als Staat, welcher als souveräner Wille der Gesamtheit das Recht setzt und erhält. Als Wille der Gesamtheit⁷³⁵, sei es des Volkes, sei es des Staates muß ein jeder Satz nachgewiesen werden, der den Anspruch erhebt, als Rechtssatz zu gelten.“ Demgegenüber muß hier jedoch an dem Prinzipie festgehalten werden, daß jeder Satz, der⁷³⁶ ein Rechtssatz sein soll, einen *Willen des Staates* beinhalten muß.

Diese These kann in ihrer ganzen Bedeutung erst durch die allseitige Klarstellung der Begriffe Rechtssatz und Staatswille dargelegt und voll gerechtfertigt werden.⁷³⁷ In diesem Zusammenhange genügen die folgenden Hinweisungen.

Eine dualistische Formulierung des objektiven Rechtes ist nicht als befriedigende Konstruktion anzusehen. Das⁷³⁸ Postulat der Einheitlichkeit der Konstruk-

¹⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. S. 2.⁷³⁴

|99

⁷³¹ «hat auch manche neueren Theoretiker»] A₁ «hat manche Theoretiker»; A₂ «hat auch manche neueren Theoretiker».

⁷³² «veranlaßt ... auf»] A₁ «veranlaßt auf»; A₂ «veranlaßt ... auf».

⁷³³ «als sie»] A₁ «indem sie»; A₂ «als sie».

⁷³⁴ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 434), S. 2.

⁷³⁵ «Gesamtheit»] *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 434), S. 2: «Gemeinschaft».

⁷³⁶ «Satz, der»] A₁ «Satz als *einen Willen des Staates beinhalten muß*, der»; A₂ «Satz, der».

⁷³⁷ Vgl. unten S. 301–432 sowie 272–300.

⁷³⁸ «Hinweisungen. [... anzusehen. Das»] A₁ «Hinweisungen. [Es kann nicht als eine befriedigende Konstruktion des objektiven Rechtes angesehen werden, wenn zu einer dualistischen Formulierung gegriffen werden muß. Das»; A₂ «Hinweisungen. [... anzusehen. Das».

tion bleibt dabei unerfüllt. Untersucht man zumal den „Willen des Volkes“, so wird man schwerlich zu einem festen Substrate gelangen. Von einem Willen des Volkes im psychologischen Sinne als einem Gesamtwillensakte⁷³⁹ der das Staatsvolk bildenden Menschen wird man wohl kaum ernstlich reden können. Dazu ist es überaus⁷⁴⁰ bedenklich, die juristische Person des Staates neben dem Volke „in seiner natürlichen Existenz“, wie *Jellinek* sagt, unter einen gemeinsamen Oberbegriff „Gesamtheit“ zu bringen. Beides sind offenbar Begriffe ganz verschiedener Kategorie, Einheiten, die sich auf Grund zweier ganz⁷⁴¹ verschiedener Betrachtungsweisen ergeben: nämlich der soziologischen und der juristischen. Juristisch betrachtet wäre das Volk, *wenn ihm ein „Wille“ zuerkannt wird*, ebenso *Person* wie der Staat, der ja auch nur, sofern⁷⁴² er willensbegabt ist, | als Rechtssubjekt gilt. Ist aber das „Volk“ eine vom Staate verschiedene Person und die Rechtsordnung teils Wille des Staates, teils Wille des Volkes, dann ist von einer einheitlichen Staats- und Rechtskonstruktion keine Rede; ganz abgesehen davon, daß schlechterdings nicht zu begreifen wäre, in was für ein Verhältnis die Staatsperson zur Volksperson zu bringen ist, es wäre denn, daß man das Volk als Organ des Staates faßte, was ja tatsächlich von manchen Autoren geschieht –; dann aber reduzierte sich der Volkswille, wie jeder Organwille, doch wieder auf einen Staatswillen. Soferne aber das Volk personifiziert, d. h. soferne ihm ein einheitlicher Wille (wie er sich im Gewohnheitsrechte manifestiert) zugesprochen wird, ist darunter⁷⁴³ nichts anderes zu verstehen als der Staat, wenn man, wie *Jellinek*, den⁷⁴⁴ letzteren mit dem „Volke als organisierte Einheit“ identifiziert¹⁾. Denn ein „Wille“ ist juristisch nur⁷⁴⁶ bei organisierter Einheit denkbar, ja ein Wille ist – wie später noch näher gezeigt werden wird⁷⁴⁷ – juristisch gar⁷⁴⁸ nichts anderes als organisierte Einheit, genauer: einheitliche Organisation.

Diese ganze Gegenüberstellung von Staat und Volk, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ist ein Ergebnis historisch-genetischer Betrachtung der Rechtserscheinung. Sie resultiert auf die Frage: Wie entsteht das Recht? Das Problem der Rechtserzeugung, Rechtswerdung ist aber – wie ja schon früher betont⁷⁴⁹ –

¹⁾ Streng genommen ist der Staat niemals das Volk, auch nicht das organisierte Volk, ebensowenig wie der Staat mit seinem Gebiete oder⁷⁴⁵ sonst irgendeinem der realen „Staats-elemente“ identisch ist.

⁷³⁹ «Gesamtwillensakte»] A₁ «Gesamtwillen»; A₂ «Gesamtwillensakte».

⁷⁴⁰ «überaus»] A₁ «sehr»; A₂ «überaus».

⁷⁴¹ «auf Grund zweier ganz»] A₁ «auf zwei ganz»; A₂ «auf Grund zweier ganz».

⁷⁴² «nur sofern»] A₁ «nur um das ihm zuerkann[te]»; A₂ «nur sofern».

⁷⁴³ «darunter»] A₁ «eben damit»; A₂ «eben darunter»; F* «darunter».

⁷⁴⁴ «den»] A₁ «unter»; A₂ «den».

⁷⁴⁵ «Staat mit seinem Gebiete oder»] A₁ «Staat das Gebiete oder seine Gewalt oder»; A₂ «Staat mit seinem Gebiete oder seiner Gewalt oder»; F* «Staat mit seinem Gebiete oder».

⁷⁴⁶ «ist juristisch nur»] A₁ «ist nur»; A₂ «ist juristisch nur».

⁷⁴⁷ Vgl. oben S. 194.

⁷⁴⁸ «wird – juristisch gar»] A₁ «wird, gar»; A₂ «wird, juristisch gar».

⁷⁴⁹ Vgl. oben S. 138, 181.

metajuristischer Natur. Juristisch fragt es sich aber gar nicht: Wer erzeugt das Recht? oder: Wie geht das Recht (im objektiven Sinne) unter? – in Parenthese: die Antwort auf die erstere Frage lautet nicht: Staat oder Gesellschaft (Volk), sondern stets nur: die Gesellschaft – vielmehr hat die Rechtswissenschaft immer nur die Frage zu beantworten: Wer ist Träger des Rechtes, Subjekt der Rechtsordnung? Und diese Antwort lautet stets: Der Staat.

Auch im Falle des Gewohnheitsrechtes! Diese Erkenntnis ist es, die im Grunde genommen schon zu der altrömischen Fiktion vom *tacitus consensus populi*⁷⁵⁰ geführt hat, mit⁷⁵¹ der man dem Gewohnheitsrechte juristisch beizukommen versuchte²⁾. Eine solche Fiktion ist freilich verfehlt, aber nur, weil sie, wie übrigens jede echte Fiktion, ein außerjuristisches Problem juristisch konstruieren will, nämlich: | wie die Gewohnheit zum Rechte *wird*. Richtig aber ist die Voraussetzung dieser Fiktion, daß alles Recht, auch das im Wege der Gewohnheit entstandene, soferne es Recht ist, Wille des Staates sein muß.⁷⁵⁵

| 101

Denn alles Recht muß vom Staate resp. dessen Organen *angewendet werden*. Es ist mit dem Prinzipie der Staatssouveränität schlechterdings unvereinbar, daß

²⁾ Wenn *Jellinek* a.a.O. S. 2 Anm. 1⁷⁵² den Recht erzeugenden Willen der autonomen Körperschaften als Staatswillen erklärt und sich dabei der Fiktion des *tacitus consensus* bedient, so ist eigentlich nicht einzusehen, warum er dieselbe Methode nicht auch dem Gewohnheitsrecht erzeugenden *Volkswillen* gegenüber anwendet. Wenn man die stillschweigende Anerkennung eines Willens durch | den Staat für⁷⁵³ möglich hält, und den so anerkannten Willen als *Staatswillen* zu erklären nicht ansteht, so⁷⁵⁴ liegt doch nichts näher, als was schon die römischen Juristen getan haben, nämlich den Gewohnheitsrecht erzeugenden *Volkswillen* kraft stillschweigender Anerkennung seitens des Staates als *Staatswillen* auszugeben.

| 101

⁷⁵⁰ Lat.: *tacitus consensus populi*; dt.: stillschweigende Zustimmung des Volkes (vgl. Ulp. 0.4, Inst.1.2.11).

⁷⁵¹ «populi geführt hat, mit»] A₁ «populi, mit»; A₂ «populi geführt hat, mit».

⁷⁵² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 434), S. 2 Anm. 1.

⁷⁵³ «den Staat für»] A₁ «den Staatswillen für»; A₂ «den Staat für».

⁷⁵⁴ «*Staatswillen* zu erklären, nicht ansteht, so»] A «*Staatswillen* gelten zu lassen für zulässig hält, so»; F* «*Staatswillen* zu erklären, nicht ansteht, so».

⁷⁵⁵ «Denn sobald auch der Inhalt ... Staates sein muß» (19210–19514)] A₁ «Daneben behauptet sich freilich noch eine zweite Anschauung, die das Recht als *Volkswille*, *Volkswillensüberzeugung* gelten läßt.] Diese letztere Auffassung fordert für sich entweder ausschließliche Geltung oder sie beansprucht lediglich neben der anderen anerkannt zu werden. Ersteres in [sic] dann der Fall, wenn alles im Staate geltende Recht – auch das in der [ein Wort unlesbar] Gesetzgebung zum Ausdruck gelangende – als der *Volkswillensüberzeugung*, dem *Volkswillen* entsprungen angesehen wird. Ein beschränkteres Geltungsgebiet hat die in Rede stehende Theorie dann, wenn nur das neben dem Gesetzesrechte zum Durchbruch gelangte *Gewohnheitsrecht* auf den *Volkswillen* zurückgeführt wird. Letzterer Anschauung nach muß sich jeder Rechtssatz als *Wille des Staates* oder als *Wille des Volkes* erreichen lassen, um als Recht im objektiven Sinne zu gelten.^{Fn} vgl. *Jell.* Die rechtliche Natur der Staatenverträge 1880 S. 2.^{Fn}] Dieser letzteren Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet. Vielmehr muß der Grundsatz aufgestellt werden, daß jeder Satz als *Wille des Staates* nachgewiesen werden muß, um den Charakter eines Rechtssatzes zu haben. Der volle Beweis für diese Behauptung kann an dieser Stelle noch nicht gegeben werden. Erst die Erkenntnis des Wesens des Rechtssatzes und des *Staatswillens* kann ihn liefern. Hier sei nur auf [f] folgendes hingewiesen: [bricht ab]; A₂ «Denn sobald auch der Inhalt ... Staates sein muß».

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

Wenn Gewohnheitsrecht Recht ist, kann der Gewohnheitsrechtssatz nicht anders lauten als der Gesetzesrechtssatz. Faßt man z. B. das Gebiet des Strafrechtes ins Auge und nimmt man an, daß sich durch tatsächliche Übung ergeben⁷⁵⁶ hat, daß jeder, der einen bestimmten Tatbestand setzt, *von den Gerichten* mit einer bestimmten Strafe belegt wird, und glaubt man darin objektives Recht erblicken⁷⁵⁷ zu müssen, dann kann der Rechtssatz, in dem dieses objektive Gewohnheitsrecht zum Ausdrucke kommt, nur lauten⁷⁵⁸: daß die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Strafe zu verhängen haben oder, da die Gerichte Organe des *Staates* sind, daß der Staat unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Strafe verhängen will. Einen Willen des Staates muß also auch⁷⁵⁹ der Gewohnheitsrechtssatz beinhalten, da es auch zum Wesen des Gewohnheitsrechtssatzes gehört, angewendet d. h. aber vom Staate resp. dessen Organen angewendet zu werden. Ja, in der Formulierung des Rechtssatzes kann überhaupt⁷⁶⁰ nicht zum Ausdrucke kommen, auf welchem Wege sein Inhalt entstanden ist, ob durch den sozialen Prozeß der |Gewohnheit oder den – nicht minder sozialen (und nicht staatlichen) – Prozeß der Gesetzgebung, m. a. W. *Gewohnheitsrechtssatz und Gesetzesrechtssatz unterscheiden sich in keiner Weise von einander*: beide müssen einen Willen des Staates beinhalten.

| 102

Vielleicht wird gegen die bisherigen Bemerkungen eingewendet werden, daß das Beispiel aus dem Gebiete des Strafrechtes deshalb allzu bequem gewählt sei, weil hier Gewohnheitsrecht nur durch Übung der Gerichte gebildet werden könne, Subjekt der Gewohnheit also gleichsam der Staat selbst sei. Allein auch im Privatrecht liegt ein *Gewohnheitsrecht* nur insoferne vor, als das *Gericht* sich zur Anwendung desselben veranlaßt sieht. Wenn die Frage, ob ein Mietzins post- oder

⁷⁵⁶ «Übung ergeben»] A₁ «Übung ein Zustand ergeben»; A₂ «Übung ergeben».

⁷⁵⁷ «darin objektives Recht erblicken»] A₁ «darin einen Rechtssatz erblicken»; A₂ «darin objektives Recht erblicken».

⁷⁵⁸ «kommt nur lauten»] A₁ «kommt nicht anders lauten»; A₂ «kommt nur lauten».

⁷⁵⁹ «muß also auch»] A₁ «muß auch»; A₂ «muß also auch».

⁷⁶⁰ «Rechtssatzes kann überhaupt»] A₁ «Rechtssatzes wird es überhaupt»; A₂ «Rechtssatzes kann überhaupt».

pränumerando⁷⁶¹ zu zahlen sei, vom Richter im konkreten Falle auf Grund einer qualifizierten, langdauernden⁷⁶² Übung der Bevölkerung im letzteren Sinne⁷⁶³ entschieden wird, so beinhaltet der bezügliche Gewohnheitsrechtssatz auch nur einen Willen des Staates, mangels gehöriger Pränumerandozahlung⁷⁶⁴ Exekution zu gewähren. Behauptet man, daß die bez. Übung zu einem Gewohnheitsrechte geführt hat, so behauptet man damit nichts anderes, als daß das *Gericht* mangels gehöriger Pränumerandozahlung verurteilen resp. Exekution gewähren müsse, was aber dasselbe ist wie die Behauptung eines Willens des Staates, unter gewissen Umständen zu exequieren. Diese Behauptung ist identisch mit dem Gewohnheitsrechtssatze, der nicht anders lautet, als ein analoger Gesetzesrechtssatz lauten könnte. *Es ist für die juristisch-formale Struktur des Rechtssatzes, d. h. des objektiven Rechtes, völlig gleichgültig, ob sein Inhalt durch Gesetz oder Gewohnheit entstanden ist*, ob das Urteil, das z. B. eine Rechtspflicht der Pränumerando-Mietzinszahlung behauptet, seinen Erkenntnisgrund im Gesetze oder in der Gewohnheit findet.

Bei diesen letzten Ausführungen konnte nicht vermieden werden, gewisse erst später zu fundierende Resultate vorwegzunehmen. Es betrifft das hauptsächlich die hier vorgenommene Formulierung des Privatrechtssatzes; und soweit etwa aufsteigende Bedenken von diesem Punkte ihren Ausgang nehmen, muß auf die folgenden Untersuchungen verwiesen werden, die eine einheitliche⁷⁶⁵ Konstruktion des Rechtssatzes auf Grund einer ausführlichen Analyse des juristischen Willensbegriffes⁷⁶⁶ bringen,⁷⁶⁷ durch welche, wie bereits früher hervorgehoben wurde, die hier versuchte Eliminierung des Gewohnheitsrechtsproblems aus dem Bereiche juristischer Konstruktion ihre volle Rechtfertigung findet.

Aus dem gleichen methodologischen Grunde⁷⁶⁸, der das Problem des Gewohnheitsrechtes außerhalb des Rahmens dieser Untersuchungen stellt, muß auch eine andere Erscheinung unberücksichtigt bleiben, die | erst in jüngster Zeit zum Gegenstande juristischer Behandlung gemacht wurde. Es handelt sich um die sogenannten „Konventionalregeln“.

| 103

Eine auf das tatsächliche Handeln der Staatsorgane, auf das faktische Funktionieren des Rechtsapparates, das wirkliche Geschehen also, und⁷⁶⁹ nicht bloß auf

⁷⁶¹ Lat.: praenumerando; dt.: im Voraus zu bezahlen; lat.: postnumerando; dt.: im Nachhinein zu bezahlen.

⁷⁶² «einer qualifizierten, langdauernden»] A₁ «einer langdauernden»; A₂ «einer qualifizierten langdauernden».

⁷⁶³ «im letzteren Sinne»] A₁ «in dem einen oder anderen Sinne»; A₂ «im letzteren Sinne».

⁷⁶⁴ «gehöriger Pränumerandozahlung»] A₁ «gehöriger post- oder pränumerandozahlung»; A₂ «gehöriger pränumerandozahlung».

⁷⁶⁵ «einheitliche»] A₁ «allseitige»; A₂ «einheitliche».

⁷⁶⁶ «Rechtssatzes ... Willensbegriffes»] A₁ «Rechtssatzes bringen ausführliche Analyse des Willensbegriffes»; A₂ «Rechtssatzes ... Willensbegriffes».

⁷⁶⁷ Vgl. unten S. 303–432.

⁷⁶⁸ «gleichen methodologischen Grunde»] A₁ «gleichen Grunde»; A₂ «gleichen methodologischen Grunde».

⁷⁶⁹ «Rechtsapparates ... und»] A₁ «Rechtsapparates und»; A₂ «Rechtsapparates ... und».

die formalen Rechtssätze gerichtete, m.a.W. eine dem Sein und nicht dem Sollen zugewendete Betrachtung zeigt, daß nicht selten an Stelle von Rechtssätzen andere Regeln zur Anwendung kommen, die zu dem Inhalte der Rechtssätze⁷⁷⁰ geradezu im Widerspruche stehen. Dies kann irrtümlich geschehen, indem man zwar einen Rechtssatz anzuwenden glaubt, tatsächlich aber⁷⁷¹, weil man den Sinn des Rechtssatzes mißversteht, anders handelt, als der im Rechtssatz ausgesprochene Wille des Staates beinhaltet; dies kann aber auch im vollen Bewußtsein des Widerspruches erfolgen, der zwischen dem Verhalten des Staatsorgans und dem Rechtssatze besteht. Es ist kein Zweifel, daß solche rechtssatzwidrige Praxis zu einer Rechtsquelle werden kann, indem die ursprünglich nur faktisch angewendete Regel zu einem Gewohnheitsrechtssatze wird. Es handelt sich hier um ein Stadium des Rechtsbildungsprozesses, um ein Vorstadium des Rechtes, das – wie der ganze Prozeß der Rechtswerdung – als ein rein tatsächliches⁷⁷² Geschehen, nur den⁷⁷³ Seinswissenschaften, etwa der⁷⁷⁴ Soziologie, zugänglich, für die normativ-juristische Betrachtung – die nur unter der Voraussetzung formal fertiger⁷⁷⁵ Rechtssätze möglich – nicht faßbar ist. Wenn noch vor der Erstarkung jener von den Staatsorganen bloß faktisch⁷⁷⁶ angewendeten Regeln zu Rechtssätzen das rechtswidrige oder außerrechtliche Verhalten⁷⁷⁷ dieser Organe ganz ebenso dem Staate zugerechnet wird, als ob es auf Grund eines Rechtssatzes erfolgte, obgleich kein Rechtssatz ein solches Handeln als⁷⁷⁸ vom Staate gewollt ausspricht, so kann diese Tatsache eine juristische Formulierung (oder Rechtfertigung) nicht beanspruchen. Man muß sich – so unbefriedigend dies für den Formal-Juristen sein mag – damit begnügen, sie zu konstatieren. Juristisch konstruierbar ist sie nicht und bleibt insolange juristisch unbegriffen, als eben jene Regel, deren Anwendung⁷⁷⁹ konstatiert ist, nicht als⁷⁸⁰ Rechtssatz nachgewiesen wird.

Das ist der Standpunkt, den diese Untersuchungen dem von *Hatschek*⁷⁸¹ neustens aufgeworfenen Problem der sogenannten „Konventionalregel“ gegenüber

⁷⁷⁰ «die zu dem Inhalte der Rechtssätze»] A₁ «die mit den Rechtssätzen»; A₂ «die zu dem Inhalte der Rechtssätzen».

⁷⁷¹ «glaubt, tatsächlich aber»] A₁ «glaubt, aber»; A₂ «glaubt, tatsächlich aber».

⁷⁷² «ein rein tatsächliches»] A₁ «ein tatsächliches»; A₂ «ein rein tatsächliches».

⁷⁷³ «Geschehen, nur den»] A₁ «Geschehen, den»; A₂ «Geschehen, nur den».

⁷⁷⁴ «Seinswissenschaften, etwa der»] A₁ «Seinswissenschaften, der»; A₂ «Seinswissenschaften, etwa der».

⁷⁷⁵ «Voraussetzung formal fertiger»] A₁ «Voraussetzung fertiger»; A₂ «Voraussetzung formal fertiger».

⁷⁷⁶ «Staatsorganen bloß faktisch»] A₁ «Staatsorganen faktisch»; A₂ «Staatsorganen bloß faktisch».

⁷⁷⁷ «das rechtswidrige oder außerrechtliche Verhalten»] A₁ «das Verhalten»; A₂ «das rechtswidrige oder außerrechtliche Verhalten».

⁷⁷⁸ «Handeln als»] A₁ «Handeln (des Staates) als»; A₂ «Handeln als».

⁷⁷⁹ «Anwendung»] A₁ «Befolgung»; A₂ «Anwendung».

⁷⁸⁰ «ist, nicht als»] A₁ «ist, als»; A₂ «ist, nicht als».

⁷⁸¹ Julius Hatschek (1872–1926), Staatsrechts- und Völkerrechtslehrer. Er lehrte 1905–1907 als a.o. Professor an der preußischen Verwaltungsschule in Posen, ab 1907 an der Vereinigung für

einnehmen¹⁾. Unter Konventionalregeln versteht *Hatschek* jene „Normen, die im Prozesse der Rechtsbildung ein *Vorstadium* des Rechtes darstellen, weil sie noch nicht durch die offiziellen Rechtsquellen gegangen, die aber deshalb nicht weniger wirksam sind, Normen, welche gewissermaßen unter der Decke der Rechtsordnung, insbesondere unter der des öffentlichen Rechtes, sich ausbilden, sie teils ergänzend, teils auf ihren Untergang lauend, um sich, wo der Widerstand schwach geworden, rücksichtslos an ihre Stelle zu setzen“¹⁾. Als Konventionalregeln erkennt *Hatschek* die durch Rechtsanmaßung oberster, durch den Richter nicht kontrollierter Staatsorgane geschaffenen Normen, die – obgleich keine Rechtssätze – dennoch in der Praxis beobachtet werden²⁾; Konventionalregeln erblickt er in einer der positiven Rechtsordnung widersprechenden Verwendung und analogischen Übertragung von Normen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet (Allonomie); ferner in der Heranbildung einer neuen, mit der geltenden, herrschenden in Widerspruch stehenden Rechtsordnung auf dem Wege richterlicher Spruchpraxis (Rechtsspaltung)³⁾. Konventionalregeln treten im Organisationsparallelismus auf, worunter *Hatschek* jenes Phänomen der Rechtsbildung versteht, „wo Rechtsnormen, die für eine Organisation von Staatseinrichtungen gelten, für eine parallele rechtliche Organisation, d. h. eine in ihrer⁷⁸⁶ Struktur der ersten analoge, ebenfalls zur Anwendung kommen, aber nicht kraft Rechtsgebots, sondern als Konventionalregeln“⁴⁾. Als Konventionalregeln und nicht als Rechtssätze⁷⁸⁸ gelten jene Fälle der Praxis, die *Hatschek* als Formentartung begreift, bei denen „die verfassungsmäßige Form des Zusammenwirkens mehrerer Staatsorgane ersetzt wird durch eine nicht verfassungsmäßige und daher widerrechtliche, was mitunter für die Beteiligten bequemer sein kann, einzig und allein aber deshalb möglich wird, weil keines der beteiligten Staatsorgane dagegen

| 104

¹⁾ Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. III. 1909 S. 1 ff.⁷⁸²

| 103

¹⁾ a. a. O. S. 4.⁷⁸³

²⁾ a. a. O. S. 9.⁷⁸⁴

| 104

³⁾ a. a. O. S. 16.⁷⁸⁵

⁴⁾ a. a. O. S. 22.⁷⁸⁷

staatswissenschaftliche Fortbildung in Berlin, ab 1909 als a. o. Professor in Göttingen und ab 1921 als Ordinarius ebendort. Sein wissenschaftliches Interesse galt namentlich der Rechtsvergleichung sowie dem Parlamentsrecht. Wichtige Werke: Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1919; Englisches Staatsrecht, 2 Bde., Freiburg i. Br. 1905 und 1906; Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, Leipzig und Berlin 1915.

⁷⁸² *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69).

⁷⁸³ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 4.

⁷⁸⁴ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 9.

⁷⁸⁵ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 16.

⁷⁸⁶ «eine in ihrer»] A₁ «eine ihrer»; A₂ «eine in ihrer».

⁷⁸⁷ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 22.

⁷⁸⁸ «Rechtssätze»] A «Rechtssatz»; F* «Rechtssätze».

Einspruch erhebt⁵⁾. Auch wenn Gesetzestexte durch „Interpretationswandel“ ihren Sinn geändert haben, liegen keine Rechtssätze mehr, sondern Konventionalregeln vor, die sich nur „das Mäntelchen des Gesetzes antun“⁶⁾. Oft wird eine Konventionalregel, die man zur Anwendung bringen will, als Rechtssatz ausgegeben, indem man behauptet, sie sei zur Realisierung einer feststehenden Rechtsregel unbedingt erforderlich: *Hatschek* nennt dies eine „Hypotaxe“ (Vorlagerung)⁷⁾ eines Rechtssatzes vor eine Konventionalregel und unterscheidet überdies noch die „Parataxe“ (Nebenlagerung) von Konventionalregeln.

Zur allgemeinen Charakteristik dieser Konventionalregeln bemerkt *Hatschek*, 1. daß sie Normen seien, die sich meist gegen den Wortlaut des Gesetzes entwickeln, 2. daß sie ihre „Verbindlichkeit aus der normativen Kraft des *Faktischen* ableiten“ und 3. daß sie sich von anderen Konventionalregeln (solchen der Sitte, Religion, Sprache) | dadurch unterscheiden, „daß sie zu ihrem Schutze gewissermaßen als Deckblatt eine Rechtsnorm brauchen, diese *Rechtsnorm* aber meist rechtsirrtümlich zur Anwendung kommen lassen“¹⁾. Von „wirklichen Rechtsnormen“ aber unterscheiden sich die Konventionalregeln nach *Hatschek* dadurch: „daß die Rechtsnorm dazu dient, Weisungen für die Gegenwart und Zukunft zu geben, Anweisungen also für ein erst darauf folgendes Handeln, die Konventionalregel aber nur den Zweck hat, praktisch zweckmäßiges Handeln, daß⁷⁹³ sich aus der Befolgung von Präzedenzfällen empfiehlt, nachträglich a posteriori zu rechtfertigen“²⁾. Allein darin kann *Hatschek* nicht beigepflichtet werden. Denn einerseits kann auch die Rechtsregel a posteriori zur Rechtfertigung praktisch zweckmäßigen Handelns verwendet werden, ja regelmäßig sogar dürfte⁷⁹⁵ sich praktisch der Vorgang in der Weise abspielen, daß das zur Anwendung der Gesetze berufene Organ zuerst nach seinem Gerechtigkeitsgefühl oder Zweckmäßigkeitsstreben sich zu einem bestimmten Handeln (Entscheidung) entschließt und erst nachträglich aus der Masse der ihm zur Verfügung stehenden Rechtssätze einen wählt, der das gerechte oder zweckmäßige Verhalten rechtfertigt, d. h. als vom Staate in der Rechtsordnung „*gewollt*“ ausspricht. Andererseits⁷⁹⁶ wird auch die

5) a. a. O. S. 31. ⁷⁸⁹

6) a. a. O. S. 32. ⁷⁹⁰

7) a. a. O. S. 33. ⁷⁹¹

| 105 | ¹⁾ a. a. O. S. 34/35. ⁷⁹²

²⁾ a. a. O. S. 35. ⁷⁹⁴

⁷⁸⁹ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 31.

⁷⁹⁰ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 32.

⁷⁹¹ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 33.

⁷⁹² *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 34f. – erste Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁹³ «daß»] *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 35: «das».

⁷⁹⁴ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 35.

⁷⁹⁵ «sogar dürfte»] A₁ «dürfte»; A₂ «sogar dürfte».

⁷⁹⁶ «ausspricht. Andererseits»] A «ausspricht.^{Fn}Schon Paulus(?) sagt: vgl dazu Unger^{Fn} Andererseits»; F* «ausspricht. Andererseits».

einmal existente Konventionalregel Anweisung für ein erst darauf folgendes Handeln geben, ganz ebenso wie der Rechtssatz, wenn ein Organ sich nach einem *vorangegangenen* Präzedenzfalle resp. der in diesem Präzedenzfalle zum Ausdruck kommenden Konventionalregel zu richten für gebunden erachtet. Die Konventionalregel wirkt hier ganz ebenso *motivierend* auf das handelnde Organ wie ein Rechtssatz, übt⁷⁹⁷ als Ursache eine Wirkung aus der Vergangenheit *in die Zukunft*. Gerade darin könnte also kein Unterschied zwischen Konventionalregel und Rechtssatz zu erblicken sein. Dieser liegt darin, daß der Konventionalregel gerade jene Eigenschaft fehlt, die *Hatschek* ihr zum Unterschiede vom Rechtssatze beilegt. Die Konventionalregel ist nämlich keineswegs geeignet, praktisch zweckmäßiges Handeln nachträglich zu „rechtfertigen“, wenn dieses Wort soviel bedeuten soll wie: als *rechtmäßig*, als mit der *Rechtsordnung* in Übereinstimmung nachweisen. Dies ist naturgemäß nur eine *Rechtsregel* imstande, und die Anwendung einer Konventionalregel involviert⁷⁹⁸ nach *Hatscheks* eigener Darstellung stets eine *rechtssatzwidrige Praxis*. Was könnte aber „rechtfertigen“ anderes bedeuten? Die Konstatierung der Übereinstimmung⁷⁹⁹ mit dem Sittengesetz doch gewiß nicht. Höchstens die Feststellung der Zweckmäßigkeit. Ein zweckmäßiges Handeln als zweckmäßig aufzuzeigen, ist aber wohl recht überflüssig. Jedenfalls hat solche „Rechtfertigung“ keine | wie immer geartete formell-juristische Bedeutung. Dadurch, daß ein aus Zweckmäßigkeitsgründen gegen das Gesetz verstoßender Präzedenzfall geschaffen und wiederholt wird – und die Konventionalregel ist nichts anderes als der Ausdruck dieser Tatsache –, kann ein solches Verhalten keine wie immer geartete rechtliche Qualifikation erwerben. Es bleibt nicht mehr und nicht weniger als eben: *zweckmäßig*.

| 106

Die Wichtigkeit der von *Hatschek* beobachteten und treffend systemisierten Tatsachen⁸⁰⁰ kann nicht in Abrede gestellt, den Resultaten seiner Untersuchung jedoch keine juristische Relevanz, der Konventionalregel nicht⁸⁰¹ der Charakter eines Rechtsbegriffes zuerkannt werden. *Hatschek* selbst betont mit Nachdruck, daß seine Konventionalregeln keine Rechtssätze sind, daß sie *unter der Decke der Rechtsordnung* gleichsam, nur eine *Vorstufe* im Rechtsbildungsprozesse darstellen⁸⁰²; er nennt die Konventionalregel „eine dem Rechte gegenüber unterwertige

⁷⁹⁷ «übt»] A₁ «bewirkt»; A₂ «übt».

⁷⁹⁸ «involviert»] A₁ «bedeutet»; A₂ «involviert».

⁷⁹⁹ «Die Konstatierung der Übereinstimmung»] A₁ «Die Übereinstimmung»; A₂ «Die Konstatierung der Übereinstimmung».

⁸⁰⁰ «und treffend systemisierten Tatsachen»] A₁ «und begrifflich treffend erfaßten Tatsachen»; A₂ «und treffend systemisierten Tatsachen».

⁸⁰¹ «jedoch keine juristische Relevanz, der Konventionalregel, nicht»] A₁ «jedoch dem Begriffe der Konventionalregel keine [bricht ab]»; A₂ «jedoch keine juristische Relevanz der Konventionalregel nicht»; F* «jedoch keine juristische Relevanz, der Konventionalregel, nicht».

⁸⁰² «Rechtsbildungsprozesse darstellen»] A₁ «Rechtsbildungsprozesse ein Übergangsrecht darstellen»; A₂ «Rechtsbildungsprozesse darstellen».

Norm“ und schließt seine Abhandlung⁸⁰³ mit den gerade in methodischer Hinsicht doppelt bedeutsamen Worten: „Recht muß Recht bleiben“⁽¹⁾. Und wenn *Hatschek* überdies ausdrücklich die Konventionalregel dem Rechtssatz gegenüberstellt und gerade in diesem⁸⁰⁵ Gegensatz als „soziale Norm“⁽²⁾ erkennt, dann zeigt sich, daß in dem Verhältnis von Rechtssatz und Konventionalregel der Antagonismus von Staat und Gesellschaft mit allen seinen methodologischen Konsequenzen zu⁸⁰⁷ Tage tritt; dann ist der Platz, der dieser „sozialen Norm“ dem Rechtssatz und dem ganzen System der Rechtsbegriffe gegenüber zukommt, kein anderer, als der allen übrigen sozialen Normen der Sitte, Sittlichkeit, Religion usw. gebührt, dann sind diese Konventionalregeln durch⁸⁰⁸ dieselbe Grenze vom Rechtsgebiete geschieden, die alle übrigen sozialen Normen von dieser Sphäre trennt.⁸⁰⁹

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

Der Begriff des Staatswillens ist für⁸¹⁰ die gesamte Rechtswissenschaft, insbesondere aber für das Staatsrecht ein grundlegender. Tatsächlich wird mit diesem Begriffe allenthalben und zu den verschiedensten Zwecken operiert⁸¹¹, ohne daß es bisher zu einer gründlichen und allseitigen Untersuchung sowie zu einer einheitlichen und allgemein anerkannten Formulierung desselben gekommen wäre.

| 107 | Was man unter Wille der als Staat bezeichneten juristischen Person zu verstehen hat, wird davon abhängen, was in der Rechtswissenschaft im allgemeinen unter Wille einer Person zu begreifen ist, wenn⁸¹² anders die Persönlichkeit des Staates juristisch die gleiche Bedeutung hat wie Person im Rechtssinne überhaupt. Das muß jedoch auf Grund jener Theorie der Fall sein, die als Voraussetzung für

| 106 | ¹⁾ a. a. O. S. 67.⁸⁰⁴

²⁾ a. a. O. S. 29.⁸⁰⁶

⁸⁰³ «seine Abhandlung»] A₁ «seine geistvolle Abhandlung»; A₂ «seine Abhandlung».

⁸⁰⁴ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 67.

⁸⁰⁵ «und gerade in diesem»] A₁ «und in diesem»; A₂ «und in gerade diesem»; F* «und gerade in diesem».

⁸⁰⁶ *Hatschek*, Konventionalregeln (Anm. 69), S. 29.

⁸⁰⁷ «Gesellschaft mit allen seinen methodologischen Konsequenzen zu»] A₁ «Gesellschaft zu»; A₂ «Gesellschaft mit allen seinen methodologischen Konsequenzen zu».

⁸⁰⁸ «diese Konventionalregeln durch»] A₁ «diese Normen wie alle übrigen sozialen Normen durch»; A₂ «diese Konventionalregel durch».

⁸⁰⁹ «Wenn Gewohnheitsrecht Recht ist. ... von dieser Sphäre trennt.» (19612–20211)] in A₂ eingefügt. – Im Erstdruck folgt hier eine Leerzeile, die durch einen Querstrich markiert wird; auf dessen Wiedergabe wird vorliegend verzichtet.

⁸¹⁰ «ist für»] A «ist nun für»; F* «ist für».

⁸¹¹ «Zwecken operiert»] A₁ «Zwecken und mit den verschiedensten Bedeutungen operiert»; A₂ «Zwecken operiert».

⁸¹² «Rechtswissenschaft im allgemeinen unter Wille einer Person zu begreifen ist, wenn»] A «Rechtswissenschaft überhaupt als Willen einer Person bezeichnet wird, wenn»; F* «Rechtswissenschaft im allgemeinen unter Wille einer Person zu begreifen ist, wenn».

die rechtliche Erfassung des Staates die Auffassung desselben als „Person“ postuliert.

Was bedeutet also – so muß zunächst gefragt werden – Wille einer Person für die Rechtswissenschaft überhaupt? Nun ist diese Frage gerade in der letzten Zeit von juristischer Seite überaus häufig aufgeworfen⁸¹³ worden. Insbesondere im Rahmen strafrechtlicher Untersuchungen wurde das Wesen des Willens eingehend erörtert und die bezügliche Literatur hat unverhältnismäßig große Dimensionen angenommen. Dies ist umsoweniger selbstverständlich, als es sich hiebei um ein Problem handelt, das auf den ersten Blick gar nicht in das Gebiet der Jurisprudenz gehört. Denn der Wille ist zunächst eine Tatsache des Seelenlebens und seine Erforschung Sache des Psychologen. Der Jurist müßte nun, soweit er mit *diesem* Begriffe des Willens zu operieren hat, sich mit den Resultaten begnügen, die ihm die Psychologie liefert. Und⁸¹⁴ an solchen Resultaten hat es die Psychologie der letzten Zeit nicht fehlen lassen. Wenn trotzdem fast alle Juristen, die dem Problem des Willens im Rechte näher getreten sind, auf⁸¹⁵ eine selbständige Untersuchung der Willenserscheinung nicht verzichten konnten, so⁸¹⁶ muß diese zweifellose Kompetenzüberschreitung einen besonderen Grund haben. Und dieser Grund liegt darin, daß die Jurisprudenz mit den von den Psychologen gewonnenen Resultaten nichts anzufangen weiß, weil⁸¹⁷ der Begriff des Willens, wie er von der modernen Psychologie festgestellt wird⁸¹⁸, für die spezifischen Zwecke der Juristen unbrauchbar ist.

Diese Tatsache allein hätte schon zu dem Zweifel führen können, ob Juristen⁸¹⁹ und Psychologen wirklich das gleiche Objekt im Auge haben, wenn sie vom „Willen“ sprechen. Das eine ist jedenfalls gewiß, daß für die Erkenntnis jener Tatsache des Seelenlebens, die man als Wille bezeichnet, nur die Psychologie mit ihrer spezifischen Forschungsmethode in Betracht kommt und daß ein anderer als der von der Psychologie auf Grund dieser ihrer spezifischen Methode gewonnene Begriff des Willens auch für die Jurisprudenz keine Geltung haben kann, sofern für die letztere überhaupt das⁸²⁰ gleiche Phänomen in Betracht kommt.

Darum sei hier zunächst festgestellt, was die heutige Psychologie als Wille erkennt und was als Inhalt eines Willens, als gewollt im | Sinne der modernen Psychologie gelten kann. Dabei soll natürlich nur eine communis⁸²¹ opinio, die herrschende Lehrmeinung berücksichtigt werden.

| 108

⁸¹³ «aufgeworfen»] A₁ «untersucht»; A₂ «aufgeworfen».

⁸¹⁴ «Psychologie liefert. Und»] A₁ «Psychologie geliefert hat. Und»; A₂ «Psychologie liefert. Und».

⁸¹⁵ «näher getreten sind, auf»] A₁ «näher treten mußten, nicht darauf verzichten konnten auf»; A₂ «näher treten mußten, auf»; F* «näher getreten sind, auf».

⁸¹⁶ «verzichten konnten, so»] A «verzichtet haben, so»; F* «verzichten konnten, so».

⁸¹⁷ «anzufangen weiß, weil»] A «anzufangen konnten, weil»; F* «anzufangen weiß, weil».

⁸¹⁸ «wird»] A «wurde»; F* «wird».

⁸¹⁹ «ob Juristen»] A₁ «ob nicht vielleicht Juristen»; A₂ «ob Juristen».

⁸²⁰ «letztere überhaupt das»] A₁ «letztere das»; A₂ «letztere überhaupt das».

⁸²¹ «eine»] A₁ «die»; A₂ «eine».

Prüft man die Lehr- und Handbücher der Psychologie gerade auf diese Frage nach dem möglichen Inhalte des Willens, nach dem, was gewollt wird oder psychologisch als gewollt gelten kann, so wird man nicht leicht eine direkte Antwort finden. Denn den Psychologen interessiert nicht so sehr, was gewollt wird, als *wie* gewollt wird. Nur indirekt, durch eine Analyse des Willens kann⁸²² also diese Frage nach dem möglichen Inhalte des Willens beantwortet werden.

Von den zahlreichen Bedeutungen, in denen das Wort „Wille“ verwendet wird, kann für die Psychologie nur eine einzige in Betracht kommen. Nicht die allgemeine Fähigkeit des Wollens oder die allgemeine Form des Wollens ohne jede Rücksicht auf einen konkreten Inhalt, aber auch nicht die im gewöhnlichen Sprachgebrauche verwendete Bedeutung des Willens als das, was gewollt wird – z. B. jemandem seinen Willen tun¹⁾ – ist für die Psychologie von Belang. Nur⁸²⁴ der einzelne konkrete Willensakt – die Wollung – kann Gegenstand der psychologischen Untersuchung sein.

Als Wille wird nun ein Streben bezeichnet, das mit der Vorstellung eines Zweckes oder Zieles assoziiert ist²⁾. Das Streben aber ist eine Bewußtseinstätigkeit, mittels deren „eine Veränderung im Zustande oder Inhalte des Bewußtseins, ein Kommendes, Neues herbeigeführt oder vorbereitet wird, welches Kommende dadurch charakterisiert ist⁸²⁶, daß dadurch Lustgefühle bewirkt, erhalten, vergrößert, Unlustgefühle verringert, beseitigt, abgewehrt werden“³⁾. Das „Streben“ ist daher im Verhältnis zum „Willen“ der Oberbegriff. „Es gibt keinen Willen, der nicht zugleich Streben wäre; aber nicht alles Streben verdient den Namen ‚Wille‘, weil nicht jedes Streben das Bewußtsein dessen, was es erstrebt, mit sich führt“⁴⁾. Was das Streben zum Willen macht, ist die Verbindung mit der Vorstellung eines Zweckes oder Zieles, das heißt eines äußeren oder inneren Vorganges oder Zustandes, „dessen Eintreten oder dessen Herbeiführung Lustgefühle zu erregen, zu erhalten, zu verstärken, Schmerz zu verhindern, zu verscheuchen, abzuschwächen geeignet ist“⁵⁾.

| 108 |¹⁾ Sigwart, Kleine Schriften. II. Reihe. 1897. S. 119. ⁸²³

²⁾ Jodl, Lehrbuch der Psychologie. 3. Aufl. 1908. II. Bd. S. 58. ⁸²⁵

³⁾ Jodl, a. a. O. S. 53. ⁸²⁷

⁴⁾ Jodl, a. a. O. S. 58. ⁸²⁸

⁵⁾ Jodl, a. a. O. S. 442. ⁸²⁹

⁸²² «wird. Nur ... kann»] A₁ «wird. Eine Analyse des Willensaktes kann»; A₂ «wird. Nur ... kann».

⁸²³ Christoph Sigwart, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache (1879), in: Christoph Sigwart, Kleine Schriften. Zweite Reihe, Bd. 2, Freiburg i. Br. und Tübingen 1881, S. 115–211 (119).

⁸²⁴ «tun – ist für die Psychologie von Belang. Nur»] A «tun – kommt für die Psychologie in Betracht. Nur»; F* «tun – ist für die Psychologie von Belang. Nur».

⁸²⁵ Friedrich Jodl, Lehrbuch der Psychologie, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart und Berlin 1908, S. 58.

⁸²⁶ «ist»] A₁ «wird»; A₂ «ist».

⁸²⁷ Jodl, Psychologie II (Anm. 825), S. 53.

⁸²⁸ Jodl, Psychologie II (Anm. 825), S. 58.

⁸²⁹ Jodl, Psychologie II (Anm. 825), S. 442.

Der Ausgangspunkt jedes Willensaktes ist ein Gefühl des Unbefriedigtseins, des Mangels. Dieses Gefühl ist stets innig verbunden mit dem Streben, die damit verbundene Unlust zu⁸³⁰ beheben. Solchem Streben an sich fehlt noch jeder Weg zu seinem natürlichen Ziele. Dieser Weg⁸³¹ eröffnet sich erst in dem Augenblicke, als zu dem Streben die Vorstellung eines *Mittels* hinzutritt, das bestehende Gefühl des Mangels aufzuheben. Das vorgestellte Mittel kann ein äußerer oder innerer Vorgang oder Zustand sein.

Betrachten wir zunächst den Ablauf des Willensvorganges, im Falle das vorgestellte Mittel ein äußeres ist⁸³². Auch hier sind wieder zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder genügt zur Befriedigung des Strebens eine eigene Körperbewegung oder der zur Befriedigung führende Vorgang besteht in einer Veränderung der außerhalb des Körpers liegenden⁸³³ Außenwelt. Diese Veränderung kann entweder durch eine eigene Körperbewegung kausal herbeigeführt werden, oder die eigene Überlegung sagt einem, daß eine solche Herbeiführung des zur Befriedigung führenden Erfolges nicht möglich ist. Ist nun die Vorstellung vorhanden, daß die eigene körperliche Bewegung oder ein durch diese kausal herbeiführbarer äußerer Erfolg zur Befriedigung führt, dann kommt es zu einer eigenartigen Beeinflussung der motorischen Nerven, die ihrerseits die Muskel in Bewegung setzen und so die vorgestellte Körperbewegung veranlassen, die⁸³⁴ entweder zur direkten Befriedigung führt oder erst jene Kausalreihe in Bewegung setzt, in deren Verlauf der zur Befriedigung geeignete äußere Erfolg eintritt. Fehlt aber die⁸³⁵ Vorstellung, daß eine eigene Körperbewegung imstande sei, *kausaliter* einen zur⁸³⁶ Befriedigung führenden Erfolg herbeizuführen, dann unterbleibt der auf die motorischen Nerven gerichtete Impuls.

Mit⁸³⁷ der Auslösung des Impulses auf die motorischen Nerven ist der Willensakt abgeschlossen. Der nun folgende Ablauf der Kausalreihe gehört der Außenwelt an, die Art seines Vollzuges, insbesondere die Tatsache, ob der vorgestellte Erfolg auch wirklich eingetreten ist, bleibt für die rein innere Tatsache des Wollens gleichgültig.

Faßte man als „Gegenstand“ des Wollens sein Endziel, seinen letzten Zweck, dann ließe sich als gewollt niemals etwas anderes bezeichnen als die angestrebte

⁸³⁰ «Streben, die damit verbundene Unlust zu»] A «Streben dieses Gefühl des Mangels zu»; F* «Streben, die damit verbundene Unlust zu».

⁸³¹ «Dieser Weg»] A «Ein solcher Weg»; F* «Dieser Weg».

⁸³² «äußeres ist»] A₁ «äußerer Vorgang ist»; A₂ «äußeres ist».

⁸³³ «liegenden»] A₁ «gehörenden»; A₂ «liegenden».

⁸³⁴ «Körperbewegung veranlassen, die»] A₁ «Körperbewegung herbeiführen, fehlt es [bricht ab]»; A₂ «Körperbewegung herbeiführen, die»; F* «Körperbewegung veranlassen, die».

⁸³⁵ «Fehlt aber die»] A₁ «Fehlt es an [bricht ab]»; A₂ «Fehlt aber die».

⁸³⁶ «kausaliter einen zur»] A₁ «kausaliter die zur»; A₂ «kausaliter einen zur».

⁸³⁷ «Impuls.] Mit»] A₁ «Impuls. Der vorgestellte Erfolg wird in diesem Falle bloß als „gewünscht“ nicht als gewollt bezeichnet.] Mit»; A₂ «Impuls.] Mit».

Befriedigung. Denn das Endziel alles Strebens, auch des mit der Vorstellung des geeigneten Mittels assoziierten Strebens, das man Wille nennt, ist nur die „Beseitigung von Unlust, die Beschaffung von Lust“¹⁾. Allein die Verbindung, die das Streben nach Befriedigung mit der Vorstellung des geeigneten | Mittels eingeht, ist eine derartige, daß auch der Inhalt dieser Vorstellung, durch welche dem Streben ein Weg für sein Ziel gewiesen, das Streben in einem bestimmten Weg seinem Ziele zugeleitet wurde, als erstrebt, genauer als *gewollt* bezeichnet werden kann. Inhalt des Willens ist daher stets Inhalt einer Vorstellung und zwar jener Vorstellung, die das⁸³⁹ Mittel zur Befriedigung des Triebes enthält, mit dem sie assoziiert ist.

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

Der⁸⁴⁰ Wille in dem bisher entwickelten Sinne ist stets ein bewußter¹⁾. Ein unbewußter Wille muß daher „als *contradictio in adjecto* bezeichnet werden“⁸⁴².

Um zu einem vollständigen Begriffe des Willens zu gelangen, bedarf es noch einer Abgrenzung desselben gegenüber dem „Wünschen“, eine Scheidelinie, die speziell in juristischen Erörterungen eine gewisse Rolle gespielt hat. Damit von einem Wollen im eigentlichen Sinne und nicht bloß von einem Wünschen die Rede sein kann, muß im Bewußtsein die Vorstellung eines zur Bedürfnis- oder Triebbefriedigung geeigneten⁸⁴³ künftigen Vorganges oder Zustandes verbunden sein *mit einer eigenen Aktivität* des Wollenden. Wenn kein bloßes Wünschen vorliegen soll, muß man die Vorstellung haben, das Künftige entweder selbst kausal – durch eine Körperbewegung – herbeizuführen oder doch den Eintritt dieses künf-

| 109 |¹⁾ Jodl, a. a. O. S. 53.⁸³⁸

| 110 |¹⁾ Vgl. Sigwart, a. a. O. S. 118.⁸⁴¹

⁸³⁸ Jodl, Psychologie II (Anm. 825), S. 53.

⁸³⁹ «die das»] A₁ «die als jenen Zustand das»; A₂ «die das».

⁸⁴⁰ «trinken.]Der»] A₁ «trinken.]Faßt man das bisher Gesagte zusammen, so hat als „gewollt“ im psychologischen Sinne der als Mittel zur Befriedigung eines Strebens vorgestellte Zustand oder Vorgang zu gelten.]Der»; A₂ «trinken.]Der».

⁸⁴¹ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 118.

⁸⁴² Vgl. Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 118 – Kelsen paraphrasiert.

⁸⁴³ «Bedürfnis- oder Triebbefriedigung geeigneten»] A₁ «Bedürfnisbefriedigung geeigneten»; A₂ «Bedürfnis(Trieb)befriedigung geeigneten»; F* «Bedürfnis- oder Triebbefriedigung geeigneten».

tigen Zustandes oder Vorganges, sofern er unabhängig vom Wollenden verursacht wurde, durch eine eigene positive Tätigkeit: Hinwegräumen eines Hindernisses zu ermöglichen. Dies sei mit ein paar Worten näher erläutert. Man „will“ nicht, aber man „wünscht“, daß die Sonne aufgehe, weil man die Befriedigung des Bedürfnisses nach Tageslicht positiv wie negativ von seiner eigenen Tätigkeit unabhängig weiß. Das Aufgehen der Sonne wird wohl als ein künftiger, zur Befriedigung eines Triebes geeigneter Vorgang vorgestellt, dennoch ist diese Vorstellung nicht Inhalt eines | Wollens, sondern eines bloßen Wünschens, weil es im Bewußtsein an der Vorstellung einer⁸⁴⁴ eigenen Aktivität fehlt, weil der Wollende weder den Eintritt dieses Künftigen durch sich selbst verursacht weiß noch auch irgendein diesem Eintritte möglicherweise⁸⁴⁵ entgegenstehendes Hindernis selbst wegzuräumen⁸⁴⁶ oder nur wegräumen zu können glaubt. Allerdings muß betont werden, daß Wünschen und Wollen sich nicht etwa nach der *objektiven* Möglichkeit oder Unmöglichkeit, die Triebbefriedigung⁸⁴⁷ durch eigene Tätigkeit herbeizuführen (resp. den⁸⁴⁸ Nichteintritt zu verhindern), scheidet⁸⁴⁹. Es kommt lediglich auf die subjektive Meinung an. Wer etwas als Mittel seiner Bedürfnisbefriedigung vorstellt und im irrümlichen Glauben, es nicht herbeiführen zu können, auf eine eigene Aktion verzichtet, wünscht bloß, obgleich er wollen könnte; und umgekehrt, wer etwas herbeiführen zu können glaubt, obgleich es tatsächlich für ihn unmöglich ist und in diesem irrigen Glauben selbst tätig⁸⁵⁰ wird, will, wenngleich er vernünftigerweise bloß wünschen sollte, wie der berühmte Hahn, der durch sein Krähen den Sonnenaufgang zu bewirken glaubte, auch wirklich *will*, daß die Sonne aufgehe. Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung zwischen Wollen und Wünschen in jenen Fällen, in denen die eigene Aktivität nicht in einem körperlichen Akte wirklicher oder vermeintlicher Verursachung des künftig als Mittel der Triebbefriedigung Vorgestellten, sondern⁸⁵¹ lediglich in der Hinwegräumung eines dem erwarteten Erfolge dazwischentretenden Hindernisses besteht, zumal wenn dieses

| 111

⁸⁴⁴ «Wünschens, weil es im Bewußtsein an der Vorstellung einer»] A₁ «Wünschens, eben weil der Eintritt an einer»; A₂ «Wünschens, eben weil es im Bewußtsein an der Vorstellung einer»; F* «Wünschens, weil es im Bewußtsein an der Vorstellung einer».

⁸⁴⁵ «diesem Eintritte möglicherweise»] A₁ «diesem möglicher Weise»; A₂ «diesem Eintritte möglicher Weise».

⁸⁴⁶ «Hindernis selbst wegzuräumen»] A₁ «Hindernis wegzuräumen»; A₂ «Hindernis selbst wegzuräumen».

⁸⁴⁷ «Unmöglichkeit, die Triebbefriedigung»] A₁ «Unmöglichkeit, den Zustand der Triebbefriedigung»; A₂ «Unmöglichkeit, die Triebbefriedigung».

⁸⁴⁸ «den»] A₁ «seinen»; A₂ «den».

⁸⁴⁹ «scheidet»] A₁ «richtet»; A₂ «scheidet».

⁸⁵⁰ «diesem irrigen Glauben selbst tätig»] A₁ «diesem Glauben etwa eine Muskelbewegung vornimmt, tätig»; A₂ «diesem irrigen Glauben selbst tätig».

⁸⁵¹ «Wünschen ... sondern»] A₁ «Wünschen, bei denen die eigene Aktivität nicht in der körperlichen Verursachung des künftig als Mittel der Triebbefriedigung vorgestellten besteht, sondern»; A₂ «Wünschen ... sonder».

Hindernis kein äußeres, sondern ein inneres ist, d. h. ein auf die Verhinderung des unabhängig vom Wollenden verursachten Erfolges gerichteter Trieb. Unterläßt man auf einer Wanderung an einem schwülen Sommertage während eines plötzlich niedergehenden Gewitterregens, unter ein schützendes Dach zu treten, so ist es *quaestio facti*, ob man naß werden „will“ oder es „wünscht“ oder keines von beiden tut. Ist einem das Naßwerden überhaupt kein Mittel zu einem Zwecke, dann ist das letztgenannte der Fall. Stellt man aber das Naßwerden als Mittel zur Abkühlung, also als Abwehr der mit Unlust verbundenen Hitze vor, dann ist ein Doppeltes möglich. Entweder man läßt den Regen gerne über sich ergehen, ohne etwas zur Erreichung dieses Zweckes selbst zu tun; man ändert in diesem Falle seine bisherige Zweckmäßigkeit keineswegs, wandert z. B. ruhig weiter, um das unabhängig vom Regen und Naßwerden gesetzte Ziel, die Erreichung eines Ortes, zu verfolgen. Oder aber man geht, statt wie man ursprünglich vorhatte, halt zu machen, weil man ein Wanderziel für⁸⁵² heute schon erreicht hat, nur deshalb weiter, um angeregt zu werden. Nur im letzteren, nicht aber auch im ersteren Falle ist jene spezifische Aktivität gegeben, vermöge welcher die Vorstellung des Naßwerdens als Inhalt eines Wollens, nicht eines bloßen Wünschens gelten muß. Nicht wesentlich anders liegt der Fall, wenn man während einer Wanderung von einem Gewitterregen überrascht, den unmittelbar aufsteigenden Trieb, sich unterzustellen (etwa um die Kleider vor Nässe zu schützen) durch einen besonderen psychischen Akt unterdrückt und, um sich abzukühlen, weiterwandert, d. h. seine Wanderung und damit die Verfolgung des⁸⁵³ ursprünglich eingeschlagenen Zieles nicht unterbricht. *Äußerlich* scheint dieser Fall sich nicht⁸⁵⁴ von jenem zu unterscheiden, bei dem der Wanderer, ohne seine⁸⁵⁵ bisherige Zweckmäßigkeit zu ändern, sein Abkühlungsbedürfnis durch das Naßwerden befriedigt und, mangels eigener Aktivität, dieses Resultat zwar wünscht, aber nicht will. Allein gerade insofern ist prinzipiell ein Unterschied gegeben, als jetzt eine eigene *Aktivität* des Wanderers vorliegt, jener innere, die Unterdrückung des auf Schonung⁸⁵⁶ der Kleider gerichteten Triebes bewirkende Akt, der in Verbindung mit der Vorstellung des Naßwerdens als des zur Befriedigung eines Triebes geeigneten Mittels, eben dieses Naßwerden zum Inhalte eines Wollens macht. Die eigene Aktivität des Wollenden besteht hier nicht in der Verursachung des erwarteten Erfolges, sondern lediglich in der Wegräumung eines den Erfolg vereitelnden Hindernisses.

852 «man ein Wanderziel für»] A₁ «man das Ziel für»; A₂ «man ein Wanderziel für».

853 «damit die Verfolgung des»] A₁ «damit das»; A₂ «damit die Verfolgung des».

854 «nicht»] A₁ «keineswegs»; A₂ «nicht».

855 «Wanderer ohne seine»] A₁ «Wanderer seine»; A₂ «Wanderer ohne seine».

856 «Schonung»] A₁ «Schutz»; A₂ «Schonung».

52 III

in beugung auf kein Mittel zu einem Zwecke, wenn ich überhaupt
 mit hat gemeint die Welt. Welt man oben die Kraft
 sondern als Mittel zur ^{oder} Erhaltung, also ^{oder} Erhaltung der
 weil Welt ist ^{oder} Erhaltung der Welt, wenn ich ein
 Angelegenheit wichtig. Erhaltung man nicht die Bayern
 eigene ist bei gegeben ohne selbst für Freiheit
 selbst Freiheit selbst ist frei, wenn selbst in Bayern
 für die freie- bürgerliche Grundrechtlichkeit ^{oder} Freiheit, wenn,
 der ist. wichtig selbst in die in selbst in Freiheit
 Bayern ist Welt werden ^{oder} Freiheit, in Freiheit
 nicht selbst, zu ^{oder} Freiheit. Der selbst man selbst,
 Welt die man ^{oder} Freiheit mit selbst, selbst man,
 weil man ^{oder} Freiheit für selbst, selbst, mit
 selbst selbst in, wie ^{oder} Freiheit
 selbst. Die in selbst nicht selbst in selbst
 selbst selbst ist ^{oder} Freiheit selbst

Faßt man⁸⁵⁷ das bisher Gesagte zusammen, dann hat als gewollt im psychologischen Sinne der in Verbindung mit einer eigenen Aktivität als⁸⁵⁸ Mittel zur Beseitigung eines Strebens vorgestellte Zustand oder Vorgang zu gelten.

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

Ist⁸⁵⁹ dieses Mittel ein äußerer Vorgang oder Zustand, der nicht schon in einer eigenen Körperbewegung besteht, dann ist dieses Mittel regelmäßig selbst wieder nur durch eine Reihe von Mitteln z. B. kausalen Zwischengliedern herbeizuführen. Insofern nun eines dieser zur Herbeischaffung des Zweckes nötigen Zwischenmittel⁸⁶⁰ als solches d. h. als Mittel zum gewollten Zwecke vorgestellt ist, muß auch dieses als gewollt im strengsten Sinne gelten. Allerdings nur insofern, als es tatsächlich in diesem Sinne bewußt geworden ist. Ist dies nicht der Fall, dann kann auch von einem Gewolltsein dieses Mittels nicht gesprochen werden. Einmal als zur Herbeiführung des gewollten Zweckes nötig, d. h. als Mittel vorgestellt⁸⁶¹, ist es auch dann gewollt, wenn der Eintritt desselben etwa nicht ohne Bedauern vorausgesehen wird. Will jemand einen Apfel vom Baume | holen, und sieht er, daß dies nicht möglich ist ohne einen Zweig abzubrechen, dann will er eben auch diesen Zweig brechen, selbst wenn es ihm noch so leid tut. Hat er jedoch das Brechen des Zweiges nicht vorausgesehen⁸⁶², vorgestellt, dann hat er es auch nicht gewollt, selbst wenn er es noch so leicht – schon bei der geringsten Überlegung – hätte vorhersehen können oder sollen.

Gleich hier sei darauf aufmerksam gemacht, daß den Gegenstand der psychologischen Betrachtung, die eine rein explikative ist, ausschließlich⁸⁶³ das wirkliche Sein – und niemals das Sollen – bildet und daß man sich nicht peinlich genug vor

| 113

⁸⁵⁷ «contradictio in adjecto bezeichnet werden».] ...] Faßt man» (20621–2101)] A₁ «contradictio in adjecto bezeichnet werden».] Ob der zur Befriedigung des Strebens geeignete vorgestellte Zustand oder Vorgang ein äußerer oder innerer ist, stets muß, damit von einem Wollen im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann, das Bewußtsein vorhanden sein, daß das Ziel des Strebens mit einer eigenen Tätigkeit des Subjektes – sei es eines physischen, sei es eines psychischen notwendig verbunden sei.^{Fn}vgl dazu Jodl aaO S 68. ^{Fn} Fehlt es an diesem Bewußtsein, dann ist das zur Befriedigung des Strebens vorgestellte Mittel lediglich Gegenstand eines „Wunsches“.] Faßt man»; A₂ «contradictio in adjecto bezeichnet werden».] ...] Faßt man».

⁸⁵⁸ «der in Verbindung mit einer eigenen Aktivität als»] A₁ «der als»; A₂ «der in Verbindung mit einer eigenen Aktivität als».

⁸⁵⁹ «Befriedigung.] Ist»] A₁ «Befriedigung.] Ist dieses Mittel ein äußerer Vorgang oder Zustand dann der vorgestellte Zweck erscheint im Verhältnisse zu dem Endziele des Wollens als Mittel. Ist»; A₂ «Befriedigung.] Ist».

⁸⁶⁰ «Zwischen-Mittel»] A₁ «Zwischenglieder»; A₂ «Zwischen-Mitteln».

⁸⁶¹ «nötig, d. h. als Mittel vorgestellt»] A₁ «nötig vorgestellt»; A₂ «nötig d. h. als Mittel vorgestellt».

⁸⁶² «nicht vorausgesehen»] A₁ «nicht als möglich oder notwendig vorausgesehen»; A₂ «nicht vorausgesehen».

⁸⁶³ «Betrachtung, die eine rein explikative ist, ausschließlich»] A₁ «Betrachtung ausschließlich»; A₂ «Betrachtung die eine rein explikative ist ausschließlich».

der beim Willensproblem allerdings⁸⁶⁴ naheliegenden Verquickung beider Standpunkte hüten muß.

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

Zunächst muß festgestellt werden, daß das Wollen eines Negativen möglich und durchaus nicht identisch ist mit einem Nicht-Wollen. Wer einen Säbelhieb pariert, will: nicht getroffen werden. Das Endziel seines Strebens ist die Abwehr eines möglichen Unlustgefühles (herbeigeführt durch Verletzung); als Mittel zur Befriedigung dieses Triebes wird vorgestellt: Nicht getroffen zu werden. Das ist der Inhalt seines Wollens. Zur Herbeiführung dieses Mittels wird eine eigene Arm-bewegung vorgestellt, die im gleichen Sinne gewollt wird. Das „Nichtgetroffen-werden“ ist gewollt, denn es ist als Mittel zur Befriedigung eines Strebens vorgestellt und zwar in Verbindung mit einer eigenen Aktivität. Fehlt es an dieser eigenen Aktivität bei der Vorstellung des Nichteintretens eines Künftigen als Triebbefriedigung, liegt kein Wollen, sondern bloß ein Wünschen des negativen Tatbestandes vor¹⁾. Der prinzipielle Unterschied, der zwischen Wollen und Verursachen einer Tatsache besteht²⁾, rechtfertigt, daß ein Negatives, ein Nichtgeschehen wohl gewollt, nicht aber verursacht werden kann. Denn ein Kausalnexus kann nur zwischen zwei Veränderungen bestehen, *bewirkt* kann nur ein positives Geschehen werden³⁾.⁸⁶⁸

Ist⁸⁶⁹ ein künftiger Zustand oder Vorgang, mag er nun positiv oder negativ bestimmt sein, zwar⁸⁷⁰ vorausgesehen, aber völlig gleichgültig, d. h. nicht als Mittel zur Befriedigung eines Strebens vorgestellt, liegt mangels eines Strebens auch kein Wille vor. Daran ändert auch das Bewußtsein nichts, daß dieser vorausgesehene,

¹⁾ Sigwart, a. a. O. S. 162.⁸⁶⁵

²⁾ Vgl. dazu unten S. 116 u. 153 ff.⁸⁶⁶

³⁾ Vgl. dazu unten S. 119.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ «der beim Willensproblem allerdings»] A₁ «der allerdings»; A₂ «der beim Willensproblem allerdings».

⁸⁶⁵ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 162.

⁸⁶⁶ Vgl. unten S. 214 f., 261 f.

⁸⁶⁷ Vgl. unten S. 219–222.

⁸⁶⁸ «und zwar in Verbindung ... positives Geschehen werden.» (21115–21122)] in A₂ eingefügt.

⁸⁶⁹ «werden.] Ist»] A₁ «werden.] Wird das Nichteintreten eines vorgestellten künftigen Zustandes oder Vorganges durch eigenes Tun nicht als herbeiführbar gedacht, m. a. W. glaubt man den Eintritt irgendeines Künftigen nicht durch den eigenen Willen herbeigeführten Ereignisses nicht [sic] verhindern zu können, kann nicht von einem Wollen, nur von einem Wünschen des Nichteintretens die Rede sein.] Ist»; A₂ «werden.] Ist».

⁸⁷⁰ «Vorgang ... zwar»] A₁ «Vorgang zwar»; A₂ «Vorgang ... zwar».

|114 nicht durch den | eigenen Willen veranlaßte Erfolg durch eigenes Tun verhindert werden könnte¹⁾.

Ein bloß vorausgesehener, d. h. nicht als Mittel zur Befriedigung vorgestellter Erfolg ist niemals gewollt. Insbesondere aber auch dann nicht, wenn das Bewußtsein vorhanden ist, daß die – mögliche – Verhinderung des vorgestellten Erfolges etwa *rechtlich* oder *sittlich* geboten, gesollt ist. Was ich, weil es mir *gleichgültig* ist, geschehen lasse, habe ich nicht gewollt. „*Gleichgültig*“ ist mir ein vorgestellter Zustand oder Vorgang dann, wenn er in keiner Weise Unlust oder Lust zu vermitteln verspricht; auch in diesem Falle ist die Gefahr vorhanden, durch Erwägungen *rechtlich-moralischer* Natur die *psychologische* Betrachtung zu trüben. Dieser Gefahr sind alle jene unterlegen, die das Bewußtsein, einen lediglich vorausgesehenen⁸⁷² Erfolg verhindern zu *sollen*, als genügendes Kriterium dafür ansehen, diesen so vorausgesehenen nicht verhinderten Erfolg⁸⁷³ als *gewollt* zu betrachten. Allerdings mag es unter Umständen fraglich sein, ob das Bewußtsein eines Verhindern-*Sollens* die Vorstellung des⁸⁷⁴ zu verhindernden Erfolges „*gleichgültig*“ läßt. Wo das Bewußtsein des *Sollens* nichts anderes als das Innenwerden eines auf das gesollte Verhalten gerichteten Triebes ist – wie das *Sollen* der autonomen *Moral*⁸⁷⁵ – da bedarf es, unterbleibt die Verhinderung, einer besonderen Unterdrückung dieses Triebes, eines inneren Vorganges, der als Mittel zur Befriedigung eines andern, dem *Moraltrieb* entgegenstehenden Strebens vorgestellt wird. Der Erfolg, den zu verhindern es einen treibt, ist gewiß nicht mehr *gleichgültig*. Als „*gewollt*“ erscheint er auf Grund folgender Erwägung: *Wer*⁸⁷⁶ den Zweck will, will auch alle vorgestellten Mittel zu diesem Zwecke. *Wer* den *moralischen* Impuls zur gesollten Verhinderung des vorausgesehenen Erfolges unterdrückt, tut dies, weil ihm diese Unterdrückung als Mittel zu irgend einem anderen *gewollten* Zwecke nötig ist. Allein er will nicht nur die Unterdrückung, sondern alles, was vorausgesehenermaßen mit ihr notwendig verbunden ist; dazu⁸⁷⁷ gehört aber auch das Eintreten des zu verhindernden Erfolges.

|114 |¹⁾ Sigwart, a. a. O. S. 165.⁸⁷¹

⁸⁷¹ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 165.

⁸⁷² «einen lediglich vorausgesehenen»] A₁ «einen vorausgesehenen»; A₂ «einen lediglich vorausgesehenen».

⁸⁷³ «vorausgesehenen nicht verhinderten Erfolg»] A₁ «vorausgesehenen Erfolg»; A₂ «vorausgesehenen nicht verhinderten Erfolg».

⁸⁷⁴ «*Sollens* die Vorstellung des»] A₁ «*Sollens* des»; A₂ «*Sollens* die Vorstellung des».

⁸⁷⁵ «*Moral*»] A₁ «*Ethik*»; A₂ «*Moral*».

⁸⁷⁶ «*gleichgültig*. ... *Wer*»] A₁ «*gleichgültig*. Aber darum ist er, wenn man ihn aus irgend einem Grunde, danach zu verhindern unterläßt, noch nicht gewollt. Zu dieser Konsequenz kann man nur dann kommen, wenn man folgendermaßen argumentiert: Der Wille, der zur Unterdrückung des *Moraltriebes* führt [bricht ab]; A₂ «*gleichgültig*. ... *Wer*».

⁸⁷⁷ «vorausgesehenermaßen mit ihr notwendig verbunden ist; dazu»] A₁ «vorausgesehenen Folgen derselben. Dazu»; A₂ «vorausgesehenermaßen mit ihr notwendig verbunden ist. Dazu».

Das Eintreten dieses Erfolges ist ihm daher bewußtes Mittel zu einem gewollten Zweck – also mitgewollt²⁾.

Allein das Bewußtsein des Sollens muß durchaus nicht immer verbunden sein mit einem Triebe zum gesollten Verhalten. Moralisch indifferente Individuen, bei denen die Stimme des Gewissens schweigt, werden sich der sittlichen Gebote lediglich als objektiver, für sie bedeutungsloser, von ihnen nicht anerkannter Normen bewußt. Und dies ist vollends der Fall bei den Normen des Rechtes. Man mag | vom Standpunkte einer autonomen Moral als Norm nur gelten lassen, was der sittlichen Disposition des Menschen entspringt, mit einer immanenten Kraft der Motivierung begabt ist; die heteronome Natur des Rechtes läßt eine solche subjektivistische Auffassung⁸⁷⁹ seiner Normen nicht zu. Wenn auch der Zweck der Rechtsnormen in ihrer motivierenden Wirkung auf die menschliche Psyche, d. h. in der Erzeugung eines Impulses zum rechtlichen Verhalten zu⁸⁸⁰ erblicken ist, so ist doch diese Wirkung keine wesentliche, und der Rechtssatz behält auch dann seine Qualität, wenn er im Bewußtsein des Subjektes eine solche Wirkung nicht auslöst. Die Vorstellung eines Rechtssatzes, der einen bestimmten äußeren Erfolg zu verhindern verpflichtet, das Bewußtsein dieses rechtlichen Sollens kann sehr wohl ohne den geringsten Trieb zu dem vorgeschriebenen rechtlichen Verhalten auftreten. In solchem Falle bedarf es auch durchaus keines besonderen Willensaktes, um die Verhinderung zu unterlassen. Es ist daher weder die Unterlassung noch deren vorausgesehener Erfolg *gewollt*. Das Unterlassen einer Körperbewegung und im Zusammenhange damit der durch das Unterlassen nicht verhinderte, vorausgesehene Erfolg kann also unter Umständen gewollt sein, muß es jedoch nicht¹⁾.

| 115

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

²⁾ Vgl. *Sigwart*, a. a. O. S. 166.⁸⁷⁸

¹⁾ Vgl. die treffenden Ausführungen von *Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin 1901. S. 132 ff.⁸⁸¹

| 115

⁸⁷⁸ *Sigwart*, *Wollen* (Anm. 823), S. 165 f.

⁸⁷⁹ «solche subjektivistische Auffassung»] A₁ «solche Auffassung»; A₂ «solche subjektivistische Auffassung».

⁸⁸⁰ «Psyche ... zu»] A₁ «Psyche zu»; A₂ «Psyche ... zu».

⁸⁸¹ *Gustav Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin 1903, S. 132–137.

befriedigung vorgestellte Erfolg lediglich als gewünscht, nicht als gewollt zu betrachten²⁾.

Gewollt kann nur ein wirklich Vorgestelltes und zwar als Mittel zur Befriedigung eines Strebens Vorgestelltes sein. Daß dasjenige, was überhaupt nicht vorgestellt, auch nicht gewollt wird, ist für die psychologische Betrachtung selbstverständlich und muß nur darum besonders betont werden, weil – wie später noch näher zu zeigen⁸⁸³ – gerade von juristischer Seite häufig etwas anderes behauptet wird.

| 116 Auch nur mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung ist der Fall zu erwähnen, daß ein *gewollter* Zustand oder Vorgang mit | Folgen verbunden ist, die zwar als möglich, nicht aber als notwendig vorgestellt werden. Schon früher wurde gezeigt, daß die zur Herbeiführung eines gewollten Zweckes als notwendig vorgestellten Mittel als mitgewollt zu gelten haben. Dies gilt natürlich nicht nur für die zwischen der Körperbewegung und dem gewollten Zwecke gelegenen kausalen Mittelglieder, sondern auch für die kausalen Folgen des gewollten Zweckes oder irgend eines Mittelgliedes, von dem ja selbst möglicherweise zahlreiche Kausalreihen ausgehen. Alle diese als *notwendig* eintretend vorgestellten Folgen sind gewollt. Die als bloß *möglich* vorgestellten Folgen können nicht als gewollt betrachtet werden, schon deshalb nicht, weil – wie *Sigwart*¹⁾ treffend bemerkt – eine solche Annahme zu der Konsequenz führen müßte, daß man Entgegengesetztes zugleich wollen kann, was unmöglich ist. Wer z. B. eine Forschungsreise macht, weil er den Nordpol erreichen will und weiß, daß er möglicherweise unterwegs erfrieren wird, der will nicht erfrieren, sondern den Nordpol entdecken, und kann nur das eine oder das andere wollen, da beides sich ausschließt.

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

²⁾ Vgl. dagegen *Sigwart*, a. a. O. S. 165.⁸⁸²

| 116 ¹⁾ a. a. O. S. 186 ff.⁸⁸⁴

⁸⁸² *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 165.

⁸⁸³ Vgl. unten S. 215, 281, 306.

⁸⁸⁴ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 186–190.

Darum⁸⁸⁵ ist es auch unrichtig, den Willen als Ursache der Körperbewegung schlechtweg zu definieren, wie dies bei zahlreichen Juristen²⁾ geschieht⁸⁸⁷. Denn es gibt Körperbewegungen, deren Ursache ein Wille ist⁸⁸⁸, und die doch nicht „gewollt“ sind. Treffend führt *Sigwart*³⁾ aus, daß, wer mit dem Hammer auf den Finger schlägt statt, wie er wollte, auf den Kopf des Nagels, wohl eine willkürliche Bewegung ausführt, ohne sie gewollt zu haben, d. h. seine Bewegung ist durch den Willen verursacht, aber nicht „gewollt“, weil nicht mit der Vorstellung des Willens in Übereinstimmung. Ein anderes ist die vorgestellte, gewollte, und die wirklich ausgeführte Bewegung.

Ist ein vorgestellter Vorgang oder Zustand gewollt, dann ist das tatsächliche Eintreten oder Nichteintreten desselben für die Willensfrage gleichgültig. Ob ein gewollter äußerer Erfolg so eintritt, wie er beabsichtigt ist, das hängt von der Richtigkeit der Vorstellung ab, | die der Wollende von dem kausalen Zusammenhange in der Außenwelt hat. Soll der Erfolg⁸⁹⁰ durch die eigene Körperbewegung kausal herbeigeführt werden, dann bleibt er gewollt, auch wenn er tatsächlich infolge unvorhergesehener Zwischenwirkungen unterbleibt. Der nicht vorhergesehene Erfolg jedoch ist niemals gewollt, selbst wenn er durch die Körperbewegung des Wollenden, resp. letztlich durch die Gehirnvorgänge des Wollens verursacht wurde. Treffend sagt *Sigwart* a. a. O. S. 179:⁸⁹¹ „Wenn infolge meiner Unkenntnis der wirklichen Lage und Beschaffenheit der Dinge, auf welche meine Bewegung sich richtet, etwas anderes aus meiner Bewegung hervorgeht, als ich berechnet und gewollt habe: so habe ich das allerdings mittelbar durch meine Bewegung verursacht, aber ich habe es nicht gewollt, und es ist kein Widerspruch, daß ich verursache, was ich nicht will, und will, was ich nicht verursache“⁽¹⁾.

| 117

²⁾ Als Begründer dieser Auffassung haben *Zitelmann* und *Bekker* zu gelten. Vgl. unten S. 146. ⁸⁸⁶

³⁾ a. a. O. S. 177. ⁸⁸⁹

¹⁾ Vgl. auch die damit im Wesen übereinstimmenden Ausführungen von *Radbruch*, a. a. O. ⁸⁹²

| 117

⁸⁸⁵ «betrachten. [Darum»] A₁ «betrachten. Und auch diese Formulierung ist im Grunde genommen eine ungenaue, denn der Wille ist eine psychische Tatsache, die zu körperlichen Vorgängen nicht im Verhältnisse wie vorangehenden Ursache, sondern als parallele Erscheinung zu betrachten ist.^{Fn}Vgl. Jodl.^{Fn} Gewollt, d. h. in Verbindung mit einem bestimmten Triebe *vorgestellt* ist entweder eine Körperbewegung oder ein anderer äußerer Vorgang oder Zustand. Die *Vorstellung* der Körperbewegung ist gewollt. (und wenn die vorgestellte Körperbewegung wirklich erfolgt, ist ihre Ursache streng genommen nicht der Wille, sondern die dem psychischen Willensvorgange parallele physischen etwa entsprechende Gehirnvorgänge.^{Fn}vgl. Landsberg Kommissivdelikte durch Unterlassung S 26 Anm 1 u Radbruch, aaO S 130 Anm. 1.^{Fn} Ist es somit ungenau als Ursache der mit dem Willensinhalte konformen Körperbewegung den Willen zu bezeichnen, so ist vollends [bricht ab]»; A₂ «betrachten. [Darum».

⁸⁸⁶ Vgl. unten S. 253 f.

⁸⁸⁷ «geschieht»] A₁ «geschah»; A₂ «geschieht».

⁸⁸⁸ «Wille ist»] A₁ «Wille – resp das [sic] psychologische Parallelerscheinung – ist»; A₂ «Wille ist».

⁸⁸⁹ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 177 f.

⁸⁹⁰ «der Erfolg»] A₁ «der gewollte Erfolg»; A₂ «der Erfolg».

⁸⁹¹ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 179.

⁸⁹² *Radbruch*, Handlungsbegriff (Anm. 881).

Für die Frage nach dem Inhalte eines Willens, nach dem, was gewollt ist oder als gewollt zu gelten hat, ist der tatsächlich in der Außenwelt sich vollziehende Kausalablauf bedeutungslos. Deshalb, weil irgend ein Erfolg kausaliter durch eine willkürliche Bewegung hervorgerufen wurde, ist er noch keineswegs als „gewollt“ zu betrachten. Denn gewollt ist überhaupt nur der vorgestellte Erfolg und auch die kausale Verursachung desselben kommt für den Begriff des Willens nur insofern in Betracht, als sie in der Vorstellung des Wollenden gegeben ist. Der⁸⁹³ vorgestellte – in Wirklichkeit vielleicht gar nicht vorhandene – Kausalnexus zwischen der eigenen Körperbewegung und dem gewollten Erfolge ist also für die Entstehung des Willens und die Entscheidung der Frage nach seinem Inhalte maßgebend.

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

Die Unabhängigkeit des Willensinhaltes von dem *tatsächlichen* Kausalablaufe erhellt⁸⁹⁶ in allen jenen Fällen, wo etwas als gewollt betrachtet werden muß, ohne daß der einer Vorstellung⁸⁹⁷ entsprechende äußere Erfolg kausal durch die eigene Bewegung herbeigeführt wurde.

|118 |Dies zeigt sich besonders bei jenen Unterlassungen, die zugleich mit den nicht verhinderten Erfolgen als gewollt betrachtet werden. Der Erfolg, dessen Verhinderung unterlassen wurde, kann nicht als kausale Folge der Unterlassung betrachtet werden. In der Welt des tatsächlichen Geschehens kann ein *Nichts* nicht Ursache von Etwas, nämlich einer Veränderung sein. Es hieße den Begriff der Ursache ins Ungeheure erweitern, wollte man den Nichteintritt möglicher Verhinderungen zur Ursache rechnen. In der Welt des von dem Kausalgesetz beherrschten wirklichen Geschehens gibt es aber keine Möglichkeiten, sondern nur Wirklichkeiten. Ist etwas nicht erfolgt, konnte es überhaupt nicht erfolgen, war es niemals möglich und schien nur unzulänglicher⁸⁹⁸ Voraussicht so. Niemand wird aber bezweifeln, daß das Nichteintreten unmöglicher Hindernisse nicht als Ursache gelten kann¹⁾.

²⁾ Vgl. *Sigwart*, a. a. O. S. 185.⁸⁹⁴

³⁾ a. a. O. S. 177.⁸⁹⁵

|118 |¹⁾ Vgl. damit übereinstimmend *Radbruch* a. a. O. S. 132.^{899, 900}

⁸⁹³ «gegeben ist. Der»] A₁ «gegeben sein muß, damit von einem Wollen, und nicht bloß von einem Wünschen die Rede sein könne. Der»; A₂ «gegeben ist. Der».

⁸⁹⁴ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 185.

⁸⁹⁵ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 177.

⁸⁹⁶ «erhellt»] A «zeigt sich»; F* «erhellt».

⁸⁹⁷ «der einer Vorstellung»] A «der der Vorstellung»; F* «der einer Vorstellung».

⁸⁹⁸ «unzulänglicher»] A₁ «ungenauen»; A₂ «unzulänglicher».

⁸⁹⁹ *Radbruch*, Handlungsbegriff (Anm. 881), S. 132.

⁹⁰⁰ «S. 132.»] A₁ «S. 132. Dagegen *Sigwart* aaO. 190.»; A₂ «S. 132.».

Wenn⁹⁰¹ dagegen Sigwart^{902 2)} die bewußt gewollte Unterlassung des Menschen als⁹⁰⁴ kausal nach außen wirkend gelten lassen will und den bei gewollter Unterlassung der Verhinderung eingetretenen Erfolg nicht nur als gewollt, sondern auch

2) a. a. O. S. 190.⁹⁰³

⁹⁰¹ «kann. [Wenn]»] A₁ «kann. Wenn nun ein vorhergesehener Erfolg als gewollt gelten muß, den man nicht verhindert, indem man einen Trieb zur Verhinderung unterdrückt, so ist dieser Erfolg nicht etwa darum gewollt, weil er als *kausale Folge* der als Mittel zu einem anderen Zwecke gewollten Unterlassung vorgestellt ist. Vielmehr beruht das physische Moment, das den bei der Unterlassung als notwendig eintretenden vorgestellten Erfolg gewollt erscheinen läßt in dem Bewußtsein zu erblicken, daß mit der von mir gewollten Unterlassung der Eintritt des vorhergesehenen Erfolges notwendig verbunden ist. Diese notwendige Verbindung ist dadurch keineswegs eine kausale. [Denn es können zwei Tatsachen miteinander notwendig verbunden sein, ohne einem Kausalnexus zu folgen. Das Gesetz der Undurchdringlichkeit der Materie lehrt, daß wo ein Körper sich befindet, kein anderer sein kann. Der Körper A kann somit an einem bestimmten Orte nur sein, wenn der Körper B nicht an demselben Orte ist. Die Stellung des Körpers A ist daher notwendig verbunden mit einer andern Stellung von B. Die Stellung As ist nicht Ursache oder Wirkung der Stellung Bs, vielmehr ist die Stellung Bs *conditio sine qua non* der Stellung A.s] Ganz so wenn ein Ereignis voraussichtlich nur dann eintritt, wenn nicht ein anderes eintritt. Der Nichteintritt des einen ist nicht Ursache des Eintritts des anderen – Ursache und Wirkung können nur positive Vorgänge sein – dennoch ist der Nichteintritt des einen eine *conditio sine qua non* für den Eintritt des anderen. [Will man nun irgend einen Zweck, so muß man alle Mittel wollen. Zu den Mitteln eines Zweckes gehören aber nicht nur die kausalen – Ursachen desselben, sondern alles was mit demselben als *conditio sine qua non* – verbunden ist, ohne das der Zweck nicht erreicht werden kann. Ebenso wie der Begriff des Mittels schon darum ein weiterer ist als der der Ursache – da ja auch ein [ein Wort unlesbar] Mittel – nie als Ursache sein kann – so ist auch der des Zweckes nur weiter als der der Folge, denn Zweck kann der Nichteintritt eines Ereignisses sein – was niemals Folge sein kann. [Die Unterlassung des Verhinderns eines vorhergesehenen Erfolges ist daher keineswegs Ursache des Erfolges. Doch ist der Eintritt des Erfolges und die Unterlassung der Verhinderung miteinander insofern notwendig verbunden, als das erstere ohne das letztere nicht sein kann. Die Unterlassung *conditio sine qua non* für den Erfolg ist. Wer den Erfolg will muß die Unterlassung wollen. Aber auch umgekehrt: Wer die Unterlassung – etwa zu einem andern Zwecke als den betr. Erfolg – [will] der muß auch den mit der Unterlassung als notwendig verbundenen vorausgesehenen Erfolg mitwollen. Denn der verfolgte Zweck ist in diesem Falle nicht nur ohne das Unterlassen, sondern auch ohne den nicht verhinderten Erfolg nicht zu erreichen. – [Die Inkongruenz der Begriffe Mittel u Zweck einer- Ursache u Folge andererseits zeigt sich auch darin, daß Mittel sowohl Ursache als Folge eines Zweckes sein kann. Wer anatomische Untersuchungen zu machen ein[em] lebenden Hund den Magen exstirpieren will, der will sowohl alle bis zur Realisierung des Zweckes vorhergesehenen notwendigen kausalen Zwischenglieder etwa den Druck des Messers der zur Trennung der Gewebe führt ec. die sich als *Ursache* des Zweckes darstellen, er will aber auch alle vorhergesehenen Folgen des realisierten Zweckes z B. den Tod des Hundes, der ohne Magen nicht leben kann. Beides – sowohl Ursache wie Folgen im kausalen Sinne sind ihm *Mittel* zum Zwecke. Der Tod des Hundes als Folge seines Zweckes, nicht nicht weniger wie die Trennung des Gewebes, die Ursache für seinen Zweck sind. [Für die durchaus teleologische Betrachtung, des in die Zukunft gerichteten, *Zweck* verfolgenden Willens ist der kausale Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. Daher ist es für die Frage nach dem Willensinhalte gleichgültig, ob das mit dem Zwecke mitgewollte Mittel, sich als Ursache oder Folge oder in irgend einem anderen Verhältnisse notwendiger Verbindung zu dem vorgestellten Zwecke verhält. – [Wenn]; A₂ «kann. [Wenn]».

⁹⁰² «Wenn dagegen Sigwart»] A₁ «Wenn Sigwart»; A₂ «Wenn dagegen Sigwart».

⁹⁰³ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 190 f.

⁹⁰⁴ «Unterlassung des Menschen als»] A₁ «Unterlassung als»; A₂ «Unterlassung des Menschen als».

als kausal bewirkt⁹⁰⁵ bezeichnet, scheint er selbst die von ihm so scharfsinnig hervorgehobene Unterscheidung von wollen und verursachen zu vergessen. Sigwart sagt, daß man gewollt haben kann, was man nicht verursacht hat, und behauptet³⁾ vom Maschinisten, der Dampf in die Lokomotive eingeleitet⁹⁰⁷ hat und nun selbst untätig die Maschine arbeiten läßt⁹⁰⁸, daß er die Bewegung der Maschine wolle *und bewirke*, wenn er etwa am Ziele es mit Bewußtsein *unterlasse*, die Maschine zum Stehen zu bringen! Und wenn Sigwart sagt: „Der Steuermann eines Dampfers, dem ein Segelschiff in den Weg kommt und der mit Bewußtsein unterläßt auszuweichen, wird mit Recht als derjenige bezeichnet, der den Zusammenstoß und seine Folgen verschuldet hat, obgleich für die mechanische Betrachtung er nichts getan hat und die Gewalt des Zusammenstoßes Folge der Dampfkraft ist, die Begegnung der Schiffe überhaupt aber zufällig, der Lauf eines jeden durch weit auseinander laufende Ursachen bestimmt war“⁹⁰⁹ – dann kann ihm der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß ihm eine spezifisch ethische Betrachtung, die den Steuermann „mit Recht“ als denjenigen bezeichnet, der den Zusammenstoß „verschuldet“ hat, den Blick trübt. Der Steuermann mag den Zusammenstoß *gewollt*, er mag ihn auch verschuldet, er kann ihn aber niemals verursacht haben – solange er *nichts* getan hat. Für die „mechanische Betrachtung“ – und das ist die

| 119 des kausalen Zusammen|hanges – ist das Verhalten des Steuermannes ein Nichts, also auch keine Ursache. Man kann wollen, sich einen Zweck setzen und einen Zweck erreichen, ohne ihn zu verursachen.

Der Begriff einer negativen Ursache (Bewirken durch Unterlassen), der⁹¹⁰ hier auf das entschiedenste zurückgewiesen wird, ist sicherlich, wie das Sigwartsche Beispiel zeigt, zum großen Teil auf die Verquickung der explikativen mit der normativen Betrachtung zurückzuführen. Dafür spricht schon die Tatsache, daß es vornehmlich *Juristen* und zwar Kriminalisten sind⁹¹¹, die auf alle mögliche und unmögliche Weise bemüht sind, ein kausales Bewirken durch Unterlassen zu beweisen⁹¹², so *Feuerbach, Krug, Luden, Glaser, Merkel, Bar, Buri, Binding*⁹¹³ und

3) a. a. O. S. 192.⁹⁰⁶

⁹⁰⁵ «als kausal bewirkt»] A₁ «als bewirkt»; A₂ «als kausal bewirkt».

⁹⁰⁶ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 192.

⁹⁰⁷ «eingeleitet»] A «eingelassen»; F* «eingeleitet».

⁹⁰⁸ «läßt»] A «lasse»; F* «läßt».

⁹⁰⁹ Sigwart, Wollen (Anm. 823), S. 193 f. – Fundstellenangabe Kelsens in A vorhanden.

⁹¹⁰ «Ursache (Bewirken durch Unterlassen), der»] A₁ «Ursache, der»; A₂ «Ursache (Bewirken durch Unterlassen), der».

⁹¹¹ «*Juristen* und zwar Kriminalisten sind»] A₁ «*Juristen* sind»; A₂ «*Juristen* und zwar Kriminalisten sind».

⁹¹² «beweisen»] A₁ «konstruieren»; A₂ «beweisen».

⁹¹³ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775–1833); August Otto Krug (1805–1867); Heinrich Luden (1810–1880); Julius Anton Glaser (1831–1885); Adolf Merkel (1836–1896); Carl Ludwig von Bar (1836–1913); Maximilian Georg Wilhelm von Buri (1825–1902); Karl Lorenz Binding (1841–1920).

viele Neuere. Der schwere Irrtum⁹¹⁴, daß alle *Zurechnung* durch einen Kausalnexus⁹¹⁵ hergestellt werde, zwingt natürlich zu den abenteuerlichsten Konstruktionen. Deutlich zeigt sich diese für den Stand der wissenschaftlichen Jurisprudenz tief beschämende Methodenlosigkeit bei jenen Autoren¹⁾, welche die Lehre vertreten, eine Unterlassung *wirke* dann kausal, wenn man zur Ausübung der unterlassenen Handlung verpflichtet sei!²⁾⁹¹⁷ Kann die mangelnde Erkenntnis des pri-

¹⁾ Z. B. v. Rohland, Die Kausallehre des Strafrechtes. 1903 S. 41.⁹¹⁶ „nur insoweit eine *Rechtspflicht* besteht, auf Grund deren ein Handeln erwartet werden durfte, z. B. wegen vorhandener Amts- oder Berufspflicht, ist die Unterlassung kausal.“

²⁾ Vgl. darüber sowie über die ganze Lehre vom „Bewirken durch Unterlassen“: Horn, Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht. 1893. S. 68 ff.⁹¹⁸ Die Kausalität der Unterlassung verwirft auch auf⁹¹⁹ das entschiedenste: Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904. S. 61 ff.⁹²⁰ Treffend bemerkt dieser a. a. O. S. 63,⁹²¹ daß der vulgäre Sprachgebrauch, der unter Umständen das Ausbleiben eines Ereignisses kausal für einen bestimmten Erfolg nennt, wenn⁹²² man z. B. sagt, daß das Ausbleiben des Regens das Verdorren des Grases verursacht habe, „ungenau, ja streng genommen völlig falsch ist.“ „Denn das Nichtregnen, ein nicht stattgehabtes Ereignis, d. h. ein ‚Nichts‘ kann nicht zu den Faktoren gerechnet werden, die den Erfolg, das Verdorren des Grases, herbeigeführt haben. Ursache einer Veränderung sind die den Dingen (Substanzen) innewohnenden Kräfte in ihren zeitlich-räumlichen Relationen. Das Nichtregnen ist weder eine den Dingen innewohnende Kraft, noch stellt es als⁹²³ ein nicht existierendes Etwas eine zeitlich-räumliche Relation von Kräften her. Eine solche Relation hat vielmehr ein andres wirklich eintretendes Ereignis hergestellt, z. B. der während längerer Zeit wehende Ostwind, der die Wolken verjagte und es erst ermöglichte, daß die Sonnenstrahlen ihre volle Kraft entfalten konnten. Dieses positive reale Ereignis ist also einer der Faktoren für den eingetretenen Erfolg, nicht aber ein nicht existierendes Etwas, eine negative Kraft, wie man auch das Ausbleiben von derartigen Ereignissen genannt hat; denn negative Kraft⁹²⁴ kennt die Wirklichkeit ebenso wenig, wie sie Minus-Größen kennt, nur positive Größen und positive Kräfte existieren. Das alles erscheint so selbstverständlich, daß es schwer begreiflich ist, wie es je | verkannt werden konnte.“⁹²⁵ Es ist Träger durchaus beizupflichten, wenn er nicht nur für das Gebiet des rein physischen Geschehens, sondern auch im Bereiche menschlichen Handelns das Unterbleiben eines Ereignisses resp. die Unterlassung einer Handlung nicht als Ursache eines Erfolges gelten⁹²⁶ läßt. Allein es kann ihm nicht mehr zugestimmt werden, wenn er als „unbestrittene und

| 119

| 120

⁹¹⁴ «Der schwere Irrtum»] A₁ «Der Irrtum»; A₂ «Der schwere Irrtum».

⁹¹⁵ «durch einen Kausalnexus»] A₁ «durch Kausalnexus»; A₂ «durch einen Kausalnexus».

⁹¹⁶ Woldemar von Rohland, Die Kausallehre des Strafrechtes. Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre, Leipzig 1903, S. 41 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹¹⁷ Anmerkung in A₂ eingefügt.

⁹¹⁸ Richard Horn, Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrechte. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, Leipzig 1893, S. 68–91.

⁹¹⁹ «verwirft auch auf»] A₁ «verwirft auf»; A₂ «verwirft auch auf».

⁹²⁰ Ludwig Träger, Der Kausalitätsbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904, S. 61–73.

⁹²¹ Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 63.

⁹²² «nennt, wenn»] A₁ «nennt, „ungenau, ja streng genommen völlig falsch ist“ wenn»; A₂ «nennt, wenn».

⁹²³ «es als»] A₁ «es sich als»; A₂ «es als».

⁹²⁴ «Kraft»] Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 64: «Kräfte» – Kelsens Angabe in A korrekt.

⁹²⁵ Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 63 f.

⁹²⁶ «Ursache eines Erfolges gelten»] A₁ «Ursache gelten»; A₂ «Ursache eines Erfolges gelten».

IV
und 19 k)

92

Echtheit bei einem Vertrauen abhängig die Erben reiner.
 henden, p. Stellungs ein Veränderung ein Widerstand
Konflikt, aber nur eine Art Wahrung der Interessen
von Verwandten erfolgt par! + der man den nach der Erben
geben den Interessen der Interessen der Interessen
Interessen der Interessen der Interessen der Interessen
Interessen der Interessen der Interessen der Interessen

+ J. v. Bohland, Die Kausaltheorie des Strafgesetzes. Gießen, Der Stamm-
1903 741 " nur interim nur Null gleich besteht
darin den ein Grund den Interessen der Interessen
z. B. man erwartet den Interessen der Interessen
in Interessen der Interessen der Interessen

Strafgeset. 1903
764 k, F

Seite aus dem Autographen (2194-21911; 2221-2222)

unbestreitbare Tatsache“ hinstellt, „daß auch dann jemand für einen Erfolg kausal gewesen ist, wenn er die Wirksamkeit einer Bedingung, die das Eintreten eines Erfolges aller *Voraussicht* nach verhindert haben *würde*, paralyisiert hat.“⁹²⁷ Als Beispiele führt er an: „A. hat Feuer an eine Scheune gelegt und sich dann entfernt; der plötzlich auftretende Regen würde das Feuer, ehe es Schaden angestiftet hat, sicherlich löschen, wenn nicht der des Weges daher kommende B. seinen Regenschirm über⁹²⁸ das Feuer gespannt und so den Regen abgehalten hätte⁹²⁹. B.s *Handeln* ist kausal für die Einäscherung der Scheune.“⁹³⁰ „Das Gleiche gilt, wenn die beabsichtigte Tätigkeit eines hilfsbereiten Menschen vereitelt wird. Zum Beispiel A. will dem ertrinkenden X. den Rettungsball zuwerfen, B. hindert ihn an der Ausführung des Vorhabens. B.s Handlung ist gleichfalls kausal für den Tod des X.“⁹³¹ Allein weder die Tätigkeit des den Regen vom Feuer abhaltenden B. noch diejenige des den hilfsbereiten A. verhindernden B. liegt in einer Kausalreihe, die zu dem fraglichen Erfolge führt. Hier muß man sich vergegenwärtigen, daß jeder Erfolg nur durch das Zusammentreffen mehrerer Kausalreihen entsteht. Zu dem durch einen herabfallenden Ziegelstein herbeigeführten Tod eines Menschen laufen zwei Kausalreihen, die von einander unabhängig sind: die⁹³² eine, die den Menschen⁹³³ zu jener Zeit an den bestimmten Ort führt, und die andere, die den Ziegelstein loslöst und herabfallen läßt. Wer die Stauvorrichtung öffnet, so daß der zurückgehaltene Bach sich in das Bett ergießt, in dem Kinder spielten, verursacht das Ertrinken der Kinder, denn sein Verhalten liegt in einer Kausalreihe, die sich mit jener andern trifft, die zu dem Druck des Wassers gegen die Hemmvorrichtung führt; durch die Vereinigung beider entsteht dann erst die Wirkung, zu deren weiteren Folgen der Tod der Kinder gehört. Das Wegräumen einer Hemmung gehört wohl zu den Ursachen der nunmehr *tatsächlich* abrollenden⁹³⁴ Reihe von Wirkungen. Nicht aber die Schaffung einer Hemmung oder das Verhindern einer Hemmung, das Paralisieren eines Vorganges, der das Eintreten eines Erfolges möglicherweise verhindert *hätte*. Denn die Tätigkeit des B., der den A. verhindert, den ertrinkenden X. zu retten, liegt in einer Kausalreihe, die in keiner Weise sich mit jener berührt, die zu dem Tode des X. führt, kann daher nicht als eine der Ursachen⁹³⁵ für den Tod des X. gelten. Die Kausalreihe, welche *vielleicht* in jene andere *hätte* münden können, die zum Tode des X. führt, jene Reihe, in welcher der Rettungsentschluß des A. liegt, wird ja durch die Tätigkeit des B. abgebrochen, richtiger: abgelenkt; für die kausale Betrachtung kommt nur das tatsächlich Geschehene, nicht aber dasjenige in Rechnung, was *vielleicht hätte geschehen* können. Nur die übermächtige Vorstellung, daß der B. an dem Tode des X. „*schuld*“ ist, drängt den Juristen zu der Annahme, daß er auch Ursache sei, läßt ihn die normative Zurechnung⁹³⁶ mit der explikativen Kausalität verquicken. Eine lediglich nach der Kausalität orientierte Betrachtung des Geschehens, die frei ist von aller normativen Tendenz, die keine Schuld und keine Zurechnung kennt, die freilich gerade menschlichen Handlungen gegenüber nur sehr schwer konsequent durchzuführen ist, kann niemals das Verhalten des B. zu den Ursachen des Todes des X. rechnen. | Diese ganze Kausalkette, in deren Ablauf die Tätigkeit des B. liegt, die zur Folge hat, daß A. (statt den Rettungsball zu werfen, wie er sich ursprünglich vorgenommen hat, was, weil nicht zur Ausführung gelangt, für die kausale Betrachtung überhaupt nicht existiert) in die Kajüte hinunter geht (etwa weil er das untätige Zusehen beim Ertrinken des X. vermeiden will), ist im Verhältnis zu dem Erfolge: Tod des X. kausal ebensowenig in Beziehung zu bringen, wie ein Vorgang auf der anderen Hälfte der Weltkugel. Es sind zwei einander nicht berührende Kausalreihen.

| 121

⁹²⁷ Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 64 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹²⁸ «seinen Regenschirm über»] A «seinen Regenschirm über»; F* «seinen Regenschirm über».

⁹²⁹ «hätte»] A «hatte»; F* «hätte».

⁹³⁰ Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 64 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹³¹ Träger, Kausalitätsbegriff (Anm. 920), S. 65.

⁹³² «Kausalreihen, die von einander unabhängig sind: die»] A₁ «Kausalreihen: die»; A₂ «Kausalreihen die von einander unabhängig sind: die».

⁹³³ «den Menschen»] A «den betr[effenden] Menschen»; F* «den Menschen».

⁹³⁴ «nunmehr *tatsächlich* abrollenden»] A₁ «nunmehr abrollenden»; A₂ «nunmehr *tatsächlich* abrollenden».

⁹³⁵ «als eine der Ursachen»] A₁ «als Ursache»; A₂ «als eine der Ursachen».

⁹³⁶ «ihn die normative Zurechnung»] A₁ «ihn Zurechnung»; A₂ «ihn die normative Zurechnung».

| 120 mitiven | Unterschiedes zwischen⁹³⁹ Sein und Sollen, explikativer und normativer Betrachtung noch unverhüllter zu Tage treten?⁹⁴⁰

So reizvoll es wäre, hier dem Kausalbegriffe im Rechte nachzugehen, insbesondere aber die seltsamen Trübungen zu untersuchen, die dieser Begriff rein explikativer Struktur durch die normative Betrachtung der Jurisprudenz erfahren hat, so muß dennoch auf solches Unternehmen, das nicht in unmittelbarer Relation zu⁹³⁷ den Zielen dieser Arbeit steht, verzichtet werden. Auch ist an Schriften über die Kausalität in den verschiedenen Rechtsgebieten wahrhaftig kein Mangel. (Man vergleiche die gründliche Arbeit *Trägers*, die einen guten Überblick über den Stand der Literatur gewährt.) Nur der folgenden ganz allgemeinen Bemerkung sei noch Raum gewährt. Es scheint, als ob die mangelnde Unterscheidung zwischen normativer und explikativer Methode manche Juristen angesichts der Tatsache, daß die Zurechnung keineswegs immer zwei kausal verbundene Elemente verknüpft, dazu veranlaßte, für die Rechtswissenschaft eine besondere Art von Kausalität zu adaptieren, eine spezifisch juristische Kausalität, die von der in den erklärenden Wissenschaften üblichen verschieden ist, dafür aber den Zwecken der normativen Rechtswissenschaft entspricht, d. h. mit der Zurechnung zusammenfällt. Als typisches Beispiel für diese Art von Argumentation, die natürlich aller wissenschaftlichen Methode ins Gesicht schlägt, diene, was *Horn* a. a. O. S. VII⁹³⁸ in seinem die Problemstellung fixierenden Vorworte sagt. Er fragt erst, was heißt Kausalität im Sinne der Philosophie und wirft dann die zweite Frage auf: „Was heißt Kausalzusammenhang im Sinne des Rechtes?“ Ja, er hält es ernstlich für möglich, daß für die Rechtswissenschaft ein anderer Kausalbegriff Geltung habe, als für die „Philosophie“, daß die Rechtswissenschaft etwas anderes an Stelle des von der Philosophie übernommenen Begriffes des Kausalzusammenhanges zu setzen weiß! Und tatsächlich gelangt *Horn* für das Recht zu einem Begriffe „subjektiver“ Kausalität, dessen wahre, akasale Natur sich sofort verrät, da er diese subjektive Kausalität in Klammer auch als „Verantwortlichkeit“ bezeichnet, was natürlich nur ein anderes Wort für „Zurechnung“ ist. Daß aber Kausalität und Zurechnung zwei prinzipiell verschiedene Verbindungsarten zwischen den Elementen bedeuten, geht aus den oben durchgeführten Untersuchungen zur Genüge hervor.

⁹³⁷ «nicht in unmittelbarer Relation zu»] A₁ «nicht unmittelbar zu»; A₂ «nicht in unmittelbarer Relation zu».

⁹³⁸ *Horn*, Causalitätsbegriff (Anm. 918), S. VII.

⁹³⁹ «Erkenntnis des primitiven Unterschiedes zwischen»] A₁ «Erkenntnis zwischen»; A₂ «Erkenntnis des primitiven Unterschiedes zwischen».

⁹⁴⁰ «Wenn dagegen Sigwart ... unverhüllter zu Tage treten?» (2171–2222)] zwei Absätze in A₂ eingefügt.

Der Wille im Privat- und Strafrecht.

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

Dem psychologischen Willensbegriffe gegenüber fällt zunächst der Umstand ins Auge, daß für das Rechtsgebiet niemals eine *Vor|stellung* als Gegenstand des „Willens“ in Betracht kommt, sondern äußere Vorgänge, Tatbestände.

|122

Denn worauf es in der Jurisprudenz ankommt, ist die Verknüpfung *äußerer Tatbestände* mit den Subjekten. Nur ob ein äußerer Tatbestand vom Subjekte „gewollt“ oder nicht „gewollt“ wird, ist in der Rechtswissenschaft die Frage. Liegt kein solcher äußerer Tatbestand vor, hat der Jurist weder eine Veranlassung noch überhaupt eine Möglichkeit mit seinem Willensbegriffe in Aktion zu treten, da dieser Begriff für den Juristen gar keinen anderen Zweck hat, als eine spezifische Verknüpfung zwischen dem *Subjekte* (im Sinne von „Person“ und nicht von „Mensch“) und Vorgängen⁹⁴¹ der *Außenwelt* herzustellen. Soweit es sich um rein innerliche in der Seele des *Menschen* ablaufende Prozesse ohne Rücksicht auf äußere Tatbestände handelt, liegt ausschließlich die Domäne der Psychologie vor, deren Gegenstand der Mensch ist, während die Jurisprudenz es mit *Personen* zu tun hat.⁹⁴²

Nun hat sich gezeigt, daß äußere Vorgänge niemals als Inhalt der mit „Wille“ bezeichneten *psychischen Tatsache*, d. h. im psychologischen Sinne des Wortes als gewollt gelten⁹⁴³ können; – sofern man überhaupt eine Beziehung zwischen dem rein innerlichen Willensvorgänge und äußeren Tatbeständen herstellen zu müssen glaubt, können solche Tatbestände der körperlichen Außenwelt nur als durch den Willen⁹⁴⁴ und die von diesem ausgelöste Körperbewegung *bewirkt* gelten, wobei nicht vergessen werden darf, daß diese tatsächliche Kausalwirkung nach außen für die Beurteilung des innern *psychischen* Willensphänomens ohne Bedeutung ist. Es läge nun nahe, anzunehmen, daß rechtlich gewollt identisch sei mit dem, was wir

⁹⁴¹ «*Subjekte ... Vorgängen*»] A₁ «*Subjekte und Vorgänge*»; A₂ «*Subjekte ... Vorgängen*».

⁹⁴² «Denn worauf es ... zu tun hat.»] Absatz in A₂ eingefügt.

⁹⁴³ «*Tatsache*, d. h. im psychologischen Sinne des Wortes als gewollt gelten»] A₁ «*Tatsache*, gelten»; A₂ «*Tatsache*, d. h. als gewollt gelten»; A₃ «*Tatsache*, d. h. im psychologischen Sinne des Wortes als gewollt gelten».

⁹⁴⁴ «durch den Willen»] A₁ «durch die physischen Parallelerscheinungen des Willens»; A₂ «durch den Willen».

als durch den Willen bewirkt erkannt haben; allein auch diese Annahme ist – wie sich später zeigen wird⁹⁴⁵ – unzulässig.

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

Wendet man sich zunächst dem Privatrechte zu, fällt einem sogleich der Unterschied auf, der zwischen dem, was rechtlich als *Willensfähigkeit* zu gelten hat und dem, was psychologisch die Fähigkeit, zu wollen bedeutet, besteht. Ohne hier auf das letzten Endes in die Natur des Persönlichkeitsbegriffes mündende Problem – das ja ein für das ganze Rechtsgebiet gemeinsames ist – einzugehen, sei lediglich festgelegt, daß es, die Identität des Willensbegriffes im | psychologischen und juristischen Sinne vorausgesetzt, schlechterdings unbegreiflich bliebe, wie die Fähigkeit, zu „wollen“, für das Rechtsgebiet nach anderen als rein psychologischen Kriterien beurteilt werden dürfte.

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

Gleich jetzt muß konstatiert werden, daß sich in neuerer Zeit innerhalb der zivilistischen Literatur eine auffallende Opposition gegen das herrschende Willensdogma bemerkbar gemacht hat. Von den verschiedensten Voraussetzungen aus und mit den verschiedensten Argumenten wurden Bedenken gegen die Richtigkeit des oben dargestellten Grundsatzes vorgebracht, die bei den einzelnen Autoren zu⁹⁴⁸ einer mehr oder weniger weitgehenden Einschränkung seiner Geltung führen. Es fällt nicht in den Rahmen dieser Arbeit, auf die einzelnen gegen das Willensdogma gerichteten Theorien einzugehen. Es genügt festzustellen, daß das

| 123 ¹⁾ Windscheid, Pandekten I. 9. Aufl. S. 310/311.⁹⁴⁶

²⁾ Windscheid, Wille und Willenserklärung. Leipzig 1878 S. 8.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ Vgl. unten S. 233, 259f.

⁹⁴⁶ Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, hrsg. von Theodor Kipp, S. 310f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁴⁷ Bernhard Windscheid, Wille und Willenserklärung. Eine Studie, Leipzig 1878, S. 3 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt; Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁴⁸ «gegen ... Autoren zu»] A₁ «gegen den oben dargestellten Grundsatz vorgebracht, die zu»; A₂ «gegen ... Autoren zu».

Gemeinsame derselben, wie *Windscheid*⁹⁴⁹ sagt³⁾, darin liegt, daß sie auch der den wirklichen Willen *nicht* ausdrückenden Willenserklärung für gewisse Fälle rechtliche Wirkung beilegen, also mehr oder weniger die rechtliche Wirkung der Erklärung von der Existenz eines realpsychischen *Wollens* der Wirkung emanzipieren, und es ist nötig, auf die merkwürdige Parallelität hinzuweisen, in der sich diese Opposition gegen das zivilistische Willensdogma zu einer Strömung bewegt, die wider ein im Bereiche des *Strafrechtes* herrschendes Willensdogma gerichtet ist. Wenn hier zu zeigen versucht werden wird, daß der „Wille“, der in dem zivilistischen Willensdogma erscheint, soferne dieses Dogma überhaupt in irgend einem Umfange Sinn und Berechtigung haben soll – und daß es dies hat, wird hier⁹⁵¹ vorausgesetzt, – etwas wesentlich anderes bedeutet, als die Psychologie mit diesem Worte besagt, so findet dieses Bemühen das stärkste Entgegenkommen gerade bei dem Hauptvertreter des Willensdogmas; freilich unbeabsichtigt, denn *Windscheid* ist weit entfernt davon, unter seinem Willen etwas vom psychologischen Willen Wesensverschiedenes zu verstehen. Dennoch sagt er ausdrücklich¹⁾: „Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen, weil seine Qualität ihm nicht genügt.“ Nun ist psychologisch ein Wollen anders denn als innerer Seelenzustand nicht denkbar, und die einzige mögliche Konsequenz der eben zitierten, völlig zutreffenden Behauptungen *Windscheids* wäre offenbar die, daß der „Wille“ der Juristen seinem Wesen, d. h. seiner methodischen Struktur nach etwas ganz anderes sein muß, als eben jener innere Seelenzustand, der einzig als psychologischer Wille gelten kann und von dem *Windscheid* mit Recht behauptet, daß er dem Rechte gleichgültig sei. Allein *Windscheid* zieht keineswegs diese Konsequenz! Vielmehr läßt er sich, weil er die prinzipielle Verschiedenheit zwischen juristischer und psychologischer Methode über-

| 124

³⁾ Wille und Willenserklärung S. 4; vgl. auch Pandekten I S. 311 ff.⁹⁵⁰

¹⁾ Wille und Willenserklärung S. 7.⁹⁵²

| 124

⁹⁴⁹ Bernhard (Joseph Hubert) *Windscheid* (1817–1892), der wohl wirkmächtigste Privatrechtslehrer seiner Zeit; 1840 in Bonn habilitiert, dort 1847 auch a.o. Professor, ging er ab 1847 als Professor nach Basel, ab 1852 nach Greifswald, ab 1857 nach München, ab 1871 nach Heidelberg und zuletzt 1874–1892 nach Leipzig. Er war 1874–1883 an der Abfassung eines Entwurfes für das BGB beteiligt. *Windscheid* gilt als der bedeutendste Protagonist der sog. Begriffsjurisprudenz. Wichtige Werke: *Die Actio des römischen Civilrechts*, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856; *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bde., Düsseldorf 1862–1870 (9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906).

⁹⁵⁰ *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 4; *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 312 Anm. 1a, vgl. ergänzend S. 376–389.

⁹⁵¹ «hier ... hier»] A₁ «hier versucht werden soll, daß der „Wille“ der in dem zivilistischen Willensdogma erscheint, soferne dieses Dogma überhaupt einen Sinn haben soll –, und daß einen solchen hier»; A₂ «hier zu zeigen versucht werden soll, daß der „Wille“ der in dem zivilistischen Willensdogma erscheint, soferne dieses Dogma überhaupt in irgend einem Umfange Sinn u Berechtigung haben soll –, und daß es dies hat, wird hier»; F* «hier ... hier».

⁹⁵² *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 7.

sieht, zu weiteren Behauptungen herbei, die weder psychologisch noch juristisch haltbar sind. Im Anschluß an das oben Zitierte sagt er: „Die Willensbewegung, welche im Innern beschlossen bleibt, ist eine unfertige; sie ist eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen wird.“⁹⁵³ Das ist psychologisch falsch, denn wenn das Wollen ein *innerer* Seelenvorgang ist, dann bedarf es zu seiner Vervollständigung keines äußeren Aktes. Der Willensakt ist fertig, schon bevor er eine Wirkung in der Außenwelt herbeigeführt hat, er ist auch ohne eine solche Wirkung möglich. Und⁹⁵⁴ was soll es bedeuten, daß dieser im Innern beschlossene, nicht nach außen getretene Willensakt eine Welle sei, die von der nächsten Welle verschlungen wird? Daß etwas einmal *gewollt* wurde, ist durch einen folgenden, inhaltlich entgegengesetzten Willensakt nicht aus der Welt zu schaffen, ebenso wenig wie etwas äußerlich Geschehenes ungeschehen gemacht werden kann. Was soll es bedeuten, wenn *Windscheid* fortfährt: „An solche Willensbewegung knüpft das Recht Folgen nicht an; es knüpft Folgen nur an die aus der Person hinausgesetzte, die der Außenwelt hingegebene Willensbewegung.“⁹⁵⁵ Es geht doch nicht an, die durch den psychischen und als solchen auf das Innere beschränkten Willensakt *verursachte* Körperbewegung als Wille aufzufassen, oder, wie *Windscheid* in seiner nicht sehr⁹⁵⁶ eindeutigen Terminologie versucht, die Muskelkontraktion und deren kausale Folgen in der Außenwelt zugleich mit dem inner-psychischen Akte als „Willensbewegung“ in | einen Begriff zusammenzufassen. Es ist unzulässig, die „in die Außenwelt hingegebene Willensbewegung“ in der Willenserklärung zu erblicken und diese dann geradezu als „*Wille* in seiner sinnfälligen Erscheinung“⁽¹⁾ zu bezeichnen. Der Wille als rein psychischer Vorgang hat keine sinnfällige Erscheinung und der Wille ist somit seinem Inhalt nach etwas anderes als das durch den Willen Verursachte. Wenn das Recht nicht an die im Innern des Menschen ablaufende Willensbewegung anknüpft, weil diese dem Recht unzugänglich ist, dann knüpft das Recht überhaupt nicht an einen *Willen* im psychologischen Sinne an.

Der Umstand, daß irgend ein Vorgang der *Außenwelt* unter dem doppelsinnigen Worte „Willensbewegung“ gedeckt und dadurch dessen prinzipielle Verschiedenheit von dem psychischen Willensakte verschleiert wird, enthebt *Windscheid* von der Notwendigkeit, die von der Natur des psychologischen Willens verschiedene Struktur des juristischen Willens, so wie er im Willensdogma erscheint, zu präzisieren. In welchem Sinne aber der Terminus Wille aufzufassen ist,

| 125 |¹⁾ *Windscheid* a. a. O. S. 7.⁹⁵⁷

⁹⁵³ *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 7.

⁹⁵⁴ «Aktes. ... Und»] A₁ «Aktes. Und»; A₂ «Aktes. Der Willensakt ist fertig schon bevor er seine Wirkung in der Außenwelt herbeigeführt hat er ist auch ohne eine solche Wirkung möglich. Und».

⁹⁵⁵ *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 7.

⁹⁵⁶ «seiner nicht sehr»] A₁ «seiner sehr»; A₂ «seiner nicht sehr».

⁹⁵⁷ *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 7 – Hervorhebung von Kelsen.

so wie er im Willensdogma erscheint, darauf wirft eine Bemerkung Windscheids ein markantes Streiflicht. Wo er von der „Wirklichkeit des erklärten Willens“ als einem Erfordernis des Rechtsgeschäftes spricht, sagt Windscheid²⁾: „Wenn⁹⁵⁹ jemand sagt: ich will, so wird solange *angenommen*, daß er wirklich wolle, bis aus objektiv erkennbaren Tatsachen sein Nichtwollen dargetan ist.“ Nun kann kaum durch eine andere Erklärung deutlicher einbekannt werden, daß es sich beim Willen des zivilistischen Willensdogmas um alles andere, nur nicht um einen Willen im psychologischen Sinne handelt! Denn wie könnte die *Wirklichkeit* eines realpsychischen Aktes durch das für die juristische Methode spezifische Mittel einer Präsumption festgestellt werden! Ob ein Willensakt *wirklich* vorliegt oder nicht, das kann anders als durch die Methoden der Psychologie – in diesem Falle durch Selbstbeobachtung – nicht festgestellt werden! Oder will jemand wirklich allen Ernstes glauben, daß sich psychische Tatsachen im Wege von Präsumptionen oder Fiktionen konstatieren lassen? Dieser durchaus präsumptive oder fiktive Charakter des juristischen „Willens“ bietet an sich schon einen deutlichen Fingerzeig für seine außerhalb aller Psychologie zu suchende „Wirklichkeit“.

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

| Es darf zunächst stark bezweifelt werden, ob der Wille der Parteien tatsächlich – so wie es das Willensdogma besagt – auf jene rechtlichen Wirkungen gerichtet sein muß, welche die Rechtsordnung an bestimmte Erklärungen der Partei⁹⁶⁰ anknüpft. Ohne auf den Begriff der Rechtswirkung hier näher einzugehen, möge darauf hingewiesen werden, daß die mitunter sehr komplizierten Bestimmungen der Rechtsordnung den Parteien sehr häufig gar nicht bekannt, geschweige denn von ihnen gewollt sein mögen, ohne daß dies die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge hätte. Die rechtsunkundigen Parteien wollen durch den Abschluß von Geschäften zunächst nur ein Tatsächliches und nichts Rechtliches, haben in ihrem bewußten Willen die Vorstellung von tatsächlichen und nicht rechtlichen Wirkungen⁹⁶¹, beim Kaufe z. B. die Erlangung eines Gutes und nicht die Entstehung, Veränderung oder den Untergang eines *Rechtes*, da der Wille auf Bedürfnisbefriedigung gerichtet ist und dieser das Gut nicht das Recht, die faktische, nicht die rechtliche Wirkung dient. Nur die rechtskundigen Parteien mögen mit der Vorstellung der tatsächlichen Wirkung auch die von der Rechtsordnung ausgehenden

| 126

²⁾ Pandekten I. S. 376 Anm. 1.⁹⁵⁸

⁹⁵⁸ Windscheid, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 376 Anm. 1 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁵⁹ «Streiflicht. ... „Wenn»] A₁ «Streiflicht. „Wenn»; A₂ «Streiflicht. ... „Wenn».

⁹⁶⁰ «Partei»] A₁ «Parteien»; A₂ «Partei».

⁹⁶¹ «Geschäften ... Wirkungen»] A₁ «Geschäften dh. haben in ihrem bewußten Willen die Vorstellung von tatsächlichen Wirkungen»; A₂ «Geschäften zunächst nur tatsächliches nicht rechtliches dh. haben in ihrem bewußten Willen die Vorstellung von tatsächlichen und nicht rechtlichen Wirkungen»; F* «Geschäften ... Wirkungen».

rechtlichen Wirkungen in ihrem Bewußtsein verknüpfen⁹⁶². Wenn der A dem B gegen Erhalt einer bestimmten Geldsumme deren Rückgabe nach einer bestimmten Zeit verspricht, so mag A den Erhalt der Geldsumme und deren Rückstellung nach bestimmter Zeit und B die Hingabe der Geldsumme und deren Rückerhalt als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorstellen⁹⁶³, aber eine Vorstellung von Veränderungen des Eigentumsrechtes an⁹⁶⁴ der Summe und Entstehung eines Forderungsrechtes dürfte wohl nur der juristisch Gebildete dabei zum Inhalte eines Wollens machen. Wie viele Menschen kennen wohl überhaupt den Unterschied von Eigentums- und Forderungsrecht, machen sich überhaupt eine Vorstellung von den rechtlichen Veränderungen, die beim Darlehen oder gar beim Pfandvertrag vor sich gehen, und doch können alle diese Menschen Darlehen und Pfandverträge gültig abschließen. Die gelehrten Juristen gehen zu weit, wenn sie nicht bloß, wie der „Gesetzgeber“ allgemeine Gesetzeskenntnis, sondern auch Kenntnis der Rechtsbegriffe bei jedermann präsumieren. Sollte wirklich das Arbeiterweib, das ein Hausgerät zum Pfandleiher trägt, die Hervorbringung jener überaus komplizierten rechtlichen⁹⁶⁵ Wirkung wollen müssen, welche die Rechtsordnung an diesen Vorgang knüpft, damit der Pfandvertrag gültig sei?⁹⁶⁶

Wenn jemand eine mündliche oder schriftliche Erklärung abgibt, in der er sich unter bestimmten Bedingungen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, so muß man – vom psychologischen Standpunkte aus – bei ihm zwei verschiedene Willen unterscheiden: 1. den Willen, die Worte seiner Erklärung zu sprechen, zu schreiben, die betreffenden Zeichen zu machen, konkludente Handlungen vorzunehmen (falls es sich um keine ausdrückliche, sondern eine stillschweigende Erklärung handelt); und 2. den Willen, die in der Erklärung bezeichnete Handlung oder Unterlassung in futuro vorzunehmen. Dieser zweite Wille ist es, den das juristische Willensdogma⁹⁶⁷ im Auge haben muß, wenn sein Wille die so bezeich-

⁹⁶² «Wirkungen in ihrem Bewußtsein verknüpfen»] A₁ «Wirkungen verknüpfen»; A₂ «Wirkungen in ihrer Vorstellung verknüpfen»; F* «Wirkungen in ihrem Bewußtsein verknüpfen».

⁹⁶³ «Rückerhalt als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorstellen»] A₁ «Rückerhalt vorstellen»; A₂ «Rückerhalt als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorstellen».

⁹⁶⁴ «Vorstellung von Veränderungen des Eigentumsrechtes an»] A₁ «Vorstellung von Entstehung und Untergang des Eigentums an»; A₂ «Vorstellung von Veränderungen des Eigentumsrechtes an».

⁹⁶⁵ «jener überaus komplizierten rechtlichen»] A₁ «jener rechtlichen»; A₂ «jener überaus komplizierten rechtlichen».

⁹⁶⁶ «unzulässig. ... der Pfandvertrag gültig sei?» (2242–22817)] A₁ «unzulässig. [Die Bedeutung des Willens für das Privatrecht wird in dem Grundsatz ausgesprochen, daß ein Rechtsgeschäft als nicht zustande gekommen gilt, wenn der bei denselben zum Ausdruck gelangte Wille tatsächlich nicht vorhanden war. Diesem Grundsatz wird allgemeine Geltung zugesprochen und nur ganz bestimmte Ausnahmen als zulässig erklärt. – Es bedarf keines sonderlichen Scharfsinnes, um zu erkennen, daß der Wille von dem oben zitierte[n] Grundsatz spricht, nicht der so bezeichnete Begriff der Psychologie ist. Untersucht man die Bedeutung des Willensdogmas im Einzelnen so ergibt sich kurz folgendes: [bricht ab]»; A₂ «unzulässig. ... der Pfandvertrag gültig sei?».

⁹⁶⁷ «das juristische Willensdogma»] A₁ «das Willensdogma»; A₂ «das juristische Willensdogma».

nete psychologische Tatsache ist. Dies kann jedoch keineswegs der Fall sein. Denn abgesehen davon, daß diese innere psychische Tatsache des Willens *objektiv* – und für die juristische Betrachtung könnte nur ein Objektives gegeben sein – schlechterdings unkontrollierbar ist, wird kein Jurist ernstlich daran denken, das wirkliche Vorhandensein des psychischen Willensvorganges zur Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes zu machen. Sehen wir zunächst von irgendwelchen abnormalen Verhältnissen, wie Zwang, Irrtum, geistige Umnachtung u. ä. ab und nehmen wir an, daß die Erklärung frei und mit vollem Bewußtsein ihres Inhaltes abgegeben wurde, so ist zweifellos noch immer die Möglichkeit vorhanden, daß die Vorstellung des pflichtgemäßen Verhaltens durchaus nicht Inhalt eines darauf gerichteten Wollens war. Zunächst ist möglich, daß geradezu das Gegenteil dessen gewollt ist, was tatsächlich erklärt wird! Man verspricht eine Zahlung und ist innerlich fest entschlossen, nicht zu zahlen, oder weiß, daß man wird gar nicht zahlen können! Nun hat man von jeher schon angenommen, daß eine *reservatio mentalis* das Rechtsgeschäft nicht ungültig mache. Diese Annahme bedeutet aber eklatant, daß das Willensdogma durchaus nicht auf dem Willen im psychologischen Sinne aufgebaut ist, daß das wirkliche Vorhandensein einer mit dem Streben assoziierten Vorstellung des pflichtgemäßen⁹⁶⁸ Verhaltens als eines Mittels zur Bedürfnisbefriedigung keineswegs Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ist; der Grundsatz, daß die Mentalreservation beim Rechtsgeschäfte keine Beachtung findet, wäre die vollkommenste Aufhebung des Willensdogmas, wenn es sich bei diesem wirklich um den Willen im psychologischen Sinne handelte. Natürlich geht es nicht an, die Vernachlässigung der Mentalreservation – so wie es bei den Vertretern des psychologischen Willensdogmas⁹⁶⁹ üblich ist¹⁾ – als bloße Ausnahme von der Geltung des letzteren darzustellen; denn wann sollte das Dogma von der Ungültigkeit einer ohne den entsprechenden Willen erfolgten Erklärung eigentlich mehr Geltung haben als im Falle der beabsichtigten Differenz zwischen Wille und Erklärung? Und von prinzipieller Bedeutung ist die Methode, durch die Juristen das Willensdogma auch im Falle der Mentalreservation aufrecht erhalten: der Wille wird in jenen Fällen, in denen seine Existenz zwar nicht widerlegt, aber auch nicht bewiesen ist, wie hier, obgleich sein Fehlen behauptet wird, *präsumiert*. Diese Präsumption des Willens ist aber nur der deutliche Ausdruck der Tatsache, daß es beim Willensdogma auf den wirklichen realpsychischen Vorgang nicht ankommt.

| 128

¹⁾ Vgl. *Windscheid*, Pandekten I. S. 376/79.⁹⁷⁰

| 127

⁹⁶⁸ «einer mit dem Streben assoziierten Vorstellung des pflichtgemäßen»] A₁ «einer das pflichtgemäße»; A₂ «einer mit dem Streben assoziierten Vorstellung des pflichtgemäßen».

⁹⁶⁹ «des psychologischen Willensdogmas»] A₁ «des Willensdogmas»; A₂ «des psychologischen Willensdogmas».

⁹⁷⁰ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 376–379.

Dem Falle, daß absichtlich das *Gegenteil* dessen erklärt, was wirklich gewollt wird, ist mit Rücksicht auf das Fehlen des erklärten Willens jener andere gleichzusetzen, der sich dadurch charakterisiert, daß man⁹⁷¹ zwar weiß, nicht leisten zu können und daher auch einen Willen zur Leistung nicht hat, die Leistung aber dennoch verspricht⁹⁷². Dazu kommt noch der Fall, daß man innerlich im unklaren ist über die Möglichkeit und nur eventualiter, für gewisse Fälle wirklich entschlossen ist, sich vornimmt zu leisten, die Erfüllung also nur bedingt will, die Erklärung aber unbedingt abgibt. Endlich muß aber auch in Betracht gezogen werden, daß der Erklärende wohl die Erklärung abgeben will, um irgend einen Zweck zu erreichen, bezüglich des Inhalts seiner Erklärung aber, der ihm völlig bewußt ist, noch gar keinen Willen gefaßt hat, willensmäßig indifferent bleibt! Dies wird überaus häufig der Fall sein, wenn es sich um die Verpflichtung zu künftigen Leistungen handelt; in solchen Fällen wird ein Willensakt, eine Entschlußfassung bis zum Fälligkeitmomente aufgeschoben werden, im Augenblicke der Erklärung aber jedenfalls nicht vorhanden sein.

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

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

Der ganze Charakter der zivilistischen Irrtumslehre läßt erkennen, daß es auf den Willen im psychologischen Sinne ernstlich nicht ankommt. Nach herrschender Lehre liegt ein Irrtum vor⁹⁷³, „wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß in der abgegebenen Erklärung etwas als gewollt bezeichnet ist, was er nicht will“⁽¹⁾. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn der Erklärende etwas anderes erklärt, als er tatsächlich *erklären* will. Denn, vorausgesetzt, daß ich etwas anderes

| 128 |¹⁾ Windscheid, Pandekten I. S. 284.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ «Rechtsgeschäftes ist ... daß man» (229²⁰–230³) | A₁ «Rechtsgeschäftes ist. Auch geht es nicht an die *reservatio mentalis* etwa als Ausnahme von der Geltung eines psychologischen Willensdogmas zu betrachten; sie ist vielmehr der deutliche Ausdruck für die Erkenntnis, daß der wirkliche Willensvorgang irrelevant ist.] Nun mag man möglicherweise anmerken, daß der Fall nur selten gegeben sei, daß absichtlich das Gegenteil dessen erklärt werde, was wirklich gewollt ist. Häufiger ist sicherlich der psychologisch gleichstehende Fall, daß man»; A₂ «Rechtsgeschäftes ist ... daß man».

⁹⁷² «können ... verspricht» | A₁ «können, was man verspricht»; A₂ «können, und daher auch ein[en] Willen zur Leistung nicht hat die Leistung aber dennoch verspricht».

⁹⁷³ «ankommt. Nach herrschender Lehre liegt ein Irrtum vor» | A₁ «ankomme. Ein Irrtum liegt vor»; A₂ «ankomme. Nach herrschender Lehre liegt ein Irrtum vor».

⁹⁷⁴ Windscheid, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 384.

will, als ich erkläre *und mir dieser Differenz nicht bewußt bin*⁹⁷⁵, mußte ich doch dasjenige auch *erklären wollen*, was ich als rechtliche oder tatsächliche Wirkung wollte; denn wenn ich etwas anderes erklären will, als ich als rechtliche oder tatsächliche Wirkung will, so kann mir diese Differenz beider Willensinhalte, die *Vorstellungsinhalte* sind, nicht unbewußt bleiben. Wenn ich 100 künftig donationis causa jemandem geben will und tatsächlich mündlich oder schriftlich erkläre⁹⁷⁶, 1000 geben zu wollen, so kann ich – wenn mir diese Differenz *unbewußt* sein⁹⁷⁷ soll – unmöglich diese Erklärung (1000 zu geben) wollen; denn wenn ich 100 geben will, und 1000 zu geben erklären will, so kann dies, da beides in meiner Vorstellung gegeben sein muß, nicht ohne mein Bewußtsein geschehen.

Mit dieser notwendig aus der Tatsache, daß aller Willensinhalt nur Vorstellungsinhalt sein kann, sich ergebenden Erkenntnis steht allerdings die herrschende Lehre insofern in Widerspruch, als sie die bei dem Irrtume stattfindende Willensunwirklichkeit nach zwei verschiedenen Arten scheidet¹⁾! „Entweder ist nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt, während die Erklärungshandlung selbst gewollt ist oder es ist auch die Erklärungshandlung nicht gewollt.“ Allein die erst angeführte Gruppe von Fällen ist psychologisch unmöglich⁹⁷⁹. Deutlich zeigen dies die hiefür angeführten Beispiele²⁾: „Jemand unterschreibt eine Urkunde, von deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, er bejaht eine Frage, die er falsch verstanden hat, er verwechselt eine sich vor ihm befindende Person oder eine Sache mit einer anderen.“ Während für die zweite Gruppe angeführt werden die Fälle des Versprechens, Vergreifens, Verschreibens. Bei näherem Zusehen jedoch ist psychologisch zwischen beiden Arten von Irrtümern kein wesentlicher Unterschied zu erkennen. Unterschreibt man z. B. in der Absicht, sich für 100 zu verpflichten, einen Schuldschein auf 1000 in der Meinung, daß er nur 100 enthalte, so *will* man keineswegs erklären, was man tatsächlich erklärt hat, nämlich 1000 zu zahlen, vielmehr *will* man nur erklären, was man zu erklären *glaubt*, d. h. zu erklären *sich vorstellt*, denn was man ohne *Wissen* erklärt, kann man nicht mit *Willen* erklären, da der Inhalt des Willens die Vorstellung, nicht aber die äußere Handlung ist, die durch den Willen zwar *verursacht*, aber niemals gewollt ist. Analog steht es mit den beiden anderen Beispielen, bei denen die Erklärungshandlung *angeblich* | gewollt und nur der in der Erklärungshandlung bezeichnete Willensinhalt nicht gewollt ist. Genau so wie beim Versprechen, Verschreiben usw. ist hier etwas anderes tatsächlich erklärt, als man erklären wollte. | 130

¹⁾ Windscheid, Pandekten I. S. 386.⁹⁷⁸ | 129

²⁾ Windscheid, Pandekten I. S. 386.⁹⁸⁰

⁹⁷⁵ «Differenz nicht bewußt bin»] A «Differenz unbewußt bin»; F* «Differenz nicht bewußt bin».

⁹⁷⁶ «künftig ... erkläre»] A₁ «künftig als Schenk[ung]»; A₂ «künftig ... erkläre».

⁹⁷⁷ «sein»] A₁ «bleiben»; A₂ «sein».

⁹⁷⁸ Windscheid, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 386.

⁹⁷⁹ «ist psychologisch unmöglich»] A₁ «ist unmöglich»; A₂ «ist psychologisch unmöglich».

⁹⁸⁰ Windscheid, Pandektenrecht (Anm. 946), S. 386 Anm. 2.

Auf diese unbewußte Differenz zwischen dem, was man erklären wollte, und dem, was man wirklich erklärt hat, kommt es beim Irrtum in erster Linie an. Besteht zwischen dem, was man erklärt, und dem, was man *erklären will* kein Unterschied, dann liegt überhaupt kein Irrtum vor, dann ist es aber auch ganz gleichgültig, ob das, was mit Willen erklärt⁹⁸¹ ist, auch gewollt wird, denn zwischen diesen beiden Momenten kann keine unbewußte Differenz bestehen, jede bewußte Differenz müßte aber als *reservatio mentalis* unberücksichtigt bleiben. Erklärt man aber etwas anderes, als man erklären will, besteht also zwischen Erklärungswille und Erklärung eine Differenz, dann⁹⁸² liegt ein Irrtum vor, und es bedarf keiner weiteren Frage mehr, ob auch zwischen dem, was man als rechtliche oder faktische Wirkung will, und dem, was man erklärt hat, also zwischen Geschäftswillen und Erklärung, eine Differenz besteht. Auch in der Irrtumslehre muß man sonach durchaus nicht auf jenen eigentlichen Parteiwillen zurückgehen, den das psychologische Willensdogma⁹⁸³ im Auge hat.

Von größter Bedeutung aber für die Qualifikation des Willenmomentes in der Irrtumslehre ist die Tatsache, daß keineswegs alle Irrtümer als gleichbedeutend anzusehen sind. Vielmehr wird nach herrschender Ansicht zwischen Irrtum und Irrtum unterscheiden und diese Unterscheidung wird durchaus nicht nach psychologischen, sondern nach ethisch-politischen Gesichtspunkten vorgenommen. Ob die irrtümliche Willenserklärung (die einer anderen Person gegenüber abgegebene) nichtig ist oder nicht, ob sie rechtlich als gewollt zu gelten hat oder nicht, das hängt davon ab, ob der Irrtum ein *entschuldbarer* ist. Allein psychologisch⁹⁸⁴ betrachtet, stellt sich der entschuldbare wie der unentschuldbare Irrtum in gleicher Weise dar. Wer sich auf unentschuldbarer Weise irrt, will ebensowenig erklären, was er tatsächlich erklärt hat, wie jener, der die Momente der Entschuldbarkeit für sich hat. Trotzdem gilt die Erklärung des einen rechtlich als gewollt und die des andern nicht. Aber auch im Falle des entschuldbaren Irrtums ist es für den Juristen einfach unmöglich, auf den wirklichen Willensakt zurückzugehen. Was er als „Irrtum“ berücksichtigt, sind gewisse äußere, d. h. dem Richter erkennbare Momente,

⁹⁸¹ «was mit Willen erklärt»] A₁ «was erklärt»; A₂ «was mit Willen erklärt».

⁹⁸² «will ... dann»] A₁ «will dann»; A₂ «will ... dann».

⁹⁸³ «jenen ... Willensdogma»] A₁ «jenen Willen zurückgehen, den das Willensdogma»; A₂ «jenen eigentlichen Parteiwillen Willen [sic] zurückgehen, den das psychologische Willensdogma».

⁹⁸⁴ «des Gegenteils enthalten. [...] Allein psychologisch» (23023–23222)] A₁ «des Gegenteils enthalten. Zunächst bezieht sich Zwang sowohl wie Irrtum nur auf das Verhältnis zwischen der tatsächlichen Erklärung und dem Willen zu dieser, d. h. den Willen bestimmte Worte zu sprechen, zu schreiben e. c. Ist sich jemand vollkommen dessen bewußt, was er erklärt liegt niemals ein Irrtum vor. Die für das Willensproblem maßgebende Frage, ob das vollkommen bewußt erklärte auch gewollt sei – bleibt unberührt. Denn darüber, daß jemand etwas anderes sein will als er bewußt erklärt – ist ein Irrtum gar nicht möglich. Gerade die juristische Behandlung des Irrtums bei Differenzen zwischen tatsächlicher Erklärung und Wille zur Erklärung zeigt deutlich, daß auch hier nicht auf den wirklichen psychischen Akt des Wollens zurückgegangen wird. Zunächst gilt rechtlich als nicht gewollt nur die Erklärung, die auf einem entschuldbaren Irrtum beruht. Aber psychologisch»; A₂ «des Gegenteils enthalten. [...] Allein psychologisch».

die, falls sich der Erklärende auf sie beruft, ebenso⁹⁸⁵ nur zu einer *Präsumption* des Nichtwollens führen, wie die Erklärung in andern Fällen zu einer Präsumption des Wollens eines von ihr beinhaltenen Verhaltens.

| Auch die Untersuchung der Bedeutung, die der Zwang für das Rechtsgeschäft hat, führt zu den gleichen Resultaten. Hat jemand – um nur den psychischen Zwang zu berücksichtigen – unter dem Eindruck einer gefährlichen Drohung einen Schuldschein auf 1000 unterschrieben, so ist – Irrtum ausgeschlossen – ein Wille zum Unterschreiben, zur Erklärung, 1000 zahlen zu wollen, vorhanden. Ob der Wille, die 1000 zu zahlen, auch vorhanden ist, kann zweifelhaft sein. Es kann beides eintreten: Man kann entschlossen sein, wirklich zu zahlen, man kann aber auch das Gegenteil wollen – für die rechtliche Beurteilung ist dies jedoch völlig gleichgültig! Rechtlich gewollt ist, heutiger Auffassung nach, ein solches Geschäft nicht, wenn auch psychologisch⁹⁸⁶ ein Wille zur Erklärung stets vorhanden war, ein Wille zur Leistung zumindest vorhanden sein konnte! Wenn die Römer im Gegensatz zur heutigen Anschauung den Grundsatz vertraten: *coactus, tamen voluit*⁹⁸⁷ und auch beim Zwange einen verbindlichen Willen annahmen, so hat das nicht etwa die Bedeutung, daß sie eine unrichtige oder von unserer heutigen Erkenntnis verschiedene Anschauung der psychologischen Vorgänge beim Zwange hatten; der römisch-rechtliche Grundsatz kann ebensowenig wie der modern-rechtliche irgendetwas über die psychischen Vorgänge beim Zwange aussagen, ist doch die psychologische Situation in jedem Zwangsfalle eine andere und die Frage nach der Existenz eines Willens im psychologischen Sinne jedesmal anders zu beantworten. Die Differenz zwischen der römischen und der heutigen Behandlung des Willensmomentes beim Zwange beruht lediglich auf einer Verschiedenheit der juristischen Konstruktion. Weil der Römer das zwangsweise geschlossene Geschäft nicht als von vornherein nichtig, sondern lediglich als anfechtbar gelten ließ, resp. dem aus dem Zwang Berechtigten wohl eine *actio*, dem Gezwungenen aber eine *exceptio* gab, ließ er die erzwungene Erklärung als gültig d. h. als *gewollt* bestehen, denn sie erzeugte ein gültiges Rechtsgeschäft.

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

⁹⁸⁵ «sind ... ebenso»] A₁ «sind äußere Momente, die ebenso»; A₂ «sind ... ebenso».

⁹⁸⁶ «gleichgültig! ... psychologisch»] A₁ «gleichgültig! Ein Wille ist – heutiger Auffassung nach nicht vorhanden – obgleich psychologisch»; A₂ «gleichgültig! Giltig oder m. a. W. Rechtlich [sic] gewollt ist – heutiger Auffassung nach ein solches Geschäft in der Regel nicht – wenn auch psychologisch»; F* «gleichgültig! ... psychologisch».

⁹⁸⁷ Lat.: *quamquam coactus, tamen voluit*; dt.: obwohl gezwungen, wollte er dennoch.

scheidet sich dieser Fall psychologisch nicht im geringsten von jenem, wo jemand, dem man mit dem Tode droht, eine Summe Geldes zu zahlen verspricht.

|132

Das zivilistische Willensdogma stellt eine Gleichung auf zwischen der Qualität der Rechtsgültigkeit und der Gewolltheit eines Rechtsgeschäftes. Und wirklich läßt sich trotz aller Opposition, die das Willensdogma in neuerer Zeit erfahren hat, die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die juristische Terminologie eine unüberwindbare und unausrottbare Tendenz aufweist, jedes gültige Rechtsgeschäft als gewollt aufzuzeigen. Der Nachweis, daß in zahlreichen Fällen *gültiger* Rechtsgeschäfte offenkundig ein entsprechender Wille im psychologischen Sinne fehlt, daß die Feststellung eines solchen Willens der Jurisprudenz mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln schlechterdings unmöglich ist, hat nicht den Erfolg gehabt, das Willensdogma, das jedes gültige Rechtsgeschäft als ein gewolltes erklärt, zu vernichten. Und tatsächlich wohnt dem Willensdogma eine tiefere, von aller psychologischen Argumentation unanfechtbare Bedeutung inne. Wenn der *Jurist* überall dort, wo ihm der *Psychologe* das Fehlen eines die Wirkungen des Rechtsgeschäftes beinhaltenden Willens oder doch die Unbeweisbarkeit eines solchen unwiderleglich dargetan hat, die Existenz eines Willens *fingieren* zu müssen glaubt (und tatsächlich nicht nur in diesem, sondern in *jedem* Falle fingiert), wenn die das Willensdogma aufrecht erhaltende zivilistische⁹⁸⁸ Jurisprudenz zu dem Satze gelangt: „Es gibt jedoch auch Fälle, in denen ungeachtet des mangelnden Willens das Geschäft gilt, *indem dessen Existenz kraft Gesetzes fingiert wird*“⁽¹⁾, so zeigt dies deutlich, in welcher Richtung die Lösung des Dilemmas zwischen Jurisprudenz und Psychologie zu suchen ist. Es wäre verfehlt, dem Willensdogma jede Bedeutung abzuspochen; der zähe Widerstand, den es den Argumenten der Psychologie leistet, verrät, daß es einem begründeten theoretischen Bedürfnisse entspringen muß. Nur das eine ist gewiß: daß dem Willensdogma eine *psychologische* Bedeutung nicht zukommen kann, daß der Wille, von dem dieses Dogma spricht, ein anderer sein muß als jener, mit dem die Psychologie operiert: keine⁹⁹⁰ realpsychische Tatsache, kein wirklicher Vorgang des Seelenlebens, sondern ein Gebilde spezifisch juristischen Denkens, eine juristische Konstruktion. Nur weil die Erkenntnis dieser Tatsache fehlte, weil man mangels genügender Einsicht in die Methode juristischer Begriffsbildung es unterließ, sich des wahren Wesens jener Konstruktion zu besinnen, sich über die Struktur dessen, was man juristisch

|132

⁽¹⁾ *Krainz*, System des österreichischen Privatrechtes I. 4. Aufl. 1905. S. 277.⁹⁸⁹

⁹⁸⁸ «glaubt ... zivilistische»] A₁ «glaubt, wenn die zivilistische»; A₂ «glaubt, (und defacto in *allen* Fällen fingiert) wenn die das Willensdogma aufrecht erhaltende zivilistische»; A₃ «glaubt, (und defacto nicht nur in diesen sondern in *allen* Fällen fingiert) wenn die das Willensdogma aufrecht erhaltende zivilistische»; F* «glaubt ... zivilistische».

⁹⁸⁹ *Josef Krainz*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Wien 1905, hrsg. von Leopold Pfaff, S. 277 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁹⁹⁰ «operiert: keine»] A₁ «operiert: Nur die mangelnde Erkenntnis dieser Tatsache ließ die Vertreter des Willensdogmas zur *Fiktion* greifen. Keine»; A₂ «operiert: Keine».

„Wille“ oder „gewollt“ nannte, Rechenschaft zu geben, verirrt man sich zur *Fiktion*: dieser Behauptung einer realen Tatsache im Widerspruch zur Realität²⁾.

| Wenn das der juristischen Begriffsbildung immanente Streben, das in der Formulierung des Willensdogmas seinen Ausdruck findet, einen tieferen Grund und die Gleichung zwischen der Qualität der Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes einen unanfechtbaren Sinn haben soll, wird man sich auch entschließen müssen, nicht mehr, wie die in der Annahme eines psychologischen Willensbegriffes verstrickten Theoretiker, zu schließen: Ein Rechtsgeschäft ist gültig, weil und soferne es (psychologisch) gewollt ist, sondern man wird umgekehrt schließen: Ein Geschäft ist gewollt, sofern oder weil es gültig ist, wobei die Qualität der Gültigkeit⁹⁹² der Erkenntnisgrund für die Qualität der Gewolltheit ist: In dieser Relation zeigt sich der „Wille“ schon auf den ersten Blick nicht als die so benannte psychische Tatsache. Es wird mit dem „Gewollt“ sein ebensowenig eine reale psychische oder physische Tatsache behauptet, wie mit dem „Rechtsgültig“ sein. Daß aber das zivilistische Willensdogma⁹⁹³ auch in dieser Umkehrung, ja gerade in dieser Umkehrung seinen eigentlich juristischen Sinn hat und nicht bloß tautologisch gültige Geschäfte als gültig erklärt, das wird die in den später folgenden Untersuchungen positiv zu entwickelnde Bedeutung des juristischen Willensbegriffes ergeben.⁹⁹⁴

Noch deutlicher⁹⁹⁵ als auf privatrechtlichem Gebiete zeigt sich im Bereiche des Strafrechtes die Differenz, die zwischen dem psychologischen Begriffe des Willens und jener Tatsache besteht, die der Sprachgebrauch der Jurisprudenz als Wille bezeichnet.

Das Dogma, dessen Geltung hier behauptet wird, lautet, daß⁹⁹⁶ die äußeren Tatbestände, auf welche von der Rechtsordnung Strafe gesetzt ist, als von den strafbaren Subjekten gewollt⁹⁹⁷ zu betrachten sind; daß, weil ohne Schuld keine Strafe, jede Schuld Willensschuld sei. Wenn auch dieser letztere Satz gerade in jüngster Zeit mehrfache Einschränkungen erfahren hat, so wurde doch im

²⁾ Über die Bedeutung der Fiktion im Rahmen juristischer Methode und den Unterschied derselben zur Konstruktion vgl. unten S. 180 ff.⁹⁹¹

⁹⁹¹ Vgl. unten S. 291–293.

⁹⁹² «die Qualität der Gültigkeit»] A₁ «die Gültigkeit»; A₂ «die Qualität der Gültigkeit».

⁹⁹³ «das zivilistische Willensdogma»] A₁ «das Willensdogma»; A₂ «das zivilistische Willensdogma».

⁹⁹⁴ Vgl. unten S. 249–252, insb. 251.

⁹⁹⁵ «zu zahlen verspricht. ... [«Noch deutlicher» (2342–23519)] A₁ «zu zahlen verspricht. [Auch beim Zwange sind es lediglich äußere, für den Richter erkennbare Momente, bei deren Vorhandensein jenes Etwas angenommen wird, das ernstlich als Wille in Betracht kommt und dessen wahres Wesen erst später erkennbar sein wird. – [«Noch deutlicher»; A₂ «zu zahlen verspricht. ... [«Noch deutlicher».

⁹⁹⁶ «Dogma ... lautet, daß»] A₁ «Dogma, das hier mit mehr oder weniger Ausnahmen Geltung hat bricht mit der Auffassung, daß»; A₂ «Dogma ... lautet, daß».

⁹⁹⁷ «als von den strafbaren Subjekten gewollt»] A₁ «als gewollt»; A₂ «als vom strafbaren Subjekte gewollt»; F* «als von den strafbaren Subjekten gewollt».

Prinzipie an seiner Geltung festgehalten und nur gewisse Fälle als *Ausnahmen* erkannt.

In⁹⁹⁸ seiner trefflichen Untersuchung der Schuldformen des Strafrech-

⁹⁹⁸ «erkannt. [In]» A, «erkannt. [Alle Delikte sind culposer oder doloser Natur. Betrachten wir zunächst die Gruppe der ersteren, die Fahrlässigkeitsdelikte so haben wir hier jene zu unterscheiden, die durch fahrlässiges Handeln begangen wurden, und jene, die eine fahrlässige Unterlassung bedeuten. Der wegen Fahrlässigkeit zu verantwortende äußere Erfolg stellt sich psychologisch betrachtet niemals als gewollt dar. Liegt eine Unterlassung vor, dann ist ja die Frage ob ein Wille des Subjektes gegeben ist überhaupt von der Existenz eines auf eine körperliche Bewegung zur Verhinderung des vorausgesehenen Erfolges [gerichteten Impulses] und der Unterdrückung dieses Impulses abhängig, ein Moment, das für die Beurteilung der rechtlichen Fahrlässigkeit bedeutungslos ist. Der typische Fall der rechtlichen Fahrlässigkeit ist jener, wo der zum strafbaren Tatbestande gehörige äußere Erfolg gar nicht vorausgesehen wurde, aber doch hätte vorausgesehen werden *sollen* und können. Ob nun dieser äußere Erfolg durch die eigene Körperbewegung verursacht oder durch andere Ursachen bewirkt, wenn [Lesung unsicher] die eigene Handlung des Subjektes nicht verhindert wurde, jedenfalls ist von ein[em] gewolltsein derselben, resp der Vorstellung derselben im psychologischen Sinne keine Rede. [Dolose Delikte die in einem Unterlassen bestehen werden auch nicht von vornherein einen im psychologischen Sinne gewollten Erfolg aufweisen. Auch wird es von dem einzelnen Fall abhängen, ob die Unterlassung wirklich durch einen Willensakt zustande kam. Die Jurisprudenz wird sich jedoch stets [da]mit begnügen, wenn sie zur Annahme eines bloßen gewußt haben des strafbaren Erfolges sich berechtigt glaubt. Die Mutter, die aus vollkommener Gleichgültigkeit für das Leben ihres Säuglings denselben verhungern läßt, im vollen Bewußtsein, daß der Tod ihres Kindes mit ihrem passiven Verhalten verbunden ist, hat psychologisch den Tod nicht gewollt, da er ihr nicht Mittel zu einem Zwecke war, wenn sie auch nach rechtlicher Anschauung mit Absicht, dh. mit „Absehen“ sich verhalten hat. [Nur dort, wo ein *doloses Handlungsdelikt* vorliegt, kann die Vorstellung des strafbaren Erfolges Gegenstand eines physischen Willensaktes gewesen sein. Allein die Feststellung eines solchen ist der Methode des Rechtes und der Rechtsanwendung gar nicht möglich. Auch in diesem Falle kommt es nicht auf die Eruiierung einer inneren physischen Tatsache an, die nur der Selbstbeobachtung zugänglich ist, sondern auf äußere, dem Richter erkennbare Momente, die einen Wahrscheinlichkeitsschluß auf die Vorgänge in der Seele des Menschen zulassen. [Daß in den Fällen des sog *dolus eventualis* meist von einem Willen im psych. Sinne keine Rede sein kann geht aus dem Gesagten bereits hervor. Wer einen äußeren Erfolg mit einem vorgestellten Zwecke nur als möglich nicht als notwendig verbunden vorstellt, der will diesen Erfolg nicht; und doch gilt hier auf Realisierung des Zweckes gerichtetes Verhalten als *dolos* – *eventualiter dolos*. Das bloße Voraussehen wird dem Wollen gleichgestellt. Aber auch hier kann der Jurist nicht die wirkliche Vorstellung des Subjektes zur Voraussetzung seiner Beurteilung machen; denn die Vorstellungen des Einzelnen sind ihm ebensowenig erkennbar wie seine Willensvorgänge – Was er feststellen kann sind nur äußere Momente, die ihn zur Annahme führen, daß der strafbare Erfolg vorausgesehen werden *konnte*. Ob er es auch wirklich wurde ist durch die juristische Annahme der Möglichkeit gleichgültig gemacht. [Aus dem bisher Gesagten geht deutlich hervor, daß der psychologische Willensbegriff für die Rechtswissenschaft keine oder doch nur eine sehr untergeordnete Bedeutung hat. Denn während der juristische Sprachgebrauch äußere Tatbestände als gewollt bezeichnet, hat der psychologische Wille nur Vorstellungen zum Inhalt; und kann auch diese Differenz dadurch ausgeglichen werden, daß man äußere Tatbestände als gewollt gelten läßt, die [d]en Vorstellungsinhalt eines Wollens bildeten [sic] – so zeigt sich zweifellos, daß der juristische Sprachgebrauch die Tendenz hat ein Gewolltsein von Tatbeständen in zahlreichen Fällen anzunehmen, in denen ein Wille im psychologischen Sinn, d h. die Vorstellung des betreffenden äußeren Tatbestandes als Inhalt eines Wollens nicht vorliegt. [Zu einem Begriffe des Willens gelangt die Rechtswissenschaft zunächst überhaupt dadurch, daß sie genötigt ist, äußere Tatbestände, die von der Rechtsordnung mit Unrechtsfolgen – kriminellen oder zivilen – bedroht sind, mit Subjekten zu verknüpfen, an denen die Unrechtsfolgen Strafe od Exekution realisiert werden können. Die mit Unrechtsfolgen bedrohten Tatbestände haben als Handlungen, resp Unterlas-

32

91

gleiches sein, d. h. die Verteilung der Befehlsgegenstände an den Leib.

Wenn ein Befehl nicht Willkür enthält, ist er verbindlich.

Wenn ein Befehl nicht Willkür enthält, ist er verbindlich.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Die Befehlsgegenstände sind Willkür, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind, wenn sie unklar sind.

Seite aus dem Autographen (Ausschnitt aus Hrsg.-Anm. 998)

tes¹⁾ hat Löffler¹⁰⁰⁰ gezeigt, daß das *psychologische* Moment des *Gewolltseins* nur bei einem Teile jener Unrechtstatbestände gegeben ist, die als *verschuldet* vom

| 133 ¹⁾ Löffler, Die Schuldformen des Strafrechtes. Leipzig 1895.⁹⁹⁹

sungen – als Unrecht bestimmter Menschen zu erscheinen; und die Verknüpfung dieser Tatbestände mit den Rechtssubjekten ist der Vorgang der rechtlichen *Zurechnung*.] Der Begriff der Zurechnung beschränkt sich nicht auf das Rechtsgebiet. Er ist auf ethischem Gebiete ebenso in Geltung wie im Bereiche der Nationalökonomie. Alle Schätzung und Wertung führt zu einer Zurechnung, da der Mensch das Bedürfnis hat, für gewisse äußere Tatsachen, die seine Lust oder Unlust hervorrufen, andere Menschliche oder übermenschliche Wesen verantwortlich zu machen – sie dafür zu loben oder zu tadeln, ihnen zu danken, sich an ihnen zu rächen.] Wenn man nun den Prozeß der Zurechnung näher ins Auge faßt und nach dem allgemeinen Grundsatz fragt nach dem sich [sic] jene eigenartige Verknüpfung zwischen äußeren Tatbeständen und den handelnden oder unterlassenden Subjekten erfolgt, die man als Verantwortlichmachung bezeichnet, so ist man zunächst geneigt, das allgemeine Kausalgesetz als die [sic] formal zu bezeichnen, nach der sich der Prozeß der Zurechnung vollzieht. Man wird geneigt sein zu behaupten – und man hat dies wohl auch getan, daß es stets nur die *Ursache* ist, die für ihre Wirkung verantwortlich gemacht wird. Allein näherem Zusehen kann diese Auffassung nicht Stand halten. Denn zunächst ist Subjekt der Verantwortlichkeit nur ein Mensch. Ursache im Sinn der mechanischen Kausalität, kann niemals ein Ding ein Gegenstand, stets nur ein *Vorgan[g]* in [ein Wort unlesbar], Bewegung in der Außenwelt sein. Ursache ist die Bewegung der menschlichen Muskel[n] deren Ursache, wieder eine Bewegung der motorischen Nerven, der[en] Ursache wieder Bewegung des Nervenzentrums u. s. w. Der Mensch als Einheit von Geist u Körper ist nur Träger dieser verschiedenen in der Kette der mechanischen Kausalität als Ursachen fungierender Bewegungen: Der Mensch als Subjekt der Zurechnung ist überhaupt keine Einheit im Sinne der mechanischen Kausalität. –] Allein selbst wenn man hievon absehen will, daß der als Subjekt der Verantwortung fungierende Mensch nicht Ursache im Sinne der mechanischen Kausalität sein kann – und den Menschen – unter Umständen – mit seinen Nerven und Muskelbewegungen identifiziert, muß man sich vergegenwärtigen, daß in der Zurechnung stets noch etwas anderes als ein bloßer Kausalzusammenhang gelegen sein muß – denn es fällt keinem bei, jedes Kausalverhältnis als Verantwortlichkeitsrelation gelten zu lassen – d. h. jeder Ursache jede Folge zuzurechnen. Wie es also Kausalverhältnisse gibt, die keineswegs Zurechnungsfälle abgeben, so findet andererseits wiederum eine Zurechnung in Fällen statt, in denen ein Kausalnexus nicht existiert, und es wird jemand für einen Erfolg verantwortlich gemacht, den er keineswegs kausaliter herbeigeführt hat. ZB. wegen Nichtverhinderung eines durch andere Ursachen herbeigeführten Erfolges, den er hätte verhindern *sollen*. Daß die Unterlassung, mangels jeglichen Geschehens – als Ursache nicht gelten kann, wurde schon oben dargelegt.] Die Unabhängigkeit der Zurechnung von dem Kausalnexus zeigt sich besonders in jenen Fällen, in denen die Zurechnung längs einer Kausalreihe zurückgeht. Vom Standpunkte der mech. Kausalität bedeutet die Zurechnung, die eine bestimmte Wirkung mit einer bestimmten Ursache dadurch verknüpft, daß sie die letzte für die erstere verantwortlich macht, ein willkürliches Herausreißen zweier gleicher aus einer nach beiden Seiten – der der Ursache wie der der Wirkung – hin unendlichen Reihe. Das Kausalitätsgesetz gibt schlechterdings keine Handhabe dafür daß die Zurechnung gerade bei diesem Punkte der nach rückwärts unendlich verbundenen Kette der Kausalreihe halt macht, und warum ein anderes Glied der auch nach vorwärts ins Unabsehbare rollenden Kette herausgegriffen und dem Ersteren unter dem Gesichtspunkte von Schuld oder Verdienst verknüpft wird. Für die kausal-mechanische Betrachtung hat die eine Ursache nicht nicht [sic] mehr oder weniger Schuld oder Verdienst an einer Wirkung, wie die nächste oder zweitnächste Ursache zu der betreffenden Wirkung, oder die nächste und nächstfolgende weitere Wirkung.] Dazu kommt noch, daß eine Wirkung regelmäßig nicht eine einzige Ursachenreihe hat sondern mehrere, und das Zusammentreffen mehrer [sic] Kausalreihen nötig ist um den zuzurechnenden Erfolg herbeizuführen. Dennoch greift die Zurechnung nur auf eine dieser Reihe nämlich jene zurück, in der die menschliche Handlung sich befindet, und obgleich diese keinen Anfangspunkt bilden kann sondern selbst wieder kausal begründet ist – bleibt sie

Strafgesetze mit Unrechtsfolgen verknüpft sind. Von den mit *Absicht* begangenen Delikten, bei denen allein der Erfolg *gewollt* ist, hat *Löffler* jene Fälle unterschieden, bei denen der Erfolg zwar *nicht gewollt*, aber doch vorausgesehen ist, das Schuldmoment nicht in einem Wollen, sondern einem *Wissen* besteht. Als dritte Schuldform endlich erkennt *Löffler* die Fahrlässigkeit, die er vollkommen zutreffend mit den Worten charakterisiert: „Der Erfolg ist weder gewollt noch auch vorausgesehen, hätte aber vorausgesehen und vermieden werden können und sollen“¹⁾.

| 134

Es ist hier nicht der Ort, zu überprüfen, ob diese Gruppierung der psychologischen Tatbestände richtig und für das Strafrecht relevant ist oder nicht, insbesondere auch, ob man die *Löfflerschen* Unterscheidungen¹⁰⁰² vom Standpunkte einer praktischen Kriminalpolitik als für die Strafbemessung maßgebend gelten lassen kann; was hier in Betracht kommt, das ist die starke Einschränkung, die das kriminalistische¹⁰⁰³ Willensdogma erfährt, die Tatsache, daß das Willensmoment im Strafrechte auf¹⁰⁰⁴ ein verhältnismäßig kleines Gebiet zurückgedrängt wird.

So sehr hier auch dieser allgemeinen Tendenz der *Löfflerschen* Untersuchungen zugestimmt werden kann¹⁰⁰⁵, insofern sie zu der Erkenntnis führen, daß es zahlreiche *schuld*bare, vom Gesetze mit Strafe bedrohte Tatbestände gibt, denen das

¹⁾ a. a. O. S. 8 u. 9.¹⁰⁰¹

| 134

dennoch bei dieser stehen.] Wie es unmöglich ist, den Kausalnexus als allgemeines Prinzip (Grundlage) der Zurechnung gelten zu lassen, ebenso ist die Formel unrichtig, die jeden zugerechneten Erfolg als „gewollt“ bezeichnet. Denn die Zurechnung findet in zahlreichen Fällen statt, in denen das verantwortliche Subjekt *nichts* gewollt hat nur nur [sic]: obgleich es den zugerechneten Erfolg nicht gewollt hat, sondern gerade *weil* es das *nicht* gewollt hat, was es hätte wollen *sollen*, z. B. die Verhinderung eines Erfolges.] Überhaupt wird eine bestimmte Handlung und deren Erfolg einem Menschen nicht zugerechnet, weil (im kausalen Sinne) er so gehandelt hat; sondern weil er entweder so handeln sollte, oder weil er nicht so handeln, d. h. diese Handlung unterlassen *sollte*. Und wer einen verpönten Erfolg zu verhindern unterlassen hat, der wird nicht zur Verantwortung gezogen, weil er etwas unterlassen hat, sondern weil er entsprechend handeln *sollte*. Es ist irreführend und falsch wenn man sagt, jemand werde belohnt oder bestraft weil er sich irgendwie verhalten habe; es wird vielmehr jemand nur gestraft, weil er nicht tun oder Unterlassen *sollte* was er getan oder unterlassen hat, und belohnt, weil er tun oder unterlassen sollte, was er getan oder unterlassen hat.] In»; A₂ «erkannt.] In».

⁹⁹⁹ *Alexander Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechtes in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, Abt. 1, Leipzig 1895.

¹⁰⁰⁰ *Alexander Löffler* (1866–1929), Strafrechtslehrer. Er wurde 1896 in Wien habilitiert, war ab 1902 ao. Professor und ab 1903 o. Professor ebendort. 1910 gründete er die Österreichische Zeitschrift für Strafrecht. 1917 wurde er zum Vorsitzenden der Kommission zur Entscheidung über Pflichtverletzungen von Truppenkommandanten ernannt. Wichtiges Werk: Die Schuldformen des Strafrechtes in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Leipzig 1895.

¹⁰⁰¹ *Löffler*, Schuldformen (Anm. 999), S. 8 f.

¹⁰⁰² «man die *Löfflerschen* Unterscheidungen»] A₁ «man diese Unterscheidungen»; A₂ «man die *Löfflerschen* Unterscheidungen».

¹⁰⁰³ «kriminalistische»] A₁ «strafrechtliche»; A₂ «kriminalistische».

¹⁰⁰⁴ «Willensmoment im Strafrechte auf»] A₁ «Willensmoment auf»; A₂ «Willensmoment im Strafrechte auf».

¹⁰⁰⁵ «kann»] A «muß»; F* «kann».

psychologische Willensmoment gänzlich fehlt, so darf¹⁰⁰⁶ doch gefragt werden, ob die für das Strafrecht charakteristische Gleichung zwischen Schuld und Wille auch dann noch falsch sein muß, wenn man den Willensbegriff in einem nicht psychologischen, juristischen Sinne zu verstehen bemüht ist, ja ob nicht der Fehler des strafrechtlichen Willensdogmas lediglich in dem Versuche psychologischer Interpretation¹⁰⁰⁷ desselben zu suchen ist.

Solche Fragestellung muß offenbar zu einer prinzipiellen Revision des Schuld-begriffes führen – ein Unternehmen, dessen Voraussetzungen und Ziele freilich¹⁰⁰⁸ weit außerhalb der Grenzen dieser Arbeit liegen. Nur auf die folgenden Feststellungen kann hier nicht verzichtet werden.

Wenn man bei *Löffler*, als einem Repräsentanten der neueren Theorie des Strafrechtes, nach dem Wesen dessen fragt, was rechtlich als „Schuld“ bezeichnet wird, so erhält man zur Antwort: „Den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der *Innerlichkeit* eines Menschen zu einem sozialschädlichen Erfolge seiner Handlungen kann man als Schuld bezeichnen“⁽²⁾. Nun wird es bei dieser Definition offenbar vor allem darauf ankommen, was unter der „Innerlichkeit“ eines Menschen zu verstehen ist. Prüft man die drei von *Löffler* unter dem Oberbegriff der „Innerlichkeit“ zusammengefaßten Gruppen *psychologischer Tatbestände* (*Löffler* selbst bezeichnet seine drei Schuldformen als solche³⁾), so muß folgende | Tatsache auffallen. Die beiden ersten Schuldformen, die *Löffler* unterscheidet, nämlich Absicht und Wissentlichkeit, sind zweifellos psychische Vorgänge, Willens- resp. Vorstellungsakte. *Löffler* unterscheidet sich hier von der älteren strafrechtlichen Anschauung nur dadurch, daß er neben dem *psychischen* Akte des Wollens auch jenen des bloßen Vorstellens (Wissens) als für eine Schuldform konstituierend verwendet. Dabei¹⁰¹¹ kann man eigentlich nicht recht einsehen, weshalb *Löffler* in seiner Definition des Schuldbegriffes für diese psychischen Prozesse das farblose und auf konkrete Seelenakte im Grunde gar nicht zutreffende Wort „Innerlichkeit“ und nicht das von ihm an anderer Stelle gebrauchte Wort „psychologischer Tatbestand“ oder das noch präzisere „Seelenvorgang“ gewählt hat.

„Innerlichkeit“ ist nämlich nur die Substantivierung von „innerlich“, also eine Ortsbezeichnung, ist die Bezeichnung der Gegend, wo sich die Vorgänge abspielen,

²⁾ a. a. O. S. 5. ¹⁰⁰⁹

³⁾ a. a. O. S. 9. ¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁶ «darf»] A «muß»; F* «darf».

¹⁰⁰⁷ «in dem Versuche psychologischer Interpretation»] A₁ «in der psychologischen Interpretation»; A₂ «in dem Versuche psychologischer Interpretation».

¹⁰⁰⁸ «Unternehmen, dessen Voraussetzungen und Ziele freilich»] A₁ «Unternehmen, das freilich»; A₂ «Unternehmen, dessen Voraussetzungen und Ziele freilich».

¹⁰⁰⁹ *Löffler*, Schuldformen (Anm. 999), S. 5 – Hervorhebung von Kelsen; Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰¹⁰ *Löffler*, Schuldformen (Anm. 999), S. 5.

¹⁰¹¹ «Vorstellungsakte. ... Dabei»] A₁ «Vorstellungsakte. Dabei»; A₂ «Vorstellungsakte. ... Dabei».

deren Beziehung zu einem sozialschädlichen Erfolg als „Schuld“ gelten soll, und nicht die Vorgänge selbst. Diese¹⁰¹² Konstatierung möge nicht als haarspalterische Wortklauberei betrachtet werden, denn die Wahl des Wortes „Innerlichkeit“ ist nicht ohne Bedeutung, wie das Folgende beweist. Untersucht man nämlich die dritte Schuldform *Löfflers*, die Fahrlässigkeit, so zeigt sich, daß diese gerade dadurch charakterisiert wird, daß ein psychischer Akt des Wollens oder Vorstellens (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) vollständig *fehlt*. Fahrlässig verhält sich, wer etwas Bestimmtes weder gewollt noch vorhergesehen hat. Darin liegt nun zweifellos ein großes Verdienst *Löfflers*, daß er die verkünstelten und verschrobene Konstruktionen, die bei der Fahrlässigkeit einen Willens- oder Wissensakt (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) natürlich nur im Wege abenteuerlicher *Fiktionen* behaupten, zum alten Eisen wirft. Allein was für ein Seelenvorgang bietet sich (in Bezug auf den sozialschädlichen Erfolg) der psychologischen Betrachtung dar? Schlechterdings keiner. Psychisch geht *nichts* vor, was in eine Beziehung zu dem Unrechtstatbestande gebracht werden könnte. Wenn man alle hier relevanten Formen psychischer Prozesse in Betracht zieht, nämlich wollen und denken (fühlen kommt überhaupt nicht in Rechnung) so kann die psychologische Untersuchung zu keinem andern, als zu einem negativen Resultate kommen, d. h. aber, daß die Fahrlässigkeit psychologisch *nicht* zu charakterisieren ist. Dennoch ist die Fahrlässigkeit eine Schuldform. Wodurch wird sie aber gekennzeichnet, welches ist ihr Wesen? Sie ist nicht psychologischer, sondern rein juristisch-ethischer Natur. Das geht aus der Charakterisierung *Löfflers* selbst mit unzweideutiger Klarheit hervor. Der Erfolg, heißt es dort, ist weder gewollt noch vorausgesehen.¹⁰¹³ Bisher | erfährt man also nur, was die Fahrlässigkeit *nicht* ist: Sie ist keine Absicht und keine Wissentlichkeit. Was also? Der (weder gewollte noch vorausgesehene) Erfolg, heißt es, hätte vorausgesehen und vermieden werden können und *sollen*.¹⁰¹⁴ Auf diesem „Sollen“ ruht das Hauptgewicht. Darin liegt das Schuldmoment. *Deutlich tritt hier der normative Charakter des Schuldbegriffes hervor.* Bei der Fahrlässigkeit wird das Schuldmoment lediglich dadurch gegeben, daß etwas *gesollt*, aber im Widerspruch zur *Norm* nicht eingetreten ist. Daß dasjenige, was vorausgesehen und vermieden hätte werden *sollen*, auch hätte vorausgesehen und vermieden werden *können*, ist eigentlich nebensächlich, wenn nicht gar falsch; dieses „können“ darf man ruhig weglassen. Es entstammt noch der indeterministischen Terminologie. Dadurch, daß etwas tatsächlich nicht vorausgesehen und vermieden wurde, ist zur Genügeargetan, daß es nicht vorausgesehen und vermieden werden konnte, da alles, was geschieht, so, wie es geschieht, geschehen muß und daher etwas anderes nicht geschehen kann. – Es unterliegt keinem Zweifel, daß bei der Fahrlässigkeit eine rechtlich relevante Beziehung zwischen einem

| 136

¹⁰¹² «soll, und nicht die Vorgänge selbst. Diese»] A₁ «soll. Diese»; A₂ «soll. und nicht diese Vorgänge selbst Diese».

¹⁰¹³ *Löffler*, Schuldformen (Anm. 999), S. 8.

¹⁰¹⁴ *Löffler*, Schuldformen (Anm. 999), S. 8f.

psychischen Akte und dem sozialschädlichen Erfolge nicht gegeben ist, daß für die psychologisch-*explikative*, d. h. auf die der Welt des Seins angehörigen Seelenvorgänge gerichtete Betrachtung ein psychologischer Tatbestand, der ebenso zu dem Unrechtstatbestande in Beziehung gebracht werden könnte, wie bei der Absicht und Wissentlichkeit das Wollen resp. Vorstellen, schlechterdings nicht auffindbar ist, da ja beim Begriffe der Fahrlässigkeit der Mangel jedes relevanten auf den sozialschädlichen Erfolg beziehungs-fähigen Seelenvorganges vorausgesetzt wird. Gewiß gehen Seelenprozesse auch während der Verübung eines fahrlässigen Deliktes vor sich, aber alle diese Willens-, Vorstellungs- oder Gefühlsprozesse stehen in keiner Relation zum strafbaren Erfolg. Bezüglich der Willensprozesse gibt dies *Löffler* überdies ausdrücklich zu. Aber ein *psychologischer* Tatbestand ist auch damit nicht aufgezeigt, daß die Fahrlässigkeit als „Mangel an Aufmerksamkeit“ charakterisiert wird. Denn auch durch den Mangel an Aufmerksamkeit konstatiert man nur das *Fehlen* eines psychischen Etwas, das mit dem „fahrlässigen“ Erfolg in Relation gebracht werden kann. Hier ist die Trennung zwischen explikativer und normativer Betrachtung zu beachten. Denn einer *normativen* Betrachtung entspricht das Urteil, das einen Mangel an Aufmerksamkeit konstatiert; es setzt nämlich die Vorstellung voraus¹⁰¹⁵, daß eine bestimmte Aufmerksamkeit hätte aufgewendet werden *sollen*; ohne das *Sollen* dieses positiven Vorganges käme das Fehlen desselben – das Negative – gar nicht zu Bewußtsein. Angesichts des rein normativen Charakters | jener Schuldform, die als Fahrlässigkeit bezeichnet wird und für die bei einer explikativ-psychologischen Betrachtung des Seelenlebens, wie solche zu¹⁰¹⁶ den *psychologischen* Tatbeständen der *Absicht* und *Wissentlichkeit* führt, ein Substrat¹⁰¹⁷ nicht gefunden werden kann, muß der Versuch, den Begriff der Schuld *schlechtweg*¹⁰¹⁸ *psychologisch* zu erfassen, zurückgewiesen werden. Da es bei der Fahrlässigkeit keinen inneren Vorgang oder keinen Prozeß im Innern m. a. W. keinen Akt der *Innerlichkeit* des Menschen gibt, der zu dem sozialschädlichen Erfolge in eine Beziehung gebracht werden kann, deckt auch die *Löfflersche psychologische* Definition des Schuldbegriffes¹⁰¹⁹ die Fahrlässigkeit nicht. Nur das unpräzise Wort „Innerlichkeit“ konnte diese Tatsache verschleiern. Welche strafrechtlich relevante Beziehung läßt sich aber zwischen der „Innerlichkeit eines Menschen“ und einem sozialschädlichen Erfolge konstatieren, wenn es keinen Seelenvorgang in dieser „Innerlichkeit“ gibt, der in eine solche Beziehung gebracht werden kann?

¹⁰¹⁵ «konstatiert; es setzt nämlich die Vorstellung voraus»] A₁ «konstatiert; denn es setzt voraus»; A₂ «konstatiert; es setzt nämlich die Vorstellung voraus».

¹⁰¹⁶ «und für ... solche zu»] A₁ «und die für die explikative Betrachtung des Seelenlebens überhaupt nicht besteht sowie sie die [bricht ab]»; A₂ «und für ... solche zu».

¹⁰¹⁷ «ein Substrat»] A₁ «ein psychologisches Substrat»; A₂ «ein Substrat».

¹⁰¹⁸ «kann, muß der Versuch, den Begriff Schuld *schlechtweg*»] A₁ «kann, kann der Versuch, die Schuldformen *schlechtweg*»; A₂ «kann, muß der Versuch, den Begriff der Schuld *schlechtweg*».

¹⁰¹⁹ «auch die *Löfflersche psychologische* Definition des Schuldbegriffes»] A₁ «auch der *Löfflersche* Schuldbegriff»; A₂ «auch die *Löfflersche psychologische* Definition des Schuldbegriffes».

Was aber für die Schuldform der Fahrlässigkeit gilt, nämlich daß sie nicht psychologischer, sondern juristischer Natur ist, daß der Begriff dieser Schuld nicht im Wege explikativer¹⁰²⁰ Seins-, sondern normativer Sollens-Betrachtung ermittelt wird, das muß sich auch für die übrigen Schuldformen erweisen lassen, wenn anders der Schuldbegriff seiner methodischen Struktur nach ein einheitlicher ist, wenn man sich nicht damit zufrieden geben will, daß unter „Schuld“ das eine Mal ein psychologischer Tatbestand, ein realpsychischer Vorgang, das andere Mal eine ethisch-juristische Konstruktion verstanden wird. Damit ist man aber nur zu der im Grunde selbstverständlichen Erkenntnis vorgedrungen, daß der Schuldbegriff überhaupt normativer und nicht explikativer Natur ist. Wenn man zugeben muß, daß ein Urteil, welches eine „Schuld“ behauptet, niemals vom Standpunkte einer auf *Erklärung* des tatsächlichen Geschehens gerichteten¹⁰²¹, nur dem Kausalgesetz unterworfenen Betrachtung möglich ist, wenn man nicht bezweifeln darf, daß der Zoologe oder der Psychologe bei seinen Untersuchungen mit seinen spezifischen Erkenntnismethoden auf keine Weise zu einem *Schuldbegriff* gelangt; wenn feststeht, daß von Schuld nur in Beziehung auf *Normen* die Rede sein kann, zum Wesen der Schuld die Normverletzung, wie zum Verdienst die Normerfüllung gehört, dann wird die Behauptung nicht mehr paradox erscheinen, daß es mit dem rein normativen Charakter des Schuldbegriffes methodologisch unvereinbar ist, sein Wesen in *psychologischen*, also methodisch explikativen Untersuchungen¹⁰²² zu erfassen. Das Urteil, das einer *Person* an irgendeinem äußeren Ereignisse¹⁰²³ die Schuld zuschreibt, sagt als solches über¹⁰²⁴ einen psychischen Tatbestand innerhalb des *Menschen* gar nichts aus, sondern lediglich, daß eine Norm das äußere Ereignis der Person verbietet, daß zwischen beiden das Verhältnis von Normobjekt und Normsubjekt besteht. Es ist methodologisch von der größten Bedeutung, sich klar zu machen, daß jemand nicht deshalb an etwas „schuld“ ist, weil er dies Etwas gewollt oder gewußt (vorausgesehen) hat, sondern¹⁰²⁵ deshalb, und nur deshalb, weil er dieses Etwas nicht hätte tun oder verhindern *sollen*. So sehr es auch gegen die herrschenden Anschauungen im Strafrecht verstoßen mag, so muß doch mit allem Nachdrucke hervorgehoben werden, daß das Schuldmo-

| 138

¹⁰²⁰ «Wege explikativer»] A₁ «Wege psychologisch explikativer»; A₂ «Wege explikativer».

¹⁰²¹ «*Erklärung* des tatsächlichen Geschehens gerichteten»] A₁ «*Erklärung* gerichteten»; A₂ «*Erklärung* des tatsächlichen Geschehens gerichteten».

¹⁰²² «*psychologischen*, also methodisch explikativen Untersuchungen»] A₁ «*psychologischen* Untersuchungen»; A₂ «*psychologischen*, also methodisch explikativen Untersuchungen».

¹⁰²³ «irgendeinem äußeren Ereignisse»] A₁ «irgend einem Ereignisse»; A₂ «irgend einem äußeren Ereignisse».

¹⁰²⁴ «sagt als solches über»] A₁ «sagt über»; A₂ «sagt als solches über».

¹⁰²⁵ «hat, sondern»] A₁ «hat,^{fn} Wie verkehrt dies ist, zeigt eine nicht nur Absicht und Wissentlichkeit, sondern auch Fahrlässigkeit umfassende Formulierung; die müßte nämlich fortsetzen: „oder weder gewollt noch gewußt hat“! Das Schuldmoment gründete sich also in einem Falle darauf, daß jemand Etwas will oder weiß und im anderen Falle auf das gerade Gegenteil: Daß er es weder will noch weiß!^{fn}, sondern»; A₂ «hat, sondern».

ment niemals in einem Wollen oder Wissen oder sonst einem psychischen Vorgange besteht, daß der Mörder nicht deshalb an dem Tode des Ermordeten Schuld trägt, weil er diesen Tod beabsichtigt hat, sondern lediglich deshalb, weil die absichtliche Tötung eines Menschen normwidrig ist.

Damit ist im Grunde schon angedeutet, welche Stellung den psychologischen Tatbeständen wie Absicht und Wissentlichkeit im Verhältnis zum Schuldbegriffe zukommt. Es hieße, diese Ausführungen ganz und gar mißverstehen, wollte man ihnen den Gedanken einer vollständigen Eliminierung dieser Momente aus der Strafrechtstheorie imputieren. Es ist ein Postulat verfeinerten Rechtsempfindens, daß wegen sozialschädlicher Erfolge, die durch die Rechtsordnung verhindert werden sollen, womöglich nur solche Menschen bestraft werden, bei denen gewisse Willens- oder Vorstellungsakte in Bezug auf den schädlichen Erfolg vor sich gehen und daß sich die Größe der Strafe auch nach diesen psychischen Akten richte: es ist dies ein kriminalpolitisches Postulat, das die heutigen Strafgesetze innerhalb gewisser Grenzen erfüllen¹⁰²⁶. Die Grenzen, die der Realisierung der bezeichneten Forderung gezogen sind, bestehen einerseits in der Natur der Rechtsanwendung, der niemals eine sichere Feststellung psychischer Tatsachen, sondern stets nur eine Berücksichtigung äußerer Momente möglich ist, die gewisse Wahrscheinlichkeitsschlüsse auf innere Vorgänge zulassen, andererseits in der sozialpräventiven Funktion des Strafgesetzes, die eine starke Einbuße erlitt, wenn alles fahrlässige Verhalten d. h. aber der ungewollte und unvorhergesehene Erfolg straflos¹⁰²⁷ bliebe, da ja gerade die Strafandrohung auch für ungewollte und unvorhergesehene Erfolge geeignet ist, die Aufmerksamkeit der Menschen zu steigern. Wer weiß, daß er auch im Falle bloßen Leichtsinnes, einfacher Unachtsamkeit bestraft wird, hat genügenden Anlaß, seine geistigen Kräfte anzuspannen, Voraussicht und Wille zu betätigen. Sind aber in der Rechtsordnung bei gewissen Fällen Willens- oder Wissensakte berücksichtigt¹⁰²⁸, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß diese psychischen Vorgänge in jenen Tatbestand aufgenommen | werden, an den der Rechtssatz eine Strafe knüpft. Während ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit¹⁰²⁹ Strafe bedrohen, knüpfen die neueren nur an die *absichtliche Tötung* eine Unrechtsfolge. Zum Unrechtstatbestande des Rechtssatzes gehört jetzt nicht bloß der äußere Vorgang des Tötens, sondern auch der innere, psychische der Absicht (resp. andere äußere Momente, die auf eine Absicht schließen lassen). Wenn nun psychische Momente wie Wille oder Vorstellung in den Unrechtstatbestand aufgenommen sind, dann müssen diese inneren Momente ebenso gegeben

| 139

¹⁰²⁶ «Strafgesetze innerhalb gewisser Grenzen erfüllen»] A₁ «Strafgesetze bis zu einem gewissen Grade erfüllen»; A₂ «Strafgesetze innerhalb gewissen Grenzen erfüllen».

¹⁰²⁷ «Verhalten ... straflos»] A₁ «Verhalten straflos»; A₂ «Verhalten ... straflos».

¹⁰²⁸ «Fällen Willens- oder Wissensakte berücksichtigt»] A₁ «Fällen psychische Vorgänge berücksichtigt»; A₂ «Fällen Willens oder Wissensakte berücksichtigt».

¹⁰²⁹ «ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit»] A₁ «ältere Rechtsordnungen die Tötung mit»; A₂ «ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit».

sein wie die äußeren Faktoren des sozialschädlichen Erfolges, damit überhaupt ein Unrecht vorliege; dann ist keine „Schuld“ vorhanden, wenn diese psychischen Momente fehlen, doch nur ganz ebenso wie keine Schuld vorhanden wäre, wenn die äußeren Elemente des Unrechtstatbestandes fehlten. Man könnte mit demselben Rechte behaupten, daß beim Morde der Tod des Ermordeten das *Schuld*moment sei, mit dem man dies lediglich von der Absicht behauptet. Denn die psychischen Momente sind formal-juristisch nichts anderes, als Glieder des Unrechtstatbestandes¹⁰³⁰. Man hat jede Berechtigung verloren, irgendwelche psychische Vorgänge (die in Beziehung zu den äußeren Elementen des Unrechtstatbestandes stehen) allein als Schuldmomente gelten zu lassen, wenn es erweislich eine Schuldform gibt, die keinerlei psychische Elemente solcher Art zeigt.

Erkennt man, daß eine generelle Erfassung der Schuldfälle auf psychologischer Basis nicht möglich ist¹⁾¹⁰³¹ und hält man an dem streng | normativen Charakter

| 140

¹⁾ Nur eine Bestätigung des oben Behaupteten liefert der jüngste Versuch, den Schuld begriff zu erfassen: *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, Wien 1910.¹⁰³² Auch *Exner*¹⁰³³ geht von dem Dogma aus, daß Schuld ein irgendwie qualifiziertes psychisches Etwas, also ein realer Seelenvorgang sein muß. Zwar lehnt er es ab, den Willen als solchen, weil eine „rein psychologische Tatsache ‚Schuld‘ zu nennen“,¹⁰³⁴ und meint, man könne diese Tatsache besser „Zurechenbarkeit“ heißen. Er glaubt irrigerweise¹⁰³⁵, daß das Zurechnungsurteil einen *psychologischen Zusammenhang* aussagt und von dem Schuldurteile, das er für „ein Werturteil über den Täter auf Grund der Tat“¹⁰³⁶ erachtet, wesensverschieden ist; während in Wahrheit das eine wie das andere rein normativen Charakter hat – für die psychologisch-explikative Betrachtung gibt es keine „Zurechnung“, wie es für eine solche Betrachtung auch keine „Schuld“ gibt – ja¹⁰³⁷, beide Urteile sind tatsächlich identisch, wenn man die Zurechnung zu Verdienst und die Zurechnung zu „Schuld“ (im engeren Sinne) als wesensgleichen Vorgang erkennt. Im ersten Falle erfolgt die Zurechnung auf Grund einer Befolgen, im zweiten auf Grund einer verletzten Norm. Will man von „Schuld“ nur im letzteren Falle sprechen – der Sprachgebrauch des täglichen Lebens fragt auch bei einem verdienstlichen Erfolge: „Wer ist daran schuld?“ und meint damit: „Wem ist das zuzurechnen?“ – dann ist „Schuld“ ein Spezialfall der Zurechnung, aber nichts als Zurechnung (Zurechnung auf Grund verletzter Norm). *Exner* aber, der Zurechnung für einen psychologischen Zusammenhang zwischen Zurechnungsobjekt und Zurechnungsobjekt hält, denkt sich die Beziehung zwischen

| 139

¹⁰³⁰ «als Glieder des Unrechtstatbestandes»] A₁ «als Bestandteile des objektiven Tat[bestandes]»; A₂ «als Bestandteile des Unrechtstatbestandes»; F* «als Glieder des Unrechtstatbestandes».

¹⁰³¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁰³² *Franz Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig und Wien 1910.

¹⁰³³ *Franz Exner* (1881–1947), Kriminalwissenschaftler und Kriminologe. Er wurde 1910 Privatdozent in Wien und war ab 1912 ao. Professor in Czernowitz. Er war ab 1916 o. Professor in Prag, ab 1919 in Tübingen, ab 1921 in Leipzig und 1933–1947 in München. *Exner* war 1926–1941 Herausgeber der Kriminalistischen Abhandlungen. 1945–1946 verteidigte er in den Nürnberger Prozessen Generaloberst Alfred Jodl, Chef des Wehrmachtführungsstabes im Oberkommando der Wehrmacht. Wichtige Werke: Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig und Wien 1910; Krieg und Kriminalität, Leipzig 1926; Kriminalbiologie in ihren Grundzügen, Hamburg 1939 (3. Aufl., Berlin 1949).

¹⁰³⁴ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 6.

¹⁰³⁵ «Er glaubt irrigerweise»] A₁ «Er hält das Zurechnungsurteil [bricht ab]»; A₂ «Er glaubt irriger Weise».

¹⁰³⁶ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 6.

¹⁰³⁷ «„Zurechnung“ ... ja»] A₁ «„Zurechnung“, ja»; A₂ «„Zurechnung“ ... ja».

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

| 140 dem Zurechnungsurteile und dem Schuldurteile in folgender Weise: „Der strafrechtliche Schuldanspruch ist ein Werturteil über den Täter auf Grund seiner Tat, es setzt daher unbedingt Zurechenbarkeit im obigen psychologischen Sinn voraus, aber er ist ein Werturteil, an das sich für den Bewerteten eine besondere Folge, die Strafe, knüpft.“¹⁰³⁸ *Exner* erklärt somit die Schuld als einen juristisch qualifizierten psychischen Tatbestand. Er kombiniert im Begriffe der Schuld – im Anschlusse an zu *Dohna*¹⁰³⁹ – psychologisch-explikative und juristisch-normative Elemente. Seine Definition der Schuld lautet demgemäß: „Schuld ist somit jene psychische Beziehung des Täters zu dem schädlichen Erfolge seines Tuns, welche ihn als strafwürdig kennzeichnet.“ (a.a.O. S. 7.)¹⁰⁴⁰ Sie bietet keinen wesentlichen Unterschied von der *Löfflerschen* Bestimmung des Schuldbegriffes. Auch *Exner* erklärt die Schuld als psychische Tatsache, wenn auch – ebenso wie *Löffler*, nur mit anderen Worten – als juristisch qualifizierte psychische Tatsache. Da nun *Exner* auch die Fahrlässigkeit als Schuld gelten läßt, muß er auch bei dieser eine bestimmte psychische Tatsache, eine psychische Beziehung des Täters zur Tat nachweisen, was freilich deshalb ein unmögliches Beginnen ist, weil auf Grund der positiven Gesetze die Fahrlässigkeit¹⁰⁴¹ gerade in einer Beziehungslosigkeit des Täters zur Tat charakterisiert ist. Daß man mit der herrschenden Willens- oder Wissensschuld der Fahrlässigkeit gegenüber zu solch negativ-psychologischem Resultat¹⁰⁴² kommen muß, scheint *Exner* wohl erkannt zu haben. Er sagt von der Fahrlässigkeit: „Hier aber ist der Erfolg weder gewollt, noch auch – nach dem Begriffe schon – bewußt vorausgesehen. Die Beziehungslosigkeit scheint in die Definition erhoben zu sein. Worauf gründet sich hier das Zurechnungsurteil, der Schuldvorwurf? – Denn fehlt hier wirklich jegliche Beziehung zwischen Täter und Tat, dann fehlt der Schuldzusammenhang, und *Radbruch* hat Recht, wenn er sagt, Verantwortlichkeit für Kulpa sei nichts als verschämte Zufallshaftung.“ (a.a.O. S. 10.)¹⁰⁴³ Man kann also neugierig sein, welche psychologische Beziehung *Exner* bei der Fahrlässigkeit zwischen Täter und Tat ausfindig machen wird, wenn er auf Vorstellen und Wollen von vornherein verzichtet. Bleibt also von seelischen Funktionen nur¹⁰⁴⁴ das Fühlen übrig, das jedoch gerade zum Unterschied von Wollen und Vorstellen keine Möglichkeit einer „Beziehung“ zu einem äußeren Tatbestande¹⁰⁴⁵ aufweist. Denn man kann einen äußeren, mit Strafe bedrohten Tatbestand zwar wollen oder vorstellen, aber man kann ihn nicht „fühlen“. Was erkennt nun *Exner* als Wesen der Kulpa? „Das Wesen der Kulpa liegt in dem Mangel an Interesse, das der Handelnde für das rechtlich geschützte Gut zeigt“ (a.a.O. S. 199.)¹⁰⁴⁶ Ja, diesen „Mangel an Interesse“ hält *Exner* für das Wesen der Schuld überhaupt. „Dem alten Dogma: alle Schuld beruht auf einer Mangelhaftigkeit des Willens, ist also der Satz entgegenzustellen: alle Schuld beruht auf einem Mangel an gehörigem Interesse für die Erhaltung der vom Rechte geschützten Güter.“ (a.a.O. S. 233/234.)¹⁰⁴⁷ Man beachte die

¹⁰³⁸ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 6.

¹⁰³⁹ *Alexander Graf zu Dohna*, Die Elemente des Schuldbegriffs, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß und die ergänzenden Disziplinen 65 (1905), S. 304–324.

¹⁰⁴⁰ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 7 – Hervorhebungen von Kelsen; Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰⁴¹ «weil auf Grund der positiven Gesetze die Fahrlässigkeit»] A₁ «weil das Wesen der Fahrlässigkeit»; A₂ «weil auf Grund der positiven Gesetze die Fahrlässigkeit».

¹⁰⁴² «negativ-psychologischem Resultat»] A₁ «negativem Resultat»; A₂ «negativ psychologischem Resultat».

¹⁰⁴³ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 10.

¹⁰⁴⁴ «also von seelischen Funktionen nur»] A₁ «also nur»; A₂ «also von seelischen Funktionen nur».

¹⁰⁴⁵ «keine Möglichkeit einer „Beziehung“ zu einem äußeren Tatbestande»] A₁ «keine „Beziehung“ zum Unrecht [bricht ab]»; A₂ «keine Möglichkeit einer „Beziehung“ zu einem äußeren Tatbestande».

¹⁰⁴⁶ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 199 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁰⁴⁷ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 233f. – Hervorhebungen von Kelsen.

verletzten | Norm erscheint. Denn nichts anderes kann als das gemeinsame Element der drei möglichen Schuldformen erkannt werden: Im ersten Fall ist ein mit

| 141

scheinbar kleine Differenz zwischen „Mangelhaftigkeit des Willens“ und „Mangel an Interesse“! Das – irrtümlich – psychologisch begriffene Willensdogma hat seinen Irrtum von der psychologischen Natur der Schuld wenigstens konsequent durchgeführt und die Fiktion auf die Spitze getrieben, indem es auch den fahrlässig verursachten oder nicht verhinderten Tatbestand als „gewollt“ behauptet, also eine Willensbeziehung – wenn auch eine vom Rechte verworfene und darum „mangelhafte“ –, mit oder ohne | Fiktion, aufzeigt. *Exners* Schuldbegriff dagegen charakterisiert sich durch¹⁰⁴⁸ einen „Mangel an Interesse“, das heißt durch ein *Fehlen* des geforderten Interesses, ein Nichtvorhandensein jener psychischen Beziehung, die das Recht vorschreibt! *Psychologisch*¹⁰⁴⁹ bedeutet die Schuld *Exners* ein *Manko*, – *Exner* bedient sich selbst wiederholt dieses Wortes; das bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger, als daß eben eine psychologische Beziehung zwischen Tat und Täter fehlt, die *Exner* für den bloß mit einer rechtlichen Qualifikation versehenen *realpsychischen* Tatbestand der Schuld hält. *Exners* Schuld ist in allen ihren möglichen Formen¹⁰⁵⁰ – wenn der Vergleich erlaubt ist – eine hohle Nuß; während die Willens- und Wissensschuld nur bei der Fahrlässigkeit offenkundig ein psychologisches Defizit ergibt und sich hier durch Fiktionen über den psychischen Charakter der Schuld hinweghilft, entbehrt *Exners* Schuld – nach der letzterwähnten Formulierung – unter allen Umständen des psychischen Kerns; denn der „Mangel eines Interesses“ an den bei dem fahrlässigen Verhalten verletzten Rechtsgütern ist nur ein den wahren Sachverhalt verschleierner Ausdruck¹⁰⁵¹ für das Fehlen einer psychischen Beziehung zwischen Täter und Tat, die das Wesen der Schuld nach der von *Exner* zu Beginn seiner Untersuchungen aufgestellten Definition sein soll.

| 141

Es ist nicht uninteressant, daß die gründlichen Untersuchungen *Exners*, die besonders dadurch Wert gewinnen, daß sie bemüht sind, das Psychologische vom Juristischen reinlich zu scheiden, zu diesem – allerdings nicht zugestandenen – Resultate kommen: an dem angeblich aus¹⁰⁵² psychologischen und juristischen Elementen kombinierten Schuldbegriffe bleiben nur die normativ-juristischen Charaktere übrig, während die psychologischen – das ist die psychische Beziehung zwischen Täter und Tat – in Wahrheit fallen gelassen werden müssen und nur dem Worte nach sich in der Schulddefinition scheinbar fortfristen. Hätte *Exner* sich nicht der Selbsttäuschung hingegeben, daß der „Mangel an Interesse“ eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat darstellt, hätte er sich nicht verheimlicht, daß auch er „die Beziehungslosigkeit in die Definition erhoben“ hat und zwar für alle Schuldformen, nicht bloß für die Fahrlässigkeit, wie die herrschende Lehre, dann hätte er die richtige Erkenntnis von dem rein¹⁰⁵³ normativen Charakter des Schuldbegriffes, der er zum Schlusse seiner Untersuchungen unbewußt näher gekommen ist als viele andere, nicht mehr ausweichen können. Wie hart daran er schon war, zeigt eine zu Ende

¹⁰⁴⁸ «*Exners* Schuldbegriff dagegen charakterisiert sich durch»] A₁ «*Exner* dagegen kann [bricht ab]»; A₂ «*Exners* Schuldbegriff dagegen charakterisiert sich durch».

¹⁰⁴⁹ «vorschreibt! *Psychologisch*»] A₁ «vorschreibt! *Psychologisch*»; A₂ «vorschreibt! Diese Beziehungen, deren *Mangel* hier ausgesagt wird, bestehen überdies gar nicht zwischen Täter und *Tat* sondern zwischen Täter und Rechtsgütern, die nicht selbst sondern *deren Verletzung* die *Tat* oder der sozialschädliche Erfolg ist, zu dem der Täter in psychologischer Beziehung stehen muß damit nach *Exner* von einer Schuld die Rede sein kann. Von dieser letzteren Beziehung aber ist [in] der *Exners* Definition überhaupt nicht die Rede. *Psychologisch*»; F* «vorschreibt! *Psychologisch*».

¹⁰⁵⁰ «allen ihren möglichen Formen»] A₁ «allen drei Formen»; A₂ «allen ihren möglichen Formen».

¹⁰⁵¹ «Interesses“ ... Ausdruck»] A₁ «Interesses“ ist eben nur ein scheinbar [bricht ab]»; A₂ «Interesses“ an den bei dem fahrlässigen Verhalten verletzten Rechtsgütern ist eben nur ein den wahren Sachverhalt verschleierner Ausdruck».

¹⁰⁵² «kommen: an dem angeblich aus»] A₁ «kommen. Von dem aus»; A₂ «kommen; An dem angeblich aus».

¹⁰⁵³ «er die richtige Erkenntnis von dem rein»] A₁ «er den rein»; A₂ «er die richtigen [sic] Erkenntnis von dem rein».

| 142 Strafe bedrohter Tatbestand gewollt, im zweiten Falle vor|ausgesehen, im dritten Falle aber weder gewollt noch vorausgesehen. Kann in allen drei Fällen von Schuld gesprochen werden, dann ist Schuld weder Wollen noch Voraussehen¹⁰⁵⁶, dann erübrigt zu ihrer Charakterisierung nichts anderes als der Bestand eines strafbaren Unrechtes d.h. einer verletzten Strafnorm. Der Eigentümer des Hauses, von dessen Dach ein Ziegel fällt, durch den ein Freier getötet wird, wird vom römischen Recht mit Strafe belegt. Er ist im gleichen Sinne „schuld“, wie der Bahnwärter, der, eingeschlafen, seinen Wechsel zu stellen verabsäumt, im modernen Rechte der Strafe verfällt, obgleich beide den Erfolg weder gewollt noch vorausgesehen haben. Das Urteil, das eine Schuld behauptet, sagt nicht mehr und nicht weniger, als jenes, das ein strafbares Unrecht konstatiert. Man muß sich auch zu der Einsicht bequemen, daß es unrichtig ist, zu schließen: weil eine Schuld, darum eine Strafe, sondern umgekehrt: wie erst die Strafe, die auf einen Tatbestand gesetzt ist, diesen Tatbestand zum Unrecht macht, wie also aus der Strafe auf das Unrecht zu schließen ist, so ist zu folgern: weil und soferne eine Strafe, darum und insoferne eine Schuld.

Was bedeutet aber die uralte Gleichung¹⁰⁵⁷ zwischen Schuld und Wille?

Wenn die neuere juristische¹⁰⁵⁸ Theorie das Bestreben zeigt, die Schuld zu der Innerlichkeit des *Menschen* irgendwie in Beziehung zu bringen, die Schuld als psychischen Faktor aufzuzeigen, so gerät sie in einen unlösbaren Widerspruch zu der Tatsache, daß das Subjekt, dessen Relationen ihren Gegenstand bilden, nicht

seiner Arbeit stehende Kritik der Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit nach herrschender Lehre. Er sagt a. a. O. S. 228:¹⁰⁵⁴ „Die beiden Begriffe, so nebeneinandergestellt, sind also völlig inkongruent und verschiedenen Betrachtungsweisen angehörig. Der eine ist ein psychologischer, der andere ist ein ethischer Begriff.“ Diese wichtige Wahrheit trübt er aber sofort durch eine hinzugefügte Anmerkung, die ihm den Weg verlegt zu der einzig richtigen Konsequenz, die er aus dieser Erkenntnis hätte ziehen müssen, nämlich aus dem rein ethischen Charakter der Fahrlässigkeit auf den gleichen Charakter *aller* Schuldformen zu schließen. *Exner* sagt nämlich: „Freilich ist hinzuzufügen, daß der Begriff der Fahrlässigkeit *nicht ausschließlich dem ethischen Gebiete* angehört, denn auch er bezeichnet ein bestimmtes psychologisches Verhältnis zwischen Täter und Tat, nur enthält er zugleich eine Mißbilligung des Täters, ein Element, das dem Vorsatzbegriff im | Sinne von Wollen des Erfolges mangelt.“¹⁰⁵⁵ Das ist nun allerdings falsch. Denn einerseits bezeichnet der Begriff der Fahrlässigkeit – auch der *Exnersche* – gerade das *Fehlen* eines psychologischen Verhältnisses zwischen Tat und Täter, und andererseits fehlt das Moment der Mißbilligung *keinem* Schuldbegriff, auch dem Vorsatz der herrschenden Lehre nicht. Es hieße, die herrschende Lehre doch ein wenig unterschätzen, wollte man ihr zumuten, daß sie unter Vorsatz nicht das vom *Rechte verpönte* Wollen des Erfolges – sondern jedes Wollen des Erfolges verstehe! *Exner* unterscheidet sich gerade in diesem Punkte nicht im geringsten von der herrschenden Lehre, derzufolge die Schuld ein realpsychischer Tatbestand – allerdings ein rechtlich qualifizierter Tatbestand (Mißbilligungselement) ist!

¹⁰⁵⁴ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 228.

¹⁰⁵⁵ *Exner*, Fahrlässigkeit (Anm. 1032), S. 228 Anm. 1 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁰⁵⁶ «Voraussehen»] A₁ «Wissen»; A₂ «Voraussehen».

¹⁰⁵⁷ «die uralte Gleichung»] A₁ «die Gleichung»; A₂ «die uralte Gleichung».

¹⁰⁵⁸ «die neuere juristische»] A₁ «die juristische»; A₂ «die neuere juristische».

die zoologisch-psychologische Einheit: Mensch, sondern die ethisch-juristische: *Person* ist. Auch das Subjekt strafrechtlicher Verantwortung oder *Schuld*subjekt ist offenbar jene Konstruktion spezifisch *normativer* Betrachtung, das Rechts- und Pflicht-Subjekt, das als solches nichts Körperliches, der Außenwelt Angehöriges, auch nicht Träger an die Materie gebundener Seelenprozesse sein kann, die nur im Wege teleologisch-explikativer¹⁰⁵⁹ Betrachtung zur Einheit „Mensch“ zusammengefaßt werden. Nur der | Mensch, nicht aber die Person kann psychisch „wollen“ oder „vorstellen“ und wenn diese, nicht aber jener Subjekt der „Schuld“ ist, dann kann die Schuld in keinem Wollen oder Vorstellen bestehen.

| 143

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

Hier muß eine Gedankenreihe aufgenommen werden, die im ersten Buche dieser Untersuchungen entwickelt wurde.¹⁰⁶⁰ Der Begriff der *Zurechnung* ist es, der nunmehr von Bedeutung wird.

Wenn das Urteil, das irgendeiner Person Schuld an irgendeinem Tatbestande behauptet, soviel bedeutet, daß diese Person Subjekt einer verletzten Norm ist, dann muß, nach dem, was an früherer Stelle über das Verhältnis von Normsubjekt und Normobjekt gesagt wurde, dieses Urteil identisch sein mit jenem, das die *Zurechnung* eines Tatbestandes zu einer Person vornimmt. Jemand ist an irgendeinem äußeren Erfolge „schuld“ bedeutet nichts anderes als: jemandem wird ein äußerer Erfolg zugerechnet. Es ist offenkundig, daß die in der Terminologie der normativen, ethisch-juristischen Disziplinen herrschende, schon im ersten Buche dieser Untersuchungen hervorgehobene Tendenz, die *Zurechnung* stets bis zu¹⁰⁶¹ einem „Willen“ zu führen, m. a. W. das Zugerechnete stets als gewollt gelten zu lassen¹⁾, auf dem speziellen Gebiete¹⁰⁶³ des Strafrechtes in jenem Dogma zum Ausdruck gelangt ist, das alle „*Schuld*“ als „*Willens*“schuld erklärt oder m. a. W. jeden mit Strafe bedrohten Tatbestand als „gewollt“ gelten läßt. Allein auch das zivilistische Willensdogma wird auf die gleiche Quelle zurückzuführen sein. Auch im Bereiche des Privatrechtes bedeutet, daß ein Rechtsgeschäft resp. eine Erklärung als von jemandem „*gewollt*“ zu gelten hat, nicht mehr und nicht weniger, als daß ihm das Geschäft resp. die Erklärung *zugerechnet* wird. Nur die einer Person zugerechnete Erklärung aber kann rechtsgültig sein, denn nur auf Grund der einer

[¹⁾ Vgl. oben S. 71 ff.¹⁰⁶²

| 143

¹⁰⁵⁹ «Wege teleologisch-explikativer»] A₁ «Wege explikativer»; A₂ «Wege teleologisch explikativer».

¹⁰⁶⁰ Vgl. oben S. 161–174.

¹⁰⁶¹ «Zurechnung stets bis zu»] A₁ «Zurechnung zu»; A₂ «Zurechnung stets bis zu».

¹⁰⁶² Vgl. oben S. 160–174.

¹⁰⁶³ «dem speziellen Gebiete»] A₁ «dem Gebiete»; A₂ «dem speziellen Gebiete».

Person zurechenbaren Erklärung kann diese von den zivilen Unrechtsfolgen getroffen werden²⁾ ¹⁰⁶⁶.

|144 Und nun vergegenwärtige man sich, was vom Wesen der Zu|rechnung gesagt wurde und halte es zu demjenigen, was die Untersuchung des Terminus „Wille“ im Straf- und Privatrechte ergeben hat.

Zum Willensbegriffe – so wurde festgestellt – gelangt die Jurisprudenz durch das Bedürfnis, äußere Tatbestände mit den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten¹⁰⁶⁷ zu verknüpfen, an denen die Unrechtsfolgen zu realisieren sind. Diese auf Grund der Rechtsnormen erfolgende Verknüpfung zwischen Subjekten und äußeren Tatbeständen ist nichts anderes als der spezifische Prozeß der Zurechnung.¹⁰⁶⁸ Wille im ethisch-juristischen Sinne und Zurechnung sind correlate Begriffe. Es wurde gezeigt, daß die Zurechnung eine von dem Kausalnexus völlig unabhängige Verbindung zwischen den Elementen herstellt, daß das Urteil, das einer Person einen äußeren Erfolg zurechnet, eine Person für einen äußeren Erfolg verantwortlich macht, keineswegs soviel bedeutet oder nur dadurch bedingt ist, daß dieser Erfolg von der Person, das Zurechnungsobjekt vom Zurechnungs-subjekt „bewirkt“ worden ist. Damit ist zugleich gesagt, daß die Formel, die irgendeinen juristischen Tatbestand als von jemandem „gewollt“¹⁰⁶⁹ erklärt, keineswegs diesen Tatbestand als von dem „Wollenden“ *verursacht* nachzuweisen hat, was das Bestreben jener Juristen ist, die mit dem später¹⁰⁷⁰ noch näher zu untersuchenden „kausalen“ Willensbegriff (Wille als Ursache der Körperbewegung und deren Folgen) operieren. So wie die durch Zurechnung hergestellte Verbindung zwischen einem Objekt und Subjekt (oder m. a. W. die Relation zwischen dem im ethisch-juristischen Sinne „Gewollten“ und dem „Wollenden“) keine kausale ist, kann sie auch nicht als eine *teleologische* nachgewiesen werden, was dadurch gezeigt wurde, daß in jenen Fällen, in denen das juristische Willensdogma das „Gewollt“sein eines Tatbestandes behauptet, ein Willen im psychologischen Sinne sehr häufig nicht¹⁰⁷¹ gefunden werden konnte oder m. a. W., daß der einem Subjekt *zuzurech-*

²⁾ Es ist für den Unterschied zwischen der Begriffstechnik des Privatrechtes und jener des Strafrechtes von charakteristischer Bedeutung, daß die Theorie des letzteren den *Unrechts*tatbestand, während die des ersteren gerade den – *sit venia verbo* – *Rechts*tatbestand als „gewollt“ bezeichnet und so *mittelbar* den gleichen Effekt erzielt. Dieser Unterschied hängt mit der an einem späteren Orte¹⁰⁶⁴ näher zu untersuchenden Besonderheit in der Struktur des zivilen Unrechtstatbestandes zusammen¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ Vgl. unten S. 353f.

¹⁰⁶⁵ «zusammen.»] A₁ «zusammen, durch welche sich der Zivilrechtssatz vom Strafrechtssatz [bricht ab]»; A₂ «zusammen.».

¹⁰⁶⁶ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁰⁶⁷ «mit den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten»] A₁ «mit Subjekten»; A₂ «mit den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten».

¹⁰⁶⁸ «als der spezifische Prozeß der Zurechnung.»] A₁ «als die Zurechnung.»; A₂ «als der spezifische Prozeß der Zurechnung.».

¹⁰⁶⁹ «als von jemandem „gewollt“»] A₁ «als „gewollt“»; A₂ «als von jemandem „gewollt“».

¹⁰⁷⁰ Vgl. oben S. 215, unten S. 259f.

¹⁰⁷¹ «Sinne sehr häufig nicht»] A₁ «Sinne nicht»; A₂ «Sinne sehr häufig nicht».

nende Tatbestand – und nichts anderes bedeutet ein im juristischen Sinne als „gewollt“ zu bezeichnender Tatbestand – durchaus nicht vom Zurechnungs- („Willens“-)Subjekte *bezweckt* d.h. psychologisch gewollt sein muß.¹⁰⁷²

Die Zurechnung, die bestimmte äußere Tatbestände mit einem Individuum zu verknüpfen hat, gelangt, da sie von außen an den verantwortlichen Menschen herantritt, zunächst nur an ein äußeres Verhalten des Menschen: an ein Tun oder Unterlassen desselben. Hier macht jedoch der Prozeß der Zurechnung nicht halt. Denn nicht die einzelne Handlung oder Unterlassung des Menschen ist es, der zugerechnet wird, die zur Verantwortung gezogen werden kann, sondern ein Ganzes, das sich als ethische oder rechtliche Einheit darstellt, die Person. Die Muskelbewegung, die den von der Norm verpönten oder gebilligten äußeren Erfolg bewirkt hat oder die für die Seinswelt nur als „Nichts“ zu bezeichnende Unterlassung¹⁰⁷³ sind für die Zurechnung nur Durchgangspunkte. Das Eigenartige des Zurechnungsprozesses beruht gerade darin, daß die Handlung oder Unterlassung mit der Person – dieser gedachten Einheit – identifiziert wird. Nicht¹⁰⁷⁴ die Handlung oder Unterlassung ist es, die gelobt oder getadelt, belohnt oder gestraft, die zur Verantwortung gezogen wird, sondern die Person.

| 145

Es¹⁰⁷⁵ ist natürlich, daß für die Disziplinen, innerhalb deren sich dieser Prozeß der Zurechnung vollzieht, das Bedürfnis besteht, jene eigenartige Fähigkeit, Subjekt der Zurechnung, Person, d. i. ethisch-juristische Einheit in einem andern als dem zoologisch-psychologischen Sinne der Einheit „Mensch“ zu¹⁰⁷⁶ sein, besonders zu bezeichnen. Die Zurechnung, der die einzelne normgemäße oder normwidrige Handlung oder Unterlassung nur Durchgangspunkte sind, sucht sich – figürlich gesprochen – im Innern des Menschen einen Endpunkt: *diese, im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion – und*¹⁰⁷⁷ *nichts anderes – ist es, was die Terminologie der Ethik und Jurisprudenz als „Wille“ bezeichnet.*

Die Lokalisierung des Zurechnungsendpunktes „Wille“ muß keineswegs notwendig in das Innere des „Menschen“ erfolgen; die ethisch-juristische Einheit der

¹⁰⁷² «In seiner trefflichen Untersuchung ... psychologisch gewollt sein muß.» (2363–2513)] in A₂ eingefügt.

¹⁰⁷³ «Die Muskelbewegung ... Unterlassung»] A₁ «Die von der Norm gebilligte oder verpönte Muskelbewegung – oder das körperliche Nichts einer Unterlassung»; A₂ «Die Muskelbewegung die den von der Norm verpönten oder gebilligten äußeren Erfolg bewirkt hat, die Handlung oder die vom körperlichen Standpunkt geseh[bricht ab]»; A₃ «Die Muskelbewegung ... Unterlassung».

¹⁰⁷⁴ «wird. Nicht»] A₁ «wird. Treffend sagt Windelband aaO S. 243: „In dieser [bricht ab]»; A₂ «wird. Nicht».

¹⁰⁷⁵ «die Person. [Es»] A₁ «die ganze Person. Treffend sagt Windelband aaO S 243 „In dieser Übertragung der Mißbilligung von der Funktion auf die funktionierende Persönlichkeit liegt alles, was wir verantwortlich machen nennen.“ [Es»; A₂ «die ganze Person der handelnde oder unterlassende Mensch. [Es»; A₃ «die Person. [Es».

¹⁰⁷⁶ «Fähigkeit ... zu»] A₁ «Fähigkeit des Menschen, Subjekt der Zurechnung, Person in einem andern als dem anatomisch-psychologischen Sinn zu»; A₂ «Fähigkeit ... zu».

¹⁰⁷⁷ «diese ... und»] A₁ «diese – und»; A₂ «diese im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung konstruierte Fähigkeit – und»; A₃ «diese ... und».

Person muß durchaus nicht immer mit der zoologisch-psychologischen zusammenfallen. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß es ganz im Belieben der Norm liegt, auch etwas anderem als dem Einzelmenschen die Personen- oder Willensqualität zu verleihen, so wie es ja auch nur von ihr abhängt, ob überhaupt der Mensch und insbesondere welcher Mensch Person, d. h. willensfähig wird. Zur Illustration des Gesagten diene die bekannte Tatsache, daß mitunter menschliche¹⁰⁷⁸ Wesen von einer Rechtsordnung nicht als Subjekte von Pflichten oder Rechten anerkannt sind, man denke an die Stellung der Sklaven im älteren Rechte und weiter, daß es auf Grund der Gesetze Pflicht- und Rechtssubjekte¹⁰⁷⁹ gibt, die nicht Menschen sind – man vergegenwärtige sich den Gegensatz von *physischen* und juristischen Personen – für das Gebiet der Ethik: die Persönlichkeit Gottes, der „Wille“ Gottes, der sicherlich nichts anderes ist als eine durch die *normative* Weltbetrachtung postulierte Konstruktion, der *Zurechnungsendpunkt* für den *Gesamt-Tatbestand* des Seins, das ein metaphysisches Bedürfnis letztlich auf dem *Soll* eines transzendenten Werdegebotes gründet.¹⁰⁸⁰ Der Normalfall freilich für das Recht sowohl, wie insbesondere auch für die Ethik ist die Koinzidenz von *Mensch* und Person, die | Lokalisation des Zurechnungspunktes, genannt „Wille“, in den Menschen.¹⁰⁸¹

| 146

Dieser Wille der Ethik und Jurisprudenz ist aber etwas völlig anderes als dasjenige, was die Psychologie mit diesem Terminus heute bezeichnet. Was die Psychologie im Auge hat, ist *eine* der psychischen Tätigkeiten des Menschen neben Denken und Fühlen. Der Wille im ethisch-juristischen Sinne ist identisch mit der Gesamt-Einheit, als die das Individuum¹⁰⁸² für Ethik und Jurisprudenz in Betracht kommt. Willensfähigkeit und Fähigkeit, Person, d. h. Subjekt der rechtlichen und ethischen Zurechnung zu sein – Zurechnungsfähigkeit – sind eins. Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende *Tatsache*, die der Welt des *Seins* angehört, – der Wille der Ethik und Jurisprudenz ist eine unter dem Gesichtspunkte der Norm, des *Sollens* vollzogene *Konstruktion*¹⁰⁸³, der im realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht.

Es gehört zu den größten und folgenschwersten Irrtümern der Jurisprudenz, diesen Unterschied zwischen dem psychologischen und juristischen Willensbegriffe nicht immer erkannt zu haben; und es sind die seltsamsten und wunderlichsten Resultate, zu denen das heiße Bemühen jener noch heute so hochgeschätzten „psychologischen Jurisprudenz“ geführt hat, den juristischen Sprachgebrauch in

¹⁰⁷⁸ «wird. ... menschliche»] A₁ «wird. Sofern menschliche»; A₂ «wird. ... menschliche».

¹⁰⁷⁹ «sind, man ... Rechtssubjekte»] A₁ «sind, sofern es Pflichten und Rechtssubjekte»; A₂ «sind, man ... Rechtssubjekte».

¹⁰⁸⁰ «Soll eines transzendenten Wertgebotes gründet.»] A₁ «Soll begründet.»; A₂ «Soll eines Transzendenten Wertgebotes gründet.».

¹⁰⁸¹ «Die Lokalisierung ... den Menschen.» (25128–25218)] Absatz in A₂ eingefügt.

¹⁰⁸² «das Individuum»] A₁ «der Mensch»; A₂ «das Individuum».

¹⁰⁸³ «Tatsache ... Konstruktion»] A₁ «Tatsache – der Wille der Ethik u Jurisprudenz ist eine Konstruktion»; A₂ «Tatsache ... Konstruktion».

irgendeinen Einklang mit den Ergebnissen psychologischer Untersuchung zu bringen. Zur Illustration und teilweise auch zur Ergänzung dessen, was bisher über den Gegensatz zwischen juristischer und psychologischer Methode und über das Verhältnis zwischen dem juristischen und psychologischen Willensbegriffe gesagt wurde, ist es notwendig, an einem typischen Falle die¹⁰⁸⁴ „psychologisch-juristischen“ Untersuchungen zu überprüfen, die zu jenem seltsamen Zwitterbegriff geführt haben, den man heute dem Worte „Wille“ in der Rechtswissenschaft zu unterstellen pflegt.¹⁰⁸⁵

Der in der neueren Jurisprudenz herrschende Willensbegriff geht auf *Zitelmann*¹⁾¹⁰⁸⁷ zurück. Er gibt sich für einen psychologischen aus und ist es auch insofern, als es ein psychischer Vorgang ist, den er zu beinhalten behauptet. Allein mit den Resultaten der modernen psychologischen Forschung steht er in Widerspruch. Der Wille ist nach *Zitelmann* „derjenige psychische Akt, welcher unmittelbar auf die motorischen Nerven einwirkt und so Ursache einer eigenen körperlichen Bewegung ist. Der Wille ist an sich weder bewußt noch un|bewußt, er wird bewußt oder unbewußt genannt, je nachdem er von der Vorstellung seines Inhaltes begleitet ist oder nicht“.¹⁰⁸⁸

| 147

Die Unhaltbarkeit dieses Willensbegriffes für die Psychologie ist von kompetenter Seite erwiesen worden. Schon *Sigwart* hat gezeigt, daß ein unbewußter Wille ein Widerspruch in sich selbst ist¹⁾. Auch steht es mit dem psychologischen Tatbestande völlig im Widerspruch, den in¹⁰⁹⁰ der Bewegung tätigen Willensakt zu isolieren; „denn die Bewegungsimpulse treten ja nicht gesondert und selbständig auf, sondern nur als Teile eines umfassenderen Vorganges, sie sind von der Vorstellung des Erfolges und einer auf seine Verwirklichung gerichteten inneren Bewegung abhängig²⁾“. Ferner läßt die *Zitelmannsche* Definition alle jene Willens-

¹⁾ Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine *psychologisch-juristische* Untersuchung. Lpzg. 1897.¹⁰⁸⁶

| 146

¹⁾ a. a. O. S. 79.¹⁰⁸⁹

| 147

¹⁰⁸⁴ «notwendig, an einem typischen Falle die] A₁ «notwendig, die»; A₂ «notwendig an einem typischen Falle, die».

¹⁰⁸⁵ «Zur Illustration ... pflegt.»] Satz in A₂ eingefügt.

¹⁰⁸⁶ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42).

¹⁰⁸⁷ Ernst Zitelmann (1852–1923), Zivilrechtslehrer; 1876 in Göttingen habilitiert, ab 1879 Professur ebendort, noch im selben Jahr Wechsel nach Rostock. 1881–1884 Professur in Halle, 1884–1921 in Bonn, ab 1902 auch Rektor ebendort. 1892 wurde Zitelmann zum Geheimen Justizrat ernannt. Wichtige Werke: Lücken im Recht, Leipzig 1903; Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904; Internationales Privatrecht, 2 Bde., München und Leipzig 1897 und 1912.

¹⁰⁸⁸ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 79 – der von Kelsen zutreffend geführte Nachweis wurde irrtümlicherweise an den übernächsten, einer Aussage Sigwarts geltenden Satz gesetzt (S. 253, Kelsen-Anm. 1 auf S. 147 des Erstdrucks); in A korrekt platziert.

¹⁰⁸⁹ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 118 – der von Kelsen geführte Nachweis gilt dem vorstehenden Zitelmann-Zitat (vgl. Anm. 1088); in A korrekt platziert.

¹⁰⁹⁰ «den in»] A₁ «den mit dem Gesamt-Willensakte unlöslich verbundenen [bricht ab]»; A₂ «den in».

akte unberücksichtigt, die nicht auf eine Körperbewegung, sondern auf die Herbeiführung innerer Zustände gerichtet sind und die sich, *psychologisch* betrachtet, völlig gleichartig erweisen jenen, die sich auf körperliche Bewegung beziehen³⁾.

Mit dem von ihm selbst auf psychologischer Basis geschaffenen Willensbegriffe findet jedoch *Zitelmann* gerade für die spezifisch juristischen Zwecke, die den Anstoß zu seiner Bildung gegeben haben, kein Auslangen. Denn für die juristische Betrachtung haben nicht nur die körperliche Bewegung, sondern andere äußere Tatbestände, die wohl durch die körperliche Bewegung – aber auch durch andere Ursachen – herbeigeführt¹⁰⁹³ werden können, als gewollt zu gelten. Wo also ein äußeres Geschehen, das keine eigene körperliche Bewegung ist, aber durch eine solche herbeigeführt wird, als Mittel zu einer Bedürfnisbefriedigung vorgestellt wird, da nimmt *Zitelmann* neben dem unmittelbaren und unbewußten Willen zur Körperbewegung einen mittelbaren bewußten Willen zum Erfolge an⁴⁾. Diesen nennt er Absicht und definiert ihn als einen „den unmittelbaren Willen in Wirksamkeit setzenden psychischen Zustand, der in einem Trieb oder Streben nebst der Vorstellung besteht, daß aus einem durch die bestimmte körperliche Bewegung zu verursachenden Erfolg die Aufhebung vorhandener Unlust folgen werde⁵⁾“. „Absicht ist bewußter mittelbarer Wille“⁶⁾. Allein auch dieser erweiterte Willensbegriff kann den spezifisch juristischen Bedürfnissen nicht genügen, was *Zitelmann* keineswegs verborgen bleibt.

148 Denn als Gegenstand des mittelbaren Willens erscheint nur derjenige Zustand oder Vorgang, der, durch die eigene Körperbewegung herbeigeführt, zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung geeignet scheint. Die zahlreichen anderen Folgen, die durch die Körperbewegung hervorgerufen werden und die nicht zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung reichen, bilden nicht Inhalt dieses Willens. Nun erklärt *Zitelmann* wohl alle bis zu dem gewollten Zwecke führenden kausalen Zwischenglieder – als Mittel zum Zwecke – für mitgewollt, allen übrigen jedoch – also den kausalen Folgen des als Zweck fungierenden Gliedes der kausalen Kette – spricht *Zitelmann* den Charakter eines Mittels zum Zwecke ab und erklärt sie daher als nicht mitgewollt. Er sagt¹⁾: „Immer aber werden aus der Folge, aus

²⁾ a. a. O. S. 138.¹⁰⁹¹

³⁾ *Sigwart* a. a. O. S. 138.¹⁰⁹²

⁴⁾ a. a. O. S. 115.¹⁰⁹⁴

⁵⁾ a. a. O. S. 125.¹⁰⁹⁵

⁶⁾ a. a. O. S. 146.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹¹ *Sigwart*, *Wollen* (Anm. 823), S. 138.

¹⁰⁹² *Sigwart*, *Wollen* (Anm. 823), S. 138.

¹⁰⁹³ «Bewegung ... herbeigeführt»] A₁ «Bewegung herbeigeführt»; A₂ «Bewegung ... herbeigeführt».

¹⁰⁹⁴ *Zitelmann*, *Irrtum* (Anm. 42), S. 115, 124.

¹⁰⁹⁵ *Zitelmann*, *Irrtum* (Anm. 42), S. 125.

¹⁰⁹⁶ *Zitelmann*, *Irrtum* (Anm. 42), S. 146.

welcher die Aufhebung der Unlust folgt, noch andere Folgen hervorgehen, die ich für die Erreichung meines Zweckes entbehren könnte. Wenn ich nur das Bewußtsein habe, daß meine Handlung mittelbar oder unmittelbar die Aufhebung der Unlust zur Folge haben werde, daß sie aber außerdem auch von der äußeren Folge F werde begleitet werden, so ist es offenbar widersinnig zu sagen, daß ich im präzisen Sinne des Wortes den Willen hatte, die Folge F herbeizuführen; im Gegenteil, vielleicht perhorresziere ich diese sogar ... Immer ist¹⁰⁹⁸ die Folge einer Handlung zwar gewußt, aber nicht gewollt, wenn sie mir weder Mittel noch Zweck ist, wenn weder direkt noch durch Vermittlung einer weiteren Folge aus ihr die Aufhebung einer Unlust in mir erwartet wird.“ Nun ist hier *Zitelmann* zunächst vorzuwerfen, daß er den Begriff des Willens zu eng faßt. Es¹⁰⁹⁹ ist für die psychologische Betrachtung ganz gleichgültig, ob der mit dem angestrebten, gewollten Zwecke notwendig verbundene Vorgang vor oder nach dem als Zweck fungierenden Gliede der Kausalreihe liegt. Die Vorstellung seiner kausalnotwendigen Verbindung mit dem Zwecke, das Bewußtsein, daß der Zweck nicht ohne diesen – vielleicht perhorreszierten – Vorgang zu realisieren ist, macht diesen Vorgang *mitgewollt*. Und da ist es dann irrelevant, ob er als Ursache oder Wirkung des Zweckes, ante oder post finem erfolgt.

Daß¹¹⁰⁰ sein Begriff des „Willens zum Erfolge“ für Ethik und Jurisprudenz (d. h. aber nur für die Zwecke der Zurechnung) nicht ausreicht, sieht¹¹⁰¹ *Zitelmann* sofort ein und betont, daß Ethik und Jurisprudenz den bloß bewußten und den mittelbar gewollten Erfolg gleichwertig behandeln. „Und mit Recht“, bemerkt er¹¹⁰², „denn wenn auch zugegeben ist, daß *man nicht sagen kann, jener Erfolg sei gewollt, so ist es doch andererseits wahr*¹¹⁰³, daß er wenigstens nicht nicht gewollt ist ...“¹¹⁰⁴ Diese Argumentation muß jedoch verworfen werden, denn sie beruht auf einer Verquickung der psychologisch-explikativen mit der ethisch-normativen Methode; für die psychologische Betrachtung ist das Nicht-Nicht|wollen ein Nichts, überhaupt kein psychischer Akt und absolut ungeeignet, einen äußern Zustand – resp. die Vorstellung eines solchen – psychologisch zu qualifizieren. Nur

| 149

¹⁾ a. a. O. S. 149.¹⁰⁹⁷

| 148

¹⁰⁹⁷ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 149 f.

¹⁰⁹⁸ «Immer ist»] *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 149: «Immer dann also ist».

¹⁰⁹⁹ «des Willens zu eng faßt. Es»] A₁ «des Mittels zu eng faßt, indem er es mit dem der Ursache identifiziert. Es»; A₂ «des Mittels zu eng faßt. Es»; F* «des Willens zu eng faßt. Es».

¹¹⁰⁰ «post finem erfolgt. [Daß]»] A₁ «post des Zweckes erfolgt, sondern auch die Frage ob er überhaupt in einem kausalen Verhältnisse zur bezweckten Tatsache steht. [Daß]»; A₂ «post finem erfolgt. [Daß]».

¹¹⁰¹ «Jurisprudenz ... sieht»] A₁ «Jurisprudenz keinen Platz hat, sieht»; A₂ «Jurisprudenz ... sieht».

¹¹⁰² *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 150 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

¹¹⁰³ «andererseits wahr»] *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 150: «andererseits ebenso wahr».

¹¹⁰⁴ «ist ...»] A₁ «ist ...» und als Resultat ergibt sich: daß „der vorhergesehene aber nicht erstrebte Erfolg, dessen Ursache ich gewollt habe, darf und muß als mitgewollt gelten.“] A₂ «ist ...».

insoferne von einer Norm ein Nichtwollen, d. h. das Verhindern oder Unterlassen eines bestimmten Erfolges gefordert¹¹⁰⁵, als gesollt statuiert wird, kann das Nicht-Nichtwollen eine Bedeutung haben, und zwar nicht die eines subjektiv-psychischen Vorganges, sondern einer objektiven Normverletzung. – Auf Grund dieser Argumentierung kommt nun *Zitelmann* zu einem abermals erweiterten Willensbegriff, der auch den bloß vorausgesehenen Erfolg als gewollt erfaßt, indem¹¹⁰⁶ er erklärt: „Der vorhergesehene, aber nicht erstrebte Erfolg, dessen Ursache ich gewollt habe, darf und muß als mitgewollt gelten“¹¹⁰⁷. So¹¹⁰⁸ gelangt *Zitelmann* zu der seltsamen Konsequenz, daß er etwas als gewollt bezeichnet, was lediglich gewußt ist und wo¹¹⁰⁹ von einem Willen in seinem Sinne nicht mehr die Rede sein kann. Er selbst sagt, daß es bezüglich des von ihm früher als *mitgewollt* bezeichneten Erfolges einer Handlung auf den *Willen* gar nicht ankomme, nach ihm brauche gar nicht gefragt zu werden, sondern nur nach dem Bewußtsein über den Erfolg²⁾. Und für die explikativ-psychologische mit normativ-juristischen Gesichtspunkten vermengende Methode *Zitelmanns* sind die folgenden Sätze überaus charakteristisch³⁾: „Ein Erfolg wird dann voll *zugerechnet* (sic!), wenn die Seele ihn als Erfolg, der eintreten wird, betrachtet, wenn also jener hinter einer kleineren oder größeren Reihe von Mitteln stehende Erfolg in ihrem Gesichtsfelde ist, wenn sie *voraussieht*, wohin die Kausalreihe führen werde. ... Alle Folgen, welche ein Rechtsakt nach positivem Recht hat, gelten, wenn sie nicht ausdrücklich durch Parteibestimmung ausgeschlossen sind, als *mitgewollt*, sobald sie nur *gewußt* sind, eventuell usw. ...“ Deutlich geht aus diesen Ausführungen der Konnex hervor, der zwischen dem „Zurechnen“ eines Tatbestandes und dem im rechtlichen Sinne als „Gewollt“-Gelten desselben besteht, ein Zusammenhang, der so stark ist, daß ein Tatbestand, der im psychologischen Sinne offenkundig¹¹¹² nicht gewollt, sondern bloß gewußt ist, dennoch – sofern er zugerechnet wird – für den Bereich des Rechtes als „gewollt“ bezeichnet wird. Man muß blind sein, um nicht zu sehen, daß hier ein selbständiger, spezifisch juristischer, von aller Psychologie unabhängiger „Wille“ vorliegt, dessen in der Sprache festgewurzelte Existenz, statt selbst-

| 149 |¹⁾ a. a. O. S. 151.¹¹⁰⁷

²⁾ a. a. O. S. 151.¹¹¹⁰

³⁾ a. a. O. S. 151.¹¹¹¹

¹¹⁰⁵ «Nichtwollen ... gefordert»] A₁ «Nichtwollen *gefordert*»; A₂ «Nichtwollen ... *gefordert*».

¹¹⁰⁶ «Willensbegriff ... indem»] A₁ «Willensbegriff *indem*»; A₂ «Willensbegriff ... *indem*».

¹¹⁰⁷ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 150 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

¹¹⁰⁸ «gelten.“ So»] A₁ «gelten.“ Daß aus diesem Willensbegriffe bereits alles verschwunden [bricht ab]»; A₂ «gelten.“ So».

¹¹⁰⁹ «bezeichnet, was lediglich gewußt ist und wo»] A₁ «bezeichnet, wo»; A₂ «bezeichnet, was lediglich gewußt ist und wo».

¹¹¹⁰ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 151.

¹¹¹¹ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 151f. – Klammersausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

¹¹¹² «der im psychologischen Sinne offenkundig»] A₁ «der offenkundig»; A₂ «der im psychologischen Sinne offenkundig».

ständig zu deuten, ein irregeführtes Streben mit¹¹¹³ dem gleichnamigen Begriffe der Psychologie zu identifizieren bemüht ist.

Aus der Gleichstellung der Fälle des Gewollthabens und des bloßen Gewußthabens ergibt sich für *Zitelmann* ein Begriff der *Absicht*, die das ganze Gebiet der Voraussicht umfaßt. Allein tatsächlich ist dieser Begriff noch weiter! Denn *Zitelmann* kann in Wahrheit angesichts der Tatsache nicht stehen bleiben¹¹¹⁴, daß Ethik und Jurisprudenz dem eigentlich gewollten Erfolge nicht nur den bloß gewußten¹¹¹⁵, sondern auch den weder gewollten noch gewußten Erfolg in vielen Fällen gleich setzen, nämlich dann, wenn der Erfolg – es ist bisher nur von dem Erfolg der eigenen Körperbewegung die Rede – zwar nicht vorhergesehen wurde, aber doch hätte vorhergesehen werden können und *sollen*. Daß in diesen Fällen von einem psychischen Vorgange überhaupt keine Spur ist, bedarf keiner besonderen Betonung; bezeichnet man solchen Erfolg als gewollt, so hat der Terminus Wille längst keine psychologische Bedeutung mehr und ist, vom Standpunkte der Psychologie aus, eine Fiktion. Dennoch hat *Zitelmann* nicht gezögert, seinen *psychologischen Willensbegriff* auch auf diesen Fall auszudehnen. Seite 52¹¹¹⁶ sagt er: „Alle Folgen ... gelten als mitgewollt, sobald sie nur gewußt sind, *eventuell ... hätten gewußt sein müssen*“. Damit hat er den Standpunkt und die Methode der Psychologie bereits verlassen und ist mit dem einen Fuß in das Gebiet und die Methode der Ethik und Jurisprudenz gestiegen. *Dieses* ist der wesentlich erweiterte Begriff des Willens, den *Zitelmann* als „indirekte (uneigentliche) Absicht“ bezeichnet, im Gegensatz zu der oben charakterisierten Absicht, dem mittelbaren Willen zum Erfolge.

Die Definition, die sich als das Ergebnis dieser „psychologisch-juristischen“ Untersuchung darstellt, entspricht durchaus der eingeschlagenen Methode: „Absicht ist das bewußte Wollen oder wenigstens *Nicht-Nichtwollen* eines Erfolges, sie ist die Gesamtheit der *psychischen Prozesse*, welche die Folge der Handlung zu einer *zurechenbaren* machen“¹⁾. Sie enthält die Zumutung, das „Nicht-nichtwollen“ als psychischen Prozeß gelten zu lassen und führt die Zurechnung auf psychische Prozesse im Zurechnungssubjekt zurück, obgleich das „Nicht-Nichtwollen“ offenbar nur die Negation eines psychischen Prozesses bedeutet.¹¹¹⁸

¹⁾ a. a. O. S. 153.¹¹¹⁷

¹¹¹³ «Existenz, statt selbständig zu deuten, ein irregeführtes Streben mit»] A₁ «Existenz ein irregeführtes Streben einen psychologischen Inhalt zu geben verspricht. [bricht ab]»; A₂ «Existenz statt selbständig zu deuten, ein irregeführtes Streben mit».

¹¹¹⁴ «Und für die explikativ-psychologische ... stehen bleiben» (25614–2576)] A₁ «Allein auch hier kann er nicht stehen bleiben»; A₂ «Allein auch hier kann *Zitelmann* in Wahrheit nicht stehen bleiben [bricht ab]»; A₃ «Und für die explikativ-psychologische ... stehen bleiben».

¹¹¹⁵ «gewußten»] A «bewußten»; F* «gewußten».

¹¹¹⁶ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 152 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹¹⁷ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 153 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹¹⁸ «Die Definition, die ... psychischen Prozesses bedeutet.»] Absatz in A₂ eingefügt.

151 | Fragt man sich, worauf eigentlich die Gleichstellung des gewollten mit dem bloß vorhergesehenen und dem nicht einmal vorhergesehenen (fahrlässigen) Erfolge durch die Jurisprudenz beruht, jene Gleichstellung, die *Zitelmann* veranlaßte, seinen ursprünglich auf die Verursachung der Körperbewegung eingeschränkten Willensbegriff zur direkten und schließlich indirekten Absicht auszudehnen, |so ist die Antwort darauf: die *Zurechnung*. Die eigene Körperbewegung wird dem Menschen vom Rechte ebenso zugerechnet, wie der durch sie herbeigeführte gewollte oder bloß gewußte, ja, der nicht einmal vorhergesehene Erfolg. Wenn in allen diesen Fällen der zugerechnete Erfolg nach juristischer Terminologie als gewollt bezeichnet wird, so kann dieser Begriff des Willens gewiß nicht mehr¹¹¹⁹ den so benannten psychischen Akt, ja, mit Rücksicht auf die *Zurechnung* des fahrlässigen Erfolges überhaupt keinen psychischen Akt bezeichnen, und jeder Versuch, den psychologischen Willensbegriff zu dem Umfange des juristischen auszurenken, muß als methodischer Fehler erkannt werden. Solange unter Wille oder Absicht irgendein realpsychischer Vorgang verstanden wird, ist es unmöglich, die *Zurechnung* von diesem Willen abhängig zu machen und darum ist es vollkommen verfehlt, wenn *Zitelmann*¹⁾ sagt: „... ob der Erfolg einer Handlung zurechenbar ist, bestimmt das Vorhandensein¹¹²¹ der ‚Absicht‘“, sofern er dabei den von ihm geschaffenen Begriff der indirekten und uneigentlichen Absicht irgendeinen psychischen Vorgang beinhalten läßt.

Der *Zitelmannsche* Willensbegriff bezieht sich nur auf die eigene Körperbewegung¹¹²² und den durch diese kausal herbeigeführten Erfolg. Allein die ethisch-juristische Betrachtung stellt nicht nur den gewollten dem bloß vorausgesehenen und dem fahrlässig nicht einmal vorausgesehenen Erfolge gleich, soweit dieser Erfolg durch die eigene körperliche Bewegung verursacht ist, sie stellt alle diese Erfolge auch jenem vollkommen gleich, der durch andere Ursachen als die eigene Körperbewegung bewirkt, von dem Individuum aber – sei es vorhergesehen, sei es fahrlässig unvorhergesehen – nicht verhindert wurde. Daß auch ein solcher Erfolg, nur für den Fall, als er vorhergesehen ist, unter¹¹²³ Umständen den Inhalt einer Vorstellung bilden kann, die Gegenstand eines *Willens* ist, wurde bereits oben ausgeführt¹¹²⁴. Jedenfalls aber – und auch das wurde bereits bemerkt¹¹²⁵ – ist dieser Willensakt vom Standpunkte der ethisch-juristischen Betrachtung für die

151 | ¹⁾ a. a. O. S. 151.¹¹²⁰

¹¹¹⁹ «gewiß nicht mehr»] A «gewiß mehr»; F* «gewiß nicht mehr».

¹¹²⁰ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 153.

¹¹²¹ «Vorhandensein»] *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 153: «Vorhandengewesensein».

¹¹²² «die eigene Körperbewegung»] A₁ «die Körperbewegung»; A₂ «die eigene Körperbewegung».

¹¹²³ «Erfolg, nur für den Fall, als er vorhergesehen ist, unter»] A₁ «Erfolg unter»; A₂ «Erfolg – nur für den Fall als er vorhergesehen ist – unter».

¹¹²⁴ Vgl. oben S. 163–166, 217–222.

¹¹²⁵ Vgl. oben S. 163 f.

Zurechnung nicht von Bedeutung. Und die Zurechnung des Erfolges findet auch hier ohne Rücksicht darauf statt, ob die entsprechende Vorstellung des Erfolges gewollt war oder nicht, ja, in den meisten Fällen trotz des Mangels jedes psychischen Aktes, der zu dem zugerechneten Erfolg in irgendeine Beziehung gebracht werden könnte. Der Versuch, die Zurechnung¹¹²⁶ des nicht verhinderten, von anderen Ursachen als der eigenen körperlichen Bewegung bewirkten Erfolges bei Unterlassungen auf den Willen oder überhaupt einen psychischen Akt zu begründen, muß in den meisten Fällen von vornherein daran | scheitern, daß der spezi- | 152
fisch ethisch-juristische Begriff der Unterlassung geradezu bedeutet, daß etwas *nicht* getan und *nicht* gewollt wurde, was hätte getan, gewollt werden *sollen*. In den Fällen der Zurechnung eines durch eigene Körperbewegung bewirkten Erfolges mag ja der Trugschluß nahe liegen, daß zugerechnet wird, weil etwas getan, also gewollt wurde, die Zurechnung daher an den verursachenden Willen anknüpfen müsse. In diesen Fällen mag man vergessen können, daß die Zurechnung erfolgt, weil etwas nicht getan oder getan resp. gewollt oder nicht gewollt werden *sollte*, was getan resp. nicht getan, gewollt resp. nicht gewollt wurde. Allein bei der normwidrigen Unterlassung zeigt sich deutlich, daß nicht der psychische Wille das Etwas ist, an das die Zurechnung anknüpft, und daß, wenn auch hier das Zugerechnete als gewollt bezeichnet wird, dieser „Wille“ kein realer psychischer Akt sein kann, sondern nur eine ethisch-juristische Konstruktion. Dennoch sind solche Versuche¹¹²⁷, alles Zugerechnete als *psychisch* gewollt zu erfassen, gemacht worden; sie alle beruhen auf der völligen Verkennung des methodisch grundlegenden Unterschiedes zwischen psychischem und ethisch-juristischem Willensbegriffe.

Der Willensbegriff *Zitelmanns* ist ein kausaler. Der Wille ist hier als *Ursache* erfaßt und zwar als Ursache der Bewegung der motorischen Nerven und der durch diese Bewegung verursachten Muskelkontraktion, der Körperbewegung. Ist Wille Ursache, dann muß gewollt identisch sein mit verursacht, durch den Willen verursacht, und dann haben – mit Rücksicht auf die von *Zitelmann* behauptete Unabhängigkeit des Willens vom Bewußtsein – alle Glieder der durch den Willen hervorgerufenen Kausalreihe als gewollt, weil durch den Willen verursacht, zu gelten, gleichgültig, ob sie vorhergesehen sind oder nicht. Auch¹¹²⁸ ist es, genau genommen, inkonsequent, etwa nur das erste Glied der durch den Willen hervorgerufenen Kausalreihe, also die unmittelbare Wirkung des Willens, die Innervation, als gewollt zu betrachten, wie dies *Zitelmann* für seinen Willensbegriff im

¹¹²⁶ «könnte. Der Versuch, die Zurechnung»] A «könnte. Die Zurechnung»; F* «könnte. Der Versuch, die Zurechnung».

¹¹²⁷ «Konstruktion. Dennoch sind solche Versuche»] A₁ «Konstruktion. Nun wäre es gewiß zu weit gegangen, wollte man behaupten, daß der Wille im psychologischen Sinne überhaupt für die Ethik u Jurisprudenz nicht in Betracht käme. [bricht ab]»; A₂ «Konstruktion. Dennoch sind solche Versuche».

¹¹²⁸ «nicht. Auch»] A₁ «nicht. Nun hat Zitelmann in seiner Schule weder die eine noch die andere Konsequenz gezogen. Auch»; A₂ «nicht. Auch».

engsten Sinne tut. Denn die erste Folge einer Ursache steht zu dieser, vom kausalen Standpunkte aus betrachtet, prinzipiell im gleichen Verhältnisse wie die von der ersten Folge verursachte zweite Folge usw. Alle Glieder der kausalen Kette sind im gleichen Sinne Folgen der ersten Ursache, im gleichen Sinne von derselben Kausa verursacht. Die nähere oder entferntere Mittelbarkeit ist hier von nebensächlicher Bedeutung. Darum ist die unmittelbare Innervation vom Willen ebenso verursacht, wie die Körperbewegung, die ja nur das entfernte Glied einer bereits langen Kausalreihe ist, und ganz ebenso verursacht, wie ein noch so entfernter, durch die Körperbewegung verursachter Erfolg. Faßt man den Willen als Verursachung, dann muß konsequenterweise alles durch den Willen Verursachte als gewollt betrachtet werden.

Zitelmann und seine Schule haben diese Konsequenz bekanntlich nicht gezogen. Dies hat nur *Binding*¹¹³⁰ getan. Auch er behauptet – wie *Zitelmann* – einen vom Bewußtsein völlig losgelösten Willen, der in keiner Verbindung mit der Vorstellung zu denken sein soll¹¹³¹, was für die herrschende Psychologie eine Unmöglichkeit bedeutet. Zur Kritik des *Bindingschen* Willensbegriffes, demzufolge alles durch den Willen Verursachte auch gewollt ist, sagt treffend *Radbruch*¹¹³² a. a. O.:¹¹³³ „Da er (*Binding*) in dem Banne des Irrtums steht, der Begriff der Willensschuld verlange, daß jeglicher schuldhaft verursachte Erfolg auch gewollt

| 153 |¹¹ Die Normen und ihre Übertretung II 1877 S. 104–115.¹¹²⁹

¹¹²⁹ *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 2: Schuld und Vorsatz, Leipzig 1877, S. 104–115.

¹¹³⁰ Karl (Lorenz) Binding (1841–1920), Strafrechtslehrer; 1864 habilitiert in Heidelberg, ab 1866 Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Staatsrecht in Basel, ab 1870 in Freiburg i. Br.; ab 1872 in Straßburg, 1873–1913 in Leipzig, 1892–1893 und 1908–1909 auch Rektor ebendort. Binding war das Haupt der klassischen, an der Vergeltungstheorie festhaltenden Schule der Strafrechtslehre. Das Wesen des Verbrechens erblickte Binding darin, dass der Täter den staatlichen Anspruch auf Gehorsam gegenüber dem Gesetz verletzt und damit die Autorität des Gesetzes gefährdet. Gemeinsam mit Joseph Kohler (1849–1919) und Adolf Wach (1843–1926) gilt er als Begründer der sog. objektiven Auslegungslehre. Wichtige Werke: Die Normen und ihre Übertretung, 2 Bde., Leipzig 1872 und 1877 (2. Aufl., 4 Bde., Leipzig 1890–1919); Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919.

¹¹³¹ «zu denken sein soll»] A «zu denken ist»; F* «zu denken sein soll».

¹¹³² Gustav Radbruch (1878–1949), Rechtsphilosoph, Strafrechtslehrer und Reichsjustizminister; ab 1904 Privatdozent in Heidelberg, ab 1910 a. o. Professor ebendort, ab 1914 a. o. Professor in Königsberg, ab 1919 o. Professor in Kiel, ab 1926 in Heidelberg, 1933 von den Nationalsozialisten entlassen, 1945 zurückberufen, 1948 emeritiert. 1920–1924 war er Mitglied des deutschen Reichstags, 1921–1922 sowie 1923 Reichsjustizminister. Radbruch betonte, in Anlehnung an die Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus, die strikte Unterscheidung von Sein und Sollen und vertrat eine im Ansatz relativistische Rechtslehre, ohne deswegen aber überzeugend als Rechtspositivist eingeordnet werden zu können. Größten Einfluss gewann er nach dem Zweiten Weltkrieg mit der nach ihm benannten Radbruchschen Formel, wonach (allerdings auch nur) extrem ungerechtem positiven Recht der Rechtscharakter abzusprechen sei. Wichtige Werke: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig 1910 (11. Aufl., Stuttgart 1964); Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914; Rechtsphilosophie, Leipzig 1932 (8. Aufl., Leipzig 1973); Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, S. 105–108.

¹¹³³ *Radbruch*, Handlungsbegriff (Anm. 881), S. 111f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

sei, muß er den allgemeinen Willensbegriff durch einen solchen ersetzen, welcher ihm auch den fahrlässig herbeigeführten Erfolg als gewollt zu bezeichnen erlaubt. Da dieser aber zu dem Willen in keinem engeren Verhältnis steht, als der zufällig herbeigeführte Erfolg, kann er auch dem letzteren die Bezeichnung des Gewolltseins nicht vorenthalten“. Daß dieser Willensbegriff mit dem psychologischen nichts mehr zu tun hat und sich, wie *Radbruch* treffend sagt: „*restlos auf juristische Erwägungen zurückführen läßt*“¹¹³⁴, ist auf den ersten Blick klar. Nichtsdestoweniger ist *Binding* weit davon entfernt, seinen Willensbegriff als juristische Konstruktion zu erkennen, der eine durchaus andere Bedeutung zukommt, als dem eine real-psychische Tatsache beinhaltenden Begriffe der Psychologie. Vielmehr sucht *Binding* die Geltung seines Willensbegriffes auch für die Psychologie zu erweisen²⁾. Diesen Versuch hat *Sigwart* mit Entschiedenheit zurückgewiesen. Er sagt: „Der Versuch aber, alle rechtlichen Folgen eines Tuns (oder gar Unterlassens) als Folgen eines wirklichen Wollens darzustellen, *muß der psychologischen Auffassung Gewalt antun*. Denn von dem wirklichen Erfolge rückwärts gehend, gelangt man zunächst nur zu der Bewegung und kann, wenn der Mensch überhaupt bei Sinnen war, voraussetzen, daß diese gewollt war, weil die regelmäßige Ursache der Bewegung der Willensimpuls ist; aber weiter zurück reicht der Schluß aus ihrem objektiven Erfolge nicht; denn *was* mit ihr gewollt ist, darüber entscheidet nicht der wirkliche, sondern der vorgestellte Erfolg; so gewiß das Wollen des Zweckes ein *rein psychischer Akt* ist, so gewiß kann über sein Wesen nicht die Erkenntnis der äußeren Wirkung für sich, sondern nur die psychologische Betrachtung entscheiden“⁽¹⁾. Und treffend sagt *Sigwart* von dem Widerspruch, in welchem der von Juristen konstruierte in dem Begriff der Verursachung völlig aufgehende, von der Vorstellung losgelöste Willensbegriff zu dem psychologischen Begriffe des Wollens steht: „Nimmt man aus dem Begriffe des Wollens die Vorstellung dessen, was gewollt wird, heraus, und läßt nur das Moment der realen Kausalität stehen, *so wird der psychologische Begriff des Willens zerstört* und ein Abstraktum geschaffen, das in unserem Bewußtsein nirgends vorkommt“⁽²⁾.

| 154

²⁾ Er stützt sich dabei auf *Göring* (vgl. dessen Schrift: *Über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit*. 1876)¹¹³⁵ und die Philosophie *Eduard v. Hartmanns*.¹¹³⁶

¹⁾ a. a. O. S. 182.¹¹³⁷

²⁾ a. a. O. S. 177.¹¹³⁸

| 154

¹¹³⁴ *Radbruch*, Handlungs begriff (Anm. 881), S. 112 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹³⁵ *Carl Göring*, *Über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit*. Eine kritische Untersuchung, Leipzig 1876.

¹¹³⁶ *Binding*, *Normen II* (Anm. 1129), S. 108 Anm. 129, nennt folgendes Werk: *Eduard von Hartmann*, *Die Philosophie des Unbewussten*, 6. Aufl., Berlin 1874.

¹¹³⁷ *Sigwart*, *Wollen* (Anm. 823), S. 182f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

¹¹³⁸ *Sigwart*, *Wollen* (Anm. 823), S. 177 – Hervorhebung von Kelsen.

Auch muß bemerkt werden, daß das durch den Willen Bewirkte psychologisch¹¹³⁹ ganz irrelevant ist. Was in der Außenwelt kausal vor sich geht, interessiert die psychologische Betrachtung nicht; der Wille der Psychologie ist ein ganz und gar innerlicher Seelenvorgang. Es geht daher nicht an, vom Willen in einem doppelten Sinne, sowohl als Tatsache der Innenwelt, wie auch als Tatsache der Außenwelt zu sprechen³⁾ und unter dem letzteren die Wirkungen des Willens in der Körperwelt zu verstehen; der Wille ist keine Tatsache der Außenwelt und seine Wirkungen, soweit von solchen, streng genommen, gesprochen werden kann, dürfen mit ihm nicht identifiziert werden.¹¹⁴¹

Der Weg, auf dem die Juristen zu diesem rein ursachlichen Willensbegriffe gelangt sind, macht das mit der Psychologie so disharmonisierende Resultat wohl begreiflich, ohne es freilich zu rechtfertigen. Wenn man zunächst nur die Handlungen, das sind jene Tatbestände ins Auge faßt, die in einer Körperbewegung oder deren Erfolg bestehen, und die der juristische Sprachgebrauch als gewollt bezeichnet, und wenn man nun die Kausalreihe in der Richtung der Ursache verfolgt, gerät man schließlich zur Muskelkontraktion, dann zu der verursachenden Nervenbewegung und schließlich zu deren unmittelbaren psychischen¹¹⁴² Ursache. Diese unmittelbare, der Selbstbeobachtung gar nicht zugängliche Einwirkung der Psyche auf die motorischen Nerven bildet – wie die vom Innern des Menschen ausgehende psychologische¹¹⁴³ Untersuchung lehrt – nur einen nicht isolierbaren Teilakt des Willensvorganges. Wenn nun die von außen an das Subjekt herantretende juristische Betrachtungsweise gerade diesen Teilakt herausgreift und ihn allein als¹¹⁴⁴ den rechtlich in Betracht kommenden Willen erklärt, so hat dies seinen Grund darin, daß die psychologisch allein maßgebende Gesamterscheinung des Wollens dem spezifischen Zwecke der juristischen Betrachtung – und das heißt: der | Zurechnung – in keiner Weise entspricht. Allein es ist eine Selbsttäuschung und ein methodischer Fehler, das, was juristisch als Wille in Betracht kommt, mit diesem psychologisch gar nicht isolierbaren Willensimpuls zu identifizieren. Nur das irr tümliche Streben, als Wille im juristischen Sinne einen real psychischen Akt aufzuzeigen, hat zu diesem kuriosen Resultate geführt, daß als Wille im Rechtssinne ein psychischer Akt bezeichnet wird, der in dieser Form – psychisch – unmöglich ist. Der Wille *Bindings* wie *Zitelmanns* ist

| 155

3) So *Radbruch* a. a. O. S. 127.¹¹⁴⁰

¹¹³⁹ «Bewirkte psychologisch»] A₁ «Bewirkte wichtiger: das durch die physische parallel Erscheinung des Willens bewirkte psychologisch»; A₂ «Bewirkte psychologisch».

¹¹⁴⁰ *Radbruch*, Handlungsbegriff (Anm. 881), S. 127.

¹¹⁴¹ «Auch muß bemerkt werden ... nicht identifiziert werden.»] Absatz in A₂ eingefügt.

¹¹⁴² «deren unmittelbaren psychischen»] A₁ «deren psychischen»; A₂ «deren unmittelbaren psychischen».

¹¹⁴³ «die vom Innern des Menschen ausgehende psychologische»] A₁ «die psychologische»; A₂ «die vom Innern des Menschen ausgehende psychologische».

¹¹⁴⁴ «ihn allein als»] A₁ «ihn als»; A₂ «ihn allein als».

darum durchaus kein psychologischer Begriff, sondern eine rein juristische Konstruktion.

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

Die Erkenntnis, daß der psychologische Willensbegriff vom juristischen Sprachgebrauche des Wortes Wille wesentlich differiert und ein psychisches Gewolltsein des Tatbestandes nur in wenigen Fällen der Zurechnung angenommen werden kann, ist durchaus nicht vereinzelt. Mit großem Nachdruck hat schon *Sigwart* auf die Verschiedenheit der psychologischen von der juristischen Betrachtung hingewiesen¹⁾. Er betont, daß die Rechtsordnung die äußeren Tatbestände mit Unrechtsfolgen verknüpft und von außen an den Menschen herantritt, diesen für dasjenige, was er getan oder unterlassen hat, nicht darum verantwortlich macht, weil er gerade dieses gewollt hat, sondern weil er, als willensfähiges Wesen, so gehandelt oder unterlassen hat. Die Psychologie dagegen, sagt *Sigwart*²⁾, „beginnt an der Quelle; sie hält sich an das, *was im Bewußtsein| voringe, ehe der Mensch handelte*, um die wirkliche Bewegung daraus hervorgehen zu lassen“. Und auch Juristen haben sich dieser Erkenntnis nicht verschlossen¹⁾. Man begnügte sich jedoch mit der Feststellung, daß der psychologische Willensbegriff für die Jurisprudenz keine oder nur wenig Bedeutung habe, und in den meisten Fällen der rechtlichen Zurechnung von einem „Willen“ keine Rede sein könne. Der juristische Sprachgebrauch, der zweifellos die Tendenz hat, alles Zugerechnete als gewollt zu bezeichnen, bleibt dabei unberücksichtigt. Mit Unrecht, denn der diesem

| 156

¹⁾ Vgl. a.a.O. S. 180ff. u. S. 195.^{1145, 1146}

| 155

²⁾ a.a.O. S. 187.¹¹⁴⁷

¹⁾ Vgl. *Radbruch* a.a.O. S. 130.¹¹⁴⁸

| 156

¹¹⁴⁵ «S. 195»] A «S. 194»; F* «S. 195».

¹¹⁴⁶ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 180–185, Fundstellenangabe S. 195 n.e.

¹¹⁴⁷ *Sigwart*, Wollen (Anm. 823), S. 183 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt; Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁴⁸ *Radbruch*, Handlungsbegriff (Anm. 881), S. 130 Anm. 1.

Sprachgebrauche zugrunde liegende Willensbegriff, der alle Fälle der Zurechnung erfaßt und den wir im Gegensatz zum psychologischen als eine juristische Konstruktion erkannt haben, hat zumindest die gleiche denkökonomische Berechtigung wie der psychologische, und für die juristische Betrachtung ist überhaupt nur der erstere von Relevanz. Denn auch in jenen Fällen, in denen die Möglichkeit gegeben ist, einen zugerechneten Tatbestand als psychisch gewollt anzunehmen, ist dieser Tatbestand nicht darum rechtlich als gewollt zu bezeichnen, weil diese psychische Möglichkeit gegeben ist, sondern auch dieser Tatbestand ist nur gewollt, weil er zugerechnet ist. Man vergesse auch nie, daß wenn selbst die Rechtsordnung die Zurechnung eines Tatbestandes von dem „Willen“ oder der „Absicht“ abhängig macht, indem sie in den Tatbestand, an welchen die Unrechtsfolgen geknüpft sind, diese Momente aufnimmt, dies niemals die Bedeutung hat, daß die Zurechnung von der wirklichen Feststellung der so bezeichneten realen psychischen Vorgänge im Innern des zur rechtlichen Verantwortung gezogenen Subjekts abhängig gemacht wird. Denn für die juristische Betrachtung ist schlechterdings nicht zugänglich, was wirklich in der Seele eines Menschen vor sich gegangen ist. Die Feststellung von Seelenvorgängen ist für die Jurisprudenz weder Aufgabe noch überhaupt möglich. Nochmals muß hier an die bereits zitierten¹¹⁴⁹ Worte *Windscheids* erinnert werden, die auch in diesem Zusammenhange von Bedeutung sind: „Das¹¹⁵⁰ Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. *Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen, weil seine Qualität ihm nicht genügt*“.¹¹⁵¹ Aber auch der Psychologie läge hier ein so gut wie unlösbares Problem vor. Denn die Resultate der Psychologie, die im Wege der *Selbstbeobachtung* erzielt werden, können nur Klarheit über die *eigenen* Seelenvorgänge verschaffen. Das Recht und seine An-
 | 157 wender stehen einem *anderen* | gegenüber, dessen psychische Vorgänge auch ein Psychologe nicht mit wissenschaftlicher Sicherheit feststellen könnte. Weg und Ziel sind für psychologische Erkenntnis ganz¹¹⁵² anderer Art als für die Jurisprudenz. Wenn der Psychologe auch die durch Selbstbeobachtung gewonnenen Resultate generalisieren darf, so können diese doch nur wieder durch das schmale Tor der *Selbstbeobachtung* zur Anwendung gelangen; und nur Selbstbeobachtung kann die Resultate einer generellen Psychologie bestätigen. Wenn auch die Erkenntnis, daß¹¹⁵³ es ein Denken, Fühlen und Wollen gibt, für alle Menschen

¹¹⁴⁹ Vgl. oben S. 225.

¹¹⁵⁰ «möglich. ... sind: „Das»] A₁ «möglich. Treffend sagt Windscheid in seiner Schrift: Wille u Willenserklärung (Leipzig 1878), S. 7: „Das»; A₂ «möglich. ... „Das».

¹¹⁵¹ *Windscheid*, Wille (Anm. 947), S. 7 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁵² «Weg und Ziel sind für psychologische Erkenntnis ganz»] A₁ «Weg und Zweck psychologischer Erkenntnis sind eben ganz»; A₂ «Weg und Ziel sind eben für psychologische Erkenntnis ganz».

¹¹⁵³ «gelangen; ... daß»] A₁ «gelangen. Wenn auch die Behauptung, daß»; A₂ «gelangen; ... daß».

Geltung beansprucht, ob im konkreten Einzelfalle ein Denk-, Gefühls- oder Willensakt vorliegt, kann niemand anderer entscheiden, als der denkende, fühlende oder wollende Mensch selbst. Auf diesen allein darf aber das Recht in seiner praktischen Anwendung aus naheliegenden Gründen nicht¹¹⁵⁴ angewiesen sein.¹¹⁵⁵

Wenn in den Unrechtstatbestand „Wille“, „Absicht“ oder andere psychische Vorgänge als Voraussetzungen aufgenommen erscheinen, so sind darunter lediglich äußere, dem Richter objektiv erkennbare Momente zu verstehen, welche die *Annahme* der betreffenden psychischen Vorgänge als *möglich* zulassen. Nicht der wirkliche Wille, die wirkliche Absicht ist es, die der Richter in gewissen Fällen festzustellen hat – diese kann er ja gar nicht feststellen – und die zum Unrechtstatbestand gehören, sondern Bestandteile des letzteren sind äußere Umstände, auf Grund deren der Richter psychische Vorgänge juristisch *präsumiert*. Nicht bis zum realen psychischen Willensvorgange, sondern nur bis zur juristischen Präsump-tion desselben reicht¹¹⁵⁶ die Methode der Rechtswissenschaft.

Die Natur des ethisch-juristischen Willensbegriffes als einer zum Zwecke der Zurechnung vollzogenen Konstruktion, die in keiner Weise mit jenem Seelenvorgange identifiziert werden kann, den die Psychologie mit dem Worte Wille bezeichnet, zeigt sich in voller Deutlichkeit, wenn man das Problem der Willensfreiheit untersucht und sich den hier herrschenden Gegensatz zwischen deterministischer und indeterministischer Anschauung vergegenwärtigt. Dieser Gegensatz muß unüberbrückbar scheinen, wenn beide Anschauungen das gleiche Objekt zum Gegenstande haben. Faßt man den als Wille bezeichneten psychischen Vorgang ins Auge, dann steht man im Bereiche der Psychologie. Diese aber ist ein Teil der *erklärenden* Naturwissenschaft, der Lehre vom Seienden, deren Methode die explikative ist. Vom Standpunkte der Psychologie aus ist ein anderes Resultat als das des absoluten Determinismus ausgeschlossen. Die Psychologie kann zu einer Freiheit des Willens nicht kommen, ohne die Erkenntnisbasis aller explikativen Disziplinen und somit ihre eigene Grundlage in Frage | zu stellen: Das aber ist das Kausalgesetz. Dieses läßt keine ursachlose, „freie“ Bewegung zu. Denn das Kausalgesetz, welches das Wesen aller Erklärung ausmacht, ist überhaupt nichts anderes, als „der assertorische Ausdruck für unser Postulat der *Erklärung*, nichts anderes als das Axiom der Begreiflichkeit der Natur“¹¹⁵⁷). Freiheit des Willens kann darum niemals die Antwort auf eine Frage nach Erklärung sein.

| 158

| 158 |¹⁾ *Windelband* a. a. O. S. 212.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ «Anwendung aus naheliegenden Gründen nicht»] A₁ «Anwendung nicht»; A₂ «Anwendung aus nahe liegenden Gründen nicht».

¹¹⁵⁵ «Weg und Ziel ... nicht angewiesen sein.» (26427–2664)] vier Sätze in A₂ eingefügt.

¹¹⁵⁶ «Vorgänge ... desselben reicht»] A₁ «Vorgänge *präsumiert*. Nicht der reale Wille – sondern die juristische Präsump-tion desselben ist [bricht ab]»; A₂ «Vorgänge ... desselben reicht».

¹¹⁵⁷ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 217 – Hervorhebung von Kelsen.

Es ist ein bloßes Spiel mit Worten, wenn man den Terminus „Willensfreiheit“ akzeptiert und dabei die kausale Gebundenheit des Willens anerkennt, ohne zwischen dem Willen, den man „frei“ nennt und jenem, den man für gebunden erkennt, als zwischen zwei verschiedenen Begriffen zu unterscheiden und z. B. als „Freiheit“ „das Bewußtsein von der *bestimmenden Macht* der erkannten und anerkannten Normen“²⁾, als „*Herrschaft des Gewissens*“³⁾ – also eine Gebundenheit – bezeichnet. Es bedeutet nur ein der Frage aus-dem-Wege-gehen, wenn man den Willen als frei gelten läßt, in dieser Freiheit aber nur – mit *Spinoza*¹¹⁶⁰ – den Ausdruck für die subjektive Unkenntnis¹¹⁶¹ seiner Ursachen erblickt. Auch die psychologische Analyse der seelischen Vorgänge, die den Grund dafür bilden, das man seinen Willen in vielen Fällen als „frei“ empfindet, kann nur eine Selbsttäuschung konstatieren⁴⁾ ¹¹⁶³. Alle auf *Erklärung* gerichtete Untersuchung des Seelenlebens muß zu dem Urteile führen, daß der Wille wie alle anderen psychischen Akte kausal determiniert ist.

Trotz dieser unanfechtbaren Erkenntnis der Psychologie hat die Ethik und Jurisprudenz niemals darauf verzichten können, an dem Prinzip der Freiheit des Willens festzuhalten. Alle mißglückten Versuche seitens einzelner Moralphilosophen und Juristen, Ethik und Jurisprudenz auf deterministischer Basis aufzubauen, können die Erkenntnis nicht erschüttern, daß Zurechnung und Verantwortlichkeit | und damit Ethik¹¹⁶⁴ und Rechtswissenschaft nicht möglich sind ohne die Annahme, daß der Wille *frei*, das heißt – und darin kann kein Zweifel möglich sein – von dem Kausalzusammenhange unabhängig ist.

| 159

²⁾ *Windelband* a. a. O. S. 230. ¹¹⁵⁸

³⁾ *Windelband* ebenda. ¹¹⁵⁹

⁴⁾ Vgl. auch den Versuch *Kirchmanns*, (a. a. O. S. 85) ¹¹⁶² die Freiheit des Willens mit dem allgemeinen Kausalgesetze zu vereinbaren. K. führt aus, daß die Notwendigkeit nur im Wissen bestehe nicht im Sein, das Wollen aber nicht zum Sein gehöre und auch kein Wissen sei, also der Kausalität nicht unterworfen. Demgegenüber muß aber bemerkt werden, daß, wenn Sein und Wissen (des Seins) gegenübergestellt werden, das Wollen wohl zum Sein gerechnet werden muß, da nicht nur die körperlichen Vorgänge sondern auch das Wollen und Fühlen „gewußt“ d. h. im Bewußtsein sind. Und wenn man auch zugibt, daß die Kausalität in allem Sein nicht als immanente Beziehung zu finden ist, sondern lediglich als Denkform, als allgemeiner Erklärungsgrundsatz, als Prinzip des Denkens zur Ordnung des Gedachten erkannt werden muß, ist nicht einzusehen warum dieses Prinzip nicht auf das im Bewußtsein ebenso wie alles andere gegebene Wollen angewendet werden soll.

¹¹⁵⁸ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 239 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt; Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁵⁹ *Windelband*, Normen (Anm. 43), S. 239; Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁶⁰ Vgl. *Baruch de Spinoza*, Epistola LVIII [o. D., zwischen Oktober 1674 und Januar 1675], in: Carl Gebhardt (Hrsg.), *Spinoza opera*, Bd. 4, Heidelberg 1925, S. 265–268 (266).

¹¹⁶¹ «*Spinoza* – den Ausdruck für die subjektive Unkenntnis»] A₁ «*Spinoza* – die Unkenntnis»; A₂ «*Spinoza* – den Ausdruck für die subjektive Unkenntnis».

¹¹⁶² *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 175), S. 85.

¹¹⁶³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹¹⁶⁴ «erschüttern ... Ethik»] A₁ «erschüttern, daß Ethik»; A₂ «erschüttern ... Ethik».

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

Dieser wissenschaftlich unhaltbare Widerspruch löst sich aber sofort, wenn man begreift, daß der Wille der *explikativen*, das Sein erklärenden¹¹⁶⁵ Psychologie etwas wesentlich anderes ist, als der Wille der *normativen*, nicht der Erklärung des Seins, sondern der Statuierung des *Sollens* dienenden Ethik und Jurisprudenz; und die von Ethik und Jurisprudenz immer wieder (im Gegensatze zur Psychologie) behauptete Freiheit ihres Willens führt mit zwingender Notwendigkeit zur Erkenntnis der besonderen Natur desselben. Wenn Ethik und Jurisprudenz ihren Willen einen freien nennen, heißt dies soviel, daß er außerhalb jedes Kausalnexus steht. Und das ist selbstverständlich, denn dieser Begriff beinhaltet gar keinen tatsächlichen Vorgang, welcher der Welt des Seins angehört und, um begriffen zu werden, als notwendige Wirkung einer Ursache erkannt werden muß. Denn der ethisch-juristische Wille ist eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion; und wenn die Fähigkeit des Menschen, Subjekt der Zurechnung, Person im Sinne der Ethik und Jurisprudenz zu sein, als Wille bezeichnet und als „frei“ erklärt wird, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß der gleichsam in das Innere des Menschen gedachte, weil nicht mit dessen Körper, sondern einer geistigen, die Person im ethisch-juristischen Sinne darstellenden Einheit identische Wille ein *Endpunkt* – vom Standpunkte der verantwortlichen Person aus: ein *Anfangspunkt* – der Zurechnung ist. Bei der Person oder deren Willen macht die Zurechnung Halt, wenn sie einen äußeren Tatbestand mit einem Subjekte zu¹¹⁶⁶ verknüpfen hat. Sie macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche¹¹⁶⁷ weiterläuft. Hier reißt die Zurechnung den Menschen als „Person“ aus der unendlichen Kette von Ursache und Wirkung heraus und setzt im „Willen“ einen festen Anfangs- oder Endpunkt. Allein sie findet auch ohne Kausalreihe ihren Weg zum Menschen, wenn sie den durch andere Ursachen bewirkten Erfolg mit demjenigen verknüpft, der ihn zu verhindern unterlassen hat. Auch hier ist der Wille Anfangs- und Endpunkt der Zurechnung – von allem Kausalzusammenhange frei.

¹¹⁶⁵ «*explikativen*, das Sein erklärenden] A₁ «*explikativen*, erklärenden»; A₂ «*explikativen*, das Sein erklärenden».

¹¹⁶⁶ «*einem Subjekte zu*] A «*einem zu*»; F* «*einem Subjekte zu*».

¹¹⁶⁷ «*macht ... Unendliche*] A₁ «*macht beim Willen Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vom Erfolg bis zur Körperbewegung gedrunen [Lesung unsicher] ist [bricht ab]*»; A₂ «*macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung und Seelen [bricht ab]*»; A₃ «*macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche*».

| Ethik wie Jurisprudenz haben nicht die Aufgabe, das tatsächliche Handeln und Wollen der Menschen zu erklären; sie statuieren lediglich, wie sich die Menschen verhalten *sollen*. Sie haben darum das menschliche Handeln gar nicht als notwendige Folge einer Ursache begreiflich zu machen. Der von ihnen aufgestellte Willensbegriff hat keinen Erklärungszweck und entbehrt daher jedes kausalen Charakters. Nicht die Frage, warum der Mensch so und nicht anders gehandelt und gewollt hat – diese Frage, deren Beantwortung der Psychologie gehört, setzt von vornherein voraus, daß der Mensch nur so und nicht anders handeln und wollen *mußte* – sondern die Frage: *Wie soll* der Mensch handeln oder unterlassen, liegt dem Willensbegriff der Ethik und Jurisprudenz zugrunde. Der Zweck des Rechtes und der Moral, ein bestimmtes Verhalten der Menschen motivierend zu bewirken, führt zum Gebieten¹¹⁶⁸ oder Verboten eines bestimmten Verhaltens und läßt ein Handeln samt dem dadurch bewirkten Erfolg oder ein Unterlassen samt dem nicht verhinderten Erfolg als „*gesollt*“ erscheinen. Nur die Gesolltheit eines Tatbestandes macht seine Zurechnung nötig, und die Zurechnung führt zur Konstruktion des Willens. Die *Normen* sind es also, auf denen der ethisch-juristische Begriff¹¹⁶⁹ des Willens beruht, während nur die *Naturgesetze* des Seelenlebens zur Erkenntnis eines als Wille bezeichneten Vorganges führen können.

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

Die besondere Sprache der *Ethik* und speziell der Rechtswissenschaft, die Tendenz der juristischen *Terminologie* ist es, die auf die Spur zu jenem besonderen, von dem psychologischen verschiedenen Willensbegriffe geführt hat. Es muß hier hervorgehoben werden, daß sich in der *Rechtssprache* jener Begriff gleichsam petrifiziert, wie ein Baum in einer Kohlschichte, erhalten hat. Wer die Bedeutung des Sprechens für das Denken, wer den tiefen Zusammenhang zwischen Wort und Begriff nicht verkennt, dem wird nicht sonderbar erscheinen, daß hier, im Gegensatz zu dem übrigens mißlungenen Versuche der „psychologischen“ Jurisprudenz, die den zähen juristischen Sprachgebrauch des Wortes Wille mit Rücksicht auf dessen Widerspruch zur Psychologie einzuschränken oder gar auszuschließen bemüht ist, gerade dieser juristische Sprachgebrauch zur Rekonstruktion eines selbständigen Begriffes benutzt wurde.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁸ «Menschen motivierend zu bewirken, führt zum Gebieten»] A₁ «Menschen zu gebieten oder zu verbieten [bricht ab]»; A₂ «Menschen motivierend herbeizuführen, für das im Gebieten und Verboten gelegene ist, führt zur Zurechnung des gesollt [bricht ab]»; A₃ «Menschen motivierend herbeizuführen, führt zum Gebieten»; F* «Menschen motivierend zu bewirken, führt zum Gebieten».

¹¹⁶⁹ «der ethisch-juristische Begriff»] A₁ «der Begriff»; A₂ «der ethisch-juristische Begriff».

¹¹⁷⁰ «Welches ist aber ... Begriffes benutzt wurde.» (26923–26936)] in A₂ eingefügt.

| 161 | Nun läge es weit außerhalb der Grenzen dieser Arbeit, die Ursachen zu untersuchen, die zur gleichen Bezeichnung zweier so verschiedener Begriffe geführt haben. Nur der Vermutung sei hier Raum gegeben, daß die ethisch-juristische Konstruktion des Willens, der mit der ethisch-juristischen Einheit der Person identisch ist, der ursprünglichere Begriff war, und daß der Terminus Wille von der psychologischen Forschung erst übernommen und vielleicht in nicht genügend scharfer Erfassung der Verschiedenheit des *Erkenntnisobjektes* für psychische Prozesse im Menschen verwendet wurde, die man von der als Wille bezeichneten ethisch-juristischen¹¹⁷¹ Qualität, Subjekt der Zurechnung zu sein, nicht auseinanderhielt. Die Lokalisation des als Endpunkt der Zurechnung erkannten „Willens“ im Innern des Menschen mag es dem auch sonst ganz allgemein als Eigenschaft des menschlichen Geistes zu beobachtenden¹¹⁷² Streben der Anschauung nach *Realität* hier besonders leicht gemacht haben, das, was ursprünglich als Konstruktionspunkt gedacht war, als *realpsychischen* Vorgang gelten lassen; so daß auf solchem Wege der Wille, ein Hilfsbegriff *normativer* Struktur, in das Gebiet *explikativer* Seinsbetrachtung gelangte.¹¹⁷³ Gerade die Tatsache, daß der Wille auch in der Psychologie von vornherein immer nur¹¹⁷⁴ als „freier“ Wille oder doch als das Gleiche, was die Ethik als Wille und freien Willen im Auge hatte, auftrat, legt die Vermutung nahe, daß die Psychologie bemüht war, eine ethisch-juristische Konstruktion als psychischen Vorgang nachzuweisen. Und diese Annahme wird vollends bestätigt, wenn man die Resultate gewisser neuerer psychologischer Forschungen berücksichtigt, die eine selbständige, neben dem Vorstellen und Empfinden existente Seelenerscheinung des Wollens nicht anerkennen. Die einen lassen das Wollen im Vorstellen aufgehen und setzen an Stelle eines besonderen Willensaktes den sogenannten „ideomotorischen Akt“ d. h. „die Ersetzung des Willens durch eine natürliche Identität jeder Bewegungsvorstellung mit der entsprechenden Ausführungstendenz“⁽¹⁾. *Münsterberg*²⁾ sagt, daß „der Wille nur ein Komplex von Empfindungen ist. Seine Sonderstellung ist dadurch theoretisch von

| 161 | ¹⁾ *Jodl*, a. a. O. II S. 69.¹¹⁷⁵

²⁾ Die Willenshandlung 1888. S. 62.¹¹⁷⁶ Vgl. auch *Mach*, Die Analyse der Empfindungen, 5. Auflage 1906 S. 140ff.¹¹⁷⁷

¹¹⁷¹ «der als Wille bezeichneten ethisch-juristischen»] A₁ «der ethisch juristischen»; A₂ «der als Wille bezeichneten ethisch juristischen».

¹¹⁷² «sonst ... zu beobachtenden»] A₁ «sonst zu beobachtenden»; A₂ «sonst ... zu beobachten».

¹¹⁷³ «Die Lokalisation ... Seinsbetrachtung gelangte.»] Satz in A₂ eingefügt.

¹¹⁷⁴ «Wille ... immer nur»] A₁ «Wille immer nur»; A₂ «Wille auch in der Psychologie ursprünglich nur»; A₃ «Wille ... immer nur».

¹¹⁷⁵ *Jodl*, Psychologie II (Anm. 825), S. 69.

¹¹⁷⁶ *Hugo Münsterberg*, Die Willenshandlung. Ein Beitrag zur Physiologischen Psychologie, Freiburg i. Br. 1888, S. 62.

¹¹⁷⁷ *Ernst Mach*, Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Physischen zum Psychischen, 5. Aufl., Jena 1906, S. 140–147.

vornherein beseitigt.“ Andere¹¹⁷⁸ identifizieren das Wollen mit dem Fühlen, wie *Brentano*³⁾ oder wie *Ehrenfels*⁴⁾, der behauptet: „Ein besonderes psychisches Grundelement ‚Begehren‘ (Wünschen, Streben oder Wollen) gibt es nicht. Was wir Begehren nennen, ist nichts anderes als die – eine | relative Glücksförderung begründende – Vorstellung von der Ein- oder Ausschaltung irgendeines Objektes in das oder aus dem Kausalgewebe um das Zentrum der gegenwärtigen Ichvorstellung.“

| 162

Eine Stellungnahme zu dieser Frage wäre im Rahmen einer juristischen Arbeit eine arge Kompetenzüberschreitung. Allein die bloße Tatsache, daß zahlreiche Psychologen dem Begriff des Willens jede selbständige psychologische¹¹⁸² Bedeutung absprechen, darf angesichts des Resultates nicht unerwähnt bleiben, das diese Untersuchungen ergeben haben: daß der Begriff des Willens im ethisch-juristischen Sinne etwas völlig anderes bedeutet, als der einen tatsächlichen Seelenvorgang beinhaltende Begriff der Psychologie überhaupt bedeuten kann, daß unter Wille im ethisch-juristischen Sinne kein psychischer Akt, sondern eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion zu verstehen ist. Denn was hier im Bereiche ethisch-juristischer Betrachtung nachzuweisen versucht wurde, daß das Bestreben, den Willen im ethisch-juristischen Sinne als psychischen Akt nachzuweisen, methodisch verkehrt sei, das muß jene psychologische Theorie, die den Begriff des Willens als einer besonderen psychischen Erscheinung völlig eliminiert, von psychologischer Seite aus tun, indem sie zeigt, daß jener Seelenvorgang gar nicht besteht, den gewisse Juristen als Wille anzunehmen bestrebt sind. So sehr aber auch der hier eingeschlagene Weg mit jenem der eben charakterisierten psychologischen Theorie sich zu begegnen geeignet ist, muß sich der *Jurist* aus Gründen wissenschaftlicher Selbstbeschränkung damit begnügen, diese Ergänzung seiner Beweisführung von psychologischer Seite lediglich als möglich anzuführen und darauf verzichten, die bezügliche psychologische Theorie seinen Ausführungen zu Grund zu legen, solange sie nicht¹¹⁸³ als herrschende gelten kann.

³⁾ *Psychologie vom empirischen Standpunkt I*. Leipzig 1874.¹¹⁷⁹

⁴⁾ *Werttheorie I*. Bd. S. 248.¹¹⁸⁰ Weitere Literaturangaben bei *Jodl* a.a.O. I. S. 171, 175 u. II. S. 69/70.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁸ «*Münsterberg ... Andere*»] A₁ «*Münsterberg; und and[dere]*»; A₂ «*Münsterberg, Die Willenshandlung, 1888 S 62: „... daß auch der Wille nur ein Komplex von Empfindungen ist. Seine Sonderstellung ist dadurch theoretisch von vornherein beseitigt. [“ Andere]; F* «*Münsterberg ... Andere*».*

¹¹⁷⁹ *Franz Brentano, Psychologie vom empirischen Standpunkte*, Bd. 1, Leipzig 1874, S. 306.

¹¹⁸⁰ *Christian von Ehrenfels, System der Werttheorie*, Bd. 1: *Allgemeine Werttheorie, Psychologie des Begehrens*, Leipzig 1897, S. 248 f.

¹¹⁸¹ *Friedrich Jodl, Lehrbuch der Psychologie*, Bd. 1, 3. Aufl., Stuttgart und Berlin 1908, S. 171, 175; *Jodl, Psychologie II* (Anm. 825), S. 70.

¹¹⁸² «jede selbständige psychologische»] A «jede psychologische»; F* «jede selbständige psychologische».

¹¹⁸³ «anzuführen ... sie nicht»] A₁ «anzuführen, solange die psychologische Theorie nicht»; A₂ «anzuführen ... sie nicht».

VI. Kapitel. Der Wille des Staates.

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

163 | Trotz der eingehenden Diskussion, die der Begriff der *Staatspersönlichkeit* in der Literatur seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts erfahren hat, ist doch der Begriff des *Staatswillens*, den alle Theoretiker, die eine Staatsperson annehmen, als das Substrat der letzteren erkennen, nicht näher analysiert worden. Sowohl die Vertreter der | organischen Staatsauffassung, derzufolge der Person des Staates „Realität“ zukommt, wie deren Gegner, welche die Staatsperson nur als eine Fiktion oder „Abstraktion“ gelten lassen, sind darüber einig, daß die Grundlage dieser Staatspersönlichkeit ein einheitlicher Staatswille ist. Mit der Existenz eines solchen Staatswillens steht und fällt jede der beiden Theorien, die den Staat *als Rechtsobjekt* zum Gegenstande juristischer Betrachtung machen. Trotzdem ist die Frage nach dem Wesen dieses einheitlichen Staatswillens¹¹⁸⁴ seltsamerweise bei weitem nicht mit jener Gründlichkeit behandelt worden, welche die umfangreichen Erörterungen des Problems der Staatspersönlichkeit hätten vermuten lassen.

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

Tatsächlich operiert auch die moderne Völkerpsychologie mit dem Begriffe eines Gesamtwillens ebenso wie mit dem eines Gesamtbewußtseins. Allein diese Begriffe bezeichnen nicht etwas von dem Individualwillen oder dem Individualbewußtsein Verschiedenes, irgendwelche außerhalb des Individuums sich vollziehende psychische Akte, sondern lediglich die durch das Zusammenleben in den Einzelnen hervorgerufenen gemeinsamen Vorstellungen, Gefühle und Willensrichtungen. Mit Nachdruck hebt *Wundt*¹⁾ hervor, „daß diese Begriffe (Gesamtwille und Gesamtbewußtsein) ebensowenig etwas bedeuten, was außerhalb der individuellen Bewußtseins- und Willensvorgänge existiert, wie die Gemeinschaft selbst

163 | ¹⁾ Grundriß der Psychologie. 7. A. S. 384.¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁴ «dieses einheitlichen Staatswillens»] A₁ «dieses Staatswillens»; A₂ «dieses einheitlichen Staatswillens».

¹¹⁸⁵ *Wilhelm Wundt*, Grundriß der Psychologie, 7. Aufl., Leipzig 1905, S. 384 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

etwas anderes ist als die Verbindung der einzelnen“. Darum darf man dem Gesamtwillen oder dem Gesamtbewußtsein gewiß nicht das Attribut der „Wirklichkeit“ nehmen. Denn die mit den Begriffen bezeichnete Gemeinsamkeit und gegenseitige Wechselwirkung der individuellen Seelenvorgänge der einzelnen Gemeinschaftsglieder ist ebenso wirklich vorhanden wie die individuellen Seelenvorgänge selbst²⁾. Vor den groben Mißverständnissen, denen diese Begriffe noch heute begegnen, warnt *Wundt* auf das entschiedenste: „Statt sie einfach als einen Ausdruck für die tatsächliche Übereinstimmung und die tatsächliche Wechselwirkung der Individuen einer Gemeinschaft zu betrachten, meint man hinter ihnen irgendein mythologisches Wesen oder mindestens eine metaphysische Substanz zu wittern. Daß solche Meinungen verkehrt sind, bedarf nach dem oben Gesagten keines weiteren Nachweises“³⁾.

Kann nun, so muß weiter gefragt werden, der von der Völkerpsychologie bei einer geistigen Gemeinschaft erkannte Gesamtwille dasjenige sein, was die Jurisprudenz unter Staatswille versteht? Die organische Staatstheorie hat nicht gezögert, diese Frage zu bejahen. Der bedeutendste Vertreter dieser Richtung, *Gierke*¹⁾, bezeichnet als „Substanz“ des Staates den „allgemeinen Willen“²⁾, nachdem er den Staat selbst als eine Form menschlicher Gemeinschaft erklärt und die Realität dieser Gemeinschaft auf den tatsächlichen geistigen Wechselbeziehungen zwischen den Individuen begründet hat, ohne die der Mensch, als ζῶον πολιτικόν, gar nicht denkbar ist. „Der Mensch“ – sagt *Gierke*³⁾ – „kann gar kein Selbstbewußtsein haben, ohne sich gleichzeitig als Besonderheit und als Teil einer Allgemeinheit zu wissen. Sein *Wille* empfängt Inhalt und Richtung nur zum Teile aus sich selbst, zum anderen Teile wird er durch anderen Willen bestimmt“. In diesen Tatsachen erblickt *Gierke* das „Gemeinbewußtsein“ und den „Gemeinwillen“ der Gemeinschaft, deren Realität nicht angezweifelt werden kann. Es ist klar, daß *Gierke* mit seinem Gemeinbewußtsein, als dessen Ausfluß ihm das Recht erscheint⁴⁾, und mit

| 164

²⁾ *Wundt*, a. a. O. S. 384. ¹¹⁸⁶

³⁾ a. a. O. S. 385. ¹¹⁸⁷

¹⁾ Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 30. Bd. 1874. S. 294 ff. ¹¹⁸⁸

²⁾ a. a. O. S. 304. ¹¹⁸⁹

³⁾ a. a. O. S. 301. ¹¹⁹⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 311. ¹¹⁹¹

| 164

¹¹⁸⁶ *Wundt*, Psychologie (Anm. 1185), S. 384.

¹¹⁸⁷ *Wundt*, Psychologie (Anm. 1185), S. 385.

¹¹⁸⁸ *Otto Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 30 (1874), S. 153–198, 265–335 (294–335).

¹¹⁸⁹ *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 1188), S. 304 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁹⁰ *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 1188), S. 301.

¹¹⁹¹ *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 1188), S. 311.

X 29

und das ungeschickte: "Halt für mich und will mir ein Quil,
 Quil für die besten und besten Menschen sein und ein
 bestmögliches Beispiel mich zeigen das auch nicht nur ein
 menschliches zu bekommen, sondern auch für die besten
 irgend nur möglichste Beispiel aber nicht nur ein
 andererseits (die besten) zu sein. - Das ist das
 was man erreichen will, das ist das was man
 für sich selbst erreichen will." ⁺ 200 2 3 85.

Dieses wäre, so nicht weiter gesprochen werden
 das man das (die besten) bei nicht möglichem zu
 menschliche ^{Stunde} erreichen, das ist das
 für die Veränderung in der Welt. - Das
 menschliche (die besten) ist nicht möglich
 für die besten. Das menschliche (die besten)
 für die besten, für die besten, für die besten.

⁺⁺ Die grundsätzliche der Staatsverträge und die neuen Staatsverträge
 (die besten) für die besten, 20.10.1874 2 3 85.

seinem Gemeinwillen oder „allgemeinen Willen“, der¹¹⁹² ihm Substanz des Staates ist und den er mit dem Staatswillen identifiziert, die gleichen Tatsachen im Auge hat, welche die Völkerpsychologie als Gesamtbewußtsein und Gesamtwillen einer geistigen Gemeinschaft erkennt⁵⁾. Allein die Antwort, welche die organische Staatstheorie auf die Frage nach dem Wesen des Staatswillens gibt, derzufolge | derselbe als eine massenpsychische Tatsache, als ein gesellschaftlicher Gesamtwillen zu gelten hat, ist mit Entschiedenheit zu verwerfen. Denn die Gemeinschaft, für welche die Völkerpsychologie die Existenz eines Gesamtwillens behauptet, ist nie und nimmer der Staat, genauer das Staatsvolk. Es ist eine geistige Gemeinschaft, die nur insofern besteht, als durch tatsächliche geistige Wechselbeziehungen ein reales geistiges Band gegeben ist, und keine bloß rechtliche Gemeinschaft, die einen seelischen Zusammenhang und Zusammenklang der Individuen nicht zur wesentlichen Voraussetzung hat; es ist die *Gesellschaft* im Gegensatz zum *Staate*, eine völkerpsychologische und soziologische, keine juristische Einheit. Die geistige Gemeinschaft, innerhalb deren sich ein Gesamtwille bildet, ist durchaus nicht an die willkürlichen Grenzen des Staatsgebietes oder den rein äußerlichen Verband der das Staatsvolk bildenden Personen gebunden. Die geistige Gemeinschaft, die im Sinne der Völkerpsychologie einen Gesamtwillen darstellt, wird nur durch jene

| 165

⁵⁾ Ähnlich wie *Gierke* begründet schon *Fricker* die Einheit des Staates als Organismus. Vgl. Die Persönlichkeit des Staates in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 25. Bd. 1869. S. 29 ff.¹¹⁹³ Insbesondere S. 37:¹¹⁹⁴ „In der Tat haben wir also in einem menschlichen Organismus leiblich und real nichts vor uns, als die menschlichen Individuen, welche seine Glieder sind. Und doch berechtigt uns das nicht, den Organismus, das Ganze zu negieren. Denn diese Individuen finden unabhängig von ihrem individuellen Willen etwas in sich gelegt, das über das Einzelwesen hinausgeht und ihm das Bewußtsein gibt, einem Ganzen zu dienen.“ – Die besonderen seelischen Wechselbeziehungen zwischen den Gliedern der Gemeinschaft charakterisiert treffend *Richard Schmidt*¹¹⁹⁵, Allgemeine Staatslehre (Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften, III. Abt. 1. Bd.) I. S. 228,¹¹⁹⁶ als Grundlage der von der organischen Staatstheorie behaupteten „Gesamtpersönlichkeit“ des Staates: „Der Nachweis einer Gesamtperson kann nur mit Hilfe des Nachweises geführt werden, daß alle Glieder eines Gemeinwesens sich in einem eigenartigen seelischen Zustande befinden, der mit natürlicher Notwendigkeit ihnen sämtlich gemeinsam ist, während er den Angehörigen fremder Staaten fehlt. Dies wird in der Tat von den Hauptvertretern der Theorie behauptet. Sie schreiben dem Staatsvolke einen ‚realen lebendigen Gesamtwillen‘ zu.“

¹¹⁹² «Gemeinwillen oder „allgemeinen Willen“, der»] A₁ «Gemeinwillen, der»; A₂ «Gemeinwillen oder „allgemeinen Willen“, der».

¹¹⁹³ *Karl Viktor Fricker*, Die Persönlichkeit des Staates, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 25 (1869), S. 29–50.

¹¹⁹⁴ *Fricker*, Persönlichkeit (Anm. 1193), S. 37 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁹⁵ *Richard Schmidt* (1862–1944), Privat- und Prozessrechtslehrer, Staatstheoretiker; war ab 1887 in Leipzig Privatdozent und 1890 a. o. Professor ebendort; ab 1891 o. Professor in Freiburg i. Br., 1903–1904 dort auch Prorektor. 1913–1933 war er o. Professor in Leipzig, 1920–1921 Rektor ebendort. Er war Mitherausgeber der Deutschen Juristenzeitung. Wichtige Werke: Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895; Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1898 (2. Aufl., Leipzig 1906); Allgemeine Staatslehre, 2 Bde., Leipzig 1901 und 1903.

¹¹⁹⁶ *Richard Schmidt*, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901, S. 228.

Individuen gebildet, bei denen die geistige Wechselwirkung tatsächlich gleiche Willensrichtungen erzeugt hat. Kann solches ernstlich von jenen Menschen behauptet werden, die innerhalb der Grenze eines Staatsgebietes leben?

Und wenn man das Staatsvolk als den Inbegriff der Staatsbürger betrachtet, können die außerhalb jedes örtlichen und geistigen Kontaktes mit den Staatsewohnern lebenden auswärtigen Staatsbürger dieser einen Gesamtwillen bildenden Gemeinschaft zugezählt werden, und sollen etwa die im innigsten Wechselverkehre mit den inländischen Staatsbürgern lebenden Angehörigen fremder Staaten von dieser Gemeinschaft ausgeschlossen sein? Sollte wirklich die geistige Gemeinschaft an den Staatsgrenzen aufhören oder mit der bloßen Tatsache der rechtlichen Zugehörigkeit ohne Rücksicht auf jeden inneren Zusammenhang gegeben sein? Eine geistige, soziale und nicht rechtliche Gemeinschaft greift ebenso über die Staatsgrenzen hinaus, wie sie sich innerhalb derselben spaltet, was mit dem einheitlichen Staatswillen unvereinbar ist. Es ist eine grobe Fiktion, das Staatsvolk als eine einen Gesamtwillen produzierende geistige Gemeinschaft im Sinne der Völkerpsychologie zu bezeichnen. Denn gerade vom völkerpsychologischen Standpunkte aus stellt sich das Staatsvolk durchaus nicht als Einheit dar; gesellschaftlich ist es in zahlreiche geistige Gemeinschaften zersplittert. In nationalen, religiösen, wissenschaftlichen Gemeinschaften mag es zu einem Gesamtwillen kommen, nicht aber in einem rechtlichen, im staatlichen Verbände. Das, was hier als einheitlicher Wille erscheint, das Gesetz und die auf demselben beruhende Tätigkeit der Organe, kann unmöglich als Gesamtwille des Staatsvolkes gelten. Das von der Mehrheit des |
166 | Parlamentes beschlossene und vom Monarchen sanktionierte Gesetz ist Staatswille, ohne daß der Wille des Staatsvolkes dabei überhaupt in Tätigkeit kommt, ist Staatswille auch dann, wenn es noch so sehr gegen den sogenannten „Volkswillen“ verstößt. Daß die Mehrheit der Parlamentarier und deren Willensäußerung identisch sei mit dem gesamten Staatsvolke und dessen Willen, ist eine juristische Fiktion, die vom Standpunkte der Psychologie – und das ist in dieser Frage der der organischen Staatstheorie – unhaltbar ist. Oder glaubt man wirklich, daß der Inhalt der zahlreichen und komplizierten Gesetze, in denen der Wille des¹¹⁹⁷ modernen Staates zum Ausdruck kommt, in der gemeinsamen Willensrichtung aller Staatsbürger gelegen sei, die doch von den Bestimmungen dieser Gesetze, ja häufig selbst von deren allgemeinen Tendenz keine Vorstellung haben? Sollen diese – *psychologisch betrachtet* – tatsächlich etwas gewollt haben, was in ihrer Vorstellung überhaupt nicht gegeben war?

Wenn es der Gesamtwille der Völkerpsychologie ist, auf dessen gewiß nicht zu bezweifelnder Realität die organische Staatstheorie ihren Begriff einer realen Ge-

¹¹⁹⁷ «Gesetze, in denen der Wille des»] A₁ «Gesetze des»; A₂ «Gesetze, in denen der Wille des».

samtpersönlichkeit gründet, dann ist es gewiß nicht der Staat, dessen Persönlichkeit diese Theorie als *reale* bewiesen hat^{1) 1198}. Ihr methodischer Fehler, der in der

¹⁾ Auch als „Realität“ und zwar als *unkörperliche* Realität wird der Staat von *Bekker*¹¹⁹⁹ erfaßt, dessen Lehre vom Wesen des Rechtes und dessen Methode zur Gewinnung der juristischen Grundbegriffe, die er neuesten in dem Werke: Grundbegriffe des Rechtes und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910,¹²⁰⁰ darstellt, zu dem Merkwürdigsten gehört, das die juristische Literatur aufzuweisen hat. *Bekker* geht von der Erkenntnis aus, daß es neben den körperlichen – das ist: solchen *Dingen*, die einen Raum ausfüllen – auch unkörperliche gibt, denen wir dennoch nicht „die reale Existenz absprechen dürften: z. B. einem *Goetheschen* Gedichte, Sinfonie von *Beethoven*, *Wagnerscher* Oper, Erfindung *Edisons*, einer wissenschaftlichen Hypothese.“ (a. a. O. S. 16.)¹²⁰¹ *Bekker* verwahrt sich dagegen, diesen Gegensatz mit dem der sinnlich wahrnehmbaren und nicht wahrnehmbaren Dinge zusammenfallen zu lassen und führt als Beispiel die „Elektrizität“ an, die sinnlich nicht wahrnehmbar sei, der wir aber angeblich „die Körperlichkeit nicht absprechen möchten.“¹²⁰² Die unkörperlichen Realitäten seien dagegen unter Umständen wahrnehmbar! Schwerlich wird man *Bekkers* Unterschied begreifen¹²⁰³ können und etwas, das wahrnehmbar ist, das also gesehen, gehört, getastet oder geschmeckt werden kann, als *unkörperlich* gelten lassen! Eine Sinfonie ist, wenn man damit etwas durch die Gehörsempfindung *Wahrnehmbares* versteht, eine Aufeinanderfolge von Tönen, das sind Schwingungen von Luftteilchen, ein Vorgang, der keineswegs raumlos ist, weil er nur im Raum vor sich geht, da er nichts als die Bewegung eines Körpers ist. Versteht man aber unter Sinfonie die *Tonempfindungen*, dann kann von keiner Wahrnehmbarkeit mehr die Rede sein, denn diese sind die Wahrnehmungen selbst. Es ist schlechterdings unbegreiflich, weshalb die „Elektrizität“, richtiger die einzelnen unter diesem Begriffe zusammengefaßten Erscheinungen¹²⁰⁴, körperlich, aber nicht wahrnehmbar sein sollen, als ob man noch keine elektrischen Funken gesehen, | keinen elektrischen Schlag gespürt hätte. Der Begriff „Elektrizität“ aber ist unkörperlich, ganz ebenso wie der Begriff „Sinfonie“. Auch die konkrete Bewegung des Körpers A ist natürlich an sich kein Körperliches, sondern der Zustand eines Körpers und bildet eben zusammen mit dessen übrigen wahrnehmbaren Qualitäten¹²⁰⁵ seine Körperlichkeit.

Bekker hat für seine juristischen Untersuchungen so ziemlich den gefährlichsten Ausgangspunkt gewählt, den das menschliche Denken überhaupt bietet: das von der philosophischen Spekulation noch bis heute nicht eindeutig gelöste *Problem der Realität*. Nun kann es wohl keinem Theoretiker, auch einem Juristen nicht, verwehrt werden, seine Untersuchungen so tief als möglich zu fundieren. Allein wenn *Bekker* sein ganzes *wissenschaftliches* System auf der Unterscheidung von körperlichen und unkörperlichen Realitäten gründet, dann darf er bei Einführung dieser überaus schwierigen Begriffe die Resultate philosophischer Untersuchungen nicht einfach ignorieren; dann muß es höchst bedenklich erscheinen, wenn sich *Bekker* bei Darstellung dieser

¹¹⁹⁸ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹¹⁹⁹ Ernst Immanuel Bekker (1827–1916), Straf- und Völkerrechtslehrer; 1853 in Halle habilitiert, 1855 a. o. Professor ebendort; 1857 Professor in Greifswald; ab 1874 in Heidelberg, 1886 dort auch Prorektor. Wichtige Werke: Theorie des deutschen Strafrechts, Leipzig 1859; Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910; Das Völkerrecht der Zukunft, Heidelberg 1915.

¹²⁰⁰ *Ernst Immanuel Bekker*, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910.

¹²⁰¹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 18.

¹²⁰² *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 18.

¹²⁰³ «Schwerlich wird man *Bekkers* Unterschied begreifen»] A₁ «Man wird schwerlich *Bekkers* Zumutung begreifen»; A₂ «Schwerlich wird man *Bekkers* Unterschied begreifen».

¹²⁰⁴ «Erscheinungen»] A₁ «Körperbewegungen»; A₂ «Schwingung»; A₃ «Erscheinungen».

¹²⁰⁵ «übrigen wahrnehmbaren Qualitäten»] A₁ «übrigen Qualitäten»; A₂ «übrigen wahrnehmbaren Qualitäten».

| 166

| 167

| 167 Vermengung | soziologischer und juristischer Betrachtung besteht, zeigt sich nirgends deutlicher, als gerade hier, wo sie eine zweifellos gesellschaftliche Tat-

Grundlagen selbst ausdrücklich „auf die laienhafte und darum“ – freilich keineswegs, wie *Bekker* meint – „auch laienverständliche Betrachtung der Oberfläche“ beschränkt (a.a.O. S. 17.)¹²⁰⁶ Des Eindrucks des Laienhaften kann man sich allerdings auch bei den weiteren Ergebnissen der *Bekkerschen* Konstruktion nicht erwehren. Unter den Nichtkörpern hebt *Bekker*, als für seine Untersuchungen von Interesse, die¹²⁰⁷ sog. „Geistesprodukte“ hervor und macht nun auf einen eigenartigen Vorgang aufmerksam, den er die „Verkörperung“ dieses Geistesproduktes nennt. Er versteht darunter z. B. das Aussprechen eines Gedankens, das Vortragen eines Gedichtes, das bisher nur im Kopfe des Dichters bestanden hat, und Ähnliches, wofür der vulgäre, bildhafte Sprachgebrauch sich der Bezeichnung „Verkörperung“ bedient.¹²⁰⁸ Dieser Sprachgebrauch ist es auch, auf dem *Bekker* die „reale Existenz“ seiner unkörperlichen Dinge gründet, so wenn er geltend macht, das Gedicht „lebt“, „bis der letzte Hörer, von dem keine weitere Mitteilung ausgegangen, verstorben ist.“¹²⁰⁹ Und ernstlich geht *Bekker* daran, die „Lebensdauer“ seiner unkörperlichen Realitäten exakt zu bestimmen: „Hiernach schreiben wir also Dingen, denen die räumliche Existenz abgeht, eine zeitliche Existenz zu; und legen diese zwischen zwei Vorgänge, die sich im Raum abspielen, von der ersten Wahrnehmung seitens des Urhebers bis zum Untergang der letzten Verkörperung.“ (a.a.O. S. 23.)¹²¹⁰ Seine geistigen Realitäten statet *Bekker* mit einer entsprechenden Wirksamkeit aus. In den geistigen Realitäten ruhe eine „lebendige Kraft.“¹²¹¹ Beispiel: Die begeisternde Wirkung einer Lektüre von *Goethes* Faust, – die Wirkung der Aufführung einer *Beethovenschen* Sinfonie. – Ja *Bekker* scheut sich nicht, die Redensarten wörtlich zu nehmen, die metaphorisch von einem Willen sprechen: so z. B. „das Testament will“. *Bekker* sagt: „Kann überhaupt irgendwelche geistige Kraft in dem Körper stecken, der uns als Produkt des Verkörperungsprozesses gegenübersteht, warum nicht auch Wille (=Kraft, zu wollen)?“¹²¹² Unter diesen Umständen steckt allerdings in dem beschriebenen Blatt Papier, das wir Testament nennen, ein Wille. Dann müssen wir in den Sonnenstrahlen einen Willen vermuten, von denen die Dichter sagen: sie wollen, daß im Frühling die Blümlein sprießen, und vielen anderen Dingen, von denen die *Sprache* sagt: sie wollen. Eine neue Psychologie! Ja, *Bekker* untersucht | diesen Willen auch juristisch und fragt, ob die Menschen, die dem Eindruck entsprechend handeln, den sie von einer mit Willenskraft begabten Verkörperung einer geistigen Realität empfangen, als „Organe“ oder „Stellvertreter“ handeln. *Bekker* entscheidet sich für das erstere! Und nun stelle man sich vor: Jemand hört ein Lied, das seine Hörer rühren „will“, und weint. „Der in der geistigen Realität liegende Wille wirkt auf die hierzu ebenso durch ihre eigene Natur wie durch die Lage der Umstände geeigneten Menschen; handeln diese nun dem empfangenen Eindrucke entsprechend, so handeln sie gewiß nicht als Vertreter der geistigen Realität, die ja selber nicht handeln kann, wohl aber als deren dienende Organe¹²¹³, da sie ein Wollen, das wenigstens seinem Ursprunge nach nicht das ihre ist, zur Ausführung bringen.“¹²¹⁴ Man weint also als Organ und nicht als Stellvertreter eines rührenden Liedes!

Wenn *Bekker* von dem Menschen spricht, der unter dem Eindruck eines in einer geistigen Realität steckenden Willens handelt, so denkt er nicht bloß an die geistige Realität Lied oder sonst

¹²⁰⁶ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 17.

¹²⁰⁷ «*Bekker*, als für seine Untersuchungen von Interesse, die»] A₁ «*Bekker* die»; A₂ «*Bekker*, als für seine Untersuchungen von Interesse, die».

¹²⁰⁸ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 18 f.

¹²⁰⁹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 21.

¹²¹⁰ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 22.

¹²¹¹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 25.

¹²¹² *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 25.

¹²¹³ «dienende Organe»] *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 26: «Diener, Organe».

¹²¹⁴ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 25 f.

| 168

sache, den Gesamtwillen, der Konstruktion eines Rechtsbegriffes, | der Staats- | 168
 person, zu Grunde legt. Wenn ein hervorragender Vertreter der *Gierkeschen* Rich-
 tung, *Preuss*, in einer monographischen | Untersuchung des fraglichen Pro- | 169

ein künstlerisches Produkt, sondern auch an: *die Staatsgewalt*. Und das ist nun freilich der Höhepunkt seiner Theorie: Staat und Staatsgewalt ist dieselbe geistige Realität, wie ein Gedicht von *Goethe*, eine Sinfonie von *Beethoven*. Dabei sind die den Staat bildenden Menschen im Verhältnis zum Staat, was der Dichter im Verhältnis zum Gedicht ist: die geistigen Produzenten eines geistigen Produktes. Das Staatsorgan aber entspricht dem – Deklamator. A. a. O. S. 35/36¹²¹⁵ heißt es: „Auch hier (bei den Verbänden) gewöhnt man sich, die Handlungen bestimmter Individuen nicht bald dieser, bald jener sondern wiederkehrend derselben, als für und wider den ganzen Verband wirksam zu betrachten. Und nun vollzieht sich wieder der schon oben gezeichnete Wechsel der auf geistige Realitäten gerichteten Anschauungen, das Produkt tritt an die Stelle des Produzenten, nicht der Dichter entzückt uns, sondern sein Gedicht, nicht die körperlich existierenden Verbandsglieder handeln, sondern, der Verband‘, der gewollte, an sich unkörperliche Zusammenhang unter diesen; das Tun der Verbandsorgane aber entspricht dem des Deklamators, Spezialisierung und Verkörperung des Verbandswillens.“¹²¹⁶

Es ist schwer, dieser mit dem größten Ernst vorgetragenen Theorie ernst zu begegnen. In trivialen Redensarten liegende Analogien sind hier die Stützen der Begriffsbildung. Wie innerlich widerspruchsvoll dieses ganze auf Worte gebaute System ist, zeigt deutlich der *Bekkersche* Organbegriff. S. 25¹²¹⁷ sind Organe die Menschen, die dem Eindrucke entsprechend handeln, den der in der geistigen Realität liegende Wille auf sie macht. Sie bringen fremdes Wollen zur Ausführung. Auf derselben Seite 25¹²¹⁸ wird von einem Willen des Gesetzes gesprochen, wird der Redensart: „das Gesetz gebietet“ die Möglichkeit eines¹²¹⁹ wörtlichen Sinnes zugestanden. Es ist klar, daß nach all dem die das Gesetz, respektive den im Gesetz verkörperten imperativischen Staatswillen¹²²⁰ befolgenden, ausführenden Menschen, die Untertanen, Organe der geistigen Realität: Staat sein müssen. – S. 36¹²²¹ erklärt B. als Verbandsorgane jene, welche den Verbandswillen *verkörpern*. – Die Untertanen – diejenigen, welche den auf ihr rechtmäßiges Verhalten gerichteten Willen des Staates ausführen – sind plötzlich die *Erzeuger* der geistigen Realität: Staat geworden!

Der Wert des *Bekkerschen* Organbegriffes zeigt sich am deutlichsten darin, daß so ziemlich *alles*, was die *Sprache* Organ nennt – und das sind | die heterogensten Tatsachen – darunter | 169
 ernstlich zusammengefaßt werden. Der Richter ist für *Bekker* in demselben Sinne Organ des Staates, wie der Schauspieler Organ des Dichters ist, wie *Joachim*, der *Beethovens* Violinkonzert spielt, Organ *Beethovens* ist – nicht aber dessen Stellvertreter! (vgl. a. a. O. S. 41.)¹²²² Wäre man also – nach der Methode *Bekkers* – berechtigt, im Sinne der herrschenden Theorie über den Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter anzunehmen, daß *Beethoven* und *Joachim* zusammen nur *eine* Persönlichkeit seien?¹²²³

¹²¹⁵ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 35 f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹²¹⁶ «A. a. O. S. 35/36 ... Verbandswillens.»] in A₃ eingefügt.

¹²¹⁷ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 26.

¹²¹⁸ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 25.

¹²¹⁹ «gebietet“ die Möglichkeit eines»] A₁ «gebietet“ eines»; A₂ «gebietet“ die Möglichkeit eines».

¹²²⁰ «verkörperten imperativischen Staatswillen»] A₁ «verkörperten Staatswillen»; A₂ «verkörperten imperativischen Staatswillen».

¹²²¹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 36.

¹²²² *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 41.

¹²²³ «seien?»] A₁ «seien. Daß sich [sic] nach Bekkerschem Rezept in der Phrase von der Presse als Organ der öffentlichen Meinung die gleiche Relation gefunden werden kann, die zwischen Staat und Verwaltungsbeamten besteht, ist selbstverständlich.»; A₂ «seien.».

blems¹⁾ sagt, vom Standpunkte der organischen Staatstheorie sei die Rechtssubjektivität der Gesamtperson über der Rechtssubjektivität der Gliedpersonen „lediglich der juristische Ausdruck für die soziologische Tatsache, daß sich aus individuellen Willenspartikeln die organische Einheit eines Gemeinwillens gestaltet hat“, so kann dieser Fehler nicht deutlicher eingestanden werden. Denn ein „juristischer Ausdruck“ kann nur der Ausdruck einer juristischen Tatsache sein; und der Ausdruck einer soziologischen Tatsache kann nie einen Rechtsbegriff darstellen. Und dieser Fehler ist durchaus jenem analog, der darin besteht, die Rechtspersönlichkeit des Individuums auf dem *psychischen* Akte des Individualwillens aufzubauen.

Nun wäre es vielleicht möglich, um den Staatswillen als psychischen Akt nachzuweisen, ihn, wenn schon nicht als Gesamtwillen des Volkes, so doch als den psychischen Willen der mit der Bildung des Staatswillens rechtlich betrauten Personen aufzuzeigen und zwar, falls dies eine Mehrheit ist, als Gesamtwillen dieser Gemeinschaft, falls nur ein einzelner den Staatswillen erzeugt, etwa in der absoluten Monarchie als Individualwillen des Monarchen. Doch auch diese Versuche müssen mißlingen. Wird der Staatswille durch das Zusammenwirken von Parlamentsmajorität und Monarchen geschaffen, so ist klar, daß der Inhalt der einzelnen Willensakte der bei der Gesetzgebung tätigen Personen ein ganz anderer ist, als der des im Gesetze ausgedrückten Staatswillens. Ganz abgesehen sei von der Tatsache, daß ein Majoritätsbeschluß *psychologisch* nicht als Gesamtwillen der ganzen abstimmenden Körperschaft betrachtet werden kann, da eine *gemeinsame* Willensrichtung nur bei der Majorität angenommen werden könnte. Den Majoritätsbeschluß als Willen der Gesamtheit gelten zu lassen, ist ein spezifisch juristischer, psychologisch unmöglicher Vorgang. Doch faßt man auch nur den psychischen Willen der zustimmenden Parlamentsmitglieder ins Auge, dann zeigt | sich, daß dieser zunächst keinen anderen Inhalt hat, als den, eine zustimmende Erklärung abzugeben, die Hand zu erheben, „ja“ zu rufen etc. Die Zwecke, die mit solchen Willenshandlungen verbunden sein mögen, können schon sehr verschiedene sein und entziehen sich eigentlich jeder Kontrolle. Allein man setze selbst den als normal geltenden Fall, die bejahende Abstimmungsäußerung sei erfolgt, damit der Gesetzesvorschlag die Majorität erhalte und Gesetz werde. Der Wille, daß ein Vorschlag Gesetz werde, ist doch ein wesentlich anderer als der im

¹⁾ Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie in: *Schmollers* Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. 26. Jahrg. S. 562.¹²²⁴ Vgl. auch desselben Autors: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie.* Berlin 1889. S. 156.¹²²⁵

¹²²⁴ *Hugo Preuß*, Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* 26 (1902), S. 557–596 (562).

¹²²⁵ *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 622).

Gesetze selbst ausgedrückte! Vor allem sei darauf hingewiesen, daß der abstimmende Parlamentarier in vielen, ja in den meisten Fällen den Inhalt des Gesetzesvorschlages – und das ist der Inhalt des künftigen Staatswillens – gar nicht kennt; meist tut dies nur der Referent und die Mitglieder der engeren Kommission, welcher der Gesetzesvorschlag zur Vorberatung zugewiesen ist. Jedenfalls ist der Inhalt der oft sehr umfangreichen und komplizierten Gesetze beim Abstimmungsakte nicht im Bewußtsein des Stimmenden gegenwärtig. Psychologisch kann aber nichts gewollt sein, was nicht vorgestellt ist. Das Gleiche gilt vom sanktionierenden Monarchen. Sie alle „wollen“ – soweit sie überhaupt mehr als abstimmen oder sanktionieren, d. h. eine bezügliche Erklärung abgeben wollen – daß ein Gesetzesvorschlag Gesetz, d. h. Staatswille werde. Dabei können sie – müssen aber nicht – den Inhalt dieses Vorschlages kennen, d. h. wissen, aber nicht wollen. Ja, der im Gesetze enthaltene *Staatswille* ist erst *nach* Vollzug dieser physischen Individualwillensakte vorhanden. Eine Identifizierung beider ist unmöglich, wenn man auf die Auffassung Wert legt, daß nicht die dem Gesetzesvorschläge zustimmenden Abgeordneten und der sanktionierende Monarch wollen, sondern daß der Staat will, was im Gesetze normiert ist: unter gewissen Umständen zu strafen, Exekution zu führen, Straßen zu bauen, Arme zu unterstützen etc. Der Wille des physischen Gesetzgebers – richtiger der Gesetzgeber – ist scharf zu trennen vom Willen des Staates, wenn überhaupt die Person des Staates nicht identisch sein soll mit irgendwelchen Individuen. Und eine solche Identität darf auch dort nicht angenommen werden, wo sie sehr nahe zu liegen scheint: bei der absoluten Monarchie, allerdings nur, insoferne man auch hier einen juristischen, einheitlichen Staatsbegriff zu konstruieren veranlaßt ist. Eine Paraphrase des berühmten Ausspruches „l'état c'est moi“, die in den Worten Ausdruck findet: der Wille des Staates ist der persönliche Wille¹²²⁶ des Monarchen, stieße an die faktische Unmöglichkeit, den Inhalt aller Gesetze als vom Monarchen psychisch gewollt zu betrachten, und es enthielte eine solche Auffassung die gleiche grobe Fiktion, die in der Theorie gelegen ist, derzufolge das Gesetz | des konstitutionellen Staates der Gesamtwille des Volkes ist. Alle diese Fiktionen sind aber nicht etwa deshalb zu verwerfen, weil sie, wie mitunter angenommen wird, spezifisch juristische Konstruktionen sind – solche haben durchaus Existenzberechtigung¹⁾ – sondern deshalb, weil sie sich nicht beschränken, spezifisch juristische Tatsachen zu beinhalten, vielmehr *psychische* Tatsachen behaupten, die nicht bestehen, und darum

| 171

¹⁾ Über das Wesen der Fiktion und der juristischen Konstruktion vgl. unten S. 180 ff.¹²²⁷

| 171

¹²²⁶ «der persönliche Wille»] A₁ «der Wille»; A₂ «der persönliche Wille».

¹²²⁷ Vgl. unten S. 291–293.

Fiktionen sind, die weder im Reiche der Psychologie, noch in dem der Jurisprudenz Raum haben²⁾.

|172 | Auch die anorganische Staatstheorie, die eine juristische Persönlichkeit des Staates behauptet, dabei jedoch die Vorstellung einer spezifisch organischen Ein-

2) Einen von der organischen Staatstheorie *Gierkes* verschiedenen Begriff des staatlichen Gesamtwillens¹²²⁸ akzeptiert *Richard Schmidt* a. a. O. S. 229/30.¹²²⁹ Er verwirft den von der organischen Staatstheorie vertretenen Begriff eines realen Gesamtwillens der Gemeinschaft, indem er behauptet, daß das Wollen als psychische Funktion – *Schmidt* versteht wie *Zitelmann* darunter nur den Akt der Innervation – an das menschliche Individuum gebunden sei. Er meint, es sei stets nur „eine Mehrheit gleichartiger und auf das gleiche Ziel gerichteter Willensakte vieler, aber niemals die natürliche Produktion eines einheitlichen Willens derselben möglich.“¹²³⁰ Gerade hieraus schließt nun *Schmidt*, daß der „Gesamtwille“ nicht nur des Staates, sondern jedes Verbandes eine Fiktion sein müsse. Darin geht nun *Schmidt* wohl zu weit. Wenn er behauptet, daß vom Standpunkte der Psychologie aus von dem Gesamtwillen einer Personengemeinschaft überhaupt nicht gesprochen werden dürfe, daß vielmehr ein solcher Sprachgebrauch inkorrekt sei, ist er gewiß päpstlicher als der Papst, da doch gerade die Psychologie keinen Anstand genommen hat, die durch geistige Wechselbeziehung in der Gemeinschaft erzeugte gemeinsame Willensrichtung der einzelnen als realen Gesamtwillen zu bezeichnen. (Vgl. die oben zitierten Ausführungen *Wundts*.)¹²³¹ Was allein juristischerseits behauptet werden kann, ist, daß diese von der Sozialpsychologie als „Gesamtwille“ terminierte Tatsache mit dem „Staatswillen“ nichts zu tun habe. Stellt man den Begriff des Staatswillens überhaupt auf eine psychische Tatsache, sei es nun die des Individualwillens als solchen – wie dies *Schmidt* tut – sei es des Gesamtwillens – wie die organische Staatstheorie – fehlt die Erkenntnis, daß der ethisch-juristische Willensbegriff etwas total anderes ist als der psychologische, dann¹²³² muß der Begriff des Staatswillens eine Fiktion enthalten, und zwar eine Fiktion, die mit Recht bekämpft wird. Außerordentlich interessant und geistreich sind die Ausführungen *Schmidts* darüber, in welchem Sinne er einen Gesamtwillen als Staatswillen gelten läßt. „Immerhin ist nicht zu leugnen, daß innerhalb der einzelnen Staatsbürger eine seelische Beziehung zu den staatlichen Organen hinzutritt, welche man in einem *übertragenen Sinne* als einen realen Gesamtwillen bezeichnen kann. Dies ist insoweit der Fall, als zwischen der objektiven Gemeinsamkeit der Kulturzwecke der Bürger und der gemeinnützigen Tätigkeit der Organe vermittelnd ein Bewußtsein der Volksgenossen¹²³³ unter der gemeinsamen Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung erwächst und fortbesteht. Genauer analysiert muß sich ein solches in der bei *möglichst vielen* Bürgern ausgebildeten Überzeugung von dem Wert der staatlichen Tätigkeit äußern.“¹²³⁴ Daß diese Billigung der staatlichen Tätigkeit durch möglichst viele Bürger mit dem Rechtsbegriffe des Staatswillens nicht zusammenfällt, ist klar. Eine solche Billigung mag politisches Postulat sein, sie ist niemals ein rechtlicher Faktor. *Schmidt* erblickt denn auch in der „These, daß die Verbandsperson nicht nur eine fingierte, sondern eine reale Gesamtperson sei“, also auch in der dieser These zu Grunde liegenden Behauptung eines realen Gesamtwillens des Staates „nur die Einkleidung der *Forderung*, daß, wenn gesunde *politische* Verhältnisse bestehen sollen, möglichst viele einzelne, der Durchschnitt der Bürger, die Tätigkeit der Staatsorgane billigen müssen“ (a. a. O. S. 236).¹²³⁵

|172

¹²²⁸ «des staatlichen Gesamtwillens»] A₁ «des Gesamtwillens»; A₂ «des staatlichen Gesamtwillens».

¹²²⁹ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 229f.

¹²³⁰ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 229.

¹²³¹ *Wundt*, Psychologie (Anm. 1185), S. 384.

¹²³² «Staatstheorie ... dann»] A₁ «Staatstheorie, dann»; A₂ «Staatstheorie ... dann».

¹²³³ «Bewußtsein der Volksgenossen»] *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 230: «*Bewußtsein der Zusammengehörigkeit der Volksgenossen*».

¹²³⁴ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 230.

¹²³⁵ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 231 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt; Hervorhebungen von Kelsens.

heit verwirft, beruht auf der Annahme eines einheitlichen Staatswillens. Das Wesen des Staatswillens wurde jedoch auch von dieser Theorie, die in ihrer Polemik gegen die organische Staatsauffassung Vorzügliches zu Tage gefördert hat – hier ist vor allen anderen *Jellinek* zu erwähnen – bisher noch nicht genügend erkannt. Auch die bezüglichlichen Ausführungen *Jellineks*¹⁾ lassen die widerspruchslose Konsequenz und durchsichtige Klarheit der Darstellung dieses Autors vermissen, dem die moderne Staatslehre mehr als irgend einem andern verdankt.

Da der Staat Rechtssubjekt ist, und zwar ein von den psychischen Einzelpersonen des Staatsvolkes verschiedenes, muß er einen Willen haben, der – sofern der Staat ein selbständiges Rechtssubjekt sein soll – nicht identisch sein kann mit dem Willen irgend einer physischen Person. Nun kann sich auch die anorganische Staatstheorie der Erkenntnis nicht verschließen, daß Wille im psychologischen Sinne nur menschlicher Wille sein kann; darum wird als Staatswille der psychische Individualwille jener Menschen erkannt, die mit ihren Willensakten die Zwecke des Staates versorgen, das sind die Staatsorgane. Dabei ergibt sich für die anorganische Staatstheorie sofort die Schwierigkeit, die psychischen Willen der zahlreichen Staatsorgane als einen einheitlichen Willen zu begreifen, ohne den der Begriff einer einheitlichen Staatsperson nicht denkbar ist. Diese Theorie lehnt es jedoch von vornherein ab, den Staatswillen als Willen einzelner physischer Personen zu betrachten, „der nur kraft Rechtsgebotes, nicht kraft irgend einer anderen Notwendigkeit als Wille eines hinter dem Wollenden stehenden Wesens zu gelten hat“.¹²³⁷ Sie leugnet den Willen des Staates als „Fiktion“; es erscheint ihr vielmehr der Wille der Staatsorgane kraft Denknöwendigkeit auch als Wille des als Einheit erkannten Staates, und zwar kraft derselben Denknöwendigkeit, „mit welcher uns die stetige, einheitliche, untereinander zusammenhängende Zwecke durch gemeinsame Kräfte verfolgende Mehrheit von Menschen als eine Vereinigung, d. h., wie schon der Sprachgebrauch ausdrückt, als eine Einheit erscheint“.¹²³⁸ Die Einheit des Staatswillens ist dieser Theorie zufolge die gleiche, | wie die Einheit der Staatsperson. „Die Grundlage dieser Einheit ist zunächst eine physische. Der Staat entfaltet sich auf einem räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, auf diesem abgegrenzten Territorium leben Menschen, die gemeinsame, bleibende, einheitliche, untereinander zusammenhängende, nur durch dauernde Institutionen zu versorgende Zwecke verfolgen. Schon kraft dieser konstanten Zwecke stellt sich unserem praktischen Denken der

| 173

¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. S. 28 ff.¹²³⁶

¹²³⁶ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 28–41.

¹²³⁷ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 29.

¹²³⁸ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 29.

Staat trotz seiner wechselnden Volksbestandteile als eine teleologische Einheit dar¹⁾ 1240.“

Es ist zunächst von Wichtigkeit, daß diese Theorie die Einheit der Staatsperson nicht auf einer Einheit des Staatswillens aufbaut, sondern unabhängig voneinander eine einheitliche Staatsperson und dazu einen einheitlichen Willen¹²⁴¹ dieses Subjektes konstruiert oder, wie *Jellinek* betont, „abstrahiert“. ¹²⁴² Denn als Staatsperson erscheint auf Grund dieser Theorie die mit Rücksicht auf die gemeinsam verfolgten Zwecke als Einheit erkannte Vielheit der auf dem Staatsgebiete lebenden Menschen¹²⁴³, *das Staatsvolk*, als Staatswille aber die im selben Sinne, d. h. als teleologische Einheit¹²⁴⁴ erkannte Vielheit der Willen der einzelnen *Staatsorgane*.

Was zunächst die teleologische Einheit der Staatsperson anlangt, so muß entschieden bezweifelt werden, daß es irgendeinen gemeinsamen Zweck gibt, den alle innerhalb der willkürlichen Staatsgrenzen vereinigten Menschen verfolgen. Übrigens ist ja ein solcher gemeinsamer Zweck zur Erkenntnis *dieser* Einheit gar nicht nötig, da ja diese Einheit von vornherein durch die örtlichen Staatsgrenzen angenommen ist. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes ist bei einer Mehrheit von Personen nur insofern gegeben, als auf Grund gemeinsamer Vorstellungen und Gefühle – eines Gesamtbewußtseins – gemeinsame Willensrichtungen, also ein Gesamtwille besteht; diese sozialpsychische Tatsache eines Gesamtwillens ist jedoch – wie bereits oben ausgeführt¹²⁴⁵ – nicht an die künstlichen Staatsgrenzen gebunden. Das Subjekt eines Gesamtwillens und daher auch eines Gesamtzweckes ist niemals die durch künstliche *Staatsgrenzen* gebildete Einheit des *Staatsvolkes*, sondern eine geistige, *gesellschaftliche* Gemeinschaft²⁾.

| 173

¹⁾ *Jellinek*, a. a. O. S. 26. ¹²³⁹

²⁾ *Gerber*¹²⁴⁶, auf dessen Theorie der Staatspersönlichkeit die anorganische Staatsauffassung beruht und der, wie *Jellinek*, die Einheit des Staates zunächst auf dem Staatsvolke gründet, ist allerdings der Ansicht, daß das Staatsvolk eine geistige Gemeinschaft darstelle. In seiner Untersuchung über: „die Staatspersönlichkeit“ (Beilage II der „Grundzüge eines Systems des deutschen

¹²³⁹ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 26.

¹²⁴⁰ Anmerkung in F* eingefügt.

¹²⁴¹ «Willen»] A₁ «Staatswillen»; A₂ «Willen».

¹²⁴² Vgl. *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 17.

¹²⁴³ «Menschen»] A «Personen»; F* «Menschen».

¹²⁴⁴ «Sinne, d. h. als teleologische Einheit»] A₁ «Sinne als Einheit»; A₂ «Sinne d. h. als teleologische Einheit».

¹²⁴⁵ Vgl. oben S. 273–276.

¹²⁴⁶ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823–1891), Privatrechtslehrer und königlich sächsischer Staats- und Kultusminister; 1844 habilitiert in Jena; 1846 a. o. Professor ebendort; 1847 o. Professor in Erlangen, ab 1851 in Tübingen, dort ab 1855 auch Kanzler. Ab 1862 lehrte er wieder in Jena, bevor er 1863 nach Leipzig wechselte. 1867 wurde er zum Mitglied des norddeutschen Reichstags gewählt. Gerber übertrug die auf dem Boden der Pandektistik entwickelte Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz auf das deutsche (Privat-)Recht sowie auf das Staatsrecht. Wichtige Werke: System des deutschen Privatrechts, Jena 1848 (17. Aufl., Jena 1895); Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852; Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865 (3. Aufl., Leipzig 1880).

| Es liegt hier im Grunde der gleiche Fehler vor, der oben der organischen Staatstheorie vorgeworfen werden mußte, daß nämlich eine soziologische Einheit¹²⁵⁰ mit einer juristischen identifiziert wird. Was die organische Staatstheorie als Gesamtwille erkennt, ist das gleiche, wie der von der anorganischen Staatstheorie behauptete Gesamtzweck. Nur ist die organische Staatstheorie insofern noch konsequenter, als sie ihre Staatseinheit auf der Einheit des Gesamtwillens aufbaut, während die anorganische Theorie die Einheit nur scheinbar auf dem Gesamtzwecke gründet, da ja diese Einheit schon durch die das Staatsvolk umschließenden örtlichen Staatsgrenzen¹²⁵¹, von denen die Erkenntnis ausgeht, antizipiert und ein Gesamtzweck dieser so gewonnenen Einheit später hinzugedacht wird. Eine weitere Inkonsequenz der anorganischen Staatsauffassung liegt aber darin, daß sie als Willen ihrer Staatsperson nicht etwa¹²⁵² den einen gemeinsamen Staatszweck verfolgenden Willen aller innerhalb der Staatsgrenzen befindlichen Glieder¹²⁵³ des Staatsvolkes annimmt – eine solche gemeinsame Willensrichtung gibt es auch gar

| 174

Staatsrechtes“ 2. Aufl. Leipzig 1869 S. 209 ff.)¹²⁴⁷ sagt er: „das Volk ist die natürliche Grundlage der Staatspersönlichkeit. Das will sagen, daß der Staat um dieses Volkes willen vorhanden ist, daß er das Volk in seiner politischen Gestaltung darstellt. Das Volk ist aber nicht die Summe der einzelnen jetzt lebenden Menschen, sondern *das in geschichtlicher Gemeinschaft geistig verbundene Ganze*, welches in der jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige Erscheinungsform findet.“ Nun mag es ja vielleicht möglich sein, daß die Staatsgrenzen zufällig mit einer geistigen Gemeinschaft zusammenfallen. Bei sehr kleinen, national und religiös einheitlichen, wirtschaftlich homogenen Staaten mit langer gemeinsamer Entwicklung mag dies vorkommen. Allein bei den modernen Großstaaten, die sich aus den divergierendsten Bevölkerungselementen zusammensetzen, ist die Behauptung einer geistigen Gemeinschaft unmöglich. Aber auch sie sind Staaten und ihr Volk ein Staatsvolk; und auch das im Kriege unterworfenen Volk wird rechtlich ununterscheidbarer Bestandteil des Staatsvolkes des Siegers, ungeachtet des schärfsten geistigen Gegensatzes, der zwischen beiden besteht. Zum Staatsvolke werden durch einen rein juristischen Akt die heterogensten Elemente vereinigt. Der Begriff des Staatsvolkes setzt ja schon den Rechtsbegriff eines einheitlichen Staates voraus.

| 174

Es ist übrigens bezeichnend, daß *Gerber* den einheitlichen Staatswillen, in dem ja das Wesen der einheitlichen Staatspersönlichkeit besteht, nicht näher untersucht. Jedenfalls findet er seinen Staatswillen nicht – wie es etwa zu erwarten gewesen wäre – in dem Gesamtwillen der geistigen Gemeinschaft, die der Staat seiner Ansicht nach darstellt. *Gerber* begnügt sich vielmehr, über den Staatswillen im unmittelbaren Anschlusse an das oben Zitierte folgendes zu sagen: „Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigentümliche Willensmacht.¹²⁴⁸ Sie ist das Recht, zu herrschen, d. h. das Recht zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben, einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äußern.“¹²⁴⁹ Der Staatswille ist demnach das Recht, einen Willen zu äußern. Das heißt aber auf jede Analyse des Staatswillensbegriffes verzichten!

¹²⁴⁷ *Carl Friedrich Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869, S. 219–229 (219f.). – Hervorhebungen von Kelsen; Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹²⁴⁸ «Willensmacht.»] *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 1247), S. 220: «Willensmacht, die Staatsgewalt.»

¹²⁴⁹ *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 1247), S. 220.

¹²⁵⁰ «eine soziologische Einheit»] A₁ «eine soziale Einheit»; A₂ «eine soziologische Einheit».

¹²⁵¹ «die das Staatsvolk umschließenden örtlichen Staatsgrenzen»] A₁ «die Staatsgrenzen»; A₂ «die das Staatsvolk umschließenden örtlichen Staatsgrenzen».

¹²⁵² «Staatsperson nicht etwa»] A «Staatsperson etwa»; F* «Staatsperson nicht etwa».

¹²⁵³ «Glieder»] A «Personen»; F* «Glieder».

175 nicht – sondern die als Zweckeinheit erkannte Vielheit der Willen der einzelnen *Staatsorgane*. Der der Staatsperson zuerkannte einheitliche Wille ist *psychologisch* der¹²⁵⁴ | Wille einer anderen Einheit als jener, die sich der Theorie als Staatsperson darstellt. Denn als Staatsperson wird das durch die Staatsgrenzen und einen gemeinsam verfolgten Zweck vereinte *Staatsvolk* erkannt; als Staatswille fungiert aber nicht ein Gesamtwille des Staatsvolkes, sondern der einen gemeinsamen Zweck verfolgende Wille der *Staatsorgane*. Das ist eine offenbare Inkonsequenz. Die Personeneinheit, die als Träger dieses Staatswillens zu gelten hat, kann nur der Inbegriff der *Staatsorgane* sein. Tatsächlich scheint die anorganische Theorie auch diesen Standpunkt zu vertreten, wenn sie betont, daß ein Staat ohne *Staatsorgane* nicht denkbar sei¹²⁵⁵ – während auch ein anarchischer Verband Zweckeinheit sein und daher die von derselben Theorie für die einheitliche Persönlichkeit geforderten Voraussetzungen erfüllen kann, da sich Gesamtbewußtsein, Gesamtwille und Gesamtzwecke unabhängig von jeder äußeren Organisation entwickeln – und wenn an anderer Stelle hervorgehoben wird, daß das *Staatsorgan* nur ein integrierender Bestandteil der Einheit sei¹²⁵⁶, was ja nichts anderes bedeutet, als daß die Einheit aus den Organen besteht.

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

Es wird an anderer Stelle zu zeigen sein, daß es zu unlösbaren Widersprüchen führt, die Person des Staates mit der der *Staatsorgane* zu identifizieren, daß die Pflichten und Rechte, deren Subjekt der Staat ist, wesentlich verschieden sind von den Pflichten und Rechten der *Staatsorgane*.¹²⁵⁷ Im folgenden sei nur auf die Unzulänglichkeit des Begriffes eines Staatswillens hingewiesen, der sich als der unter dem Zweckgesichtspunkte als Einheit erfaßte psychische Wille der physischen *Staatsorgane* darstellt.

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

¹²⁵⁴ «zuerkannte einheitliche Wille ist *psychologisch* der»] A₁ «zuerkannte Wille ist der»; A₂ «zuerkannte einheitliche Wille ist *psychologisch* der».

¹²⁵⁵ «sei»] A «sei^{Fb}Jellinek^{Fb}»; F* «sei».

¹²⁵⁶ «sei»] A «sei^{Fb}Jellinek^{Fb}»; F* «sei».

¹²⁵⁷ Vgl. unten S. 678–681.

nischen Staatstheorie zu gelten hat. | Schon früher wurde gezeigt¹⁾, daß die sogenannten gesetzgebenden Staatsorgane keineswegs als die den Inhalt des Gesetzes psychisch Wollenden betrachtet werden können. Was diese „wollen“ ist bestenfalls, daß ein Gesetzesvorschlag, dessen Inhalt sie meistens gar nicht näher kennen und in dem für den Gesetzgebungsakt juristisch relevanten Augenblick der Abstimmung jedenfalls nicht in der Vorstellung haben, Gesetz werde. Als Wille der exekutiven Staatsorgane kann der im Gesetz enthaltene Staatswille nicht angesehen werden, denn dieser Staatswille – der erst *nach* dem psychischen Willensakte der gesetzgebenden Organe existent wird – besteht schon *vor* dem Willensakte des exekutiven Staatsorganes, ja, das Wesen dieses Organes besteht geradezu darin, daß es einen schon bestehenden Willen des Staates „ausführt“. Die Handlung einer physischen Person bestimmt sich lediglich dadurch als „Organhandlung“, daß sie in Ausführung eines Staatswillens geschieht. Jede Tätigkeit einer Person ist nur insofern Staatshandlung – d. h. also mit Rücksicht auf die physische Person, Organhandlung – als sie die Ausführung eines Gesetzes, im weitesten Sinne des Wortes: Exekutive eines Staatswillens darstellt. Bevor die Behörde den Verbrecher der gesetzlichen Strafe zuführt, bevor der Richter urteilt, der Vollstreckungsbeamte den Delinquenten in die Zelle einschließt, muß ein Wille des Staates zu all diesen Handlungen, die ja Handlungen des Staates sind, als¹²⁵⁹ existent angenommen werden können, wenn diese Tätigkeiten nicht als Willkürhandlungen *nur*¹²⁶⁰ der physisch handelnden Personen angesehen werden sollen. Dieser Staatswille ist eben im Gesetze zu finden. Im Gesetze – und nirgends anders – will der Staat unter bestimmten Umständen strafen und exequieren, Arme unterstützen und Straßen bauen, Verträge schließen und Krieg erklären. Sind diese Umstände eingetreten – mögen sie auch im mehr oder weniger freien Ermessen gewisser Personen gelegen sein – wird der bedingte Wille des Staates zu einem unbedingten, ohne daß von einem psychischen Willensakte eines physischen Organes noch die Rede sein muß. Das Organ hat den schon bestehenden Willen des Staates nur zu vollziehen, d. h. in Handlung umzusetzen²⁾.

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

¹⁾ Vgl. oben S. 169 f.¹²⁵⁸

²⁾ Über das Verhältnis des „freien Ermessens“ der Organe zum Staatswillen vgl. das Nähere im 3. Buche dieser Untersuchungen.¹²⁶¹

¹²⁵⁸ Vgl. oben S. 280 f.

¹²⁵⁹ «Handlungen, die ja Handlungen des Staates sind, als»] A₁ «Handlungen als»; A₂ «Handlungen die ja Handlungen des Staates sind als».

¹²⁶⁰ «diese Tätigkeiten nicht als Willkürhandlungen *nur*»] A₁ «diese nicht als Handlung *nur*»; A₂ «diese Tätigkeiten nicht als WillkürHandlungen *nur*».

¹²⁶¹ Vgl. unten S. 650–662.

| 177 Denn exekutive Organe | können wohl keinen Staatswillen erzeugen, der schon im Gesetze durch den Gesetzgebungsakt erzeugt ist¹⁾.

Der Grundfehler sowohl der organischen, als der heute herrschenden anorganischen Staatstheorie ist das Streben, den Staatswillen als psychischen Vorgang – sei es nun als Tatsache der Individual- oder Sozialpsychologie – nachzuweisen. Darin stimmen auch beide Theorien überein, daß sie den Begriff eines „fingierten“ Willens, die Vorstellung einer „persona ficta“ entschieden verwerfen. Dabei ist die organische Staatstheorie insofern im Vorteil, als sie an Stelle des fingierten Willens einen tatsächlichen Vorgang, den Gesamtwillen der Sozialpsychologie setzt; daß diese Tatsache kein Gegenstand juristischer Erkenntnis sein kann, wurde an anderer Stelle gezeigt.¹²⁶³ Aber das ist ja für die organische Staatstheorie überhaupt charakteristisch, daß sie die Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Betrachtung nicht allzu scharf zieht und einen prinzipiellen Gegensatz beider Gebiete nicht anerkennt, was im Zusammenhange der ganzen monistischen Weltanschauung, aus deren Gedankengängen die organische Staatstheorie sich ergibt, durchaus folgerichtig erscheint, wenn es auch von dem entgegengesetzten Standpunkte einer auf dualistischer Weltanschauung begründeten juristischen Staatstheorie bekämpft¹²⁶⁴ werden muß. Die anorganische Staatstheorie jedoch, die sich dieses Gegensatzes voll bewußt ist, kann widerspruchslos kaum zu einem selbständigen Staatswillensbegriffe gelangen, wenn sie – an der psychischen Qualifikation dieses Begriffes festhaltend – die Fiktion von vornherein verwirft. *Jellinek* hat an Stelle der Fiktion¹²⁶⁵ die „Abstraktion“ zu setzen geglaubt, allein er ist, wie ja schon von verschiedenen Seiten gezeigt wurde, dieser Fiktion nicht ganz entgangen. Nimmt man die Behauptung *Jellineks* wörtlich, daß sein Begriff des Staatswillens keine Fiktion, sondern eine Abstraktion ist, so muß man zu einem durchaus unbefriedigenden Resultate gelangen. Den Gegensatz von Fiktion und Abstraktion charakterisiert *Jellinek* folgendermaßen: „Der Abstraktion liegen reale Vorgänge in der Welt des äußeren und inneren Geschehens zu Grunde, die Fiktion hingegen setzt an Stelle des natürlichen einen ersonnenen Tatbestand und setzt ihm den¹²⁶⁶ ersteren gleich. Die Abstraktion ruht auf dem Geschehenen, die Fiktion auf dem Erfundenen²⁾“. Fragt man nun, welches die realen Vorgänge sind, auf denen der Begriff des Staatswillens beruht, so antwortet die anorganische Staatstheorie: menschliche Willensakte. Durch Abstraktion, das ist durch das gedank-

| 177 ¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen des 17. Kap.¹²⁶²

²⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. S. 17.¹²⁶⁷

¹²⁶² Vgl. unten S. 592–608.

¹²⁶³ Vgl. oben S. 272–282.

¹²⁶⁴ «Standpunkte ... bekämpft»] A₁ «Standpunkte bekämpft»; A₂ «Standpunkte ... bekämpft».

¹²⁶⁵ «der Fiktion»] A₁ «der arg verhöhten Fiktion»; A₂ «der Fiktion».

¹²⁶⁶ «ihm den»] *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 17: «ihn dem».

¹²⁶⁷ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 17.

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

Wenn die Abstraktion, wie *Jellinek* ausführt²⁾, im Gegensatze | zur Fiktion lediglich auf dem Geschehenen, also dem Sein beruht, dann ist nicht einzusehen, wie

¹⁾ a. a. O. S. 30.¹²⁶⁸

²⁾ Mit *Jellinek* übereinstimmend *Rehm*, Allgemeine Staatslehre (Handbuch des öffentlichen Rechts. Einleitungsband). Freiburg 1899. S. 156:¹²⁶⁹ „Der Staat | ist von unserem Standpunkte aus keine Fiktion, sondern eine Abstraktion. Die Fiktion ruht auf Erfundenem, die Abstraktion auf

¹²⁶⁸ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 30.

¹²⁶⁹ *Hermann Rehm*, Allgemeine Staatslehre, Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1899, S. 156 – zwischen den ersten beiden Sätzen hat Kelsen einen Satz ausgelassen.

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

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

¹⁾ *Richard Schmidt*, Allgemeine Staatslehre. I. S. 220.¹²⁷⁰ führt aus, daß es ziemlich gleichgültig sei, ob man die ideelle Zusammenfassung der Vielheit zur Einheit, mit Hilfe deren man zum Begriffe der Staatsperson aufsteigt, „nur als eine von der Rechtswissenschaft für ihre Zwecke vorgenommene ansah, die Persönlichkeit des Staates als eine solche, die durch Fiktion der psychisch-natürlichen Einzelpersönlichkeit gleichgestellt wird, wie die ältere Lehre – oder ob man, wie | neuere (*Jellinek*), um den künstlichen Begriff der ‚juristischen‘ oder ‚fingierten‘ Person zu vermeiden, vielmehr die natürliche, selbstverständliche Herkunft jener gedanklichen Einheit betonte, die sich Recht und Rechtswissenschaft für ihre Zwecke zwar aneignen, die sie aber im Sprachgebrauche fertig vorfinden.“ *Schmidt* schließt sich der Ansicht von *Preuss* an, der (a. a. O. S. 154)¹²⁷¹ behauptet, daß mit dem *Jellinekschen* Satze: Die juristische Person ist keine Schöpfung der juristischen Konstruktion, sondern eine Bildung des zweckbewußten menschlichen Handelns und Denkens (Gesetz und Verordnung S. 192 f)¹²⁷² die Fiktion nur in anderen Worten ausgedrückt werde.

¹²⁷⁰ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 1196), S. 220 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹²⁷¹ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 154.

¹²⁷² *Jellinek*, Gesetz (Anm. 636), S. 192 f.

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

|180

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

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

|181

Allein man muß sich hüten, Fiktion in diesem Sinne mit aller *Konstruktion* zu identifizieren. Der Gedankenprozeß der ethisch-juristischen Betrachtung, der nicht auf die Welt des Seins gerichtet ist, sondern der des Sollens angehört, muß zu Begriffen führen, die nicht aus tatsächlich Geschehenem abstrahiert sind. Auch die juristische Konstruktion – der konstruierte Begriff – ist eine Abstraktion. Allein diese Abstraktion vollzieht sich nicht auf Grund von wahrgenommenen physischen oder psychischen Tatsachen der Außenwelt, z. B. Tatsachen des praktischen sozialen Lebens in der Gemeinschaft, sondern die als juristische Konstruktion

¹⁾ Vgl. z. B. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 467.¹²⁷³

¹²⁷³ *Otto Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 467.

bezeichnete Abstraktion erfolgt aus ganz bestimmten der normativen Betrachtung entspringenden Denkvorgängen *innerhalb des Abstrahierenden selbst*. So ist der Begriff der Zurechnung z. B. keine Abstraktion von Tatsachen, die außerhalb des Zurechnenden oder in dessen unmittelbarem Empfindungs- oder Willensleben gegeben sind, sondern dieser Begriff entsteht durch die abstrahierende Zusammenfassung einzelner spezifischer Gedankenvorgänge (Urteile) des Abstrahierenden selbst, durch die er gewisse wahrgenommene Tatbestände der Außenwelt mit bestimmten Personen verknüpft. Ein anderes sind die Abstraktionen, die aus den wahrgenommenen tatsächlichen Geschehnissen des sozialen Lebens, aus den Willensakten und Handlungen der zur Gesellschaft gehörigen Menschen gezogen werden, wie solche die Begriffe des Gesamtwillens oder des Individualwillens etc. darstellen.

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

Der Anschauung, daß die Willensverhältnisse, mit denen die Jurisprudenz es zu tun hat, abstrakte seien, und daß gerade in diesen Abstraktionen das Wesen der juristischen Methode zu erblicken sei, | die ihr Seitenstück in der Mathematik finde¹⁾, kann nicht beigepflichtet werden. Denn mit abstrakten Willensvorgängen operiert auch die Psychologie, wie jede Disziplin, die mit Begriffen arbeitet, da jeder Begriff, mag er nun ein Rechtsbegriff oder ein Begriff anderer Disziplin sein, ein Abstraktum ist, d. h. im Wege einer Abstraktion entsteht²⁾. Es ist selbstver-

| 182 |¹⁾ *Jellinek*, System der subj. öff. Rechte. 2. Aufl. S. 17.^{1274, 1275}

²⁾ Treffend bemerkt *Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in: Annalen des deutschen Reiches. 1883. S. 267:¹²⁷⁶ „Ein Begriff, mag derselbe ein Rechtsbegriff oder ein Begriff anderer Art sein, ist eine *abstrakte* Zusammenfassung einer Reihe konkreter Erscheinungen nach einem ihnen allen gemeinsamen Merkmale.“¹²⁷⁷

¹²⁷⁴ «S. 17.»] A₁ «S. 17. Es geht wohl nicht an in den Begriffen der explikativen Mathematik eine Analogie zu den Staatsaktionen der normativen Jurisprudenz u Ethik zu ziehen, die nur dem Wort nach mit den grammatischen Konstruktionen verwandt sind.»; A₂ «S. 17.».

¹²⁷⁵ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 17.

¹²⁷⁶ *Rosin*, Souveränität (Anm. 637), S. 267 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹²⁷⁷ «Merkmale.»] A «Merkmale.» Über [sic] das besondere Wesen des konstruierten Begriffes vgl. oben S.; F* «Merkmale.».

ständig, daß der Wille, die Empfindungen und sonstigen Seelenvorgänge nur in abstracto Gegenstand der psychologischen Theorie sein können; und es bedeutet durchaus keine Differenzierung, sondern eine Gleichstellung der Jurisprudenz mit der Psychologie, wenn man den Willen der Jurisprudenz als einen aus den real-psychischen Willensakten abstrahierten Begriff bezeichnet. Da der Willensbegriff der Psychologie zweifellos auch nur eine Abstraktion auf Grund der ihrem Inhalte nach verschiedenen konkreten Willensakte ist, bleibt unverständlich, warum – wenn der juristische Willensbegriff die gleiche Abstraktion ist – „vom empirisch-psychologischen Standpunkte aus einfach unerklärlich“ ist, wie die Jurisprudenz ihren spezifischen Willensbegriff verwendet, wenn sie, wie *Jellinek*³⁾ 1279 ausführt, den Willensakt fortexistieren läßt, nachdem er längst sein physisches Ende gefunden hat, z. B. im Testamente selbst über das Leben des Individuums hinaus den aus der Welt der objektiven Tatsachen entschwundenen Willen als fortwirkend betrachtet, aus den Willen mehrerer im Majoritätsbeschlusse einen einheitlichen Willen bildet, die von Natur aus gleichen Willensäußerungen der Individuen mit verschiedener Macht ausstattet, einen Willen durch einen anderen aufhebt etc. etc.

Wenn der Wille des Juristen wirklich¹²⁸⁰ eine Abstraktion auf Grund der tatsächlichen psychischen Willensakte ist, warum kann man vom psychologischen Willensbegriffe, der gewiß nichts anderes ist, nicht das Gleiche aussagen, wie vom juristischen? Ist mit der „empirischen“ Betrachtung der Psychologie etwa die Abstraktion unvereinbar? Ja, gibt es denn ohne Abstraktion überhaupt eine Theorie? Der Grund dafür, daß man vom psychologischen Willen durchaus nicht aussagen kann, was man vom juristischen aussagen muß, liegt darin, daß der Wille im juristischen Sinne etwas ganz anderes ist, als der Wille der Psychologie. Die Identität der Worte bedeutet durchaus keine Identität der Objekte. Der Wille der Jurisprudenz beinhaltet keinen | real-psychischen Akt in der Welt der *objektiven* Tatsachen, was der Fall sein müßte, wenn dieser Begriff im Wege einer Abstraktion auf Grund qualitativ verschiedener psychischer *Willensakte* gebildet wäre, sondern er ist eine Konstruktion, d. h. die Abstraktion dieses Begriffes vollzieht sich auf Grund von bestimmten Gedankenprozessen und zwar *Urteilen* innerhalb der *subjektiven* Welt des Abstrahierenden selbst. | 183

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

Wenn gewisse Handlungen bestimmter physischer Personen für die juristische Betrachtung nicht als Handlungen dieser Personen, sondern als einer anderen, von ihnen verschiedener gelten, so liegt hier ein besonderer Fall der *Zurechnung* vor.

3) a. a. O. S. 31 f. 1278

1278 *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 32, 31.

1279 Anmerkung in F* eingefügt.

1280 «Wille des Juristen wirklich»] A₁ «Wille wirklich»; A₂ «Wille des Juristen wirklich».

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

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

Es ist für die Konstruktion von größter Bedeutung, daß die Zurechnung zum Staate durch das Staatsorgan und dessen psychischen Willen hindurch stattfindet, daß der psychische Willensakt des eine Staatshandlung setzenden Staatsorganes nur Durchgangs- und nicht Endpunkt rechtlicher Zurechnung ist. Denn für die juristische Betrachtung erscheint dieser psychische Willensakt des Staatsorgans als völlig irrelevant. Darin ist ein Hauptfehler der anorganischen Konstruktion zu erblicken, daß sie als Staatswille gerade jenen für die juristische Betrachtung zu eliminierenden psychischen Organwillen erfaßt und nun diese nur für die psychologische Erkenntnis vorhandene realpsychische Tatsache mit einer wiederum nur für die ethisch-juristische Betrachtung existenten Qualität verquickt, um auf diese Weise einen Begriff zu schaffen, der als Typus jenes methodischen Synkre-

zum neuen Marktwort.

Es ist für die Konstitution von größter Bedeutung,
 daß die Ausführung zum neuen Wort die des alten
 wahren wird sollen. Es ist die Aufgabe der
 Marktwort, daß die Ausführung des alten Wortes
 Abgeschlossenheit gegenüber dem neuen Wort
 einzuhalten ist und nicht zu geringen
 ist. Denn für die Ausführung des alten Wortes
 ist die Ausführung des neuen Wortes
 völlig irrelevant. Der neue Wort ist ein
 der ursprünglichen Konstitution zu verbleiben,
 das alte Wort als Ganzes für die Ausführung
 der Ausführung zu diminishen. Es ist die
 Aufgabe und nicht die Aufgabe der
 Ausführung des neuen Wortes. Die Ausführung
 des neuen Wortes ist für die Ausführung
 der Ausführung irrelevant.

tismus gelten muß, den *Jellinek* so treffend gezeißelt hat¹⁾. Der Begriff des Staatswillens hat mit keiner psychologischen Willensatsache etwas zu tun. Er ist ausschließlich als Produkt der juristischen Konstruktion zu betrachten, und zwar einer zum Zwecke der Zurechnung vollzogenen Konstruktion²⁾ ¹²⁸².

| 184 |¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. S. 18. ¹²⁸¹

| 185 |²⁾ Die vollkommene Unzulänglichkeit des psychologischen Willensbegriffes konnte natürlich der juristischen Theorie nicht verborgen bleiben. Insbesondere bei der Lehre von der juristischen Person, die zur Annahme eines außer-menschlichen Willens zwingt, mußte die Diskrepanz zwischen dem, was die juristische Terminologie als Wille zu bezeichnen gedrängt ist, und dem, was von der Psychologie unter diesem Worte allein verstanden werden darf, zu Tage treten. Auf welche künstliche und gequälte Weise man auf der einen Seite, den Forderungen der Psychologie Rechnung tragend, nur einen innermenschlichen Willen gelten ließ und doch wiederum auf der anderen Seite, von den unabweislichen Bedürfnissen der eigenen Disziplin getrieben, den „Willen“ der juristischen Person zu retten bestrebt war, indem man ihn aus den Willensakten irgendwelcher Menschen zu „destillieren“ oder „abstrahieren“ versuchte, wurde ja bereits gezeigt. Als ein Symptom für die in der neueren juristischen Theorie zu beobachtenden Bemühungen, sich der Umklammerung des psychologischen Willensbegriffes zu entwinden und als Bestätigung für die Zielgerechtigkeit¹²⁸³ des von diesen Untersuchungen eingeschlagenen Weges, dessen Richtung wohl schon geahnt, aber noch nicht konsequent verfolgt wurde, sei noch erwähnt, daß manche Theoretiker sogar ausdrücklich zwischen einem „physischen“ und einem „juristischen“ Willen unterscheiden zu müssen glaubten. Allein was unter diesem „juristischen Willen“ zum Unterschied vom „physischen“ Willen zu verstehen sei, darauf gaben diese Theoretiker keine Antwort. Die Erkenntnis von der methodologisch völlig verschiedenen Struktur beider Begriffe fehlt gänzlich, ja, soweit die hier allgemein herrschende Unklarheit ein Bild von dem Verhältnis beider Arten von Willen möglich macht, ist die fragliche Unterscheidung so zu verstehen, daß der „juristische“ Wille ein besonderer Fall des „physischen“ Willens ist, jedenfalls auch ein „physischer“ Wille sein kann, daß unter juristischem Willen ein *rechtlich relevanter* „physischer“ Wille zu gelten hat. Am weitesten scheint in dieser Richtung *Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches. Graz 1901, gegangen zu sein. Dieser Autor sagt a. a. O. S. 13: ¹²⁸⁴ „Die Antwort auf die Frage (ob es außer den Menschen noch andere „Willenssubjekte“ gibt) fällt in verschiedener Weise aus, je nachdem man den physischen oder den juristischen, d. h. rechtlich relevanten Willen im Auge hat.“ Da *Lukas* ¹²⁸⁵ den „juristischen“ Willen als „rechtlich relevanten“ Willen bezeichnet, scheint es, daß er auch den juristischen Willen für einen physischen, allerdings rechtlich qualifizierten „Willen“ hält, zumal die Annahme, daß er unter dem juristischen Willen etwas vom physischen (soll wohl heißen „psychischen“) Willen Wesensverschiedenes begreift, dadurch ausgeschlossen wird, daß er mit keinem Worte auf diese angesichts der Gleichnamigkeit gewiß nicht selbstverständliche Differenz hinweist. Was sich eigentlich *Lukas* unter seinem juristischen Willen denkt, wird allerdings durch die im Anschluß an die bisher zitierten Worte folgenden Ausführungen nicht klarer: „Gewiß! Physische Willenszentren können nur Menschen sein. Nur der Mensch kann physisch wollen.

¹²⁸¹ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 18.

¹²⁸² Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹²⁸³ «Zielgerechtigkeit»] A₁ «Richtigkeit»; A₂ «Zielgerechtigkeit».

¹²⁸⁴ *Josef Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre, Graz 1901, S. 13 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹²⁸⁵ *Josef Lukas* (1875–1929), Staatsrechtslehrer; 1902 in Graz habilitiert, ab 1902 Privatdozent in Graz; ab 1904 ao. Professor in Czernowitz, ab 1909 in Königsberg. 1910 wurde er o. Professor in Münster. Wichtige Werke: Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches, Graz 1901; Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung, Tübingen 1920; Deutschland und die Idee des Völkerbundes, Münster 1921.

|Damit ist aber erkannt, daß der Begriff des Staatswillens durchaus gleicher Natur ist mit demjenigen, was diese Untersuchungen als Wille der übrigen Rechts-

|185

Ganz anders dagegen verhält sich die Sache, wenn wir nach dem Zentrum des juristischen Willens fragen – und dieser juristische Wille allein ist es doch, welcher uns bei rechtlichen Untersuchungen beschäftigen darf! Jedes juristische Willenszentrum ist das Produkt gesetzgeberischer Willkür. Die Rechtsordnung schafft ein juristisches Willenszentrum d. h. setzt fest, daß eine bestimmte Gruppe von rechtlichen Handlungen, sogenannten Handlungen des betreffenden juristischen Willenssubjektes, *von einem einheitlichen Mittelpunkte aus nach dem Gesetze freier Selbstbestimmung ihren Impuls empfangen*.¹²⁸⁶ Es ist überaus interessant, zu beobachten, wie nahe *Lukas* an eine richtige Erfassung des Problems gedrängt wird und wie er doch – weil er sich von dem psychologischen Willensbegriffe nicht emanzipiert und mangels methodologischer Untersuchungen über das Wesen derselben nicht emanzipieren kann – das Ziel verfehlt und in Unklarheit und sogar in Widersprüchen verstrickt bleibt. Völlig zutreffend hat *Lukas* erkannt, daß es die Rechtsordnung ist, die dasjenige schafft, was der Jurist „Wille“ nennt; aber wie sich *Lukas* – unter dem Banne des psychischen Willensbegriffes, der üblicher Weise als Handlungsimpuls und als freie Selbstbestimmung vorgestellt wird – dieses Erzeugen¹²⁸⁷ des „juristischen“ Willens durch die Rechtsordnung denkt, ist unhaltbar! Es ist zunächst eine *petitio principii*, wenn er von¹²⁸⁸ „sogenannten Handlungen der juristischen Person“ spricht, die durch die Bestimmung der Rechtsordnung angeblich ihren Impuls von einem einheitlichen Mittelpunkt empfangen, denn nur soferne gewisse Handlungen auf Grund der Rechtsordnung zu einem bestimmten Punkte *zuzurechnen sind*, können sie als von dort gewollt d. h. aber als Handlungen dieser Person gelten. Ganz und gar verfehlt ist aber, wenn *Lukas* das von der Rechtsordnung angeblich *geschaffene* Willenszentrum – ganz entsprechend der üblichen Vorstellung vom psychischen Willen – eine kausal wirkende Kraft, eine *Impulsquelle* für Handlungen sein läßt, die er – um die Analogie zum psychischen Willen nur ja ganz aufrecht zu erhalten – nach dem „Gesetz der freien Selbstbestimmung“ wirken läßt! Eine solche Impulsquelle menschlicher Handlungen ist jedoch nicht außerhalb des Menschen denkbar – wie *Lukas* allerdings vermeint – denn eine solche Impulsquelle, also eine nur kausal wirkende, notwendig der¹²⁸⁹ Welt des Seins angehörige Tatsache kann die Rechtsordnung gar nicht schaffen, ebensowenig, wie sie den psychischen Willen schaffen kann. Solche Tatsachen findet die Rechtsordnung vor und kann sie höchstens mit Rechtsfolgen¹²⁹⁰ verknüpfen, juristisch qualifizieren. – *Lukas* fährt dann fort: „Die Rechtsordnung macht nicht nur das physische Willenszentrum, den Menschen, zu einem solchen juristischen Willenszentrum“ (der „juristische“ Wille des Menschen ist also doch sein „physischer“, den die Rechtsordnung nicht schafft, sondern nur besonders qualifiziert!) „sondern setzt auch außerhalb des Menschen juristische Willenszentren nach freiem Belieben ins Leben“, (was sie jedoch mit Rücksicht auf die dem „juristischen Willenszentrum“ von *Lukas* zugeschriebenen Eigenschaften nicht kann), „wobei allerdings nicht vergessen werden darf, daß ein außerhalb des Menschen gelegenes Willenszentrum immer nur durch die Tätigkeit solcher juristischer Willenszentren in Funktion gesetzt werden kann, welche zugleich physische Willenszentren sind, also mit anderen Worten durch die Tätigkeit von menschlichen Willenszentren.“¹²⁹¹ Dieser Schlußsatz ist deshalb besonders charakteristisch, weil er den typischen Konnex herstellt, den alle Theoretiker¹²⁹² der anorganischen Staatsauffassung, die den Willen der Staatsperson prinzipiell nicht als etwas von der so bezeichneten psychischen Tatsache Verschiedenes erkennen, eben deshalb zwischen dem mysteriösen Staatswillen und ir-

|186

¹²⁸⁶ *Lukas*, Parlament (Anm. 1284), S. 13 – Hervorhebung von Kelsen.

¹²⁸⁷ «dieses Erzeugen»] A₁ «dieses von der Rechtsordnung geschaff[ene]»; A₂ «dieses Erzeugen».

¹²⁸⁸ «er von»] A₁ «er behauptet, daß die Rechtsordnung festsetze [bricht ab]»; A₂ «er von».

¹²⁸⁹ «wirkende, notwendig der»] A₁ «wirkende, der»; A₂ «wirkende, notwendig der».

¹²⁹⁰ «Rechtsfolgen»] A₁ «Folgen»; A₂ «RechtsFolgen».

¹²⁹¹ *Lukas*, Parlament (Anm. 1284), S. 13 – Hervorhebung von Kelsen.

¹²⁹² «den typischen ... Theoretiker»] A₁ «den für die Theoretiker [bricht ab]»; A₂ «den typischen ... Theoretiker».

186 subjekte im juristischen Sinne überhaupt fest|gestellt haben: Endpunkt der recht-
 187 lichen Zurechnung. Und jetzt erst hat der Satz einen klaren und widerspruchslosen
 Sinn erhalten, daß die Persönlichkeit des Staates in derselben Bedeutung nur eine |
 „juristische“ sei, wie die Persönlichkeit aller übrigen Rechtssubjekte. Denn da man
 den „Willen“ als Substrat der Rechtspersönlichkeit erkannte, konnte – insolange
 man die Persönlichkeit der physischen Rechtssubjekte auf deren psychischen Wil-
 len gründete – von einer Wesensgleichheit derselben mit der juristischen Staats-
 persönlichkeit nicht ernstlich die Rede sein, da dieser das Substrat eines eigenen
 psychischen Willens fehlte, was zu den gezwungensten Fiktionen Anlaß gab¹⁾.

gendwelchen menschlichen Willensakten annehmen müssen. *Lukas* „destilliert“ und „abstrahiert“
 den Staatswillen nicht aus menschlichen Willensakten, aber er läßt dafür das staatliche Willens-
 zentrum nur durch menschliche Willensakte „in Funktion setzen“. Wie allerdings dieses „juri-
 stische Willenszentrum“, das – weil außermenschlich – weder eine psychische noch eine physische
 Tatsache sein kann, dennoch „funktionieren“ d. h. doch kausale¹²⁹³ Wirkung ausüben, Impulse zu
 menschlichen Handlungen geben soll, das muß Geheimnis bleiben. Es bleibt auch dann noch
 rätselhaft, wenn *Lukas* das Verhältnis zu den menschlichen Willenszentren, die notwendigerweise
 intervenieren müssen, damit das juristische Willenszentrum in Funktion gesetzt werde, folgen-
 dermaßen darstellt: „Es findet eine parallele Willenstätigkeit des menschlichen Willenszentrums
 (resp. des Kollegiums von menschlichen Willenszentren) und des Willenszentrums der juristi-
 schen Person statt.“ (a. a. O. S. 17.)¹²⁹⁴ Denn nun setzt er sich in Widerspruch zu seiner früheren
 Behauptung, daß das juristische Willenszentrum durch die menschlichen Willenszentren „in
 Funktion gesetzt“ werde, was zur Annahme zwingt, daß die Tätigkeit des ersteren durch die der
 letzteren verursacht werde, was wieder unvereinbar damit ist, daß beide parallel laufen.

187 Trotz aller dieser Unklarheiten und Widersprüche ist *Lukas* dennoch mit richtigem juristi-
 schen Instinkte dem Wesen der Sache näher gekommen als viele | andere. Hätte er die Konsequenz
 gehabt, sich von dem psychologischen Willensbegriffe gänzlich loszusagen, dann hätte er sich
 auch nicht, wie er es leider tatsächlich getan hat, der Frage nach der methodologischen Struktur
 eines spezifischen, vom psychischen wesensverschiedenen „juristischen“ Willens, der – keine
 reale, physische oder psychische Tatsache – auch außerhalb der Menschen gedacht wird, entziehen
 können.

¹⁾ Insoferne muß den Ausführungen von *Preuss* (Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaf-
 ten)¹²⁹⁵ zugestimmt werden, wenn er behauptet, daß die anorganische Staatstheorie der Fiktion
 nicht entbehren kann, da sie die Rechtspersönlichkeit mit dem menschlichen Individuum identi-
 fiziert oder¹²⁹⁶ – wie oben ausgeführt wurde¹²⁹⁷ – die Persönlichkeit auf dem psychischen
 Willensakte gründet. „Wer Person und Individuum identifiziert¹²⁹⁸, der muß in der Personifi-
 kation eines Verbandes, welcher nun doch einmal kein Individuum ist, schließlich immer einen
 Kunstgriff der juristischen Technik d. h. eine Fiktion erblicken“ (S. 168)¹²⁹⁹. Allein der Grund zu
 dieser Fiktion liegt nicht, wie *Preuss* annimmt, in dem zu engen Persönlichkeitsbegriffe der anor-
 ganischen Staatstheorie, darin, daß unter ihren Persönlichkeitsbegriff nicht auch die Gemein-
 schaft fällt, und zur Fiktion wird ihr Persönlichkeitsbegriff nicht erst, wenn er auf den Staat, auf
 die juristische Person angewendet wird, – sondern dieser Begriff ist von allem Anfange an schon in

¹²⁹³ «dennoch „funktionieren“ d. h. doch kausale»] A₁ «dennoch kausale»; A₂ «dennoch „funk-
 tionieren“ dh. doch kausale».

¹²⁹⁴ *Lukas*, Parlament (Anm. 1284), S. 17.

¹²⁹⁵ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622).

¹²⁹⁶ «Individuum identifiziert oder»] A «Individuum oder»; F* «Individuum identifiziert
 oder».

¹²⁹⁷ Vgl. oben S. 282–289.

¹²⁹⁸ «identifiziert»] A «personifiziert»; F* «identifiziert».

¹²⁹⁹ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 168.

seiner Geltung für die physischen Rechtssubjekte eine Fiktion und sein Fehler ist nicht, daß er zu eng ist, sondern daß er als ethisch-juristische Konstruktion objektive Seinselemente¹³⁰⁰ – den real-psychischen Akt des Wollens oder gar die menschlichen Körper – zu beinhalten vorgibt. Auch *Preuss* gründet die Persönlichkeit des Staates auf dessen einheitlichen Willen. Er stimmt *Gerber* darin bei, „daß der spezifische Ausgangspunkt für die juristische Konstruktion das eigene Willensvermögen ist, welches dem als Organismus begriffenen Staatswesen innewohnt, die eigene Persönlichkeit des Staates“ (S. 152).¹³⁰¹ Er führt (S. 155)¹³⁰² aus, daß es für das Recht nur eine erhebliche Einheit gäbe, nämlich „die des Willens“. Was unter diesem Willen zu verstehen sei, vor allem, ob dieser Terminus die gleiche Bedeutung habe, wie in der Psychologie, untersucht *Preuss* allerdings nicht näher. Jedenfalls zweifelt er nicht daran, daß dieser Wille bei der Rechtspersönlichkeit des Menschen ein psychischer Vorgang sei. Er sagt: „Ob diese Willenseinheit ihren Sitz in einem physischen Körper habe, ist für das Recht gleichgültig. Das physische Individuum ist nur die niederste und einfachste Person.“¹³⁰³ Hier fällt also Rechtsperson und physischer Körper zusammen. Wie sich *Preuss* den nicht in einem Menschen gelegenen Willen vorstellt, ist unverständlich; unverständlich auch, was er im Anschlusse an das eben Zitierte bemerkt: „Da es (das physische Individuum) zugleich physischer und Rechtsorganismus ist, bezeichnet es die Grenze zwischen Natur- und Rechtswissenschaft. Es ist aber in seiner Eigenschaft als Person nicht realer als die höheren und komplizierteren Rechtsorganismen. | Denn der Begriff der Person ist ein rechtlicher, kein physischer.“¹³⁰⁴ Trotzdem ist die *physische* Person auf Grund ihres *psychischen* Willens eine – wenn auch die einfachste – Person! Was wäre also der Begriff der Person, wenn er nicht als Prädikat zu einer physischen oder psychischen Tatsache als Subjekt fungieren kann? *Preuss* akzeptiert hier in einer Anmerkung (S. 155 Nr. 55)¹³⁰⁵ die Ansicht des von ihm selbst¹³⁰⁶ so bekämpften *Jellinek*: „Die Person ist kein Naturwesen, sondern eine Abstraktion.“ Aber auch der Begriff „Naturwesen“ ist eine Abstraktion! Auf der folgenden Seite stellt sich *Preuss* auf den Standpunkt *Gierkes*, der dem Gemeinwesen nur deshalb Persönlichkeit zuschreibt, weil es Träger eines „einheitlichen und beständigen Gemeinwillens“¹³⁰⁷ ist (vgl. auch oben S. 164 ff.)¹³⁰⁸. Im Willen erblickt *Preuss* mit *Gierke* wie beim Einzelwesen so beim Staate den Kern der Rechtssubjektivität und *Preuss* begnügt sich, die Anschauung *Gierkes* zu reproduzieren, der als Willen sowohl beim Einzelwesen wie bei der Gemeinschaft in Übereinstimmung mit *Zitelmanns* „psychologischem“ Willensbegriffe, die „verursachende Kraft der äußeren Bewegung“, also einen wenn auch unrichtig erfaßten psychischen, so doch als solchen gedachten Akt bezeichnet und der betont, daß die Willensfähigkeit des Menschen wie des Staates – und also auch der Wille derselben – „vom Rechte nicht geschaffen, sondern vorgefunden“ wird (*Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte. S. 608 f.)¹³⁰⁹ Der vom Rechte nicht geschaffene¹³¹⁰, sondern nur vorgefundene Wille kann doch wohl nur eine in der objektiven Welt¹³¹¹ des Seins existente physische oder psychische Tatsache sein! Wenn *Preuss* diese Anschauungen *Gierkes* zu seinen eigenen macht, ist nicht einzusehen, warum er gerade den Ausspruch *Gierkes* (Genossenschaftstheorie S. 631 Nr. 2):¹³¹² „Die Person ist eine verkörperte psychische Einheit ...“ – aus

| 188

¹³⁰⁰ «Konstruktion objektive Seinselemente»] A₁ «Konstruktion Seinselemente»; A₂ «Konstruktion objektive Seinselemente».

¹³⁰¹ Die von Kelsen als Zitat angeführte Aussage findet sich dem ungefähren Inhalt, nicht aber dem Wortlaut nach bei *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 151f.; vgl. auch *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 1247), S. 220.

¹³⁰² *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 155.

¹³⁰³ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 155.

¹³⁰⁴ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 155 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹³⁰⁵ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 155 Anm. 55 (zitiert: *Jellinek*, Gesetz (Anm. 635), S. 193).

¹³⁰⁶ «selbst»] A «sonst»; F* «selbst».

¹³⁰⁷ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 622), S. 156.

¹³⁰⁸ Vgl. oben S. 273–280.

¹³⁰⁹ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 621), S. 609.

¹³¹⁰ «Rechte nicht geschaffene»] A₁ «Rechte geschaffene»; A₂ «Rechte nicht geschaffene».

¹³¹¹ «der objektiven Welt»] A₁ «der Welt»; A₂ «der objektiven Welt».

¹³¹² *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 621), S. 631 Anm. 2.

dem übrigens zweifellos hervorgeht, daß die Person nach *Gierke* eine Naturtatsache ist – wegen des Wortes „verkörpert“ tadelt. Das Wort könne Anlaß zu Fiktionen geben, meint *Preuss* (S. 155 Anm. 56).¹³¹³ Aber Naturtatsache ist auch eine objektiv psychische, nicht bloß eine körperliche Tatsache und *Preuss* selbst sagt a. a. O. S. 138,¹³¹⁴ daß zum Begriffe des Staates notwendig die ihn bildenden Menschen gehören: „Ein Staat ohne Menschen ist eine unvollziehbare Vorstellung!“ Was gilt also? Eine prinzipielle Untersuchung des Begriffes des Staatswillens hätte vielleicht vor solchen Widersprüchen bewahrt.

¹³¹³ *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 622), S. 155 Anm. 56.

¹³¹⁴ *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 622), S. 138.

Die logische Form des Rechtssatzes.

VII. Kapitel.

Der Rechtssatz im engeren Sinne.
(Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz.)

Nachdem das Wesen des Staatswillens klargelegt¹³¹⁵ wurde, kann die Untersuchung zur Feststellung seines Inhaltes fortschreiten. Da der Rechtssatz sich als ein Ausdruck des Staatswillens darstellt¹³¹⁶, wird die Beantwortung der Frage, wie der Rechtssatz zu lauten hat¹³¹⁷, davon abhängen, was als möglicher Inhalt des Staatswillens erkannt wird.

Betrachtet man den Willen im ethisch-juristischen Sinne als eine zum Zwecke der Zurechnung vorgenommene Konstruktion und erblickt man im Staatswillen insbesondere den gemeinsamen Zurechnungspunkt für die als Staatshandlungen qualifizierte Tätigkeit der Organe, dann ergibt sich von selbst, daß der Staat nichts anderes wollen kann, als seine *eigenen* Handlungen. „Gewollt“ im ethisch-juristischen Sinne ist nur das Zugerechnete, das zugerechnete Verhalten aber ist identisch mit dem „eigenen“. In Bezug auf eine Person stellt sich eine Handlung oder Unterlassung als „fremde“ dar, wenn sie nicht dieser Person, sondern einer anderen zugerechnet wird. Die „eigene“ Handlung oder Unterlassung einer Person ist nur eine andere Bezeichnung für die zugerechnete. Man muß sich insbesondere vor dem Irrtume bewahren, daß die Qualität der „eigenen“ Handlung oder Unterlassung durch den körperlich kausalen Zusammenhang mit einer Person gegeben ist. Bezüglich der Unterlassung wäre ja ein solcher Zusammenhang überhaupt nicht möglich, wie ja der ganze Begriff der Unterlassung für eine mechanisch-kausale¹³¹⁸ Betrachtung bedeutungslos, ja, überhaupt nicht gegeben ist. Hat sich jemand zur Herbeiführung irgendeines strafbaren oder ethisch relevanten

¹³¹⁵ «Nachdem das Wesen des Staatswillens klargelegt»] A₁ «Nachdem klargelegt»; A₂ «Nachdem das Wesen des Staatswillens klargelegt».

¹³¹⁶ «Rechtssatz ... darstellt»] A₁ «Rechtssatz Staatswillen beinhaltet [bricht ab]»; A₂ «Rechtssatz ... darstellt».

¹³¹⁷ «Frage, wie der Rechtssatz zu lauten hat»] A₁ «Frage, was Inhalt des [bricht ab]»; A₂ «Frage, wie der Rechtssatz zu lauten hat».

¹³¹⁸ «mechanisch-kausale»] A₁ «körperlich-kausale»; A₂ «mechanisch-kausale».

|190 Erfolges¹³¹⁹ eines andern Menschen als Werkzeug bedient, dann | ist die vorliegende strafbare oder ethisch irgendwie qualifizierte Handlung nicht die des Werkzeuges, mit dem sie kausal-mechanisch verbunden ist, sondern des anderen, dem sie zugerechnet wird. Dabei muß nicht etwa zwischen beiden stets die psychische Kausalität einer intellektuellen Urheberchaft oder Anstiftung bestehen. Wer bloß passiv zuläßt, daß ein von ihm vorausgesehener Erfolg von einem anderen Nichtsahnenden herbeigeführt wird, muß als „Täter“ gelten, wenn er den vorhergesehenen Erfolg hätte verhindern *sollen*, ihm dieser also zugerechnet wird. Der ganze Begriff der „Handlung“ hat nur als der einer „eigenen“ Handlung einen Sinn.

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

Dieses scheinbar selbstverständliche Resultat steht jedoch in einem vollständigen Widerspruche zu der Anschauung, die heute fast ausnahmslos innerhalb der Jurisprudenz von dem Inhalte des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens vertreten wird. Was der Staat im Rechtssatze „will“, ist nach allgemein herrschender¹³²⁰ Ansicht nicht etwa sein eigenes Verhalten, sondern ein Verhalten der anderen Rechtssubjekte, und zwar deren der Rechtsordnung entsprechendes, d. h. rechtmäßiges Handeln oder Unterlassen. Der Staat „will“ – so ist die allgemein verbreitete Vorstellung – daß seine Untertanen nicht stehlen, betrügen, morden, daß sie empfangene Darlehen zurückgeben, den vereinbarten Kaufpreis zahlen, daß sie Steuer entrichten, Militärdienst leisten etc. etc.

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

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

|191 |Allein diese Anschauung ist eine unhaltbare. Vor allem ist die Grundlage derselben, das Wollen fremden Verhaltens für die ethisch-juristische Betrachtung ein

¹³¹⁹ «strafbaren oder ethisch relevanten Erfolges»] A₁ «strafbaren Erfolges»; A₂ «strafbaren oder ethisch irgendwie relevanten Erfolges»; A₃ «strafbaren oder ethisch relevanten Erfolges».

¹³²⁰ «nach allgemein herrschender»] A₁ «nach herrschender»; A₂ «nach allgemein herrschender».

nonsens. Nicht so für die psychologische. Wie¹³²¹ irgend ein Vorgang, so kann auch das Verhalten eines andern Menschen als des Wollenden Gegenstand seines Willens, d. h. Inhalt der mit dem Triebe assoziierten Zweckvorstellung sein. Allein diesen psychologisch korrekten Willensbegriff hat die Jurisprudenz aus Gründen, die oben dargelegt wurden,¹³²² nicht¹³²³ akzeptiert. Und gerade vom Standpunkte des in der Jurisprudenz gegenwärtig herrschenden kausalen Willensbegriffes ist ein Wollen fremden Verhaltens unmöglich. Auch wenn man den Willen im ethisch-juristischen Sinne *nicht* als etwas vom gleichnamigen psychischen Akte wesentlich Verschiedenes, als bloße zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion erkennt, sondern den zwischen juristischem und psychologischem Standpunkte lawierenden Willensbegriff *Zitelmanns* und *Bindings* akzeptiert¹³²⁴, demzufolge als Wille die Ursache der Körperbewegung zu gelten hat, ergibt sich von selbst, daß als gewollt *nur* die *eigene* Körperbewegung, d. i. die eigene Handlung im mechanisch-kausalen Sinne angesehen werden kann.¹³²⁵ Auch wenn man – wie *Zitelmann* – den Willen auf die sog. erweiterte Handlungsreihe ausdehnt und als gewollt auch die kausalen Folgen der eigenen Körperbewegung gelten läßt, so kann doch die fremde Handlung niemals als gewollt gelten, denn die fremde Handlung bedarf selbst als Ursache eines Willens, der Wille des Handelnden und nicht des ursprünglich Wollenden ist. Dieser Wille kann aber nie und nimmer *innerhalb* der von *Zitelmann* so genannten erweiterten Handlungsreihe stehen, deren Glieder untereinander mit kausaler Notwendigkeit verknüpft sind, denn der Wille muß für die ethisch-juristische Betrachtung unter allen Umständen *frei* sein. Er muß, um im Sinne des kausalen Willensbegriffes zu sprechen, *erste* Ursache der Körperbewegung und deren Folgen sein und kann niemals als Mittelglied, stets nur als Ausgangspunkt einer Kausalreihe gedacht werden. Daß diese Vorstellung mit dem ganzen Kausalitätsgesetze unvereinbar ist, das für alles, also auch für jede Ursache, eine Ursache fordert, und eine letzte oder erste Ursache nicht kennt, bleibe hier unerörtert. Für einen *kausalen* Willensbegriff – seine Unhaltbarkeit und sein innerer Widerspruch wurden schon früher nachgewiesen¹³²⁶ – muß sich eine derartige Vorstellung im Bereiche der ethisch-juristischen Betrachtung aus dem Grunde bilden, weil das Postulat der Willensfreiheit das Um und Auf, die prinzipalste Voraussetzung aller ethisch-juristischen Spekulation ist. Wäre der Wille unfrei, d. h. die notwendige Folge einer Ursache, dann wäre nicht zu begreifen, was er neben der | Körperbewegung für die ethisch-juristische Betrachtung für beson-

| 192

¹³²¹ «nonsens. Nicht so für die psychologische. Wie»] A₁ «nonsens. Wie»; A₂ «nonsens. Nicht so für die psychologische Wie».

¹³²² Vgl. oben S. 191–222.

¹³²³ «Jurisprudenz aus Gründen, die oben dargelegt wurden, nicht»] A₁ «Jurisprudenz nicht»; A₂ «Jurisprudenz aus Gründen, die oben dargelegt wurden nicht».

¹³²⁴ «*Zitelmanns* und *Bindings* akzeptiert»] A₁ «*Zitelmanns* akzeptiert»; A₂ «*Zitelmanns* u *Bindings* akzeptiert».

¹³²⁵ Vgl. oben S. 258.

¹³²⁶ Vgl. oben S. 215f., 259f.

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

Die¹³²⁷ für die ethisch-juristische Betrachtung unumgängliche Freiheit des Willens hat auch *Zitelmann* – der Schöpfer des kausalen Willensbegriffes – nicht gelegnet. Seine ganze Theorie beruht geradezu auf der Annahme, daß der Wille frei, d. h. im Sinne *Zitelmanns*, daß er letzte Ursache der eigenen Handlung sei. *Zitelmann* spricht ausdrücklich von dem „Gesetze der Kausalität, nach dem wir die Ursachen unserer Handlungen sind¹⁾“ und von „unseren Handlungen selbst, für die wir das Vorrecht einer psychischen Geburt in Anspruch nehmen²⁾“. Er erklärt sich ausdrücklich als Vertreter des Indeterminismus, gibt allerdings zu, der Jurist sei nicht berufen, das Problem der Willensfreiheit zu lösen. „Er muß auf unerschütterlich festem Boden stehen, und dieser Boden ist und kann nur sein, die innerliche Gewißheit der unbefangenen Auffassung. Für diese war der Wille seit jeher frei und wird es bis in alle Ewigkeit sein³⁾“. Wo das für die Psychologie unausweichbare Gesetz der Kausalität bleibt, diese Frage wird allerdings offen gelassen.¹³³¹

Wird aber der Wille als frei, als letzte oder erste Ursache der Körperbewegung erkannt, dann kann das auf dem freien Willen beruhende Tun eines andern niemals so wie andere Tatsachen als¹³³² Erfolg der eigenen Körperbewegung und

| 192 |¹⁾ a. a. O. S. 115.¹³²⁸

²⁾ a. a. O. S. 115.¹³²⁹

³⁾ a. a. O. S. 53.¹³³⁰

¹³²⁷ «kann. Ja, ... ergeben. [Die» (3047–30415)] A₁ «kann. Daß er freilich auch hier in dieser Qualität als überflüssig zu eliminieren versucht wurde zeigen die im ersten Kapitel hervorgehobenen Richtungen der neueren Psychologie. [Die»; A₂ «kann. Ja ... ergeben. [Die».

¹³²⁸ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 115.

¹³²⁹ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 115.

¹³³⁰ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 53.

¹³³¹ «Er erklärt sich ... offen gelassen.» (30421–30428)] vier Sätze in A₂ eingefügt.

¹³³² «niemals so wie andere Tatsachen als»] A₁ «niemals als»; A₂ «niemals so wie andere Tatsachen als».

daher als mittelbar gewollt angesehen werden. Eine solche Handlung hätte zwei letzte Ursachen, was schon ein Widerspruch in sich selbst wäre. Trotzdem hat | *Zitelmann* es unterlassen, in seiner Theorie vom „Willen zum Erfolge“ bei der Begriffsentwicklung der sog. erweiterten Handlungsreihe¹³³³ den grundlegenden Unterschied aufzuzeigen, der zwischen dem fremden Willen sowie der durch diesen herbeigeführten fremden Handlung – im Sinne des kausalen Willensbegriffes gesprochen – und andern Vorgängen als Erfolg¹³³⁴, d. i. als möglichen Inhalt des mittelbaren Willens, besteht.

| 193

Solange man sich der Erkenntnis verschließt, daß der „freie“ Wille der Ethik und Jurisprudenz nicht die gleichbenannte psychische Tatsache ist, muß man bei der Betrachtung des Willens zum Erfolge zwei voneinander prinzipiell verschiedene Tatbestände auseinanderhalten. Es ist etwas ganz anderes, wenn man „will“, daß etwa ein Apfel vom Baume falle und man zu diesem Zwecke mit einem Steine nach dem Apfel wirft, so daß der gewollte¹³³⁵ Erfolg eintritt, oder wenn man „will“, daß einem ein anderer einen Apfel reiche und in dieser Absicht den Befehl ausspricht: „Gib mir den Apfel“ (Imperativ). Im ersten Falle löst die körperliche Bewegung des Steineschleuderns eine Reihe von Vorgängen aus, die mit einander kausal verknüpft gedacht werden können und der endgiltige Erfolg erscheint tatsächlich durch den Willen verursacht, also im Sinne eines kausalen Willensbegriffes (mittelbar) gewollt. Wesentlich anders liegt der zweite Fall. Auf die im Aussprechen gewisser Worte bestehende körperliche Bewegung des Befehlens und die durch sie herbeigeführte Gehörsempfindung des Angesprochenen erfolgt – nicht notwendig – eine Tatsache, die mit dem letzten Gliede der von dem Befehle ausgehenden kausalen Reihe nicht wieder kausal verbunden ist: der „freie“ Wille des Anderen. Alles was – immer noch im Sinne des kausalen Willensbegriffes gesprochen – weiter aus diesem Willen erfolgt, ist eine neue Kausalreihe mit einem eigenen Anfangspunkte.

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

¹³³³ Vgl. *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 115–167.

¹³³⁴ «Vorgängen als Erfolg»] A₁ «Vorgängen als mögliche Gegenstände des [bricht ab]»; A₂ «Vorgängen als Erfolg».

¹³³⁵ «gewollte»] A₁ «gewünschte»; A₂ «gewollte».

194 Daß dieser ganze mit der Annahme eines kausalen Willensbegriffes verbundene Gedankengang ein irriger ist, daß die *psy|chische* Tatsache des Willens notwendig kausal determiniert sein muß und daher ganz ebenso wie andere psychische Tatsachen kausal¹³³⁶ herbeigeführt werden kann, also auch durch Befehl hervorgehoben wird, braucht auf Grund der Ausführungen in der 1. Abteilung des 2. Buches¹³³⁷ nicht besonders hervorgehoben zu werden. Zu der eigentümlichen Konsequenz eines „freien“ psychischen Aktes gelangt man eben nur, wenn man die psychologische mit der ethisch-juristischen Betrachtung verquickt, wie es die sogenannte psychologische Richtung in der Jurisprudenz tut. Wenn deren Resultat hier als Argument angeführt wird, geschieht es nur, um zu zeigen, daß auch von dem hier nicht akzeptierten Standpunkte dieser Richtung unmöglich ist, was allerdings die meisten Vertreter derselben behaupten: das Wollen fremden Verhaltens als Inhalt des Rechtssatzes.

Ist es im allgemeinen widerspruchsvoll, auf Grund der herrschenden Ansicht von einem Wollen fremden Verhaltens zu sprechen, so ist es ganz besonders unmöglich, dem Staate ein solches Wollen zu imputieren. Denn der Wille zum Erfolg setzt nach *Zitelmanns* eigener Begriffsbestimmung auch das Bewußtsein des Erfolges voraus. Damit ein durch die Körperbewegung verursachter Erfolg als gewollt gelte, muß er als Mittel der Bedürfnisbefriedigung vorgestellt sein. Erkennt man somit dem Staate nicht nur einen Willen zur eigenen Handlung sondern auch einen mittelbaren Willen zum Erfolge zu dann muß man logischerweise neben dem Staatswillen auch ein Staatsbewußtsein, eine Vorstellungsfähigkeit des Staates annehmen, eine Konsequenz, zu der man sich wohl ernstlich nicht herbeilassen dürfte. Daß die soziologischen Tatsachen eines Gemeinbewußtseins, oder einer Gesamtvorstellung, mit denen ja die organische Staatsdoktrin operiert, mit einer der *juristischen Person des Staates* zuzuerkennenden Qualität nichts zu tun hat, wurde im vorigen Kapitel dargetan.¹³³⁸ Die juristische Person des Staates hat nichts als Willen, ja dieser Wille ist mit der Staatsperson identisch. Darum ist es auch schlechterdings unmöglich, diese Staatsperson etwas „wünschen“ zu lassen und etwa auf diese Weise das rechtmäßige Verhalten der Subjekte als von ihr in einem gewissen erweiterten Sinne „gewollt“ zu betrachten. Aus dem gleichen Grunde ist es durchaus unzulässig, die juristische Person des Staates als Subjekt einer Absicht oder eine[r] Zwecksetzung fungieren zu lassen, denn Absicht und Zwecksetzung sind ohne die psychischen Vorgänge des Vorstellens und Empfindens unmöglich, deren die juristische Person des Staates wohl auch nach Ansicht jener nicht fähig ist, die im Willen des Staates einen psychischen Akt erblicken,
195 dabei allerdings außer Acht | lassen, daß dieser Prozeß mit den beiden anderen Seelenvorgängen untrennbar verbunden ist.

¹³³⁶ «Tatsachen kausal» A₁ «Tatsachen resp der Kausalerscheinungen [bricht ab]»; A₂ «Tatsachen resp der physischen Kausalerscheinungen [bricht ab]»; A₃ «Tatsachen kausal».

¹³³⁷ Vgl. oben S. 191–300.

¹³³⁸ Vgl. oben S. 272–300.

Nicht so sehr wegen ihres geistigen Gehaltes, sondern weil sie zu den wenigen prinzipiellen Erörterungen des Begriffes des Staatswillens und seines möglichen Inhaltes gehören, seien hier die Ausführungen erwähnt, die *Bruno Schmidt*¹³³⁹ in seiner Aufsatzsammlung: *Der Staat*¹⁾ dem in Rede stehenden Probleme widmet. *Schmidt* fragt zunächst nach dem Sinne und der Berechtigung des Terminus: Wille des Staates. Um zu zeigen, daß er „die vollständig sinn- und sachgemäße Bezeichnung für einen *real* vorliegenden Tatbestand darstellt“¹³⁴² – *Schmidt* schließt sich also der organischen Staatsauffassung an – stellt er zunächst fest, was man darunter im gewöhnlichen Leben „also ohne Rücksicht auf die verschiedenen Theorien der wissenschaftlichen Psychologie“¹³⁴³ zu verstehen hat, deren Bedeutung für die Jurisprudenz er für eine verhältnismäßig geringe hält²⁾. Diese Ablehnung der Psychologie ist überaus bezeichnend für den richtigen Instinkt des Juristen, der mit dem psychologischen Willensbegriffe nichts anzufangen weiß. Freilich ist in einer solchen Abkehr, die zum Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens flüchtet, eine Halbheit und Selbsttäuschung zu erblicken. Denn entweder ist der Wille des Juristen das psychische Phänomen der Psychologie – dann kann für ihn nur diese maßgebend sein –; andernfalls aber erwächst dem Juristen die Pflicht, das Wesen dieser als Willen bezeichneten Tatsache selbständig und ohne Rücksicht auf die gleichnamige psychische zu ergründen. Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens dürfte hiezu wohl kaum der rechte Weg sein, denn dieser klammert sich stets an das Seiende, der Empfindungswelt unmittelbar gegebene und muß der überaus komplizierten Begriffsbildung der normativen Disziplinen gegenüber notwendig versagen. *Schmidt* kommt denn auch bei seiner Begriffsuntersuchung nicht weiter als zu einer *analogen* Anwendung des psychischen Individual-Willensbegriffes auf den sozialen Organismus. Er will zwar unter „Wille“ zunächst nicht eine rein psychische Funktion verstehen, die nur an eine Psyche, also nur im Menschen als Einzelwesen gedacht werden kann; er will zeigen, daß sich beim Staate das eigentliche Willensstadium selbst als besonderer, von jedem Individu-

¹⁾ Staats- und Völkerrechtliche Abhandlungen. Herausgeg. von *Jellinek* u. *Meyer*. 1896.¹³⁴⁰, ¹³⁴¹

²⁾ Und zwar mit *Oppenheim* in der Kritischen Vierteljahrsschrift 3. Folge Bd. 1 S. 898.¹³⁴⁴

¹³³⁹ Bruno Schmidt (1865–1905), Staats- und Völkerrechtslehrer. Er wurde 1898 in Heidelberg habilitiert, und war bis zu seinem krankheitsbedingt frühen Tod im 40. Lebensjahr a.o. Professor ebendort. Wichtige Werke: *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, Leipzig 1899; *Der Staat*, Leipzig 1896; postum: *Ueber die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus* sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen, Leipzig 1907.

¹³⁴⁰ «Meyer. 1896.»] A «Mayer»; F* «Meyer. 1896.».

¹³⁴¹ *Bruno Schmidt*, *Der Staat*. Eine öffentlich-rechtliche Studie, Leipzig 1896.

¹³⁴² *Schmidt*, *Staat* (Anm. 1341), S. 24 – Hervorhebung von Kelsen.

¹³⁴³ *Schmidt*, *Staat* (Anm. 1341), S. 24 Anm. 1.

¹³⁴⁴ *Lassa Francis Lawrence Oppenheim*, [Buchbesprechung:] Träger, Ludwig, Gerichtsassessor in Berlin, *Wille, Determinismus, Strafe*. Eine rechtsphilosophische Untersuchung. Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht, 1895. 272 S., in: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 37 (1895), S. 597–609 (598) – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

alwillen verschiedener Tatbestand nachweisen läßt³⁾; er¹³⁴⁶ hält den Willen für einen „inneren Vorgang in einem Organismus“,¹³⁴⁷ wobei er Organismus nicht im streng naturwissenschaftlichen, sondern in einem von vorn herein | auf das soziale Gebiet erweiterten Sinne nimmt. Zwar unterläßt er es, die Natur dieses „inneren“ Vorganges weiter zu charakterisieren. Auf den ersten Blick könnte man vermuten, es müsse ein körperlicher Vorgang sein, da er doch eine individual-psychische Funktion von vornherein ausschließt und auch eine sozial-psychische Funktion sich nur aus individualpsychischen zusammensetzt; allein, sobald er die Elemente auseinandersetzt, die er für das Vorhandensein eines Willens im Organismus für wesentlich hält, zeigt sich der rein psychologische Charakter seines Willens aufs deutlichste. Als solche Elemente stellt er nämlich auf: a) die Vorstellung eines Zweckes; b) die Vorstellung eines Mittels (u. zw. eigene Handlung) zur Herbeiführung des Zweckes. c) Einen auf Grund dieser Vorstellung in dem Organismus herbeigeführten Zustand, der die entsprechenden Organe zum geeigneten Handeln zu veranlassen imstande ist.¹³⁴⁸ Schmidt hat also von dem psychischen Akt des Wollens, weil er nur auf das Einzelwesen der Menschen beschränkt ist, abgesehen, um an dessen Stelle zwei andere Elemente heranzuziehen, die zweifellos ebenso sehr an die Psyche gebunden sind: nämlich das Vorstellen und die Motivation d. i. die Veranlassung zum Handeln. Wie diese Akte außerhalb einer Individualpsyche zu denken sind, bleibt ein Rätsel. Im übrigen akzeptiert Schmidt trotz aller Umwege und Umschreibungen den kausalen Willensbegriff Zitelmanns, wenn er schließlich sagt: „Im engeren und eigentlichen Sinne geht demnach der Wille immer auf einen körperlichen Akt des Wollenden selbst; in einem weiteren Umfange wird jedoch auch der Zweck, für welchen diese eigentliche Handlung nur Mittel ist, d. h. alles dasjenige als gewollt bezeichnet, *was man durch letztern kausal herbeiführen kann oder doch zu können meint*“¹⁾. Diesen als Willen charakterisierten Tatbestand sucht nun Schmidt im Staatsorganismus als Ganzem – und nicht etwa in Einzelmenschen – folgendermaßen nachzuweisen²⁾. Daß jeder Staat Organismus ist, setzt er voraus. „Innerhalb desselben ist aber in gewissen Organen die Vorstellung eines wünschenswerten Erfolges, d. i. hier das wirkliche Handeln der Untertanen nach dem geplanten Gesetz erzeugt worden. Weiter war in eben denselben auch das Bewußtsein vorhanden, daß dieser Erfolg durch eine bestimmte

³⁾ Vgl. a. a. O. S. 25, 43.¹³⁴⁵

¹⁾ a. a. O. S. 25.¹³⁴⁹

²⁾ a. a. O. S. 26.¹³⁵⁰

¹³⁴⁵ Schmidt, Staat (Anm. 1341), S. 25, 43.

¹³⁴⁶ «kann; ... läßt; er»] A₁ «kann; er»; A₂ «kann; ... läßt; ^{Fn}(vgl S 25, 43)^{Fn} er».

¹³⁴⁷ Schmidt, Staat (Anm. 1341), S. 24.

¹³⁴⁸ Schmidt, Staat (Anm. 1341), S. 24 f.

¹³⁴⁹ Schmidt, Staat (Anm. 1341), S. 25 – Hervorhebung von Kelsen.

¹³⁵⁰ Schmidt, Staat (Anm. 1341), S. 26.

Handlung eines anderen Organs (Publikation des Gesetzes durch den Kaiser³⁾) verwirklicht werden könne. Daraufhin ist nun von ihnen bewußt eine Lage herbeigeführt worden, aus der für dieses letztere der Anreiz, die Veranlassung zu | einem entsprechenden aktiven Eingreifen in die Außenwelt resultiert und erwächst“.

| 197

Deutlich zeigt sich in dieser Argumentation, daß *Schmidts* angeblich selbständiger¹³⁵² und vom Individualwillen verschiedener Staatswille im Wege einer Analogie zu dem Individualwillensakte entstanden ist. Diese Analogie weist aber gerade im wesentlichsten Punkte eine grobe Differenz auf! Den ersten Bestandteil des individualpsychischen Willensaktes, die Vorstellung des zur¹³⁵³ Befriedigung führenden Mittels, findet *Schmidt* beim staatlichen Organismus in den gewissen Vorstellungen bestimmter Organe. Diese Organe sind offenbar die gesetzgebenden Faktoren. Es sei nun dahin gestellt, ob solche Vorstellungen tatsächlich wesentliche Bestandteile des Gesetzgebungsprozesses sein können, jedenfalls ist diese in Vorstellungen nicht in äußerem Verhalten bestehende „Organtätigkeit“ sehr merkwürdig. Sind diese Vorstellungen aber wirklich Funktion von Staatsorganen, dann müssen sie konsequent als Tätigkeit des Staates erkannt werden. Man müßte also ebenso wie von einem Staatswillen, von einer „Staatsvorstellung“ sprechen; dabei wären diese Staatsvorstellungen etwas anderes als die sozialpsychische Tatsache eines Gemeinbewußtseins, denn *Schmidt* beschränkt diese Vorstellungen auf die sog. legislativen Organe. Allein es fällt *Schmidt* selbst nicht ein, den Staat als Subjekt dieser Vorstellungen gelten zu lassen. Sondern er unterscheidet ausdrücklich¹⁾ zwischen diesen dem Staatswillen vorausgehenden Bewußtseinsvorgängen, bezüglich deren der Staat auf physische Menschen angewiesen sei, und dem außerhalb der Individualpsyche gelegenen faktischen Zustand des Staatswillens. Damit zerstört er aber seine eigene Analogie, denn er mutet einem zu, für möglich zu halten, daß die Vorstellung des geeigneten Mittels zur Bedürfnisbefriedigung – welchen psychischen Akt er als wesentlich für den Willen erachtet – in einem anderen Subjekte sich vollziehe als der von dieser Vorstellung untrennbare Willensakt. Nur auf die vollkommenste Verwirrung aller, auch der primitivsten methodischen Prinzipien, die gänzliche Grenzverwischung zwischen psychologischer und juristischer Betrachtungsweise ist es zurückzuführen, daß ein derartiges wissenschaftliches Kau- derwelsch möglich und in der Literatur durchaus nicht selten ist.

³⁾ Als Typus dient ihm das deutsche Reich.¹³⁵¹

¹⁾ a. a. O. S. 43.¹³⁵⁴

| 197

¹³⁵¹ Vgl. Art. 17 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63.

¹³⁵² «*Schmidts* angeblich selbständiger] A₁ «Schmidts selbständiger»; A₂ «Schmidts angeblich selbständiger».

¹³⁵³ «Vorstellung des zur»] A₁ «Vorstellung des Zweckes das ist [bricht ab]»; A₂ «Vorstellung des zur».

¹³⁵⁴ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 43.

| 198

Den besonderen nicht in einem individualpsychischen Akte gelegenen Willen des Staates sieht nun *Schmidt* in dem durch die Tätigkeit der ein Gesetz schaffenden legislativen¹³⁵⁵ Faktoren herbeigeführten Zustand, durch welchen das Publikationsorgan zur Publikation dieses Gesetzes veranlaßt wird. Diese Einwirkung auf das Publikationsorgan denkt sich *Schmidt* in Analogie zu jenem Akte, der sich innerhalb eines menschlichen Individuums vollzieht, das einen auf fremdes Verhalten gerichteten Willen zu äußern beabsichtigt und nun die Sprachwerkzeuge in Bewegung setzt, da es die gesprochenen Worte des Befehles als Mittel zur Herbeiführung des gewollten Erfolges vorstellt. Wer in einem Befehle fremdes Verhalten will, will auch den Befehl aussprechen. Allein diese Analogie ist ebenfalls unzutreffend; denn der staatliche Willen zur Publikation und die entsprechende Pflicht der Staatsorgane, einen sanktionierten Beschluß des Parlamentes zu publizieren, beruht nicht auf eben diesem Gesetze, das ja erst durch die Publikation von einem bloßen Beschlusse zu einem Gesetze wird, erst nach der Publikation – die ein formal wesentlicher¹³⁵⁶ Bestandteil des Gesetzes ist – verbindliche Kraft hat, sondern auf jener Rechtsnorm, welche die¹³⁵⁷ Publikation der Gesetze vorschreibt, als Willen des Staates erklärt, und weiter auf jenen Rechtssätzen, welche die Publikation von Gesetzen zur Pflicht bestimmter Organe machen. Der in allen andern Rechtssätzen ausgedrückte Wille des Staates ist nicht auf Publikation, sondern auf ein anderes Verhalten des Staates gerichtet. *Schmidt* läßt allerdings – der herrschenden Meinung folgend – den Staat das Verhalten der Untertanen als Zweck (und die eigene Tätigkeit des Publizierens als Mittel) „wollen“, und ist daher genötigt die Analogie zu dem auf das Verhalten eines andern gerichteten Imperativ des menschlichen Individuums wohl oder übel durchzuführen.¹³⁵⁸ Dabei kann sich aber *Schmidt* nicht ganz verhehlen, daß sein im Grunde genommen kausaler Willensbegriff ein Wollen fremden Verhaltens mit Rücksicht auf die Freiheit des dem fremden Verhalten unmittelbar zu Grunde liegenden Willens nicht gut möglich macht. Gewollt ist ja nach seiner eigenen Definition nur was durch einen eigenen körperlichen Akt kausal herbeigeführt ist, oder doch herbeiführbar gedacht wird. Hier soll nicht der innere Widerspruch näher untersucht werden, der dadurch geschaffen wird, daß *Schmidt* in seiner Definition des Willens neben das objektive Kriterium des kausalen Herbeigeführtseins das subjektive der Vorstellung eines möglichen Herbeiführens stellt. Ist gewollt, was als herbeiführbar vorgestellt ist, ohne Rücksicht darauf, daß es wirklich herbeigeführt wird – bezieht sich der Wille auf eine Vorstellung und nicht auf ein faktisches Ereignis der Außenwelt, so ist damit unvereinbar, als gewollt zu betrachten, was tatsächlich her-

¹³⁵⁵ «der ein Gesetz schaffenden legislativen»] A₁ «der legislativen»; A₂ «der ein Gesetz schaffenden legislativen».

¹³⁵⁶ «ein formal wesentlicher»] A₁ «ein wesentlicher»; A₂ «ein formal wesentlicher».

¹³⁵⁷ «auf jener Rechtsnorm, welche die»] A₁ «auf dem Gesetz, das die»; A₂ «auf jener Vorschrift, die die»; A₃ «auf jener Rechtsnorm, die die».

¹³⁵⁸ Vgl. *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 27.

beigeführt wurde¹⁾. Auch diese Definition *Schmidts* zeigt dessen völlige, geradezu naive Methodenlosigkeit! Hier sei nur näher ins Auge gefaßt, wie *Schmidt* das Wollen fremden Verhaltens bei seinem kausalen Willensbegriffe mit der Willensfreiheit – an der er festhält – in Einklang zu bringen glaubt. Er beginnt zunächst mit dem nachdrücklichen Hinweise¹⁾ darauf, „daß jedes Wollen in erster Linie stets auf ein eigenes Sich-Verhalten geht, in weiterem Sinne auf das, wozu man hiedurch den Anstoß geben zu können meint. Daraus folgt, daß zwar jeder Mensch sofort und ohne weiteres alles das zu wollen vermag, was durch Naturkausalität herbeigeführt werden kann, nicht dagegen für gewöhnlich das, was durch Handeln eines anderen Menschen erzielt werden soll, denn hier tritt ja die eigene freie Willensfähigkeit des letztern hemmend dazwischen. Soll daher trotzdem in dieser Weise ‚gewollt‘ werden können, so müssen besondere Umstände vorhanden sein, die den ‚Wollenden‘ zu der Annahme berechtigen, daß jener andere seine an sich freie Entschlußwahl nur in *seinem* Sinne treffen werde“. Nun scheint es von vornherein fraglich, ob es überhaupt Umstände geben kann, die einen, der an die Freiheit des Willens – im landläufigen Sinne – glaubt, zur Annahme berechtigen, den Willen und dadurch das entsprechende Verhalten eines andern im Wege der Naturkausalität herbeiführen zu können. (Die originellste Konsequenz der *Schmidt'schen* Willensdefinition ist, nebenbei bemerkt, die, daß wohl ein Determinist – nicht aber ein Indeterminist fremdes Wollen und Handeln wollen kann, da nur der erstere Wollen und Handeln für kausal gebunden hält und daher nur er das Verhalten eines andern kausal herbeiführen zu können glaubt!) Die Annahme, daß es solche Umstände überhaupt gibt, wäre nichts anderes als die Aufgabe des vorangestellten Prinzipes der Willensfreiheit! Was sind es nun aber für „besondere“ Umstände, die nach *Schmidt's* Ansicht die Möglichkeit geben, den „freien“ Willen eines andern kausal herbeizuführen? Die Antwort *Schmidt's* lautet: „Eine solche Erweiterung des gewöhnlichen Umfangs der natürlichen²⁾ Willens- und Handlungsfähigkeit tritt nun aber vor allem dort ein, wo der Wollende Organ ist“. ¹³⁶² Die Organqualität soll es also sein, die einem Menschen das Recht gibt, die Willensfreiheit, an die alle andern glauben müssen, zu negieren? Die Sinnlosigkeit einer solchen Auffassung darzulegen enthebt einen *Schmidt* selbst, da er im nächsten Satze, der sich als Erklärung des ersten ausgibt, tatsächlich diesen vollkommen umstößt; er lautet: „Hier ist er (der Wollende als Organ) in der Tat *den ihm untergebenen Organpersonen* | gegenüber zu der obigen Annahme berechtigt, kann

| 199

| 200

¹⁾ Vgl. oben S. 117 ff. ¹³⁵⁹

| 198

¹⁾ a. a. O. S. 43 ff. ¹³⁶⁰

| 199

²⁾ *Schmidt* hebt in der Anmerkung mit Nachdruck hervor, daß hier in keiner Weise an die juristische Willens- und Handlungsfähigkeit zu denken sei. ¹³⁶¹

¹³⁵⁹ Vgl. oben S. 215–222.

¹³⁶⁰ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 43 f.

¹³⁶¹ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 43 Anm. 1.

¹³⁶² *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 43.

den dazwischen liegenden freien Willen der letzten als ganz eliminiert ansehen“.¹³⁶³ Nicht also als Organ kann man fremdes Handeln wollen, sondern das Handeln von Organpersonen kann von anderen gewollt sein! Das ist eine vollkommen andere Behauptung als die des ersten Satzes! Und dieser Behauptung kann zweifellos ein Sinn abgewonnen werden. Der Wille des Organs kann darum als eliminiert betrachtet werden, weil seine Organhandlung nicht als eigene, sondern als die des Staates gilt, d. h. nicht dem Organe, sondern dem Staate zugerechnet wird. Als „Wollend“ kann aber der Organperson gegenüber nicht eine andere Organperson gedacht werden – müßte man doch bei dieser den gleichen Eliminierungsprozeß vornehmen – sondern nur die Staatsperson! Freilich¹³⁶⁴ kommt in diesem Sinne der Wille in seiner spezifisch juristischen, nicht psychologischen Bedeutung in Anwendung; *Schmidt* akzeptiert wohl diesen „Eliminierungsprozeß“, ist sich jedoch des Wesens desselben nicht bewußt, das in der besondern Art der Zurechnung besteht, die hier nicht beim körperlich handelnden Individuum¹³⁶⁵ halt macht, sondern durch dasselbe hindurch geht¹⁾. Den „Willen“ eliminieren heißt nichts anderes, als den „Zurechnungspunkt“ nicht in das Individuum selbst, sondern außerhalb desselben setzen. Die realpsychische Tatsache des Wollens läßt sich nicht „eliminieren“. So zeigt sich auch hier wieder ein typisches Beispiel für die unheilvolle Verquickung juristischer und psychologischer Begriffe! – Die Tatsache, daß Organhandlungen von einem fremden Willen gewollt werden können, ist, selbst wenn sie *Schmidt* bewiesen hätte, keine Rechtfertigung dafür, daß er den Staat das Verhalten aller Untertanen wollen läßt! Da hilft sich nun *Schmidt* einfach dadurch, daß er in einer Anmerkung²⁾ einfach den Satz, daß ein Organ untergebenen Organpersonen gegenüber deren Verhalten „wollen“ könne, folgendermaßen ergänzt: „Ja mehr noch sogar in Bezug auf sämtliche Glieder des Organismus überhaupt (könne ein Organ fremdes Verhalten wollen), insofern¹³⁶⁸ nämlich auch diese die innerhalb seiner (des Organs) Kompetenz erlassenen Anordnungen stets respektieren und für ihre eigenen Willenshandlungen bestimmend sein lassen“. Mit dieser Ergänzung hat nun *Schmidt* die zu ergänzende Behauptung

| 200 |¹⁾ Vgl. oben S. 184.¹³⁶⁶

²⁾ Anmerkung 2. S. 44.¹³⁶⁷

¹³⁶³ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 43 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹³⁶⁴ «wird. ... Freilich»] A₁ «wird. Freilich»; A₂ «wird. Als „Wollende“ kann der Organperson gegenüber aber nicht eine andere Organperson gedacht werden – müßte doch von dieser der gleiche Eliminierungsprozeß vorgenommen werden, sondern nur die Staatsperson! Freilich»; F* «wird. ... Freilich».

¹³⁶⁵ «beim körperlich handelnden Individuum»] A₁ «beim Individuum»; A₂ «beim körperlich handelnden Individuum».

¹³⁶⁶ Vgl. oben S. 294.

¹³⁶⁷ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 44 Anm. 2 – Klammerausdrücke von Kelsen eingefügt.

¹³⁶⁸ «überhaupt ... insofern»] A₁ «überhaupt insofern»; A₂ «überhaupt (weil: könne ein Organ fremdes Verhalten wollen) insofern»; F* «überhaupt ... insofern».

ebenso umgeworfen, wie er mit der letzteren jene aufgegeben hat, der sie zur Erklärung dienen sollte. Man braucht *Schmidt* nur beim Worte, d. h. bei seinen eigenen Worten zu nehmen, um die völlige Haltlosigkeit seiner letzten Behauptung aufzuzeigen. Wenn wirklich das rechtmäßige Verhalten | der Untertanen vom Staate – dessen Willens- und Handlungsfähigkeit *Schmidt* mit der der Organe identifiziert¹⁾ – ebenso gewollt werden kann wie das als Staatshandlung geltende Verhalten der Organe – wenn wirklich der Wille der Untertanen dem Staate gegenüber als „eliminiert“ betrachtet werden soll – wo liegt dann der Unterschied zwischen Untertanen und Staatsorganen? Dann sind alle rechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen der Untertanen Staatsfunktionen,¹³⁷⁰ denn sie sind in gleicher Weise Inhalt eines Staatswillens, dann sind alle Untertanen soweit sie die Gesetze befolgen, Staatsorgane, denn ihr eigener Wille, auf dem ihre Handlungen und Unterlassungen beruhen (im¹³⁷¹ Sinne des kausalen Willensbegriffes *Schmidts* gesprochen), wird ebenso „eliminiert“ wie derjenige der Organpersonen, das hieße nichts anderes, als daß ihre Handlungen und Unterlassungen dem Staate zugerechnet werden, als Handlungen und Unterlassungen der Staatsperson gelten müßten! –

| 201

Diese Ausführungen *Schmidts* wurden einer eingehenderen Kritik nicht etwa um des billigen Erfolges willen unterzogen, ihre offenkundigen Widersprüche aufzuzeigen, sondern weil sie mehr als in einer Hinsicht typisch sind für die Art der wissenschaftlichen Argumentation, die in einem großen Teil der heutigen Literatur üblich ist. Einmal charakterisieren sie die vollkommene Methodenlosigkeit bei der Behandlung juristischer Probleme, insbesondere den überaus begriffsverwirrenden Mangel einer scharfen Grenze zwischen juristischer und psychologischer, normativer und explikativer Betrachtung. Dann sind sie aber auch – selbst in den hier nur skizzierten, später¹³⁷² noch näher zu beleuchtenden Beziehungen zum Begriffe des Staatsorgans^{1373, 1374} – innig verwachsen mit den Anschauungen jener Lehre¹³⁷⁵, die Eingang dieses Kapitels als Imperativtheorie charakterisiert wurde und deren Untersuchung im folgenden fortgesetzt wird. –

¹⁾ a. a. O. S. 44.¹³⁶⁹ „Da nun Gesamtorganismus und Einzelorgan sich zu einander verhalten wie das Ganze zum Teil, alles, was das letztere tut begrifflich zugleich als Tat des ersten erscheint, so darf auch die dem Einzelorgan spezifisch eignende Willensfähigkeit als eine solche des Staates selbst bezeichnet werden.“

| 201

¹³⁶⁹ *Schmidt*, Staat (Anm. 1341), S. 44.

¹³⁷⁰ «Staatsfunktionen,»] A₁ «Staatshandlung,»]; A₂ «Staatsfunktionen,».

¹³⁷¹ «Weise ... (im)»] A₁ «Weise Staatswillen, dann sind alle Untertanen Staatsorgane denn ihre Handlungen und Unterlassungen beruhen, wo [bricht ab]»; A₂ «Weise ... (im)».

¹³⁷² «in den hier nur skizzierten, später»] A₁ «in ihren, später»; A₂ «in ihren hier nur skizzierten, später»; F* «in den hier nur skizzierten, später».

¹³⁷³ «Beziehungen zum Begriffe des Staatsorgans»] A₁ «Beziehungen zur Lehre vom Staatsorgan»; A₂ «Beziehungen zum Begriffe des Staatsorgans».

¹³⁷⁴ Vgl. unten S. 592–608.

¹³⁷⁵ «Lehre»] A₁ «Theorie»; A₂ «Lehre».

Der Ausgangspunkt der Imperativtheorie, die als Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens das rechtmäßige Verhalten der Untertanen annimmt¹³⁷⁶, ist das Zweckmoment. Das Ziel, das mit der staatlichen Rechtsordnung verfolgt wird, nämlich der Zustand der Ordnung, das dem Gesetze entsprechende Handeln und Unterlassen der Rechtssubjekte, wird maßgebend für die Formulierung jener Normen, deren Inbegriff die Rechtsordnung ausmacht. Daß das Zweckmoment bei der Bildung von Rechtsbegriffen aus methodischen Gründen überhaupt keine Verwendung finden darf, ist an anderer | Stelle gezeigt worden.¹³⁷⁷ Hier soll nun ausgeführt werden, daß selbst bei Akzeptierung des teleologischen Standpunktes, ja gerade mit Rücksicht auf das Zweckmoment eine imperativische Formulierung des Rechtssatzes, bei der als Inhalt des Staatswillens nicht das eigene Verhalten des Staates, sondern das entsprechende Handeln und Unterlassen der anderen Rechtssubjekte erscheint, unmöglich ist.

Der Zweck, menschliche Individuen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, kann nur im Wege der Motivation erreicht werden, d. h. dadurch, daß man in den Individuen Ursachen des entsprechenden Verhaltens, Willens *motive*, hervorruft. Das gesamte Verhalten des Menschen, wie jedes Lebewesens, entspricht nun ausschließlich und ausnahmslos dem Prinzip der Selbsterhaltung oder dem Egoismus im weitesten Sinne; der Mensch will nur sich zuliebe, d. h. Vorteile erreichen, oder Nachteile vermeiden, Lust vermehren, Unlust vermindern. Bei der psychologischen Analyse des Willensaktes hat sich gezeigt, daß der Ausgangspunkt jedes Wollens¹³⁷⁸ ein Zustand des Unbefriedigtseins ist, dessen Aufhebung das einzige Endziel jenes mit der Vorstellung des entsprechenden Mittels assoziierten Triebes ist, der – ein Spezialfall des Selbsterhaltungstriebes – eben als Wille bezeichnet wird. Alles Verhalten eines Menschen hat daher nur den einen Zweck der Selbstbefriedigung. Soll demnach jemand zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt, ein Wille zu diesem Verhalten in ihm hervorgerufen werden, kann dies nur dadurch geschehen, daß in dem Menschen die Vorstellung geweckt wird, daß das geforderte Verhalten ein Mittel der Bedürfnisbefriedigung, d. h. ein Mittel, Vorteil zu erwerben oder Nachteil zu vermeiden, darstellt.

Der nackte an den Menschen gerichtete Imperativ, der nichts anderes ist als der unmittelbare Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens, kann an sich unmöglich den oben charakterisierten Motivationsprozeß herbeiführen. Der Fall liegt folgendermaßen: Der Wille des einen Subjektes ist auf das Tun oder Unterlassen eines anderen Subjektes gerichtet, das selbst einen Willen hat, der mit dem des Wollenden (Befehlenden) nicht identisch ist. Es stehen sich also zwei Willen gegenüber, deren Übereinstimmung herbeigeführt werden soll. Zwei getrennte, selbständige Willenssubjekte vorausgesetzt, ist eine unmittelbare Beein-

¹³⁷⁶ «annimmt»] A₁ «erklärt»; A₂ «annimmt».

¹³⁷⁷ Vgl. oben insb. S. 174–188.

¹³⁷⁸ «Wollens»] A₁ «Willensaktes»; A₂ «Wollens».

flussung des einen Willens durch den andern undenkbar. Der bloße Wille des einen Subjektes – seine Erklärung vorausgesetzt – kann unmöglich einen analogen Willen des andern bewirken. Denn die Erklärung des Willens seitens des Befehlenden führt nicht direkt zum Willen des anderen. Sie ist an dessen Intellekt gerichtet, wo sie lediglich die Vorstellung des fremden Willens hervorruft. Diese Vorstellung jedoch, das bloße Bewußtsein, daß ein *an|derer* etwas will, ist durchaus nicht geeignet, motivierend auf den eigenen Willen zu wirken. Soll der eigene Wille mit dem fremden in Übereinstimmung gebracht werden, dann muß zu der Vorstellung des fremden Willens die Vorstellung eines *eigenen* Interesses hinzutreten, dessen Befriedigung mit der Befolgung des Befehles oder Wunsches verbunden ist; in demjenigen, der zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden soll, muß die Vorstellung erweckt oder doch als gegeben vorausgesetzt werden, daß das gewünschte Verhalten für den Handelnden resp. Unterlassenden selbst ein Mittel sei, Vorteil zu erwerben oder Nachteil zu vermeiden.

| 203

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

Die imperativische Form, welche die herrschende Lehre den Rechtsnormen zuerkennt, ist von den Normen der Moral übernommen, die einen analogen Zweck wie jene verfolgen, (nämlich ein bestimmtes Verhalten der Individuen) und die als *Imperative* allgemein und mit Recht anerkannt¹³⁷⁹ sind. Allein für die Rechtssätze behaupten, was für die Normen der Moral gültig ist, kann nur geschehen, wenn man den grundlegenden Unterschied übersieht, der gerade in diesem Punkte zwischen beiden Arten von Normen besteht.

Das Wesen des Imperativs, der nichts als der unmittelbare sprachliche Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens¹³⁸⁰ ist, haben wir darin erkannt, daß er als solcher keine Garantie dafür enthält, daß das fremde Verhalten tatsächlich herbeigeführt, eine Übereinstimmung mit dem Willen des Angesprochenen erzielt wird. Er kann daher nur dort zweckgemäß angewendet werden, wo eine solche Garantie aus irgend einem Grunde überflüssig ist. Das ist jedoch nur dann der Fall, wenn bloß *scheinbar* die Willensübereinstimmung¹³⁸¹ zweier verschiedener selbständiger Subjekte¹³⁸² herzustellen ist, wenn in Wirklichkeit nur ein einziges Willenssubjekt vorhanden ist, dessen Wille zwiespältig oder in sich selbst uneins ist, wenn es sich bloß um den Kampf zweier Willensrichtungen im selben Subjekte handelt, die Motivation¹³⁸³ also nicht von außen, von einem an-

¹³⁷⁹ «allgemein und mit Recht anerkannt»] A₁ «allgemein anerkannt»; A₂ «allgemein u mit Recht anerkannt».

¹³⁸⁰ «Wollens»] A «Willens»; F* «Wollens».

¹³⁸¹ «Willensübereinstimmung»] A₁ «Übereinstimmung»; A₂ «WillensÜbereinstimmung».

¹³⁸² «Subjekte»] A₁ «Willen»; A₂ «Subjekte».

¹³⁸³ «die Motivation»] A₁ «der Befehl»; A₂ «die Motivation».

deren Subjekte, sondern vom Individuum selbst, von dessen eigenem Innern ausgeht.

Dies ist nun durchaus bei den Normen der Moral der Fall, weil und insoweit diese *autonomen* Charakter aufweist. Die Autorität der Moral ist keine außerhalb des Individuums stehende, wie schon im ersten Buche zur Charakterisierung der Differenz zwischen Rechts- | und Sittengesetzen hervorgehoben wurde.¹³⁸⁴ Der in den Moral-Normen enthaltene Wille geht nicht von einem anderen Subjekte aus als jenem, an das er gerichtet ist. Er steht dem Individualwillen nicht selbständig gegenüber, sondern ist nur ein Teil desselben, ist die der natürlichen, angeborenen sittlichen Disposition des Menschen entspringende Willensrichtung. Welches das letzte Fundament dieser autonomen¹³⁸⁵ Moral ist, deren immanenten Charakter das „Ich soll“ des Sittengesetzes als ein „Ich will“ des moralischen Individuums erkennen läßt, das gegen andere Willensrichtungen zur Tat drängt, kann¹³⁸⁶ hier unerörtert bleiben. Worauf es hier lediglich ankommt, ist die Tatsache, daß die Vorstellung eines Sittengesetzes das Bewußtsein eines eigenen, nicht eines fremden Willens ist. Es ist somit schon von vornherein und unmittelbar gegeben¹³⁸⁷, was bei der Vorstellung des heteronomen Imperatives erst durch die Vermittlung einer zur Motivation führenden Vorstellung, welche die Befolgung des fremden Willens als *eigenes* Interesse erscheinen läßt, erzeugt werden soll: der Wille zum normensprechenden Verhalten. Das heteronome Gebot wirkt nur *mittelbar* auf den menschlichen Willen, das autonome Gebot der Moral jedoch unmittelbar, da es von allem Anfange an nur der Ausdruck eines eigenen Wollens ist. Darum, und nur darum ist der Imperativ die entsprechende Form des Sittengesetzes. Denn der Imperativ ist nichts anderes, als der unmittelbare sprachliche Ausdruck eines Wollens. Die für die Vorstellung einer autonomen Moralgesetzgebung notwendige gedankliche Spaltung des Ich läßt das „Ich will“ als „Ich soll“ erscheinen, der eigene Wille wird wie an ein fremdes so an das eigene (zweite) Ich gerichtet; aus dem „ich will moralisch handeln“, wird ein „ich will, daß ich moralisch handle“. Dies ist aber in Urteilsform der Inhalt des Imperativs: handle moralisch. Dieser Imperativ der Moral ist nun durchaus geeignet, die bezweckte Motivation zu erzeugen, den Willen und das entsprechende Handeln herbeizuführen, denn er setzt ja diesen Willen schon voraus. Es bedarf hier keiner weiteren Garantie wie bei den Geboten einer heteronomen Autorität, die sich¹³⁸⁸ nicht unmittelbar an den Willen des Individuums, sondern nur mittelbar an dessen Intellekt wenden, die, wenn sie den Willen beeinflussen sollen, sich eines besonderen Mittels bedienen müssen,

¹³⁸⁴ Vgl. oben S. 117–144.

¹³⁸⁵ «autonomen»] A₁ «immanenten»; A₂ «autonomen».

¹³⁸⁶ «läßt ... kann»] A₁ «läßt, kann»; A₂ «läßt ... kann».

¹³⁸⁷ «vornherein und unmittelbar gegeben»] A₁ «vornherein gegeben»; A₂ «vornherein und unmittelbar gegeben».

¹³⁸⁸ «Autorität, die sich»] A₁ «Autorität. So zutreffend also die Form des Imperativs [bricht ab]»; A₂ «Autorität, die sich».

welches das geforderte Verhalten als im Interesse des Individuums erscheinen läßt, damit dieses durch seine eigene Erwägung veranlaßt werde, selbsttätig seinen Willen zu richten.

So zutreffend also die Form des Imperatives für die Normen der autonomen Moral¹³⁸⁹ ist, so ungenügend erscheint sie für den heteronomen Rechtssatz¹³⁹⁰. Gerade mit Rücksicht auf den verfolgten Zweck, ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte herbeizuführen, darf sich | die Rechts-Norm nicht¹³⁹¹ begnügen, dieses Verhalten im Namen des Staates zu fordern; für die teleologische Betrachtung, deren Standpunkt hier nicht akzeptiert, sondern nur zur Widerlegung jener Anschauungen eingenommen wird, die von diesem Standpunkte aus vertreten werden, stellt sich der psychisch gedachte Staatswille des Rechtssatzes – in Wirklichkeit ist es nur der von den einzelnen Menschen mit dem Rechtssatze verfolgte Zweck – als ein selbständiger, von dem Willen der Rechtssubjekte verschiedener dar. Die Autorität des Staates ist eine heteronome, außerhalb der menschlichen Individuen stehende. Hier bedarf es also einer Garantie dafür, daß der Wille der Rechtssubjekte mit dem als „Wille des Staates“ fälschlich bezeichneten Zweck der Rechtsordnung in Übereinstimmung gebracht werde. Es muß daher dem einzelnen nicht nur das bezweckte, unrichtig als „vom Staat gewollte“ Verhalten, sondern auch das Interesse ins Bewußtsein gebracht werden, seinen eigenen Willen mit dem durch den Rechtssatz verfolgten Zweck in Übereinstimmung zu bringen. Ein solches Interesse wird dem Einzelnen durch die Vorstellung eines mit dem entsprechenden Verhalten verbundenen Vorteiles oder zu vermeidenden Nachtheiles ins Bewußtsein gebracht. Diese Garantie muß im Rechtssatze zum Ausdruck kommen, soll er überhaupt seinen Zweck erfüllen können. Von den beiden möglichen Garantien des in Aussicht gestellten Vorteiles oder zu vermeidenden Nachtheiles bedient sich der Staat im Rechtssatze tatsächlich nur des letzteren. Es ist die Sanktion, die wiederum entweder als Strafe oder als Exekution auftritt. In dieser lediglich mittelbaren Willensbeeinflussung liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Wirkungsweise des heteronomen, sanktionierten Rechtssatzes und der unmittelbaren Motivation des autonomen, sanktionslosen Sittengesetzes.¹³⁹²

Die Sanktion, die der Rechtssatz gerade mit Rücksicht auf seinen Zweck, die Rechtssubjekte (abgesehen vom Staate selbst) zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, enthalten¹³⁹³ muß, und die erfahrungsgemäß in Strafe oder Exekution besteht, bezeichnet eine Tätigkeit des Staates. Dieses eigene Verhalten des

¹³⁸⁹ «der autonomen Moral»] A₁ «der Moral»; A₂ «der autonomen Moral».

¹³⁹⁰ «den heteronomen Rechtssatz»] A₁ «den Rechtssatz»; A₂ «den heteronomen Rechtssatz».

¹³⁹¹ «sich die Rechts-Norm nicht»] A «sich dieser nicht»; F* «sich die Rechts-Norm nicht».

¹³⁹² «In ... Sittengesetzes.»] A₁ «In dieser mittelbaren Willensbeeinflussung liegt der wesentlichste Unterschied in der Wirkung des heteronomen Rechtssatzes und der des autonomen Sittengesetzes.»; A₂ «In ... Sittengesetzes.».

¹³⁹³ «Zweck ... enthalten»] A₁ «Zweck enthalten»; A₂ «Zweck ... enthalten».

Staates ist es, das der Staat im Rechtssatze¹³⁹⁴, der das entsprechende Verhalten der Untertanen¹⁾ herbeizuführen bezweckt, „will“ und nicht dieses dem Staate fremde Verhalten der übrigen Subjekte, das als Zweck des Rechtssatzes diesem nur indirekt zu entnehmen ist. Dieses Verhalten stellt sich als das Negativ jenes Tatbestandes dar, an den im Rechtssatze Strafe oder Exekution geknüpft ist.

|206 | Daß das eigene Verhalten des Staates, das in dem die Untertanen verpflichtenden Rechtssatze zum Ausdruck kommt, gerade einen *Nachteil* für die Verpflichteten, dieser Rechtssatz also eine *Drohung* bedeutet, kann nur eine teleologische Betrachtung ergeben. Nun wird man möglicherweise in Zweifel ziehen, ob die beiden Gruppen von Unrechtsfolgen, die hier als Inhalt des Staatswillens erkannt wurden, Strafe und Exekution, einander wirklich unter dem Gesichtspunkte des Nachteiles gleichzustellen sind. Auf solchen Einwand, der freilich leicht zu widerlegen wäre, braucht jedoch hier deshalb nicht näher eingegangen zu werden, weil der teleologische Standpunkt, von dem aus allein diese Frage Relevanz erhält, für die Konstruktion des Rechtssatzes hier nicht akzeptiert ist, und im Vorangehenden nur aus taktischen Gründen, um die von ihm aus gewonnenen Resultate der herrschenden Lehre zu widerlegen, provisorisch eingenommen wurde. Für die formal-juristische Betrachtung kommt es garnicht darauf an, ob Strafe und Exekution ein „Nachteil“ für die Verpflichteten sind (nur wenn sie ihren *Zweck* erfüllen sollen, müssen sie es sein); das gemeinsame Kriterium, das Strafe und Exekution einander koordiniert, und worauf es hier allein ankommt, ist der Umstand, daß beide ein eigenes Verhalten des Staates darstellen.

Wenn die Rechtspflichten der Untertanen durch die Rechtsordnung statuiert werden, wenn die Rechtsordnung den Willen des Staates zum Ausdruck bringt und der Wille des Staates nur auf ein eigenes Verhalten, nicht das Verhalten der Untertanen gerichtet sein kann, dann muß der Rechtssatz, durch den die Rechtspflichten der Untertanen geschaffen werden, den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten ausdrücken, dann muß das Verhalten¹³⁹⁵ der Untertanen im Rechtssatze eine andere Rolle spielen, als ihm – nach der Imperativtheorie – zugewiesen wird: es kann keinesfalls Inhalt des Staatswillens sein. Zieht man zunächst rein empirisch in Betracht, daß von den verschiedenen Handlungen oder m. a. W. auf Grund¹³⁹⁶ der Rechtsordnung dem Staate zuzurechnenden Handlungen gerade nur Strafe und Exekution mit den Rechtspflichten der Untertanen in Konnex gebracht werden kann, indem bei Verletzung dieser Pflichten die bezeich-

|205 |¹⁾ Das Wort „Untertanen“ ist hier lediglich als sehr praktische Sammelbezeichnung für *alle Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates* gebraucht.

¹³⁹⁴ «der Staat im Rechtssatze»] A₁ «der Rechtssatz»; A₂ «der Staat im Rechtssatze».

¹³⁹⁵ «das Verhalten»] A₁ «das pflichtmäßige Verhalten»; A₂ «das Verhalten».

¹³⁹⁶ «Zieht ... auf Grund»] A₁ «Zieht man in Betracht, daß von den verschiedenen in der Rechtsordnung als „gewollt“ bezeichneten Handlungen des Staates, oder m. a. W. auf Grund»; A₂ «Zieht ... auf Grund».

neten Staatshandlungen als Unrechtsfolgen¹³⁹⁷ in Aktion treten, und hält man sich gegenwärtig, was in Bezug auf den möglichen Inhalt des Staatswillens¹³⁹⁸ erkannt wurde, dann zeigt sich, daß der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz allen bisher aufgestellten Forderungen entspricht, wenn er einen Willen des Staates zu strafen oder zu exequieren (also zu einem eigenen Verhalten) enthält und diesen Willen des Staates durch ein Verhalten der Untertanen | *bedingt*, dessen kontradiktorischer Gegensatz den Inhalt der durch den Rechtssatz statuierten Untertanenpflicht bildet. Nicht als *Inhalt*, sondern als *Bedingung* eines Staatswillens, und¹³⁹⁹ nicht positiv, sondern unter einem negativen Vorzeichen gleichsam muß das pflichtmäßige Verhalten der Untertanen im Rechtssatze erscheinen. Die Rechtspflicht der Diebstahlsunterlassung z. B. wird durch den Rechtssatz statuiert, der an den Diebstahl des Untertanen den Strafwillen des Staates knüpft; und die Rechtspflicht der Darlehensrückerstattung gründet sich auf den Rechtssatz, der im Falle unterbliebener Rückerstattung des empfangenen Darlehens seitens des Schuldners, über Klage des Gläubigers die Exekution seitens des Staates in Aussicht stellt. Das auf Grund der Rechtsordnung richtige Urteil, daß der Staat unter den Bedingungen eines bestimmten Verhaltens einer Person an ihr Strafe¹⁴⁰⁰ oder Exekution üben wolle, zwingt zu dem Urteile, daß für diese Person die Rechtspflicht zu einem Verhalten gilt, das im kontradiktorischen Gegensatze zu den Bedingungen des staatlichen Willens¹ steht. Der aus der Rechtsordnung konsta-

| 207

¹) Diese Formulierung scheint nicht allgemein genug zu sein, denn der Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge kann auch an andere Bedingungen geknüpft werden als an das Verhalten jener Person, der Strafe oder Exekution angedroht ist. Der „Gesetzgeber“ ist bei der Fixierung der Tatbestände, an die er die der Staatsperson zuzurechnenden, von Staatsorganen zu realisierenden „Nachteile“ knüpft, völlig frei. Er kann irgend ein äußeres Ereignis, auf das dem Pflicht-Subjekte keinerlei Ingerenz zusteht, z. B. zum Anlasse einer Strafe machen. Wenn etwa bei primitiven Völkern wegen lang andauernder Dürre die Priester einer bestimmten Gottheit mit dem Tode bedroht sind, oder um ein weniger barbarisches Beispiel zu wählen, wenn das römische Recht für den Fall als ein Freier durch einen vom Dache eines Hauses fallenden Ziegel getötet wird, den Eigentümer des Hauses mit Geldstrafe belegt. Eine Beziehung zwischen dem Unrechtstatbestand und dem Pflichtsubjekte kann aber *formal* immer durch den Begriff der Unterlassung hergestellt, und, sofern man Unterlassung neben Handlung unter dem Oberbegriffe des „Verhaltens“ zusammenfaßt, jeder beliebige Tatbestand, der vom Pflichtsubjekte selbst nicht kausal herbeigeführt wurde, in dem Sinne gedeutet werden, daß derselbe von dem Pflichtsubjekte zu verhindern unterlassen wurde. Eine andere Frage ist, ob es zweckmäßig oder gerecht ist, jemanden wegen Unterlassung der Verhinderung eines Erfolges zur Verantwortung zu ziehen, den zu verhindern, schwer oder gar nicht möglich war. Vgl. dazu die Ausführungen des 3. Kapitels S. 73.¹⁴⁰¹

| 207

¹³⁹⁷ «bezeichneten Staatshandlungen als Unrechtsfolgen»] A₁ «bezeichneten Unrechtsfolgen»; A₂ «bezeichneten Staatshandlungen als Unrechtsfolgen».

¹³⁹⁸ «was in Bezug auf den möglichen Inhalt des Staatswillens»] A₁ «was über den möglichen Inhalt des im verpflichteten Rechtssatze erscheinenden Staatswillens»; A₂ «was in Bezug auf den möglichen Inhalt des Staatswillens».

¹³⁹⁹ «Staatswillens, und»] A₁ «Staatswillens, kann das Verhalten der Untertanen im Rechtssatze erscheinen und»; A₂ «Staatswillens, und».

¹⁴⁰⁰ «unter ... Strafe»] A₁ «unter gewissen Bedingungen jemandem Strafe»; A₂ «unter ... Strafe».

¹⁴⁰¹ Vgl. oben S. 162f.

tierbare bedingte Wille¹⁴⁰² des Staates zur Strafe oder Exekution m.a.W. der Rechtssatz, ist der Erkenntnisgrund für die Rechtspflicht der Untertanen.¹⁴⁰³

| 208 Wurde früher rein formal aus dem ethisch-juristischen Begriffe des Willens bewiesen, daß ein Wollen fremden Verhaltens undenkbar ist, also auch der Staat nur sein eigenes Tun und Unterlassen, nicht | das seiner Untertanen „wollen“ kann,¹⁴⁰⁴ so ist jetzt *auch* vom materiell-teleologischen Standpunkte aus, welcher¹⁴⁰⁵ der Imperativtheorie eigen ist, gezeigt worden, daß der Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens das eigene Verhalten des Staates ist. Damit ist die Imperativtheorie mit ihren eigenen Voraussetzungen widerlegt. Da sie als Rechtssatz die imperativische Forderung rechtmäßigen Verhaltens seitens der Untertanen formuliert, besteht ihr Hauptfehler darin, daß sie den „Zweck der Rechtsordnung“¹⁴⁰⁶ mit dem „Willen des Staates“ identifiziert.

Nun ist wohl nicht zu bezweifeln, daß der Zweck stets der Inhalt des psychologischen Willens, und was jemandes Wille, stets auch sein Zweck ist. Allein der Wille des Staates ist eben etwas vollkommen anderes als der so bezeichnete psychische Akt, und so zeigt sich, daß die auch sonst in der Jurisprudenz so verderbliche Identifizierung von Zweck und Wille auf die mangelnde Erkenntnis des wahren Wesens des ethisch-juristischen¹⁴⁰⁷ Willens und insbesondere des Staatswillens zurückzuführen ist. Der Gegensatz zwischen Zweck und Wille ist als der zwischen einem materiellen und einem formalen Prinzipie in der Jurisprudenz zwar allgemein anerkannt¹⁾. Allein dieser Gegensatz hat nur dann den vermeintlichen Sinn, wenn unter Wille nicht der so bezeichnete psychische Akt verstanden werden darf; denn nur dann repräsentiert der Wille ein vom *substantiellen* Zwecke, dem man auch das Interesse zuordnet, verschiedenes *formales* Moment, da die Zusammengehörigkeit des psychischen Willens mit dem Zwecke und Interesse evident ist.

Wenn die Imperativtheorie den Staat im Rechtssatze „wollen“ läßt, was als Zweck der Rechtsordnung erkannt wird, so läßt sie die juristische Person des Staates als Subjekt eines Zweckes erscheinen, was ebenso unmöglich ist, wie dem Staat die *psychische Funktion* des Wollens zuzuschreiben. Sich Zwecke setzen und psychisch wollen ist das Gleiche. Die Erkenntnis, daß der Staat nicht Subjekt eines

| 208 ¹⁾ Vgl. die Theorien vom subjektiven Rechte in der 2. Abt. des 3. Buches dieser Untersuchungen.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰² «konstatierbare bedingte Wille»] A₁ «konstatierbare Wille»; A₂ «konstatierbare bedingte Wille».

¹⁴⁰³ «Daß das eigene Verhalten ... die Rechtspflicht der Untertanen.» (3186–3202)] zwei Absätze in A₂ eingefügt.

¹⁴⁰⁴ Vgl. oben S. 301–306.

¹⁴⁰⁵ «vom materiell-teleologischen Standpunkte aus, welcher»] A₁ «vom Standpunkte des materiellen des Zwecks [bricht ab]»; A₂ «vom materiell-teleologischen Standpunkte aus welcher».

¹⁴⁰⁶ «der Rechtsordnung»] A₁ «des Rechtssatzes»; A₂ «des Rechtsordnung».

¹⁴⁰⁷ «ethisch-juristischen»] A₁ «juristischen»; A₂ «ethisch-juristischen».

¹⁴⁰⁸ Vgl. unten S. 720–878.

Zweckes sein kann, ist jedoch durchaus nicht gleichbedeutend damit, daß der Staat überhaupt zwecklos sei, daß der Ausdruck seines Willens, die Rechtsordnung¹⁴⁰⁹, keinen Zweck habe. Gewiß haben Staat und Rechtsordnung einen Zweck (z. B. den Zustand der Ordnung und des Friedens herbeizuführen und aufrecht zu erhalten), allein der Staat kommt im Verhältnis zu diesem Zwecke nicht als Subjekt, sondern als Objekt, d. h. als *Mittel* in Betracht. Staat und Rechtsordnung sind die Mittel, mit denen der bezeichnete Zweck verfolgt wird; zweckverfolgende Subjekte aber sind die Einzel|*menschen* in ihrer *sozialen* (nicht staatlichen) Gemeinschaft: die Gesellschaft. Die Tatsache, daß Staat und Rechtsordnung für den Juristen als „Mittel“ in Betracht kommen, ist nur ein Ausdruck für den *formalen* Charakter der Jurisprudenz¹. Der Begriff des „Mittels“ gehört zur Kategorie der Form im Gegensatz zu dem des Zweckes, der als materielles Moment dem Inhalte zugerechnet wird. Und¹⁴¹¹ daß nicht der Staat, sondern die Gesellschaft als *Zweck*-subjekt zu gelten hat, entspricht durchaus jener allgemein anerkannten Kategorisierung, nach der diese beiden Begriffe unter den Gegensatz von Form und Inhalt gebracht werden, jener Anschauung, derzufolge der Staat als eine *Organisationsform* der Gesellschaft erscheint.

| 209

Mit Rücksicht auf den Zweck, dem Staat und Rechtsordnung dienen (den sie aber nicht als Subjekte „verfolgen“), hat die auf den *Rechtsbegriff* des Rechtssatzes gerichtete Fragestellung¹⁴¹² der formalen Jurisprudenz nicht zu lauten: *Was* wird bezweckt (oder von der Gesellschaft gewollt¹⁴¹³), sondern: *Wie* wird bezweckt, mit welchen Mitteln wird ein Zweck verfolgt, der – sozialer Natur – außerhalb des Rechtes liegt. Nur auf diese Frage nach dem *Wie* des sozialen Zweckes oder des „Willens der Gesellschaft“, d. h. danach, *wie* die *Gesellschaft* das will, was ihr Zweck ist, erhält man zur Antwort, was¹⁴¹⁴ der *Staat will*².

Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Tatsache, daß Form und Inhalt, „Wie“ und „Was“ nicht absolute, sondern – wie etwa Links und Rechts – nur relative Gegensätze sind.

¹) Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Kap. S. 87 u. 92.¹⁴¹⁰

²) Vgl. die Ausführungen des 3. Kap. S. 84 ff.¹⁴¹⁵

| 209

¹⁴⁰⁹ «die Rechtsordnung»] A₁ «des Rechtssatzes»; A₂ «die Rechtsordnung».

¹⁴¹⁰ Vgl. oben S. 178 f., 185 f.

¹⁴¹¹ «Rechtsordnung für den Juristen ... wird. Und»] A₁ «Rechtsordnung als „Mittel“ in Betracht kommen, entspricht dem *formalen* Charakter der Jurisprudenz. Der Begriff des „Mittels“ gehört im Gegensatz zu dem des Zweckes zur Kategorie der Form. Und»; A₂ «Rechtsordnung für den Juristen ... wird. Und».

¹⁴¹² «die auf den *Rechtsbegriff* des Rechtssatzes gerichtete Fragestellung»] A₁ «die Fragestellung»; A₂ «die auf den *Rechtsbegriff* des Rechtssatzes gerichtete Fragestellung».

¹⁴¹³ «oder von der Gesellschaft gewollt»] A₁ «oder gewollt»; A₂ «oder von der Gesellschaft gewollt».

¹⁴¹⁴ «Gesellschaft“ ... Antwort, was»] A₁ «Gesellschaft“, gibt Antwort, was»; A₂ «Gesellschaft“ d. h. danach, *wie* die *Gesellschaft* will (was ihr Zweck ist[]), gibt als Antwort, was»; F* «Gesellschaft“ ... Antwort, was».

¹⁴¹⁵ Vgl. oben S. 174–188.

Was das eine Mal – für die soziologische Betrachtung – als Form, als¹⁴¹⁶ das „Wie“ erscheint, ebendasselbe ist das andre Mal – für die juristische Betrachtung – der Inhalt, das „Was“. Die beiden Fragen: „Was will der Staat?“ und „Wie will die Gesellschaft?“ (d. h.: durch welche Mittel verfolgt sie ihren Zweck) haben die gleiche Antwort, nämlich: Strafe und Exekution. Dieses Verhalten des Staates ist innerhalb der Rechtswelt ein *substantielles* Moment, von einem das Verhältnis zu den sozialen Tatsachen berücksichtigenden Standpunkte aus ein *formales*. In diesem relativen Sinne, d. h. im Verhältnisse zu der Soziologie ist die Jurisprudenz eine formale Disziplin. Und das immer wieder außer acht gelassene oder mißverständene methodische¹⁴¹⁷ Postulat, bei der Bildung von Rechtsbegriffen das Zweckmoment zu eliminieren, hat nicht etwa die von gegnerischer Seite öfters imputierte Bedeutung, daß die den Rechtsbegriffen zu Grunde liegenden Tatsachen zwecklos sind, sondern lediglich die, daß die auf Rechtsbegriffe zielende Fragestellung niemals das Was, den Inhalt, den Zweck der dem Sein angehörigen sozialen Tatsachen betreffen darf, sondern stets nur das „Wie“, die Form derselben zu erfassen hat.

Gegen diese grundlegende Voraussetzung verstößt nun gerade der Rechtssatzbegriff der Imperativtheorie, die, wie oben dargelegt, als Inhalt des Rechtssatzes den *sozialen Zweck* gelten läßt, der mit dem Rechtssatze verfolgt wird.

Als ein Charakteristikum der Imperativtheorie ist zu betrachten, daß die Vertreter derselben die Begriffe „Norm“ und „Imperativ“ identifizieren. Statt vieler sei nur auf Bierling¹⁴¹⁸ verwiesen, der in seiner „Juristischen Prinzipienlehre“⁽¹⁾ die gründlichste und umfassendste Untersuchung des Rechtsnormbegriffes in neuester Zeit gegeben hat. Dieser Autor gebraucht die Worte Norm und Imperativ geradezu als gleichbedeutend; als den der Norm oder dem Rechtsimperativ entsprechenden charakteristischen Ausdruck bezeichnet er den Satz: „Du sollst (Ihr sollt) das und das tun oder unterlassen!“⁽²⁾ Diese Auffassung ist jedoch in doppelter

| 210 |¹⁾ I. Band Freiburg i. B. u. Leipzig 1894.¹⁴¹⁹

²⁾ a. a. O. S. 27.¹⁴²⁰

¹⁴¹⁶ «Form, als»] A₁ «Form, als Mittel, als»; A₂ «Form, als».

¹⁴¹⁷ «das ... methodische»] A₁ «das methodische»; A₂ «das ... methodische».

¹⁴¹⁸ Ernst Rudolf Bierling (1841–1919), Strafrechts- und Kirchenrechtslehrer sowie Rechts-theoretiker; ab 1871 Privatdozent in Göttingen; 1873–1901 Professor für Kirchen- und Strafrecht in Greifswald. Er war 1881–1885 konservatives Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhaus und ab 1889 Mitglied des Herrenhauses. Die „Juristische Prinzipienlehre“, in der Bierling neben der Anerkennungstheorie und der Rechtsverhältnislehre eine allgemeine Strukturtheorie des Rechts entwickelt, darf als eine der richtungweisenden Schriften der modernen Rechtstheorie gelten. Wichtige Werke: Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht, Freiburg i. Br. 1876; Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bde., Gotha 1877 und 1883; Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde., Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1894–1917.

¹⁴¹⁹ Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br. und Leipzig 1894.

¹⁴²⁰ Bierling, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 27.

Hinsicht fehlerhaft und bedarf hier um so nachdrücklicherer Widerlegung, als sie die allgemein herrschende ist.

Es ist zunächst durchaus unzulässig, die Begriffe Norm und Imperativ zu identifizieren. Diesfalls kann auf die bezüglichen Ausführungen des 1. Kapitels dieser Untersuchungen verwiesen werden³⁾. Der¹⁴²² Imperativ ist nur eine der möglichen Formen, in denen die Norm auftreten kann. Der Imperativ ist eine *Sprachform* und zwar eine ganz bestimmte, von der Grammatik fixierte Form des Zeitwortes. Das psychologische Charakteristikum des Imperativs – zum Unterschiede vom Urteile – besteht darin, daß der Imperativ der *unmittelbare* Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten *Willens* ist, während das Urteil eine Funktion des *Intellekts* darstellt. Der Imperativ ist durch ein einziges Wort ausdrückbar; er erscheint in der deutschen wie in den meisten anderen Sprachen in einer spezifischen Form: „Handle“, „Unterlasse“ oder in der Form des nackten Infinitivs (Fuhrmanns-Imperativ) „Aufstehen!“, „Dableiben!“ etc. Gerade dieser Infinitiv ist überaus bezeichnend für die der psychologischen¹⁴²³ Natur des Imperativs eigenartige Unmittelbarkeit des Willensausdruckes. Dieser Unmittelbarkeit wegen ist der Imperativ den Interjektionen zu vergleichen wie „Ah“ und „Oh“, die ebenfalls als unmittelbarer d. h. nicht durch den reflektierenden Intellekt vermittelter Ausdruck¹⁴²⁴ eines Gefühls zu betrachten sind. Nur durch die Sprachlichkeit des Ausdrucks ist der grammatische Imperativ von gewissen stummen Zeichen, Gebärden verschieden, mit denen ein Befehl erteilt werden kann. Vom logischen und psychologischen Standpunkte aus betrachtet ist in solchen befehlenden Gebärden etwas dem grammatischen Imperative durchaus Analoges zu erblicken: ein unmittelbarer Willensausdruck. Ein formal gänzlich¹⁴²⁵ anders gearteter Tatbestand liegt jedoch vor, wenn der auf das fremde Verhalten gerichtete Wille mit den Worten ausgedrückt wird: „Ich will, daß du dich so oder so verhältst.“ Hier hat man es mit einem Urteile über den eigenen Willen zu tun. Dieses Urteil ist keine unmittelbare Manifestation des Willens, sondern ein Ausdruck des reflektierenden Intellektes. Mit Rücksicht auf den Gegenstand der Reflexion – den *eigenen Willen* –

| 211

³⁾ Vgl. oben S. 70 ff.¹⁴²¹

¹⁴²¹ Vgl. oben S. 159 f.

¹⁴²² «identifizieren. ... werden. Der»] A₁ «identifizieren. Die Norm ist ein Zweckbegriff, Imperativ jedoch ein formaler. Norm ist die von einer Autorität ausgehende Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten. Das Wesen der Norm ist ihr Zweck, ein gewisses Handeln oder Unterlassen zu verursachen, hervorzubringen. Dieser Zweck kann durch verschiedene Mittel, d. h. auf verschiedene Weise in verschiedener Form verfolgt und erreicht werden. Der»; A₂ «identifizieren. ... werden. Der».

¹⁴²³ «psychologischen»] A₁ «logischen»; A₂ «psychologischen».

¹⁴²⁴ «unmittelbarer ... Ausdruck»] A₁ «unmittelbarer Ausdruck»; A₂ «unmittelbarer ... Ausdruck».

¹⁴²⁵ «Ein formal gänzlich»] A₁ «Ein gänzlich»; A₂ «Ein formal gänzlich».

setzt ein solches Urteil im Gegensatz zum Imperativ die Spaltung des reflektierenden Ich in Subjekt und Objekt voraus. Das Ich als Verstand urteilt über das Ich als Wille. Im¹⁴²⁶ gleichen Sinne ist der Satz: Du sollst ... ein Urteil und nichts als ein Urteil, in welchem über das Subjekt „Du“ das Prädikat „sollen“ ausgesagt wird. So gewiß nun der Satz „Du sollst ...“ vom logisch-formalen Standpunkte nichts anderes als ein Urteil und niemals ein Imperativ sein kann, so gewiß kann ein solches Urteil in gleicher Weise ein Sollen statuieren wie ein Imperativ; und darum kann¹⁴²⁷ auch ein solches Urteil unter Umständen als Norm fungieren. An anderer Stelle¹⁾ schon ist hervorgehoben worden, daß es ganz gleichgültig ist, ob man die normsetzende Autorität sprechen läßt: Liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst, oder: Du sollst Deinen Nächsten lieben wie Dich selbst, wenn auch formal der Unterschied besteht, daß der Imperativ der ersten Fassung den Verpflichtungsakt durch die Autorität direkt veranschaulicht, während das Urteil der zweiten Fassung den vollzogenen Verpflichtungsakt bereits voraussetzt und nur mehr eine bereits bestehende Pflicht – d. i. ein Sollen – konstatiert.

Man wird nun vielleicht einwenden, daß *Bierling* und die herrschende Theorie das Wort „Imperativ“ eben in einem weiteren als dem streng logisch-grammatischen Sinne gebrauchen und unter Imperativ jeden Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens verstehen, wenn sie den Rechtssatz als Imperativ bezeichnen und trotzdem lauten lassen: Du sollst ... Allein ganz abgesehen von dieser grammatikalischen Ungenauigkeit, bleibt der Kardinalfehler der Imperativtheoretiker eben darin bestehen, daß sie zum Inhalte des Rechtssatzes den sozialen Zweck der Rechtsordnung machen, daß sie überhaupt bei der begrifflichen Erfassung des Rechtssatzes sich vom materiellen Zweckmoment¹⁴²⁹ bestimmen lassen.

|212 Das Wesen der Rechtsnorm¹⁴³⁰ in der Bezweckung oder Veranlassung des Verhaltens der Rechtssubjekte zu erblicken, ist doppelt falsch: Erstens weil die Norm als solche diesen Zweck mit zahlreichen Nicht-Normen gemeinsam hat, und zweitens weil das Wesen der Rechtsnorm im besonderen gerade in ihrer speziellen *Form* zu erblicken ist, durch die sie sich von anderen Normen unterscheidet, die

|211 |¹⁾ Vgl. oben S. 71.¹⁴²⁸

¹⁴²⁶ «voraus. ... Im»] A₁ «voraus. Der Verstand urteilt über den Willen. Im»; A₂ «voraus. ... Im».

¹⁴²⁷ «Urteil ... kann»] A₁ «Urteil dem gleichen Zwecke dienen wie ein Imperativ; und um dieses Zweckes willen kann»; A₂ «Urteil ... kann».

¹⁴²⁸ Vgl. oben S. 160 f.

¹⁴²⁹ «vom materiellen Zweckmoment»] A₁ «vom Zweckmoment»; A₂ «vom materiellen Zweckmoment».

¹⁴³⁰ «der Rechtsnorm»] A₁ «des Rechtssatzes»; A₂ «der Rechtsnorm».

herrschende Anschauung aber ihr die gleiche Form wie allen übrigen Normen zuweist: eben den Imperativ¹⁾.¹⁴³²

¹⁾ Vgl. dazu oben S. 70.¹⁴³¹

¹⁴³¹ Vgl. oben S. 159 f.

¹⁴³² «gerichteten Willens verstehen ... eben den Imperativ.» (324₁₉–325₂)] A₁ «gerichteten Willens verstehen. Allein ganz abgesehen davon daß eine solche Umdeutung eines formalen Begriffes zu einem Zweckbegriffe unzulässig ist, wenn sie den Rechtssatz als Imperativ bezeichnen u trotzdem lauten lassen: du sollst .. hätte der von der herrschenden Theorie immer wieder mit Nachdruck betonte Satz, daß die Rechtsnormen Imperative seien die Bedeutung einer Tautologie, und käme auf dasselbe hinaus wie die Behauptung, daß Rechtsnormen Normen seien. Das ist eine Selbstverständlichkeit, wenn man annimmt – was in Frage zu stellen wohl niemandem einfallen wird – daß die Rechtsgesetze keine Naturgesetze sind. Weil aber die Rechtssätze mit Rücksicht auf ihrem Zweck ebenso wie die Sittengesetze Normen sind, kommt es für den Juristen nurmehr darauf an, die Form dieser Normen festzustellen, aufzuzeigen wie der Satz zu lauten hat, der als *Rechtssatz* sich von den Normen der Moral unterscheidet. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß die auf das Wesen des Rechtssatzes gerichtete Fragestellung des Juristen einen rein formalen Charakter hat und daß eine Antwort, der kein anderer Sinn abzugewinnen ist als der, daß der Rechtssatz eine Norm ist – eine Antwort die also lediglich auf das materielle Zweckmoment Rücksicht nimmt ein grober methodischer Fehler ist.] Hält man sich von dem Irrtum frei, daß die Norm nur als Imperativ auftreten kann und berücksichtigt man die Tatsache, daß der normative Zweck von einer heteronomen Autorität nur unter Aufstellung von Erfüllungsgarantien erreicht, d h. die zum normativen Verhalten führende Motivation nur durch Schaffung egoistischer Motive herbeigeführt werden kann, dann versteht es sich von selbst, daß ein Satz, der die Existenz eines StaatsWillen aussagt, wie einem bestimmten Verhalten der Menschen gewollte Nachteile zu verhängen, einen normativen Charakter hat, obgleich er kein Imperativ, sondern ein hypothetisches Urteil ist. Der Zweck eines solchen Satzes kann bei der Natur des Menschen der Nachteile stets zu vermeiden trachtet, nur der sein, die Menschen zu einem bestimmten Verhalten, nämlich zu dem nachteilsfreien zu veranlassen. Damit ist dieser Satz eine Norm. Eine *Rechtsnorm* ist dieser Satz aber darum, weil er einen Willen des *Staates* beinhaltet und zwar den begrifflich einzig möglichen Willen des Staates zu einem *eigenen Verhalten*.»; A₂ «gerichteten Willens verstehen ... eben den Imperativ.»

VIII. Kapitel.
Der Rechtssatz im engeren Sinne.
(Fortsetzung.)

Das hypothetische Urteil über einen bedingten Willen des Staates – die hier als richtig akzeptierte Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes – und nur von diesem, nicht auch von dem die Staatsperson verpflichtenden ist bisher die Rede – diese Formulierung, derzufolge das Schema des Rechtssatzes lautet¹⁴³³: Unter bestimmten Umständen (d. i. bei einem bestimmten Verhalten der Menschen) will der Staat gewisse Handlungen bezw. Unrechtsfolgen setzen (d. i. strafen oder exequieren), charakterisiert sich durch die Aufnahme der Nachteilsdrohung in den Wortlaut der Rechtsnorm. Man hat mit Rücksicht darauf, daß die angedrohten Nachteile als „Zwangsmittel“ bezeichnet werden, die hier vertretene Anschauung gewöhnlich „Zwangstheorie“ genannt und ihr Wesen darin erblickt, daß sie den „Zwang“ als dem Rechte eigentümlich erachte. Die Widerlegung dieser These bildet gerade den Stützpunkt der Imperativtheoretiker, die bei Formulierung des Rechtssatzes das sogenannte Zwangsmoment¹⁴³⁴ geradezu ausschließen in der ausgesprochenen Absicht, sich dadurch in einen Gegensatz zur „Zwangstheorie“ zu setzen.

|213 Nun ist keineswegs zu leugnen, daß die Argumente, die gegen die Lehre von der „Erzwingbarkeit“ als wesentlichem Merkmale des objektiven Rechtes vorgebracht wurden, zum großen Teile stichhaltig sind. Allein der Grund hierfür liegt in der mißverstandenen Bedeutung, die den sogenannten Zwangsmomenten, der Strafe und Exekution, seitens der Gegner wie der Verteidiger der Zwangstheorie beigelegt wird. Nur weil die Frage, ob der Zwang zum Wesen der Rechtsnorm gehöre, vielfach durch falsche Problemstellung verwirrt wurde, ist die mit richtigem juristischen Instinkte von den ältesten Zeiten bis auf den heutigen Tag nicht nur von Theoretikern, sondern insbesondere von unbefangenen Praktikern immer wieder vertretene Anschauung seit geraumer Zeit so sehr in Mißkredit geraten, daß es fast für unwissenschaftlich gilt, sich zu ihr zu bekennen.

¹⁴³³ «derzufolge das Schema des Rechtssatzes lautet»] A₁ «derzufolge der Rechtssatz lautet»; A₂ «derzufolge der Rechtssatz schematisch lautet»; A₃ «derzufolge das Schema des Rechtssatzes lautet».

¹⁴³⁴ «das sogenannte Zwangsmoment»] A₁ «das Zwangsmoment»; A₂ «das sogenannte Zwangsmoment».

Schon *Bierling* hat treffend auf die Vieldeutigkeit des Ausdruckes „Zwang“ hingewiesen¹⁾. Faßt man Zwang im Sinne der römischrechtlichen vis absoluta, und erblickt man in der tatsächlichen Realisierung der „Zwangsmittel“, Strafe¹⁴³⁶ und Exekution, den Zwangsakt, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Befolgung einer Rechtsnorm durch die spezifischen Mittel der Rechtsordnung überhaupt nicht erzwungen werden kann. Denn Strafe wie Exekution treten als wahre Unrechtsfolgen erst ein, wenn die Rechtsnorm bereits übertreten wurde, ja das vollzogene Unrecht ist geradezu die Voraussetzung ihrer Realisierung. Daß durch die Strafe ein Unrecht nicht ungeschehen gemacht werden kann, ist selbstverständlich. Aber auch im Falle des Zivil-Unrechtes bringt die daran geknüpfte Exekution keine Befolgung des Rechtssatzes, keine Erfüllung der Pflicht mit sich, wie es auf den ersten Blick in manchen Fällen scheinen mag. Erstattet der Schuldner das empfangene Darlehen nicht zurück und nimmt ihm der Staat auf Klage des Gläubigers die Schuldsomme mit Gewalt ab, so erfolgt die Befriedigung des Klägers gewiß nicht durch eine Pflichterfüllung und Rechtssatz-Beobachtung des Beklagten, sondern eben durch eine Tätigkeit des Staates. Die Verletzung des Rechtssatzes, d. h. das geschehene Unrecht ist irreparabel und die erst *nach* dem Unrecht eintretende Funktion des Staates kann höchstens die Interessenverletzung eines Rechtssubjektes wieder gut machen. Das Unrecht kann nur vermieden, der Rechtssatz nur befolgt werden durch das eigene Verhalten des verpflichteten Rechtssubjektes. Speziell im Falle der Exekution erfolgt die Befriedigung des Berechtigten nicht durch den Verpflichteten, sondern durch den Staat, denn nur diesem kann die Exekutionshandlung zugerechnet werden. Die¹⁴³⁷ beim Zivilunrecht eintretende Exekution ist im Verhältnis zu dem verpflichtenden Rechtssatz, gegen den verstoßen wurde, nur ein Erfüllungssurrogat²⁾ ¹⁴⁴⁰. Treffend sagt auch

¹⁾ a. a. O. S. 49. Vgl. auch desselben Autors: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. I. Teil. 1877. S. 139 ff. ¹⁴³⁵

| 213

²⁾ *Bierling* führt a. a. O. S. 51 ¹⁴³⁸ aus, „daß gerade diejenigen Einrichtungen, an welche alle Zwangstheorien vorzugsweise denken, nämlich Hilfsvollstreckung und Strafe am allerwenigsten als Zwangsmittel zur Befolgung der Rechtsnormen angesehen werden können. Erstere ist in Wahrheit auch im günstigsten Falle immer nur ein Surrogat der nicht zu erzielenden Befolgung; letztere ist nicht einmal dies, sondern bloß eine Reaktion des Rechtes oder der Rechtsgemeinschaft lediglich zu dem Zwecke, die fortdauernde Geltung der übertretenen Rechtsnorm als solche dem Übertreter gegenüber zu bewahren¹⁴³⁹, vor allem ihm selbst fühlbar zu machen.“

¹⁴³⁵ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 49; *Ernst Rudolf Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. I: Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts, Gotha 1877, S. 139–152.

¹⁴³⁶ «Realisierung der „Zwangsmittel“, Strafe»] A₁ «Realisierung von Strafe»; A₂ «Realisierung der „Zwangsmittel“ Strafe».

¹⁴³⁷ «Rechtssubjektes. ... Die»] A₁ «Rechtssubjektes. Die»; A₂ «Rechtssubjektes. ... Die».

¹⁴³⁸ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 51f.

¹⁴³⁹ «bewahren»] *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 52: «bewahren».

¹⁴⁴⁰ Anmerkung in A₂ eingefügt.

|214 *Bierling*³⁾: | „Wenn jemand durch Anwendung sog. absoluten oder physischen Zwanges, d. h. einfach durch fremde Kraft in eine gewisse äußere Lage gebracht wird, so ist das schließliche äußere ‚Verhalten‘ des Gezwungenen in Wahrheit auch dann keine Normenbefolgung oder Erfüllung, wenn dasselbe objektiv einer an ihn gerichteten Norm entspricht.“ (Ganz natürlich, weil das „Verhalten“ nicht dem Gezwungenen, sondern dem Zwingenden zuzurechnen ist!) Nun¹⁴⁴² dürfte der Zwang, welcher zum Wesen des objektiven Rechtes gehörig erachtet wird, wohl nur von sehr unklaren Köpfen als physischer Zwang gedacht werden. Man hat vielmehr bei der sog. Zwangstheorie, insbesondere¹⁴⁴³ seit *Feuerbach*, hauptsächlich den psychischen Zwang im Auge. Doch ist auch die These, daß zum Wesen des Rechtssatzes die *Ausübung* eines psychischen Zwanges erforderlich sei, unhaltbar. Denn es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtsnormen den erwarteten psychischen Zwang durchaus nicht ausüben, ohne dabei ihres spezifischen Charakters verlustig zu gehen. In allen Fällen des Unrechtes ist dies so. Ja der Rechtssatz tritt sogar überhaupt nur dann in seine spezifisch-formale Funktion, wenn er keine motivierende Wirkung auf das Subjekt geübt hat, das ist eben im Falle des Unrechtes, das ja die *Voraussetzung* für den im Rechtssatze ausgedrückten Willen des Staates zur Unrechtsfolge ist. Der Fehler der vorangestellten These besteht darin, daß sie den *sozialen Zweck*, der mit dem Rechtssatze verfolgt wird, nämlich die Herbeiführung der Motivation zum rechtmäßigen Verhalten, als wesentliches Element des formalen Rechtssatzbegriffes aufstellt. So gewiß es der mit dem Rechtssatze verfolgte Zweck ist, einen psychischen Zwang auszuüben, so gewiß ist die *tatsächliche* Ausübung dieses Zwanges für den formalen Rechtsbegriff gleichgültig. Für den Juristen liegt die wesentliche Funktion des Rechtssatzes in der Reaktion gegen das Unrecht. Für den Juristen ist der Wille des Staates: die Strafe und Exekution der Zweck des Rechtssatzes, der erst dann hervortritt, wenn der soziale Zweck versagt. Nochmals sei an die oben¹⁴⁴⁴ charakterisierte Relativität des Gegensatzes zwischen Form und Inhalt, Mittel und Zweck erinnert, die hier deutlich zu Tage tritt: Was vom soziologischen Standpunkte nur Mittel und Form ist, der staatliche Strafzweck ist vom juristischen Standpunkte Zweck und Inhalt. Und wenn man am Rechtssatze einen doppelten Zweck unterscheidet: den unter dem Namen der Generalprävention geläufigen psychischen Zwang und die als Spezialprävention bezeichnete Reaktion gegen das vollzogene Unrecht¹⁴⁴⁵, so muß man unter allen Umständen daran festhalten, daß von diesen beiden Zwecken, die sich im Einzelfalle ausschließen, nur der letztere für die juristische Betrachtung relevant

³⁾ a. a. O. S. 50.¹⁴⁴¹

¹⁴⁴¹ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 50.

¹⁴⁴² «entspricht.» ... Nun] A₁ «entspricht.» Nun; A₂ «entspricht.» ... Nun».

¹⁴⁴³ «vielmehr bei der sog. Zwangstheorie, insbesondere»] A₁ «vielmehr insbesondere»; A₂ «vielmehr bei der sog. Zwangstheorie insbesondere».

¹⁴⁴⁴ Vgl. oben S. 54, 56f., 321.

¹⁴⁴⁵ «das vollzogene Unrecht»] A₁ «das Unrecht»; A₂ «das vollzogene Unrecht».

ist, weil nur dieser den Inhalt des Staatswillens bildet, bildlich | gesprochen, den dem Rechtssatz immanenten Zweck bedeutet. Nur durch die scharfe Unterscheidung zwischen der sozialen und rechtlichen, soziologischen und juristischen Natur dieses Doppelzweckes und zwischen den beiden verschiedenen Subjekten der Zweckverfolgung, Gesellschaft und Staat, löst sich der Widerspruch¹⁴⁴⁶, daß der Rechtssatz erst wenn er seinen (sozialen) Zweck *nicht* erfüllt, seinen (Rechts-) Zweck¹⁴⁴⁷ erfüllen kann.

|215

Die tatsächliche Ausübung eines psychischen Zwanges als wesentliches Merkmal der Rechtsnorm steht in einem direkten Widerspruch zu der Annahme eines freien Willens, soferne man – wie üblich – unter Willen die gleichnamige psychische Tatsache versteht. *Bierling* ist es, der sich auch dieses Argumentes gegen die Theorie des psychologischen Zwanges bedient¹. Er weist darauf hin, daß es doch nicht angehe, auf der einen Seite die Existenz von Normen für das menschliche Handeln in Anspruch zu nehmen und damit zugleich notwendigerweise die Freiheit der Menschen vorauszusetzen, diese Normen zu befolgen oder nicht zu befolgen, auf der anderen Seite aber für diese Normen die¹⁴⁴⁹ allgemeine Möglichkeit zu behaupten, die Befolgung zu erzwingen. Allein dieser Einwand ist, wie bereits angedeutet, nur dann zutreffend, wenn man, wie *Bierling* selbst, als Voraussetzung der Ethik und Jurisprudenz den¹⁴⁵⁰ mit aller Logik und Psychologie unvereinbaren Grundsatz annehmen zu müssen glaubt, daß der *psychische* Wille frei sei. Das Vorhandensein der *Möglichkeit*, daß eine die Unrechtsfolgen in Aussicht stellende Norm einen psychischen Zwang ausübt, kann natürlich nicht geleugnet werden. Im Gegenteil! Der soziale Zweck der Rechtsordnung, der sehr häufig auch erfüllt werden dürfte, ist geradezu kein anderer. Und die von der Norm ausgehende Motivation, dieser tatsächliche, der Welt des Seins und daher nur kausal zu begreifende Vorgang, ist zweifellos als „Zwang“ aufzufassen, da er das Verhältnis einer Ursache zu einer *notwendigen* Wirkung¹⁴⁵¹ darstellt. Es ist ein vergebliches Bemühen, wenn *Bierling* zu beweisen versucht¹⁴⁵², daß die von der Norm ausgehende Motivation keinen „Zwang“ bedeute. Er sagt:²⁾ „Dagegen kann allerdings

¹⁾ a. a. O. S. 50, 1448

²⁾ a. a. O. S. 50, 1453

|215

¹⁴⁴⁶ «Doppelzweckes ... Widerspruch»] A₁ «Doppelzweckes löst sich der scheinbare Widerspruch»; A₂ «Doppelzweckes ... Widerspruch».

¹⁴⁴⁷ «seinen (sozialen) Zweck *nicht* erfüllt, seinen (Rechts-)Zweck»] A₁ «seinen Zweck *nicht* erfüllt, seinen Zweck»; A₂ «seinen (sozialen) Zweck *nicht* erfüllt, seinen (Rechts)Zweck».

¹⁴⁴⁸ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 50.

¹⁴⁴⁹ «aber für diese Normen die»] A₁ «aber die»; A₂ «aber für diese Normen die».

¹⁴⁵⁰ «man, wie *Bierling* selbst, als Voraussetzung der Ethik und Jurisprudenz den»] A₁ «man den»; A₂ «man wie *Bierling* selbst, als Voraussetzung der Ethik u Jurisprudenz den».

¹⁴⁵¹ «Wirkung»] A «Folge»; F* «Wirkung».

¹⁴⁵² «*Bierling* zu beweisen versucht»] A₁ «*Bierling* versucht»; A₂ «*Bierling* zu beweisen versucht».

¹⁴⁵³ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 50 – erste zwei Klammerausdrücke von Kelsen eingefügt.

ein bloßer sog. psychischer Zwang dazu dienen, jemand zur Befolgung einer gewissen Norm zu bestimmen, zu bewegen oder besser gesagt zu veranlassen. Nur ist hier die wirkliche Befolgung keine reine(!) und notwendige(!) Wirkung der gebrauchten Zwangsmittel (der Bedrohung, des Zuredens usw.), sondern sie hängt in letzter Instanz doch noch von einer eigenen Willensentscheidung ab: ‚coactus tamen voluit.‘¹⁴⁵⁴ Deutlicher kann der innere Widerspruch, der in dem Begriffe des |
 216 ‚freien‘ *psychischen* Willens gelegen ist, gar nicht zu Tage treten, als hier, wo zuerst zugegeben wird, daß ein menschliches Verhalten und daher der entsprechende Wille ‚veranlaßt‘¹⁴⁵⁴, d. h. doch nichts anderes als verursacht werden kann, und im selben Satze dieses Verhalten doch wiederum nicht als kausale Folge, oder wie der Verlegenheitsausdruck lautet, als ‚reine und notwendige Wirkung‘ (als ob es eine unreine und nicht notwendige ‚Wirkung‘ gäbe!) zugegeben wird. Erkennt man das wahre Wesen des ‚freien Willens‘, der, wie *Bierling* mit Recht annimmt, die Voraussetzung des Normbegriffes ist und der sich mit der kausalen Determination des psychischen Willens vollkommen verträgt, dann fällt die ganze Argumentation weg. Allein die von *Bierling* bekämpfte Theorie¹⁴⁵⁵, daß zum Wesen der Rechtsnorm ein tatsächlicher psychischer Zwang gehöre, bleibt trotzdem falsch, allerdings aus einem anderen Grunde. Dieser wurde bereits im ersten Buche dargestellt,¹⁴⁵⁶ und zwar anlässlich der Kritik jener Anschauung, die zum Wesen des Rechtssatzes seine tatsächliche Befolgung rechnet. Denn dies ist nur eine andere Formulierung für die These der psychologischen Zwangstheorie. An der erwähnten Stelle wurde der methodische Fehler aufgezeigt, der in der Aufnahme eines *Seinselementes* – des in der Befolgung gelegenen tatsächlichen Geschehens – in einem normativen, d. i. der Welt des Sollens angehörenden Begriff gelegen ist. Darin ist die Schwäche der psychologischen Zwangstheorie zu erblicken, daß sie dem in einem reinen Sollen bestehenden Wesen des Rechtssatzes einen tatsächlichen, der Welt des Seins entnommenen Vorgang der kausalen Verursachung – die Ausübung des psychischen Zwanges¹⁴⁵⁷ – als zugehörig erachtet.

Die Theorie des psychologischen Zwanges *erklärt*¹⁴⁵⁸ das rechtmäßige Verhalten der Subjekte, indem sie es als notwendige Wirkung einer Ursache darstellt. Damit verzichtet sie auf juristischen Charakter und stellt¹⁴⁵⁹ sich auf den Boden der *explikativen* Soziologie, die wir als Seins-Disziplin stets von der *normativen*

¹⁴⁵⁴ «Verhalten und daher der entsprechende Wille „veranlaßt“] A₁ «Verhalten „veranlaßt“; A₂ «Verhalten u daher der entsprechende Wille „veranlaßt“».

¹⁴⁵⁵ «die von *Bierling* bekämpfte Theorie»] A₁ «die Theorie»; A₂ «die von Bierling bekämpfte Theorie».

¹⁴⁵⁶ Vgl. oben S. 136–138.

¹⁴⁵⁷ «des psychischen Zwanges»] A₁ «des Zwanges»; A₂ «des psychischen Zwanges».

¹⁴⁵⁸ «Zwanges *erklärt*»] A₁ «Zwanges ist eine soziologische – keine juristische; sie *erklärt*»; A₂ «Zwanges *erklärt*».

¹⁴⁵⁹ «notwendige ... und stellt»] A₁ «notwendige Folge einer Ursache darstellt. Damit stellt»; A₂ «notwendige Folge einer Ursache darstellt. Damit verzichtet sie auf jede juristische Natur und stellt»; F* «notwendige ... und stellt».

Jurisprudenz geschieden haben, und deren Gegenstand *soziale Zwecke* sein mögen, die außerhalb der *formalen Jurisprudenz* liegen.

Die Bedeutung, welche das Zwangsmoment für das objektive Recht hat, erhellt somit nicht durch die Entscheidung der Frage, ob die Befolgung von Rechtsnormen¹⁴⁶⁰ durch physische Gewalt zu erzwingen ist oder Rechtsnormen einen psychischen Zwang ausüben müssen. Die für die Jurisprudenz einzig relevante Problemstellung kann nur lauten, ob der den Staatswillen darstellende Rechtssatz – soweit er das Handeln und Unterlassen der Untertanen normiert – das mit Strafe¹⁴⁶¹ und Exekution bezeichnete Verhalten des Staates als an gewisse Voraussetzungen geknüpft beinhalten muß. Nachdem | bewiesen wurde, daß der im | 217
Rechtssatze ausgesprochene Wille des Staates formal nur¹⁴⁶² auf sein eigenes Verhalten gerichtet sein kann, und auch materiell gezeigt wurde, daß dieses im Rechtssatze vom Staate gewollte Verhalten so beschaffen sein¹⁴⁶³ muß, daß es in der Vorstellung der Untertanen ein Motiv zu dem mit dem Rechtssatze bezweckten rechtmäßigen Verhalten¹⁴⁶⁴ der Untertanen zu bilden vermag,¹⁴⁶⁵ bleibt nur noch in Frage, ob Strafe und Exekution tatsächlich der einzig mögliche Inhalt des im Rechtssatze ausgesprochenen, eben qualifizierten Staatswillens sein kann. Androhung von Strafe und Exekution ist eine Garantie für¹⁴⁶⁶ die Befolgung des Rechtssatzes. Es¹⁴⁶⁷ erübrigt somit zu untersuchen, ob dies die einzige rechtlich in Betracht kommende Erfüllungsgarantie ist.

In der Natur der Sache ist es nicht gelegen, daß der Staat nur durch Strafe und Exekution, das ist also durch *Nachteilsdrohung* seine Untertanen verpflichtet. Der Rechtssatz würde seinen formalen Charakter, Ausdruck eines Staatswillens zu sein, behalten und auch dem mit ihm verfolgten sozialen Zweck der Motivation zum entsprechenden Verhalten Genüge tun, wenn das im Rechtssatze beinhaltete vom Staate gewollte eigene Verhalten für die Untertanen einen *Vorteil*, eine Belohnung in Aussicht stellte. Die mosaische Gesetzgebung, der das Gesetz als Wille Gottes

¹⁴⁶⁰ «Entscheidung der Frage, ob die Befolgung von Rechtsnormen»] A₁ «Entscheidung, ob Rechtsnormen»; A₂ «Entscheidung der Frage, ob die Befolgung von Rechtsnormen».

¹⁴⁶¹ «Rechtssatz ... mit Strafe»] A₁ «Rechtssatz das als Strafe»; A₂ «Rechtssatz – soweit er das Verhalten der Untertanen normiert – das mit Strafe»; A₃ «Rechtssatz ... mit Strafe».

¹⁴⁶² «Staates formal nur»] A₁ «Staates nur»; A₂ «Staates formal nur».

¹⁴⁶³ «Rechtssatze ... sein»] A₁ «Rechtssatze beinhaltende Verhalten des Staates ein derartiges sein»; A₂ «Rechtssatze ... sein».

¹⁴⁶⁴ «bezweckten rechtmäßigen Verhalten»] A₁ «bezweckten Verhalten»; A₂ «bezweckten rechtmäßigen Verhalten».

¹⁴⁶⁵ Vgl. oben S. 302 und 314f.

¹⁴⁶⁶ «kann. Androhung von Strafe und Exekution ist eine Garantie für»] A₁ «kann. Strafe und Exekution sind sind [sic] Garantien für»; A₂ «kann. Androhung von Strafe und Exekution ist eine Garantie für».

¹⁴⁶⁷ «Rechtssatzes. Es»] A₁ «Rechtssatzes. Jellinek gebührt das Verdienst, an [bricht ab]»; A₂ «Rechtssatzes. Es».

erscheint, bedient¹⁴⁶⁸ sich dieses Mittels, wenn sie Jehova¹⁴⁶⁹ dem Menschen unter der Voraussetzung eines gewissen Verhaltens langes Leben, Glückseligkeit nach dem Tode etc. verleihen läßt. Es wäre durchaus denkbar, daß auch die weltliche Gesetzgebung zu demselben Zwecke, zu dem sie Strafe und Exekution androht, nämlich um ein bestimmtes Verhalten der Menschen zu veranlassen, Vorteile in Aussicht stellt. Eine stagnierende Population z. B. könnte sehr gut der Anlaß sein, den Staat im Gesetze jenen Personen eine Geldprämie gewähren zu lassen, deren Ehe eine bestimmte Kinderzahl aufweist. Das Versprechen eines solchen Vorteiles würde vom sozialpsychologischen Standpunkte aus keine andere Funktion ausüben, als die Androhung eines Nachteiles, nämlich die mögliche Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten, da in der Vorstellung der Menschen das Vermeiden eines Nachteils ganz ebenso wie der Erwerb eines Vorteiles – die Vermehrung von Lust ebenso wie die Verminderung der Unlust – auf den Willen motivierend wirkt. Allein die modernen Gesetzgebungen bedienen sich dieses Mittels *erfahrungsgemäß* nur selten¹⁴⁷⁰. Dies mag seinen Grund darin haben, daß die Vorstellung eines zu gewinnenden Vorteiles im Prinzipie zwar die gleiche Motivationsmöglichkeit hat wie die Vorstellung eines zu vermeidenden Nachteiles, daß die erstere jedoch

|218 zweifellos quantitativ eine geringere Wirkung ausübt, indem man | leichter einen Nachteil zu vermeiden als einen Vorteil zu erwerben strebt. Ganz besonders sind die positiven Vorteile, die der Staat praktisch zu gewähren in der Lage wäre, kaum so wirksame als die Nachteile, die er zufügen kann, und die ja tatsächlich bis zur vollkommenen Vernichtung der Persönlichkeit – z. B. bei der Todesstrafe – führen können. Noch eines ist zu berücksichtigen! Es ist kaum anzunehmen, daß nach dem üblichen *Sprachgebrauche* und der allgemeinen Vorstellung von der *Rechtspflicht* ein Verhalten der Menschen, das im Gesetze lediglich als Voraussetzung für einen Willen des Staates zur Gewährung eines *Vorteiles* fungierte, als Inhalt einer *Rechtspflicht* betrachtet werden könnte. Wenn der Staat jedem, der mehr als zwei eheliche Kinder erzeugt, eine jährliche Rente einräumen oder ein Mindesteinkommen garantieren will, so ist damit noch niemand *verpflichtet*, mehr als zwei eheliche Kinder zu erzeugen, während dasjenige Verhalten, das durch Androhung eines Nachteiles herbeizuführen bezweckt wird, zweifellos als Inhalt einer *Rechtspflicht* fungiert. Der Satz, der die Existenz eines derartigen Staatswillens aussagt, wäre jedenfalls ein Rechtssatz, da er den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten beinhaltet; allein dieser Rechtssatz bedeutete keine Verpflichtung der Untertanen, sondern lediglich des Staates selbst – wie noch deutlicher aus der Untersuchung der die Staatsperson verpflichtenden Rechtssätze erhellen wird.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁸ «Gesetzgebung, der das Gesetz als Wille Gottes erscheint, bedient»] A₁ «Gesetzgebung bediente»; A₂ «Gesetzgebung, der das Gesetz als Wille Gottes erscheint bediente».

¹⁴⁶⁹ «Jehova»] A₁ «Gott»; A₂ «Jehova».

¹⁴⁷⁰ «nur selten»] A «nicht»; F* «nur selten».

¹⁴⁷¹ Vgl. unten S. 362–389.

Ein Spezialfall bedarf hier noch besonderer Erwähnung. Bei den Vorteilen, durch deren Verheißung ein bestimmtes Verhalten der Menschen herbeigeführt werden kann, wird möglicher Weise nicht nur an die in einem körperlichen Handeln der Staatsorgane bestehende Leistung faktischer Güter, wie Ausbezahlung einer Geldsumme u. ä., sondern auch an die bei Eintritt des bezweckten Verhaltens ipso iure erfolgende Entstehung subjektiver Rechte oder an die Erweiterung der Rechtsfähigkeit gedacht¹⁴⁷² werden. Die Rechtsordnung kann – um das gewählte Beispiel beizubehalten – damit die Population vergrößert werde, die Bestimmung enthalten, daß der Vater von mehr als zwei Kindern ein gewisses weitergehendes Erbrecht genieße, als andere, daß er von gewissen Pflichten, die alle andern treffen, befreit sei u. ä., wie dies nicht nur das römische Recht, sondern auch moderne Rechte tun. Obgleich eine solche Vorschrift mit Rücksicht auf ihren sozialen Zweck wesentlich gleicher Natur ist, mit jenen Bestimmungen, die durch Androhung eines Nachteiles ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen der Subjekte herbeiführen sollen, geht es dennoch nicht an, einen Satz, der eine derartige Bestimmung beinhaltet, als Rechtssatz gelten zu lassen. Der formale Grund liegt darin, daß er keinen Willen des Staates | enthält. Seinen Inhalt bildet lediglich ein Teil der *Voraussetzungen*, an die ein Wille des Staates geknüpft ist. Die Vorschrift z. B., daß *nur* der kinderreiche Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem andern Ehegatten habe, stellt nur einen Teil jener Bedingungen fest, an die ein Wille des Staates zur Exekution geknüpft ist. Der bezügliche Rechtssatz müßte unter Hinweglassung des hier Unwesentlichen lauten¹⁴⁷³: Wenn ein Ehegatte mehr als zwei Kinder hat und ihm jemand die von dem verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Güter vorenthält, will der Staat – auf die Zivilklage hin – Exekution gegen den Beklagten vornehmen. Der Ausdruck, daß der kinderreiche Ehegatte gegen den andern ein gesetzliches Intestaterbrecht habe, bedeutet nur eine Abkürzung des eben formulierten Rechtssatzes; die Erbfähigkeit ist wohl ein Mittel zur Erreichung eines sozialen Zweckes, aber nicht Wille des Staates, dessen Inhalt nur ein eigenes Verhalten des Staates sein kann. Darum ist es unlogisch, die Erweiterung der Erbfähigkeit formal etwa der¹⁴⁷⁴ Exekution gleichzustellen. Daß ein Satz, der lediglich die Voraussetzungen eines Rechtserwerbes feststellt, keine Rechtsnorm ist, geht deutlich aus der Tatsache hervor, daß er überhaupt keine Rechtspflicht, weder eine des Staates noch eine solche eines anderen Subjektes schafft. *Jeder Rechtssatz verpflichtet*, wie noch die Untersuchung über das Verhältnis des Rechtssatzes zur Rechtspflicht und über das Wesen der Rechtspflicht näher zu zeigen hat; in welcher Beziehung das subjektive Recht zum Rechtssatze steht, ist

| 219

¹⁴⁷² «Rechte oder an die Erweiterung der Rechtsfähigkeit gedacht»] A₁ «Rechte gedacht»; A₂ «Rechte oder Erweiterung der Rechtsfähigkeit».

¹⁴⁷³ «müßte unter Hinweglassung des hier Unwesentlichen lauten»] A₁ «müßte vollständig lauten»; A₂ «müßte unter Hinweglassung des hier unwesentlichen lauten».

¹⁴⁷⁴ «die Erweiterung der Erbfähigkeit formal etwa der»] A₁ «die Gewährung des Erbrechts formal der»; A₂ «die Erweiterung der Erbfähigkeit formal etwa der».

einem späteren Kapitel vorbehalten, aus dem noch deutlicher hervorgehen wird, daß die Einräumung eines Rechtes durchaus anderer Natur ist als die Unrechtsfolge Strafe und Exekution.¹⁴⁷⁵

Die Erkenntnis, daß der Wille des Staates, zu strafen oder zu exequieren, einen¹⁴⁷⁶ wesentlichen Bestandteil des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes bilden muß, darf durchaus nicht mit der Anschauung identifiziert werden, daß die Furcht vor diesen faktisch als Nachteile empfundenen Handlungen des Staates, das¹⁴⁷⁷ Bestreben, sie zu vermeiden, überhaupt das einzige Motiv für das rechtmäßige Verhalten der Subjekte sei. Wiederholt wurde im Laufe dieser Untersuchungen darauf hingewiesen, daß die psychischen Motive des Handelns ebenso wie das tatsächliche Verhalten selbst nicht in das Gesichtsfeld einer formal-juristischen Betrachtung fallen. Wenn überhaupt hier des Kausalnexus zwischen der Rechtsnorm und dem Verhalten der Subjekte Erwähnung getan und behauptet wurde, daß die Aufnahme einer „Nachteilsdrohung“ in den Rechtssatz auch deshalb notwendig sei, damit dieser überhaupt motivierend wirken könne, so geschah dies nicht von einem formal-juristischen, normativen, sondern | materiell-soziologischen, teleologischen Standpunkte aus, so wurde damit¹⁴⁷⁸ keineswegs anerkannt, daß dieser tatsächliche, dem Sein angehörige Vorgang ein Essentiale der Rechtsnorm sei. Diese Argumentation erfolgte nur zu dem Zwecke – und um Mißverständnisse zu vermeiden, sei dies nochmals betont – damit auch von dem für die juristische Konstruktion als¹⁴⁷⁹ unrichtig erkannten gegnerischen Standpunkte einer teleologischen Betrachtung aus die Anschauung der Imperativtheorie widerlegt¹⁴⁸⁰ werde, die in der Regel nur von diesem Standpunkte aus vertreten wird.

Wie irrelevant für das Recht, das von den Gerichten angewendet werden muß, die Motive sind, die zu einem rechtmäßigen Verhalten der Subjekte führen, müßte schon die praktische Überlegung zeigen, daß diese Motive im Einzelfalle überhaupt¹⁴⁸¹ unkontrollierbar sind und das Verhalten der Menschen, solange es rechtmäßig ist, gar nicht in den Interessenbereich der Jurisprudenz fällt, sondern überhaupt erst dann in die Rechtssphäre rückt, wenn es ein rechtswidriges ist. Faßt man aber die möglichen Motive ins Auge, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß es die allerverschiedensten Beweggründe sein können, die

¹⁴⁷⁵ Vgl. unten S. 778–789.

¹⁴⁷⁶ «daß der Wille des Staates, zu strafen oder zu exequieren, einen»] A₁ «daß die Androhung von Strafe und Exekution einen»; A₂ «daß der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren einen».

¹⁴⁷⁷ «diesen ... das»] A₁ «diesen Nachteilen, das»; A₂ «diesen ... das».

¹⁴⁷⁸ «könne ... damit»] A₁ «könne, so ist damit»; A₂ «könne ... damit».

¹⁴⁷⁹ «dem für die juristische Konstruktion als»] A₁ «dem als»; A₂ «dem für die juristische Konstruktion als».

¹⁴⁸⁰ «Anschauung der Imperativtheorie widerlegt»] A₁ «Anschauung widerlegt»; A₂ «Anschauung der Imperativtheorie widerlegt».

¹⁴⁸¹ «Motive im Einzelfalle überhaupt»] A₁ «Motive überhaupt»; A₂ «Motive im Einzelfalle überhaupt».

den Menschen zu einem Verhalten veranlassen, das dem objektiven Rechte gemäß ist, d. h. den mit der Rechtsordnung verfolgten Zweck erfüllt. Wie schon im ersten Buche erwähnt,¹⁴⁸² ist in zahlreichen Fällen, wenn es sich nämlich um ein Unterlassen handelt, das normiert ist, von einem Motive häufig überhaupt keine Spur, sofern zu dem rechtswidrigen Handeln kein Antrieb gegeben ist. Dieser Zustand ist geradezu als Regel zu betrachten was das Verhältnis zu dem meist nur ein Unterlassen normierenden Strafgesetze betrifft. Mangels jeglicher Motivation kann bei diesem rein negativen rechtmäßigen Verhalten¹⁴⁸³ auch nicht von einer motivierenden Funktion der *Strafrechtssätze* die Rede sein. Statuiert die Rechtsordnung aber ein Handeln, dann sind es sehr häufig ganz andere Motive als Furcht vor den Unrechtsfolgen des Staates, die zu dem rechtmäßigen Verhalten führen. Vor allem muß hier berücksichtigt werden, daß zahlreiche Rechtsnormen den gleichen Zweck verfolgen wie gewisse Vorschriften der Moral, der Religion und der Sitte. Das gleiche Verhalten entspricht *objektiv* sowohl einem Gebote der Moral als auch einer Vorschrift des Rechtes. Z. B. die Einhaltung eines gegebenen und angenommenen Versprechens, die Erfüllung eines Vertrages. *Subjektiv kann jedoch nur jene Norm als befolgt erachtet werden, deren spezifische Garantien das Motiv des Handelns* (resp. des Unterlassens, wenn ein Gegenmotiv zu überwinden war) *gebildet*¹⁴⁸⁴ *haben*. Wer eine anvertraute Sache zurückstellt, weil ihn sein moralisches Gewissen | dazu treibt oder weil er die göttliche Gerechtigkeit fürchtet – obgleich er sich vor den irdischen Gerichten sicher weiß, oder diese überhaupt nicht berücksichtigt – der handelt zwar *objektiv* dem Rechte sowie der Moral und auch der Religion entsprechend, *subjektiv* aber hat er nur das Gebot seiner autonomen Moral oder den Befehl Gottes befolgt. Der *Rechtssatz* wird subjektiv befolgt werden, wenn der Mensch aus Furcht vor Strafe und Exekution gehandelt hat. Schließlich¹⁴⁸⁵ kann das dem Rechte objektiv entsprechende Verhalten auch auf Motive zurückzuführen sein, die sich überhaupt nicht als Erfüllungsgarantien irgendeiner Normart darstellen. Wenn¹⁴⁸⁶ etwa jemand nur deshalb den schuldigen Kaufpreis zahlt, um weitere Kredite in Anspruch nehmen zu können, kurz aus einem der vielen Gründe handelt, die das soziale Leben durch die Möglichkeit, gesellschaftliche Vorteile zu gewinnen oder gesellschaftliche Nachteile zu vermeiden, schafft. Auch in allen diesen gewiß überaus zahlreichen Fällen ist es nicht der Rechtssatz, der motivierend durch seine spezifischen Garantien das ihm entsprechende Verhalten

| 221

¹⁴⁸² Vgl. oben S. 216–222.

¹⁴⁸³ «negativen rechtmäßigen Verhalten»] A₁ «negativen Verhalten»; A₂ «negativen rechtmäßigen Verhalten».

¹⁴⁸⁴ «Handelns ... gebildet»] A₁ «Handelns gebildet»; A₂ «Handelns ... gebildet».

¹⁴⁸⁵ «befolgt. Der Rechtssatz ... hat. Schließlich»] A₁ «befolgt. Wenn, wie man ohneweiters zugibt, für das Recht nur das objektive Verhalten in Betracht kommt, so hat das eben die Bedeutung, daß die Motive überhaupt gleichgültig sind. Schließlich»; A₂ «befolgt. Der Rechtssatz ... hat. Schließlich».

¹⁴⁸⁶ «darstellen. Wenn»] A₁ «darstellen (? oder um in der Kantschen Terminologie zu sprechen wenn der Mensch nach Maximen gehandelt hat) Wenn»; A₂ «darstellen Wenn».

veranlaßt hat und der darum auch nicht als *subjektiv* befolgt gelten kann. Ließen sich überhaupt alle Fälle des rechtmäßigen Verhaltens ebenso wie die sich deutlich abhebenden Unrechtsfälle zusammenfassen, was übrigens schon deshalb logisch unmöglich ist, weil das rechtmäßige Verhalten, soweit es in einem Unterlassen besteht, nicht positiv sondern nur negativ bestimmt wird, wenn man – was unbedingt nötig ist – nicht nur jene Fälle ins Auge faßt, bei denen das Unterlassen einen besonderen Willensakt erfordert, so müßte sich wohl ergeben, daß die Rechtsordnung durchaus nicht in der Regel d. h. in der meisten Zahl der Fälle motivierend gewirkt habe. Und wenn auch zweifellos als sozialer Zweck der Rechtsordnung diese motivierende Funktion erkannt werden muß, so wird man sich doch keineswegs der Erkenntnis verschließen können, daß der gleiche Zweck von anderen sozialen Mächten erfolgreicher verfolgt wird, daß zahlreiche Rechtssätze überaus häufig nur darum nicht verletzt werden, weil andere Normen, die den gleichen Zweck verfolgen, kraft ihrer spezifischen Garantien befolgt werden.

Die hier vollzogene Unterscheidung zwischen dem subjektiven Befolgen einer Norm und dem objektiven einer Norm entsprechenden Verhalten ist darum von größter Bedeutung, weil sie geeignet ist, vor einem Trugschluß zu bewahren, der sich in der Lehre vom Rechtssatz ganz besonders in der Argumentation der Imperativtheoretiker gegen die sogenannte „Zwangstheorie“ geltend gemacht hat. Von der richtigen Erkenntnis ausgehend, daß das rechtmäßige Verhalten der Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe oder Exekution, sondern | auch aus zahlreichen anderen Gründen veranlaßt wird, die das soziale Zusammenleben erzeugt, schloß man, daß Strafe und Exekution – die sog. Zwangsmittel – nicht die einzigen Garantien rechtmäßigen Verhaltens seien; und¹⁴⁸⁷ da die Befolgung der Rechtsnormen¹⁴⁸⁸ nicht nur durch Strafe und Exekution, sondern auch durch andere soziale Mächte garantiert seien, müßten die Rechtsnormen nicht als „Zwangs“-normen, sondern überhaupt als „garantierte Normen“ angesehen werden. An Stelle des zu engen Begriffes des Zwanges müsse der weitere der „Garantie“ gesetzt werden¹⁾. Als eines der wesentlichen Merkmale der Rechtsnorm wird die Tatsache aufgestellt, daß die Befolgung der Norm überhaupt durch äußere Mächte – nicht etwa bloß durch den Staat und dessen Straf- und Exekutionswillen – garantiert sei. Damit fällt die Notwendigkeit weg, die Androhung von Strafe oder Exekution als wesentlichen Bestandteil jedes Rechtssatzes zu erkennen. Die Rechtsnorm ist lediglich ein das rechtmäßige Verhalten der Untertanen fordernder Imperativ.

| 222 |¹⁾ Vgl. insbesondere *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre. 2. A. S. 328.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁷ «sein; und»] A₁ «sein; daher auch nicht als spezifisch rechtlich gelten kö[nnten]»; A₂ «sein; und».

¹⁴⁸⁸ «die Befolgung der Rechtsnormen»] A₁ «die Rechtsnormen»; A₂ «die Befolgung Rechtsnormen»; F* «die Befolgung der Rechtsnormen».

¹⁴⁸⁹ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 86), S. 328.

Der Fehler dieser Argumentation steckt zunächst darin, daß ein subjektiv durch moralische, religiöse oder sonstige außerrechtliche (d. h. nicht durch Strafe oder Exekutionsdrohung ausgelöste) Motive veranlaßtes Verhalten, das *objektiv* der Rechtsordnung entspricht, als eine *Wirkung* der letzteren fingiert, daß das objektive Entsprechen mit der subjektiven Befolgung einer Norm identifiziert wird. Moralische oder religiöse Motive garantieren eben niemals die Befolgung von Rechtsnormen, sondern stets nur die Befolgung von Normen der Moral oder der Religion. Die Imperativtheoretiker, die auf Grund ihrer verfehlten teleologisch-soziologischen Methode das Wesen der Norm in ihrer motivierenden Kraft sehen, also gerade das *subjektive* Befolgungsmoment hervorheben, können nicht einwenden, daß es beim Rechte nur auf das äußere Verhalten ankomme, daß also die *objektive* Übereinstimmung mit der Rechtsordnung¹⁴⁹⁰ als „Befolgung“ des Rechtssatzes gelten müsse, die eben auch durch moralische und religiöse Motive, soweit sie nur zu einem analogen Verhalten führen, garantiert sei. Denn nach der Anschauung der Imperativtheorie gilt eine Norm nur dann, „wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen“²⁾. Die Norm aber, die der Mensch, dessen Verhalten durch religiöse oder moralische Motive veranlaßt wird, „befolgt“, die also – im Sinne des den Imperativtheoretikern spezifischen Geltungsbegriffes (der das Seinselement der tatsächlichen Befolgung enthält) – „gilt“, ist eine Norm der Religion oder der Moral, denn nur diese hat motivierend auf ihn ge|wirkt und nicht ein Rechtssatz, der zufällig einen gleichen Zweck verfolgt wie jene, d. h. gerade dasjenige Verhalten normiert, welches der moralisch oder religiös Handelnde an den Tag gelegt hat. Sieht man das Wesen der Norm in dem subjektiven Momente ihrer motivierenden Kraft, dann muß ein bestimmtes äußeres Verhalten jener Norm zugeschrieben werden, d. h. als Befolgung der Norm *jener* Autorität gelten, von der die Erfüllungsgarantien ausgehen, die in der Vorstellung des Individuums als Motiv gewirkt haben. Im Sinne dieser Anschauung könnte nur die Furcht vor Strafe oder Exekution zu einem Verhalten führen, das als Befolgung von *Rechtssätzen*¹⁴⁹², das sind eben die vom Staate ausgehenden Normen, angesehen¹⁴⁹³ wird, da nur Strafe oder Exekution staatliche Garantien des Rechtssatzes sind¹⁾.

| 223

2) *Jellinek* a. a. O. S. 325.¹⁴⁹¹

1) Als wesentliche Merkmale der Rechtsnormen stellt *Jellinek* a. a. O. S. 325¹⁴⁹⁴ folgende drei Eigenschaften auf: „1. Es sind Normen für das äußere Verhalten der Menschen zueinander. 2. Es sind Normen, die von einer anerkannten äußeren Autorität ausgehen. 3. Es sind Normen, deren Verbindlichkeit durch äußere Mächte garantiert ist.“ Da nach *Jellineks* eigener Ansicht eine Norm mir¹⁴⁹⁵ insofern gilt, als sie die Fähigkeit hat motivierend zu wirken, unter dem „garantiert sein“

| 223

¹⁴⁹⁰ «der Rechtsordnung»] A «dem Rechte»; F* «der Rechtsordnung».

¹⁴⁹¹ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 86), S. 325.

¹⁴⁹² «von Rechtssätzen»] A₁ «der Rechtsnormen»; A₂ «von Rechtssätzen».

¹⁴⁹³ «Normen, angesehen»] A «Normen (Staatswillen) angesehen»; F* «Normen, angesehen».

¹⁴⁹⁴ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 86), S. 325.

¹⁴⁹⁵ «mir»] A «nur»; in F* fälschlich «mir».

Der größte Fehler der hier charakterisierten Lehre, daß Rechtsnormen nicht Zwangsnormen, sondern überhaupt garantierte Normen seien, ist nicht so sehr der innere Widerspruch zu ihrer eigenen Voraussetzung, die Annahme außerstaatlicher, das ist außerrechtlicher Erfüllungsgarantien für Rechtsnormen, als vielmehr die Voraussetzung selbst, derzufolge zum Wesen der Rechtsnorm überhaupt die Tatsache des Garantiertseins, das ist des Vorhandenseins von Motiven zur Befolgung und damit das tatsächliche – und zwar regelmäßige – Befolgtwerden gefordert wird. Die Natur dieses methodischen Fehlers, der in der Nichtbeachtung des gerade in der *Jurisprudenz* (nicht so in der Ethik der autonomen Moral!) unüberbrückbaren¹⁴⁹⁸ Gegensatzes von Sein und Sollen, in der Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkte besteht und der, einmal begangen, proteusartig in allen auf solcher falschen Basis aufgebauten Konstruktionen zum Vorschein kommt, wurde im Laufe dieser Untersuchungen wiederholt aufgezeigt. Die individual- und sozialpsychischen Tatsachen, als welche Motivation oder Garantierung des Rechtssatzes erscheinen, sind für die *Jurisprudenz* – das kann nicht ausdrücklich genug betont werden – irrelevant; es sind Probleme der Soziologie. Auch Strafe und Exekution kommen für den Juristen nicht als Motive für rechtmäßiges Verhalten, als Erfüllungsgarantien in Betracht, sondern formal als Wille des Staates und materiell – wenn man von einem Zweck im *Rechte* im Gegensatz zu dem sozialen *Zwecke des Rechtes*, der *außerhalb* desselben fällt, sprechen will – als Reaktion gegen das Unrecht.

Unter den Garantien der Rechtsnorm, die¹⁴⁹⁹ neben Straf- und Exekutionsdrohung von den Imperativtheoretikern gegen die „Zwangstheorie“ geltend ge-

einer Norm aber nichts anderes verstanden werden kann, als gerade die Tatsache, daß *Motive* zu ihrer Befolgung vorhanden sind, die Möglichkeit einer Motivation gegeben ist, kann eine Norm nur von jener Autorität ausgehen, die ihre Verbindlichkeit, d. i. im Sinne *Jellineks* ihre Geltung garantiert. Der Normsetzende Faktor ist ja doch nur darum und nur insofern Autorität, als er die Fähigkeit hat, seine Befehle durchzusetzen, d. h. eben motivierend zu wirken, die Befolgung seiner Normen¹⁴⁹⁶ zu garantieren. Es können somit die sub 3. angeführten „äußeren Mächte“, welche die Verbindlichkeit der Rechtsnorm garantieren, keine anderen¹⁴⁹⁷ sein als die sub 2. angeführte „anerkannte äußere Autorität“, von der die Rechtsnorm ausgeht. Das 2. u. 3. Merkmal *Jellineks* restringiert sich somit auf ein einziges, nämlich daß die Rechtsnormen von einer anerkannten heteronomen Autorität ausgehen. Aber auch das 1. Merkmal verdient keine besondere Hervorhebung, da es schon im 2. enthalten ist. Denn eine äußere Autorität kann überhaupt nur ein äußeres Verhalten normieren, so wie ein inneres Verhalten nur von einer inneren Autorität gefordert werden kann. Erkennt man in der äußeren, anerkannten Autorität, von der die Rechtsnormen ausgehen, den Staat, dann bedeuten alle drei Merkmale *Jellineks* nur das eine: daß die Rechtsnorm Wille des Staates ist.

¹⁴⁹⁶ «wirken, die Befolgung seiner Normen»] A₁ «wirken, seine Normen»; A₂ «wirken, die Befolgung seiner Normen».

¹⁴⁹⁷ «Mächte“ ... keine anderen»] A₁ «Mächten“, nichts anderes»; A₂ «Mächte“, die die Verbindlichkeit der Rechtsnorm garantiert, keine andere».

¹⁴⁹⁸ «*Jurisprudenz* ... unüberbrückbaren»] A₁ «*Jurisprudenz* unüberbrückbaren»; A₂ «*Jurisprudenz* ... unüberbrückbaren».

¹⁴⁹⁹ «den Garantien der Rechtsnorm, die»] A₁ «den Garantien, die»; A₂ «den RechtsGarantien, die»; A₃ «den Garantien der Rechtsnorm, die».

macht werden, spielt eine besondere Rolle die Achtung vor der Autorität des Staates. Man argumentiert in der Regel folgendermaßen: Der Staat habe es nicht unbedingt nötig, seinen Befehlen eine Nachteilsdrohung anzufügen, denn das bloße Bewußtsein, daß ein Befehl vom Staate ausgehe, genüge in vielen Fällen, um dessen Befolgung zu garantieren. Nach dem bisher Gesagten kann die Natur dieser Garantie nicht zweifelhaft sein. Wer sich einem im Gesetze enthaltenen nichtsanktionierten Imperative gemäß verhält, weil er sich sagt, man solle tun, was das Gesetz des Staates verlangt, der gehorcht tatsächlich nicht der staatlichen, sondern einer anderen Autorität. Welche Autorität dies ist, hängt von den Motiven ab, die ihn die Norm: Handle den Gesetzen des Staates gemäß, anerkennen lassen. Führt man diese Maxime auf den angeborenen, nicht weiter ableitbaren sozialen Altruismus zurück, hat man es mit der Norm einer autonomen Moral zu tun. Handelt er rechtmäßig, weil *Gott* ihm befiehlt, der Obrigkeit zu gehorchen, liegt eine Norm der Religion vor. Jedenfalls gehorcht er nur der Norm „Gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist“ und nicht dem sanktionslosen Befehle in der Rechtsordnung. Die hier geltende Autorität ist nicht der *Staat*, sondern eine andere. Denn nicht vom Staate geht die Motivation aus. Ohne¹⁵⁰⁰ diese anderen Autoritäten wäre von einem Gehorchen keine Rede. Nicht die Achtung vor der Autorität des Staates, sondern vor der der Moral oder Religion | ist hier vorhanden. Es ist ein grober Trugschluß, wenn man behauptet, der Staat sei Autorität, darum sei sein Imperativ auch ohne Straf- und Exekutionsdrohung verbindlich. Denn nur in der Straf- und Exekutionsmacht¹⁵⁰¹ liegt die dem Staate eigene, von allen anderen Mächten unabhängige Autorität. Strafe und Exekution sind im Verhältnis zu den Untertanen rechtliche Machtäußerungen des Staates; nur um ihretwillen ist der Staat Autorität. Soll¹⁵⁰² der Rechtssatz den Willen der staatlichen *Autorität* zum Ausdruck bringen, muß er den Straf- und Exekutionswillen enthalten. Dadurch allein wird dem autoritären Charakter der Instanz, von welcher der Rechtssatz ausgeht, in juristischer Form Ausdruck gegeben.

| 225

Die Achtung vor der Autorität des Staates als Rechtsgarantie entspringt durchaus dem Vorstellungskreise der Imperativtheorie, der die Staatsperson als machtvolle Autorität erscheint, die den Untertanen in Geboten und Verboten das rechtmäßige Verhalten anbefiehlt. Von dem spezifischen Standpunkte der Imperativtheorie aus betrachtet, ist das Verhältnis zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten ein Über- und Unterordnungsverhältnis, gegründet auf der faktischen Übermacht des Staates, dessen physischer und psychischer Gewalt – der Staatsgewalt. Der Staat ist der Beherrscher seiner Untertanen, das Subjekt eines Subjektionsverhältnisses, dessen *Objekte* die übrigen Rechtssubjekte sind.

¹⁵⁰⁰ «andere. Denn nicht vom Staate geht die Motivation aus. Ohne»] A₁ «andere. Ja ohne»; A₂ «andere. Denn nicht vom Staate geht die Motivation aus. ohne [sic]».

¹⁵⁰¹ «Exekutionsmacht»] A₁ «Exekutionsdrohung»; A₂ «Exekutionsmacht».

¹⁵⁰² «unabhängige Autorität. ... Autorität. Soll»] A₁ «unabhängige Autorität. Soll»; A₂ «unabhängige Autorität. ... Autorität. Soll».

Nun kann es gewiß keinem Zweifel unterliegen, daß für eine materielle Betrachtung jeder die Untertanen verpflichtende Rechtssatz¹⁵⁰³ als Befehl, als Gebot oder Verbot erscheint. Denn er ist die Äußerung einer Autorität und, seinem Zwecke nach, ein mit psychischen Zwangsmitteln ausgerüsteter Appell an fremde Willen, die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten. Für eine solche Betrachtung ist die Form ganz gleichgültig; ob nackter Imperativ: „Handle so, unterlasse dies“, oder hypothetisches Urteil: „Wenn du dich so verhältst, will ich dir diesen Nachteil zufügen“ – der Zweck ist der gleiche, und mit Rücksicht auf diesen Zweck ist sowohl der Imperativ wie das hypothetische Urteil ein Befehl, ein Gebot oder Verbot. Es¹⁵⁰⁴ hieße, den sozialen Zweck des Staates in der Rechtsordnung leugnen, wollte man den Rechtssätzen den materiellen Charakter von Befehlen überhaupt in Abrede stellen. Allein wie der soziale Zweck der Rechtsordnung: die Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten, dieser sozialpsychische, der Welt des Seins angehörige tatsächliche Vorgang der Motivation, nicht in den Rahmen juristischer Erkenntnis fällt, kommt der Rechtssatz wohl für den Soziologen als Befehl, als Gebot oder Verbot, für den Juristen aber lediglich¹⁵⁰⁵ in der formalen Eigenschaft als Wille des Staates, der an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, in Betracht. Materiell, das ist soziologisch betrachtet, mag der Rechtssatz ein Gebot oder Verbot enthalten, formal – und das heißt in dieser Relation *juristisch* – ist damit über ihn nichts ausgesagt.

Gebieten und Verbieten sind Tätigkeiten, die ein Über- und Unterordnungsverhältnis voraussetzen. Befehlen ist eine Herrschaftsfunktion, der Ausfluß eines faktischen Machtverhältnisses. Der Staat „herrscht“ nur insofern, als die Rechtsordnung¹⁵⁰⁶ tatsächlich eine generelle, wenn auch nicht ausnahmslos wirkende motivierende Macht ausübt, die Untertanen somit in der Regel die Gesetze des Staates befolgen und, wenn sie dies nicht tun, die Organe des Staates wiederum – unter dem faktischen Einflusse der besonderen, die Organe verpflichtenden Rechtssätze – die Nachteile realisieren, welche der Staat in den Rechtssätzen im Unrechtsfalle verhängen will. Die Herrschaft des Staates ist nichts anderes als dieser tatsächliche Zustand konstanter Motivation. Allein für den Juristen kommt diese zur Welt des Seins gehörige sozialpsychische Tatsache der Staatsgewalt nicht in Betracht. Und wie der Rechtssatz nicht als Befehl, so erscheint der Staat dem Juristen nicht als Autorität, deren Wesen in der Fähigkeit faktischer Motivation liegt. Der Staat ist für den Juristen lediglich Person, das heißt Subjekt von Rechten

¹⁵⁰³ «jeder die Untertanen verpflichtende Rechtssatz»] A₁ «jeder Rechtssatz»; A₂ «jeder die Untertanen verpflichtende Rechtssatz».

¹⁵⁰⁴ «Verbot. Es»] A₁ «Verbot – dh. eine Norm, weil von einer Autorität ausgehend. Es»; A₂ «Verbot. Es».

¹⁵⁰⁵ «Rechtssatz ... lediglich»] A₁ «Rechtssatz für den Juristen nicht als Befehl, als Gebot oder Verbot sonder lediglich»; A₂ «Rechtssatz wohl für den Soziologen nicht aber für den Juristen als Befehl, als Gebot oder Verbot sonder lediglich»; F* «Rechtssatz ... lediglich».

¹⁵⁰⁶ «als die Rechtsordnung»] A₁ «als die Untertanen seine Gesetze in der Regel befolgen, das heißt, daß die Rechtsordnung»; A₂ «als die Rechtsordnung».

und Pflichten. Das ist die Voraussetzung aller juristischen Konstruktion¹⁵⁰⁷. Damit ist aber unvereinbar, das Verhältnis des Staates zu den übrigen Subjekten als ein Herrschaftsverhältnis, als eine Befehlsrelation gelten¹⁵⁰⁸ zu lassen. Denn als Subjekt von Rechten und Pflichten ist er den übrigen Subjekten notwendig gleichgeordnet, nicht übergeordnet¹⁾. Es ist ein offener Widerspruch den Staat vom Standpunkte derselben (und zwar juristischen) Betrachtung zugleich als Person¹⁵¹⁰ und als Herrschaftssubjekt auszugeben, da er in dem ersten Falle den übrigen Subjekten gegenüber verpflichtet und berechtigt, also unter Abstraktion des rein faktischen Machtverhältnisses koordiniert¹⁵¹¹ wird, in dem anderen Falle aber geradezu ohne Bedachtnahme auf eine rechtliche Relation und bei alleiniger Berücksichtigung des faktischen Machtverhältnisses den Untertanen – im ursprünglichen Sinne des Wortes – übergeordnet wird, die im ersten Falle als Rechts-subjekte dem Rechtssubjekte: Staat wie jedem andern gegenüber stehen, im zweiten Falle aber nur als Objekte einer Herrschaft gelten können, deren Subjekt allein der Staat wäre. Jede¹⁵¹² Über- und Unterordnung, jedes Herrschafts-, Macht- oder Gewaltverhältnis ist rein *faktischer* Natur und mit den Mitteln juristischer Formalistik nicht ausdrückbar. Alle diese Beziehungen sind rechtliche Imponderabilien, denn das Recht kennt keine andere Relation als die von Verpflichteten und Berechtigten. Die im öffentlichen Rechte auch von modernen Theoretikern betonte, sogenannte „Gehorsamspflicht“ ist formal das gleiche wie irgendeine andere Pflicht zu einem bestimmten Verhalten. Der Rechtssatz, der die Individuen verpflichtet, den Anordnungen der Behörden Folge zu leisten, indem er auf den Ungehorsam Strafe setzt, unterscheidet sich juristisch durch nichts von dem Rechtssatze, der bei Nichtrückgabe eines empfangenen Darlehens Exekution in Aussicht stellt.

| 227

Der Staat steht mit all der Macht und Gewalt, die ihm zugeschrieben wird, den Rechtssubjekten *rechtlich* nicht anders gegenüber, als der wirtschaftlich noch so überlegene Unternehmer dem letzten Arbeiter gegenübersteht; beide sind juristisch nicht Machtfaktoren, sondern Personen, Subjekte von gegenseitigen Rech-

¹⁾ Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Buches.¹⁵⁰⁹

| 226

¹⁵⁰⁷ «aller juristischen Konstruktion»] A «alles öffentlichen Rechtes»; F* «aller juristischen Konstruktion».

¹⁵⁰⁸ «Herrschaftsverhältnis, als eine Befehlsrelation gelten»] A₁ «Herrschaftsverhältnis gelten»; A₂ «Herrschaftsverhältnis als eine Befehlsrelation gelten».

¹⁵⁰⁹ Vgl. unten S. 811, 870f.

¹⁵¹⁰ «Staat ... Person»] A₁ «Staat zugleich als Person»; A₂ «Staat zugleich d. i. vom Standpunkte der gleichen u zw juristischen Betrachtung als Person»; F* «Staat ... Person».

¹⁵¹¹ «dem ersten Falle ... koordiniert»] A₁ «dem einen Falle den übrigen Subjekten verpflichtet und berechtigt – also koordiniert»; A₂ «dem ersten Falle ... koordiniert».

¹⁵¹² «übergeordnet wird, ... Jede»] A₁ «übergeordnet wird. Jede»; A₂ «übergeordnet wird, die im ersten Falle als Rechtssubjekte dem Rechtssubjekte Staat wie jedem andern gegenüber stehen, im 2[.] Falle aber nur als Objekte einer Herrschaft gelten können, deren Subjekt nur der Staat wäre Jede».

ten und Pflichten. Und die privatrechtliche Pflicht des Arbeiters, im Rahmen des Dienstvertrages den Anordnungen des Unternehmers Folge zu leisten, ist juristisch das gleiche wie oben erwähnte „Gehorsamspflicht“ der Untertanen gegenüber der Staatsperson. Innerhalb des formalen Rechtes können die materiellen Momente der wirtschaftlichen, moralischen, physischen oder psychischen Überlegenheit des einen Subjektes über das andere nicht zum Ausdruck kommen. Zwei Subjekte in eine rechtliche Relation bringen, heißt geradezu, sie einander als Personen gleichsetzen, von allen Macht- und sonstigen faktischen Unterschieden abstrahieren¹⁾.

Will man das Verhältnis des Staates einerseits zu dem Subjekte, das sich rechtmäßig verhält, andererseits zu jenem, das rechtswidrig verfährt und an dem der staatliche Straf- und Exekutionswille realisiert wird, rechtlich erfassen, dann darf man den Staat nicht als Gebieter und das Subjekt nicht als Gehorcher betrachten, sondern muß nichts als die Rechtspflichten sehen, die in beiden Fällen vorliegen. Das rechtmäßig handelnde Subjekt erfüllt seine Rechtspflicht, bei deren Nichterfüllung die Voraussetzungen entstehen, an die der staatliche Wille zu einem eigenen Verhalten – und das ist, wie später noch näher zu zeigen sein wird,¹⁵¹⁴ die Pflicht des Staates, zu strafen oder zu exequieren – geknüpft ist. Nur als Erfüllung staatlicher Pflicht kann der Jurist das Strafen und Exequieren begreifen.

Für den Juristen kommt das menschliche Verhalten nur unter dem Gesichtspunkte in Betracht, ob es eine Voraussetzung bildet, an die der staatliche Wille, zu strafen oder zu exequieren, geknüpft ist oder nicht. Lediglich in dieser formalen Relation steht für ihn Recht und Unrecht und nicht als Gehorsam oder Ungehorsam gegenüber einem Befehle, als *Erfüllung oder Vereitelung eines Zweckes*. | Der Rechtssatz aber ist für den Juristen nur die Feststellung jener Voraussetzungen, an die ein Wille des Staates geknüpft wird, und nicht das zweckverfolgende Gebot einer Macht.

Darum ist es unzutreffend, den Rechtssatz in die logische Form des Imperativs zu kleiden. Denn im Imperativ kommt gerade jene Relation zum Ausdruck, die für das Recht bedeutungslos bleiben muß: die Über- und Unterordnung. „Tue dies“, „Unterlasse jenes“ spricht die Macht, die sich durchsetzt. Der Rechtssatz, der nur die Bedingungen festsetzt, an die sich ein Wille des Staates knüpft, erscheint als hypothetisches Urteil: „Wenn du dich so verhältst, will der Staat so handeln.“ Nur diese Form läßt das Macht- und Herrschaftsverhältnis unausgedrückt, das zweifellos vorhanden, aber für¹⁵¹⁵ den Juristen unwesentlich ist. Indem diese Form ohne Rücksicht auf die faktische Macht, die ein solcher Satz kraft seines *Inhaltes* auszuüben fähig ist und, seinem *Zwecke* nach, auch ausüben soll, sowohl das

| 227 |¹⁾ Vgl. dazu auch die Ausführungen des 3. Buches.¹⁵¹³

¹⁵¹³ Vgl. unten S. 873 f.

¹⁵¹⁴ Vgl. unten S. 561 f.

¹⁵¹⁵ «das Macht- und Herrschaftsverhältnis ... aber für»] A₁ «das Verhältnis unausgedrückt, das für»; A₂ «das Macht u Herrschaftsverhältnis ... aber für».

rechtmäßige, als auch das rechtswidrige Verhalten der Subjekte in gleicher Weise als möglich hinstellt und die Wahl dem Subjekte äußerlich freigibt, erscheint das Verhalten des Staates dem des Subjektes formell gleichgestellt; der Staat steht dem Untertanen etwa so gegenüber, wie bei¹⁵¹⁶ einem Tauschhandel die Parteien einander gegenüberstehen: „Gibst du dies, so gebe ich das“. Der von den Imperativtheoretikern immer wieder gegen diese Formulierung des Rechtssatzes vorgebrachte Einwand, daß der Staat seinen Untertanen nicht freistelle, ob sie Recht oder Unrecht setzen wollen, daß die Rechtsordnung, ihrem Wesen nach, eindeutig das rechtmäßige Verhalten und nur dieses gebiete und das Unrechtmäßige verbiete, ist unzutreffend. Denn es wird von niemandem geleugnet werden, daß die Rechtsordnung, ihrem sozialen Zwecke nach, nur das rechtmäßige Verhalten der Subjekte herbeiführen soll und in diesem Sinne nur dieses Verhalten „geboten“, das rechtswidrige „verboten“ ist. Allein dieser soziale Zweck ist juristisch irrelevant und der methodische Fehler der Imperativtheorie besteht darin, daß sie den sozialen Zweck, also ein rein materielles Moment, als Wesen der Rechtsordnung betrachtet. Im übrigen sei hervorgehoben, daß der Rechtssatz, der etwa lautet: „Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen“, den Untertanen das Stehlen faktisch, d. h. materiell – nicht formell – nicht in höherem Maße „freistellt“¹⁵¹⁷ als der Satz: „Stehlet nicht“ oder: „Ihr sollt nicht stehlen“. Im Gegenteil! Mit der ersten Formulierung wird dem Menschen möglicherweise sogar ein starkes Motiv zur Unterlassung des Stehlens gegeben, während der bloße Imperativ oder das Urteil: „Du sollst“ an sich – wie ja bereits früher erwähnt¹⁵¹⁸ – | den Zweck der Motivation zu erfüllen unfähig ist, d. h. den Willen unbeeinflusst läßt, das Stehlen also wirklich „freistellt“⁽¹⁾. |229

¹⁾ Typisch für die Argumentation der Imperativ-Theoretiker: *Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I. Der Begriff des Gesetzes. Berlin u. Leipzig. 1886. S. 8¹⁵¹⁹ führt er aus, der Gesetzgeber, der eine Norm kundgibt, wolle nicht bloß eine Erklärung abgeben und „nun jedermann freistellen, bei der Verwirklichung der Norm tätig¹⁵²⁰ zu sein oder nicht, sondern er verlangt, daß diejenigen, welche sein Ausspruch angeht, seinen Willen achten, er will sie verpflichten, demselben Folge zu leisten. Da er nun zu denjenigen, welche die Norm befolgen sollen, im Verhältnis von Herrscher zu Beherrschten steht, so ist es naturgemäß, daß er die Verpflichtung der letzteren durch einen Imperativ erzeugt.“ Hier zeigt sich deutlich, daß der materielle Zweck der Rechtsordnung – das ist die Absicht des „Gesetzgebers“ – mit dem formellen Willen des Staates verwechselt und als Wesen des Rechtssatzes ausgegeben wird. |229

¹⁵¹⁶ «gleichgestellt; ... wie bei»] A₁ «gleichgestell[t]; wie etwa bei»; A₂ «gleichgestell[t]; ... wie bei».

¹⁵¹⁷ «Stehlen ... „freistellt“»] A₁ «Stehlen nicht mehr „freistellt“»; A₂ «Stehlen faktisch dh materiell – nicht formell nicht mehr „freistellt“»; F* «Stehlen ... „freistellt“».

¹⁵¹⁸ Vgl. oben S. 315.

¹⁵¹⁹ *Ernst Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 1: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin und Leipzig 1886, S. 38.

¹⁵²⁰ «Verwirklichung der Norm tätig»] *Seligmann*, Gesetz (Anm. 1519), S. 38: «Verwirklichung tätig».

Wenn *Binding*, ein Vertreter der Imperativtheorie, meint¹⁵²¹, durch einen bedingten Strafwillen würde das Verbrechen gar nicht verboten²⁾, „sondern seinen künftigen Urhebern der wohlmeinende Rat erteilt, es aus Rücksicht auf den Staat oder ihre eigene Bequemlichkeit zu unterlassen“, so hat er nicht erkannt, daß Gebieten und Verboten Zweck-Begriffe sind, daß in der bedingten Androhung¹⁵²³ einer Strafe ebenso gut ein Befehl, ein Gebot oder Verbot stecken kann wie in einem Imperativ, der das durch die Strafdrohung bezweckte straffreie Verhalten fordert. Gewiß, die Inaussichtstellung einer Strafe unter bestimmten Umständen kann als guter Rat aufgefaßt werden; aber¹⁵²⁴ auch in der von *Binding* für den Rechtssatz akzeptierten Form des Imperatives: Tue dies und lasse jenes – oder dem Satze: Du sollst ... kann ein wohlmeinender Rat erteilt werden, da auch dieser – wie ein Gebot oder Verbot – nichts anderes bezweckt als einen anderen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Der Unterschied zwischen Rat und Befehl ist lediglich der, daß der letztere mit stärkeren Garantien versehen ist, eine größere motivierende Kraft ausübt. Und gerade mit Rücksicht darauf ist die bedingte Strafandrohung weniger ein bloßer Rat und mehr ein Befehl als der nackte Imperativ!

Auch die Autorität *Kants* kann hier gegen *Binding* ins Feld geführt werden. Der Imperativ, der den Menschen das *rechtmäßige* Handeln anbefiehlt, kann nach der Terminologie *Kants* nur ein hypothetischer sein, da er als kategorischer nicht gedacht werden darf, als welcher nur das Sittengesetz zu gelten hat, das allein „den Begriff einer *unbedingten* und zwar objektiven und mithin allgemeingültigen Notwendigkeit“⁽³⁾ bei sich trägt. Von den beiden Gruppen, die *Kant* innerhalb der hypothetischen Imperative unterscheidet, ist es die zweite, | die der sogenannten pragmatischen Imperative, zu welcher der das rechtmäßige Verhalten anordnende Imperativ zu zählen ist. Während die erste Gruppe von den „Imperativen der Geschicklichkeit“ gebildet wird, jenen Vorschriften, die zur Erreichung irgendeines praktischen, technischen Zweckes erfolgen, wie die Verhaltensvorschriften aller Künste, Handwerke und Wissenschaften, ist der Zweck der pragmatischen Imperative die Glückseligkeit; es sind Vorschriften, die zur Erhaltung und Förderung der Wohlfahrt dienen. Da „man die Geschicklichkeit in der Wahl der

²⁾ a. a. O. S. 39.¹⁵²²

³⁾ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, (Reclam) S. 50.¹⁵²⁵

¹⁵²¹ «*Binding* ... meint»] A «Binding (Die Normen u ihre Übertretung I 2. A. S ?) meint»; F* «*Binding* ... meint».

¹⁵²² *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1890, S. 39.

¹⁵²³ «der bedingten Androhung»] A₁ «der Androhung»; A₂ «der bedingten Androhung».

¹⁵²⁴ «fordert. ... aber»] A₁ «fordert. Aber»; A₂ «fordert. Gewiß, die Inaussichtstellung einer Strafe unter bestimmten Umständen kann als Rat aufgefaßt werden; aber»; A₃ «fordert. ... aber».

¹⁵²⁵ *Kant*, GMS (Anm. 214), S. AA IV 416.

Mittel zu seinem eigenen größten Wohl seine Klugheit im engsten Verstande nennen“ kann¹⁾, bezeichnet *Kant* die pragmatischen Imperative¹⁵²⁷ als Imperative der „Klugheit“. Die Bedingung, unter der sie gelten, ist das Streben der Menschen nach Glückseligkeit. Die Voraussetzung, unter welcher der das *rechtmäßige* Verhalten des Menschen fordernde Imperativ ergeht, ist die Absicht der Menschen, Nachteile und zwar die rechtlichen Nachteile, Strafe und Exekution, zu vermeiden. Von den Imperativen der Klugheit nun sagt *Kant*: „daß sie genau zu reden gar nicht gebieten, d. i. Handlungen objektiv als praktisch-notwendig darstellen können, daß sie eher für *Anrathungen* (consilia) als Gebote (praecepta) der Vernunft zu halten sind, ...“²⁾

In seiner Polemik gegen die Anschauung, daß das Verbrechen lediglich durch einen bedingten Strafwillen verboten werde zitiert *Binding* auch eine Äußerung *Heinzes*³⁾: „Die bereitwillige Erduldung der Strafe nähme die Eigenschaft einer Gegenleistung, durch welche der Verbrecher eine Art Recht auf die Verübung des Verbrechens sich erkaufe, das verbrecherische Handeln mit der Absicht, die Strafe über sich ergehen zu lassen, den Charakter eines Rechtsgeschäftes an, (wieviel kostet eine Ohrfeige?)“. Allein von einem Rechte oder – wie es ausweichend heißt – von einer *Art* Recht auf Verübung des Unrechts kann¹⁵³⁰ keine Rede mehr sein, wenn das hypothetische Urteil des Rechtssatzes an das bezügliche Verhalten den als *Unrechtsfolge* fungierenden Strafwillen des Staates knüpft und damit dieses Verhalten als *Unrecht* qualifiziert! Rechtsgeschäft ist ein solches Verhalten darum nicht, weil gerade der den bedingten Strafwillen ausdrückende Rechtssatz – und nicht der nackte Imperativ – auf das betreffende Verhalten die Strafe folgen läßt, Rechtsgeschäfte aber nach der üblichen Definition nur jene juristischen Handlungen sind, an die *nicht* die Unrechtsfolgen Strafe oder Exekution geknüpft – d. h., welche nicht verboten sind. Auch ist es | unrichtig, zu behaupten, daß die hier vertretene Formulierung des Rechtssatzes ein subjektives Recht des Verbrechers auf Strafe¹⁾ involviere. Denn wenn auch die Pflicht des Staates zu strafen mit dem

| 231

¹⁾ *Kant* a. a. O. S. 49.¹⁵²⁶

| 230

²⁾ *Kant* a. a. O. S. 52.¹⁵²⁸

³⁾ Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: Der Gerichtssaal XIII. Jahrg. 1861. S. 420.¹⁵²⁹

¹⁾ Das Recht auf Strafe konstruiert *Fichte*, Naturrecht. III. S. 261.¹⁵³¹

| 231

¹⁵²⁶ *Kant*, GMS (Anm. 214), S. AA IV 416.

¹⁵²⁷ «die pragmatischen Imperative»] A₁ «die Imperative»; A₂ «die pragmatischen Imperative».

¹⁵²⁸ *Kant*, GMS (Anm. 214), S. AA IV 418 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵²⁹ *Carl Friedrich Rudolph Heinze*, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für volksthümliches Recht und wissenschaftliche Praxis 13 (1861), S. 397–449 (420) – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁵³⁰ «Recht auf Verübung des Unrechts kann»] A₁ «Recht kann»; A₂ «Recht auf Verübung des Unrechtes kann».

¹⁵³¹ *Johann Gottlieb Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre (1796), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), *Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke*, Bd. 3, Berlin 1845, S. 1–385 (261).

Rechtssätze ausgedrückt wird, der den Willen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen, beinhaltet, so ist damit durchaus nicht notwendig ein¹⁵³² Recht irgendeines Subjektes – geschweige denn gerade des Verbrechers – gegeben. Insbesondere muß dies der Fall sein, wenn man – selbst eine notwendige Korrelation von Recht und Pflicht zugestanden – das subjektive Recht als rechtlich geschütztes¹⁵³³ Interesse auffaßt. Denn ein Interesse des Verbrechers an der Strafe dürfte selbst die an Fiktionen gewiß nicht arme Interessentheorie anzunehmen sich weigern.¹⁵³⁴

Vielleicht ist es zur Rechtfertigung der hier akzeptierten Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes¹⁵³⁵ als eines hypothetischen Urteiles über den an gewisse Umstände gebundenen Willen des Staates zur Unrechtsfolge nicht überflüssig, neben den formalen Gründen auch ein materielles Argument anzuführen. Es ist nicht nur logisch unmöglich, den Staat im Rechtssatze etwas wollen zu lassen, was, der Natur des Staatswillens nach, nicht dessen Inhalt sein kann – nämlich das Verhalten fremder Subjekte – es wäre auch vom praktisch-politischen Standpunkte aus der staatlichen¹⁵³⁶ Autorität sehr abträglich, wenn von ihr *Befehle* in imperativischer Form ausgingen, deren Befolgung sie nicht *unbedingt* durchsetzen kann. Es ist unpolitisch, den Staat seinen Rechtszweck in einer Form verfolgen zu lassen, welche die Möglichkeit einer Vereitelung des Zweckes gar nicht berücksichtigt. Das tut aber der Imperativ, der nichts enthält als die Forderung rechtmäßigen Handelns. Eine primitive Regel der Herrscherklugheit fordert, nichts zu gebieten, was über die faktische Macht hinausgeht. Darum darf der Staat nicht, wie die Stimme des Gewissens, wie Gott zu seinem auserwählten Volke: in kategorischen Imperativen sprechen, die einen Ungehorsam nicht als möglich voraussetzen, sondern er muß sich beschränken, an den Tatbestand, den er zu verhindern beabsichtigt – aber nicht unter allen Umständen verhindern kann – einen Nachteil zu knüpfen, er¹⁵³⁷ muß mit dem Ungehorsam rechnen, weil seine Mittel nicht stark genug sind, ihn unmöglich zu machen. Jedes faktische Unrecht ist eine Vereitelung der Rechtsabsicht¹⁵³⁸, ein Versagen des sozialen Zweckes der Rechtsordnung. Der¹⁵³⁹ Satz, der – eine Formulierung des Zweckes der Rechtsord-

¹⁵³² «nicht notwendig ein»] A₁ «nicht ein»; A₂ «nicht notwendig ein».

¹⁵³³ «als rechtlich geschütztes»] A₁ «als geschütztes»; A₂ «als rechtlich geschütztes».

¹⁵³⁴ «Interessentheorie anzunehmen sich weigern.»] A «Interessentheorie nicht annehmen wollen.»; F* «Interessentheorie anzunehmen sich weigern.».

¹⁵³⁵ «des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes»] A₁ «des Rechtssatzes»; A₂ «des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes».

¹⁵³⁶ «es wäre ... staatlichen»] A₁ «es ist auch im Interesse der staatlichen»; A₂ «es muß auch vom praktisch politischen Standpunkte aus der staatlichen»; F* «es wäre ... staatlichen».

¹⁵³⁷ «kann – einen Nachteil zu knüpfen, er»] A «kann – mit einem Nachteil bedrohen, er»; F* «kann – einen Nachteil zu knüpfen, er».

¹⁵³⁸ «Jedes faktische ... Rechtsabsicht»] A₁ «Jedes Unrecht ist eine Vereitelung der Absicht»; A₂ «Jedes faktische ... RechtsAbsicht».

¹⁵³⁹ «des sozialen Zweckes der Rechtsordnung. Der»] A₁ «des Rechtszweckes. Der»; A₂ «des sozialen Zweckes der Rechtsordnung. Der».

nung – nichts als ein Imperativ des¹⁵⁴⁰ rechtmäßigen Verhaltens ist, wird in seiner – in der Befolgung, | d. i. der Erfüllung des Zweckes bestehenden – *Seins-Geltung*¹⁵⁴¹ durch jedes Unrecht, das ihm gegenüber als *Zweckvereitelung* erscheint, beeinträchtigt. Seine Soll-Geltung freilich bleibt dadurch unberührt. Allein die lediglich den Zweck der Rechtsordnung erfassende Formulierung der Imperativtheorie bringt die Gefahr mit sich, nur die in der Zweckerfüllung gelegene Seins-Geltung der Rechtsnorm zu berücksichtigen und daher den Rechtssatz durch jedes Unrecht als „verletzt“ anzusehen¹⁾. Diese auch für die imperativische Formulierung des Rechtssatzes unrichtige, aber hier sehr nahe liegende Vorstellung einer durch die faktische Verübung von Unrecht dauernd „verletzten“ Rechtsordnung wird äußerlich vermieden, wenn man die Rechtssätze als hypothetische Urteile faßt, die an das Unrecht den Staatswillen zur Unrechtsfolge knüpfen. Da diese Formulierung den Zweck des Rechtssatzes nicht ausgedrückt enthält, ist hier keine Veranlassung, das Unrecht als Zweckvereitelung, als Vernichtung der Seins-Geltung oder gar als Verletzung der Rechtsnorm zu betrachten. Denn¹⁵⁴³ das Unrecht ist diesem Rechtssatz gegenüber die Voraussetzung, an welche gerade die besondere Geltung des Rechtssatzes, die Existenz des beinhalteten Staatswillens¹⁵⁴⁴ geknüpft ist. In dieser Form ist die Unverletzbarkeit der Rechtsordnung formell

| 232

¹⁾ Vgl. dazu unten S. 273 ff.¹⁵⁴²

| 232

¹⁵⁴⁰ «Der Satz ... Imperativ des»] A₁ «Der Rechtssatz, der nichts als ein Befehl des Imperativs des»; A₂ «Der Satz ... Imperativ des».

¹⁵⁴¹ «Befolgung ... *Seins-Geltung*»] A₁ «Befolgung bestehenden Geltung»; A₂ «Befolgung – die Erfüllung des Zweckes – bestehenden Geltung»; F* «Befolgung ... *Seins-Geltung*».

¹⁵⁴² Vgl. unten S. 393.

¹⁵⁴³ «Unrecht, das ihm gegenüber ... Verletzung der Rechtsnorm zu betrachten. Denn» (3473–34715)] A₁ «Unrecht „verletzt“, wie jeder Imperativ, durch den Ungehorsam vernichtet wird. Die Autorität des Staates, die in der motivierenden Kraft seiner Gebote besteht, muß in jedem Falle, wie diese motivierende Wirkung verlangt, und das ist jeder Unrechtsfall, negiert, für den Unrechthandelnden negiert – für alle Übrigen – gemindert sein. Löst man die Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen auf, muß man unaufhörlich als verletzt betrachten. Anders, wenn man die Rechtssätze als hypothetische Urteile faßt, die an das Unrecht den Staatswillen zur Unrechtsfolge knüpfen! Ein solcher Rechtssatz kann durch das rechtswidrige Verhalten der Untertanen nicht verletzt, nicht subjektiv vernichtet, in seiner objektiven Geltung vermin[bricht ab]»; A₂ «Unrecht – das ihm gegenüber als *Zweckvereitelung* erscheint – „verletzt“, wie jeder Imperativ sofern er nichts als eine Formulierung des Zweckes ist, durch den Ungehorsam vernichtet wird. Die Autorität des Staates, die in der motivierenden Kraft seiner Gebote besteht, muß in jedem Falle, wie diese motivierende Wirkung versagt, und das ist jeder Unrechtsfall, subjektiv die für den Unrechthandelnden negiert – objektiv für alle Übrigen – gemindert sein. Löst man die Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen auf, muß man sie durch die konstante Wirkung von Unrecht unaufhörlich als verletzt betrachten. Anders, wenn man die Rechtssätze als hypothetische Urteile faßt, die an das Unrecht den Staatswillen zur Unrechtsfolge knüpfen! Ein solcher Rechtssatz kann durch das rechtswidrige Verhalten der Untertanen nicht verletzt, nicht subjektiv vernichtet, in der Autorität seiner objektiven Geltung geschmälert werden. Denn»; F* «Unrecht, das ihm gegenüber ... Verletzung der Rechtsnorm zu betrachten. Denn».

¹⁵⁴⁴ «des beinhalteten Staatswillens»] A₁ «des Staatswillens»; A₂ «des beinhalteten Staatswillens».

gesichert, bleibt¹⁵⁴⁵ die Majestät des Gesetzes unter allen Umständen gewahrt und läuft nicht Gefahr, durch irgend eines Untertanen Belieben in Frage gestellt zu scheinen¹⁵⁴⁶. Mag immerhin in einzelnen Fällen der soziale Zweck der Rechtsordnung, die *Absicht des Gesetzgebers* vereitelt werden, der *Wille des Staates*, der Rechtssatz bleibt unberührt, *seine* Integrität steht immer außer Frage. In dieser ausnahmslosen formellen Unverletzbarkeit¹⁵⁴⁷ und nicht in der nur generellen, nicht ausnahmslos wirkenden motivierenden Kraft liegt die juristische Hoheit der Rechtsordnung; und darin gleichen ihre Normen auch *äußerlich*²⁾ ¹⁵⁴⁹ den *Naturgesetzen*¹⁵⁵⁰, deren imponierende Größe nicht in einer ursächlichen Wirkung – nur laienhafte Unlogik schreibt ihnen solche zu – sondern in ihrer notwendigen Ausnahmslosigkeit¹⁵⁵¹ gelegen ist.

233 Diese durch kein Unrecht erreichbare Rechtsordnung mag man sich *über* den Rechtssubjekten – daher auch über dem Staate gleich allen übrigen – denken. Doch ist dies nur eine bildliche Vorstellung, der kein konkretes Über- und Unterordnungsverhältnis entspricht. Daß¹⁵⁵² es der Wille des Staates ist, der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, indem die Rechtssätze Urteile über dessen bedingte Existenz sind, darf nicht zu einer Identifizierung der Person des Staates oder deren Willen mit dem unpersönlichen Inbegriff von Urteilen führen, als was sich die Rechtsordnung darstellt. Eine¹⁵⁵³ solche Identifizierung steckt aber in der Vorstellung des Staates als des über den Subjekten thronenden Befehlshabers, als Subjektes der rechtlichen Imperative, als Trägers der Rechtsordnung,

²⁾ Auf die *Ausnahmslosigkeit* der spezifischen (Soll-)Geltung aller Norm, die der Ausnahmslosigkeit der (Seins-)Geltung der Naturgesetze parallel läuft, wurde bereits im 1. Buche hingewiesen.¹⁵⁴⁸ Hier kam es darauf an, zu zeigen, wie die der Rechtsnorm entsprechende logische Form des hypothetischen Urteils die Unverletzlichkeit dieser Norm auch äußerlich zum Ausdruck bringt.

¹⁵⁴⁵ «ist. In dieser Form ... gesichert, bleibt»] A₁ «ist. Nur in dieser Form ist die Rechtsordnung faktisch unverletzbar bleibt»; A₂ «ist. Nur in dieser Form ist die Rechtsordnung faktisch auch formell unverletzbar bleibt»; F* «ist. In dieser Form ... gesichert, bleibt».

¹⁵⁴⁶ «scheinen»] A «werden»; F* «scheinen».

¹⁵⁴⁷ «dieser ausnahmslosen formellen Unverletzbarkeit»] A «dieser notwendigen, ideellen Unverletzbarkeit»; F* «dieser ausnahmslosen formellen Unverletzbarkeit».

¹⁵⁴⁸ Vgl. oben S. 109–111.

¹⁵⁴⁹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁵⁵⁰ «darin gleichen ihre Normen auch *äußerlich* den *Naturgesetzen*»] A₁ «darin gleicht sie der Ordnung der Natur, deren *Naturgesetzen*»; A₂ «darin gleichen ihre Normen auch *äußerlich* den *Naturgesetzen*».

¹⁵⁵¹ «ihrer notwendigen Ausnahmslosigkeit»] A «ihrer ausnahmslosen Notwendigkeit»; F* «ihrer notwendigen Ausnahmslosigkeit».

¹⁵⁵² «entspricht. Daß»] A₁ «entspricht. Denn zwischen Rechtsordnung und Rechtssubjekten kann es überhaupt kein juristisch[es] Realismusverhältnis geben, da ein solches nur zwischen Personen möglich ist, die Rechtsordnung aber ein *Unpersönliches*, der Inbegriff von Rechtssätzen, von Urteilen ist, die selbst nur ein Verhältnis aussagen, zwischen dem Willen der Staatsperson und den übrigen Subjekten. Daß»; A₂ «entspricht. Daß».

¹⁵⁵³ «Urteilen ... darstellt. Eine»] A₁ «Urteilen führen! Eine»; A₂ «Urteilen als das sich die Rechtsordnung darstellt. führen! Eine»; F* «Urteilen ... darstellt. Eine».

eine Vorstellung, die mit Rücksicht darauf, daß man den Staat als Persönlichkeit erfassen wollte, zu der Unterscheidung zwischen dem Staate als Rechtsordnung und dem Staate als Subjekt von Pflichten und Rechten zwang. Nun ist der Staat Person (und daher den übrigen Personen gleichgestellt) nur¹⁵⁵⁴ seines Willens wegen, nur als Willenssubjekt ist er Rechts- und Pflichtenssubjekt, wie alle übrigen Rechtssubjekte.¹⁵⁵⁵ In der Rechtsordnung aber erscheint nichts anderes als der Wille des Staates, das ist der Staat als *Person*, der den übrigen Rechtssubjekten rechtlich gleichgestellt¹⁵⁵⁶ ist. Darum ist es ein Widerspruch, den Staat in der Rechtsordnung den übrigen Subjekten – und gar sich selbst! – überzuordnen. Dieser Widerspruch aber ist zu vermeiden, wenn man es unterläßt, die Rechtsordnung überflüssigerweise zu personifizieren, d. h. sie mit der Staatsperson zu identifizieren.

So¹⁵⁵⁷ zeigt sich, daß der Staat – im Gegensatze zu der herrschenden Vorstellung der Imperativtheorie – auch in der Rechtsordnung, oder wie man sich ungenau ausdrückt: *als* Rechtsordnung, (das wäre also in seiner verpflichtenden Funktion) zu den¹⁵⁵⁸ Rechtssubjekten in keinem Herrschaftsverhältnis der Über- und Unterordnung steht.

Gerade die Rechtsordnung ist es, die das Verhältnis der Gleichordnung zwischen Staat und den übrigen Subjekten zum Ausdrucke bringt. Der die Untertanen verpflichtende¹⁵⁵⁹ – was, wie sich später noch zeigen wird,¹⁵⁶⁰ nichts anderes heißt, als der Strafe und Exekution wollende – Staat ist nur das Subjekt der rechtlichen Straf- und Exekutionspflicht und als solcher formell dem Rechtssubjekte gleichgesetzt, das mit diesem Straf- und Exekutionswillen des Staates zu einem Verhalten verpflichtet wird, dessen Nichtbeobachtung die Voraussetzung für die Existenz dieses Straf-¹⁵⁶¹ und Exekutionswillens, der Straf- und Exekutionspflicht des Staates ist. Der strafende und exequierende Staat ist nur der seine Rechtspflicht¹⁵⁶² erfüllende Staat und steht „unter“ der Rechtsordnung jedem Subjekte

¹⁵⁵⁴ «Staat Person (und daher den übrigen Personen gleichgestellt) nur»] A₁ «Staat Person nur»; A₂ «Staat Person u daher den übrigen Personen gleichgestellt nur».

¹⁵⁵⁵ «Pflichtenssubjekt, wie alle übrigen Rechtssubjekte.»] A₁ «Pflichtenssubjekt.»; A₂ «Pflichtenssubjekt, wie alle übrigen Rechtssubjekte.».

¹⁵⁵⁶ «Rechtssubjekten rechtlich gleichgestellt»] A₁ «Rechtssubjekten gleichgestellt»; A₂ «Rechtssubjekten rechtlich gleichgestellt».

¹⁵⁵⁷ «identifizieren.]So»] A₁ «identifizieren, und wenn man in richtiger Erkenntnis ihres wahren Wesens, als eines Inbegriffes von Urteilen, als des Ausdruckes einer Relation, den widersinnigen Versuch aufgibt, Personen zu einem Verhältnis in ein Verhältnis zu bringen.]So»; A₂ «identifizieren.]So».

¹⁵⁵⁸ «Rechtsordnung, (das wäre also in seiner verpflichtenden Funktion) zu den»] A₁ «Rechtsordnung – da [sic] den»; A₂ «Rechtsordnung – das wäre also in seiner verpflichtenden Funktion zu den».

¹⁵⁵⁹ «Der die Untertanen verpflichtende»] A₁ «Der verpflichtende»; A₂ «Der die Untertanen verpflichtende».

¹⁵⁶⁰ Vgl. unten S. 369.

¹⁵⁶¹ «dieses unbedingten Straf»; F* «dieses Straf-».

¹⁵⁶² «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «RechtsPflicht».

gleich, das seine Pflicht erfüllt. Diese juristisch einzig korrekte Erfassung des Verhältnisses der Staatsperson zu den übrigen Rechtssubjekten findet ihren logischen Ausdruck nur in jener Formulierung des Rechtssatzes, bei der ein Verhalten der Rechtssubjekte als *Voraussetzung* für ein Verhalten des Staates erscheint:¹⁵⁶³ in dem hypothetischen Urteile, das an das rechtswidrige Verhalten der Subjekte den Willen des Staates zur Strafe und Exekution knüpft. –

Die Imperativtheorie, die Strafe und Exekution aus dem die Untertanen verpflichtenden Rechtssatz eliminiert, kann unmöglich diese Faktoren ganz aus der Rechtsordnung drängen. Denn wo anders sollten diese Unrechtsfolgen statuiert werden, wenn nicht gerade hier? Wird die Rechtsordnung restlos in¹⁵⁶⁴ Imperative aufgelöst, muß auch Strafe und Exekution als Inhalt eines solchen Imperativs erscheinen und zwar eines hypothetischen, dessen Bedingung das rechtswidrige Verhalten der Untertanen darstellt. Jeder Imperativ muß seiner Natur nach an jemanden gerichtet sein. Die Straf- und Exekutionsimperative richten sich an die Straf- und Exekutionsorgane des Staates, die Gerichte.

Neben diesen an die Staatsorgane gerichteten Imperativen stehen nun die an die Untertanen gerichteten, das rechtmäßige Verhalten fordernden. Diese letzteren sind genau genommen vollkommen überflüssig, denn sie sagen dem Untertanen nichts¹⁵⁶⁵ anderes, als die ersteren, welche die Organe die Untertanen unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren anweisen, zusammen mit der vernünftigen Überlegung zu sagen haben, daß Strafe und Exekution als Nachteile lieber zu vermeiden sind. Ohne Vermittlung dieser vernünftigen Überlegung sind auch die an den Untertanen direkt gerichteten, das nachteilvermeidende Verhalten fordernden Imperative sinnlos. Tatsächlich¹⁵⁶⁶ lassen einzelne Imperativtheoretiker die Rechtsordnung nur aus Imperativen bestehen, die an die Staatsorgane gerichtet sind. Eine Kritik dieser Konstruktion wird bei der Untersuchung der Lehre von der Adresse der Rechtsnorm zu geben sein.¹⁵⁶⁷

Die Tatsache, daß die faktische Funktion des Strafens und Exequierens – die ja als Tätigkeit des *Staates* erkannt werden muß – in gleicher Weise den Inhalt eines Imperativs – also einer Rechtsnorm – bildet, wie das rechtmäßige Verhalten der Untertanen, hat zur Folge, daß das rechtmäßige Verhalten der Untertanen und das faktische Strafen und Exequieren der Staatsorgane der Rechtsordnung gegenüber

¹⁵⁶³ «für ein Verhalten des Staates erscheint:»] A₁ «für einen Staatswillen erscheint:»; A₂ «für ein Verhalten des Staates erscheint:».

¹⁵⁶⁴ «Rechtsordnung restlos in»] A «Rechtsordnung in»; F* «Rechtsordnung restlos in».

¹⁵⁶⁵ «sagen dem Untertanen nichts»] A₁ «sagen nichts»; A₂ «sagen dem Untertanen nichts».

¹⁵⁶⁶ «sinnlos. Tatsächlich»] A₁ «sinnlos; sie haben faktisch keinen Normativen Charakter. Ein solcher kommt ihnen erst zu, wenn sie sich als eine Schlußfolgerung darstellen, deren Prämissen gebildet werden durch den Strafe u Exekution androhenden Satz und dem Urteile des Strafe u Exekution zu [ein Wort unlesbar] sei: Wenn jemand stiehlt soll er bestraft werden, willst du Strafe vermeiden, also darfst du nicht stehlen: du sollst nicht stehlen. Tatsächlich»; A₂ «sinnlos. Tatsächlich».

¹⁵⁶⁷ Vgl. unten S. 512–529.

die gleiche juristische Qualifikation besitzt: beides ist ein Befolgen staatlichen Befehles.

Der Schuldner, der das empfangene Darlehen zurückzahlt, und das Staatsorgan, das Strafe verhängt, sind rechtlich von einander nicht zu unterscheiden: Beide gehorchen einem Rechtsimperativ.¹⁵⁶⁸ Es fehlt jedes Kriterium, die Handlung des letzteren als Staatsfunktion von der des ersteren zu unterscheiden, denn der Staat „will“ der Imperativtheorie zufolge ebenso das rechtmäßige Verhalten der Untertanen wie die Tätigkeit seiner Organe. Die spezifische Stellung der Staatsorgane, deren Tätigkeit nicht ihnen, sondern dem Staate zugerechnet wird, ist *rechtlich* – das heißt auf Grund des Rechtssatzes der Imperativtheorie – nicht zu begreifen. Wie immer man die Tätigkeit des Staatsorgans begrifflich fassen¹⁵⁶⁹ will, ob als Ausführung oder Realisierung oder als Bildung des Staatswillens – löst man die ganze Rechtsordnung in Imperative auf, läßt man den Staat sein eigenes Verhalten ebenso wie das aller übrigen Subjekte „wollen“, dann ist das rechtmäßige Verhalten aller Rechtssubjekte Organtätigkeit – alle Untertanen Staatsorgane, m. a. W. der Begriff des Staatsorgans und damit der des Staates selbst ist aufgehoben. Diese Begriffsverwirrung kann nur vermieden werden, wenn im Rechtssatze selbst zum Ausdruck kommt, daß Strafe und Exekution – die Tätigkeit des Staatsorgans – und nur diese, nicht auch das rechtmäßige Verhalten der Untertanen Handlung des Staates ist, d. h. daß nur dieses Verhalten vom Staate „gewollt“, ihm zugerechnet ist, *wenn der Rechtssatz selbst die Zurechnung zum Staate enthält*.

|235

Indem die Imperativtheorie kein Kriterium für eine rechtliche Differenzierung zwischen Staatsorgan und Untertan auf Grund des Rechtssatzes liefert, muß sie auf die für das Recht überaus wichtige Unterscheidung zwischen der spezifischen¹⁾ ¹⁵⁷¹ „Anwendung“¹⁵⁷² und der „Befolgung“ eines Rechtssatzes verzichten. Gerade durch diese doppelte Beziehung, in der ein Rechtssatz zu den Individuen stehen kann, charakterisiert sich das Recht gegenüber den Normen der Moral oder der Sitte. Denn eine von der Befolgung¹⁵⁷³ verschiedene Anwendung ist für die letzteren Normen insofern nicht vorhanden, als sie jenes besonderen, äußeren Apparates, jener eigenartigen Organisation entbehren, die das Wesen des objektiven Rechtes ausmacht: des Staates mit seinen Organen. Die spezifisch staatliche

| ¹⁾ Vgl. dazu oben S. 35 ff.¹⁵⁷⁰

|235

¹⁵⁶⁸ «Beide gehorchen einem Rechtsimperativ.»] A «beide befolgen staatlichen Befehl.»; F* «Beide gehorchen einem Rechtsimperativ.».

¹⁵⁶⁹ «die Tätigkeit des Staatsorgans begrifflich fassen»] A₁ «die Definition des Staatsorgans fassen»; A₂ «die Definition der Tätigkeit des Staatsorgans fassen»; F* «die Tätigkeit des Staatsorgans begrifflich fassen».

¹⁵⁷⁰ Vgl. oben S. 119 f.

¹⁵⁷¹ Anmerkung in F* eingefügt.

¹⁵⁷² «zwischen ... „Anwendung“] A «zwischen „Anwendung“»; F* «zwischen ... „Anwendung“».

¹⁵⁷³ «Sitte. ... Befolgung»] A «Sitte. Denn die letzteren können lediglich befolgt oder nicht befolgt werden; eine von dieser Befolgung»; F* «Sitte. ... Befolgung».

Natur des Rechtes gegenüber dem rein gesellschaftlichen Charakter der Moral und Sitte zeigt sich in der Tatsache, daß von einer Existenz besonderer Rechtsnormen neben den Normen der Moral und Sitte erst dann die Rede sein kann, wenn es zur Organisation von *Gerichten*, also zur primitivsten Form staatlicher Organisation gekommen ist. Erst in diesem Augenblicke hört die Norm, die Mord und Diebstahl hintanhaltet will, auf, eine bloße Vorschrift der Moral, ein Gebot des Gewissens, oder eine Regel der Sitte, das ist ein allgemein üblicher Gebrauch äußeren Verhaltens zu sein. Denn jetzt ist neben Gewissen und Gewohnheit eine¹⁵⁷⁴ neue und besondere Autorität entstanden, von der die Leben und Sachgüter schützende Norm ausgeht. Jetzt sind es nicht mehr die subjektiv-autonomen Faktoren des Gewissens und der Gewöhnung der unorganisiert neben einander lebenden Individuen, die ein das Zusammenleben ermöglichendes Verhalten normieren, jetzt ist es die besondere, zu diesem Zwecke erfolgende Organisation der Gemeinschaftsgenossen selbst, die zum Staate gewordene Gesellschaft, die durch objektiv-heteronome Normen¹⁵⁷⁵ die Güter der Genossen schützt. Dies alles geschieht jedoch nur dadurch, daß diese Normen nicht bloß von den Genossen befolgt, sondern von der Organisation angewendet und durchgesetzt werden, indem das normwidrig sich verhaltende, die Güter der Genossen verletzende Individuum von der Gemeinschaft mit einer Unrechtsfolge belegt, gestraft oder exequiert wird. Jetzt erst sind diese Normen, die, inhaltlich – d. i. ihrem Zwecke nach – mit denen der Moral oder Sitte übereinstimmend, das gleiche Verhalten wie diese fordern mögen, *Rechtsnormen* geworden, wenn die Gutmachung des verübten Schadens, die Vergeltung der zugefügten Übeltat nicht mehr Privatangelegenheit zwischen dem Verletzer und dem Verletzten ist, sondern von der zu diesem Zwecke organisierten Gemeinschaft¹⁵⁷⁶ übernommen wird. Faßt man nun die die Untertanen verpflichtenden Normen ins Auge, dann muß man den Grundsatz: kein Recht ohne Gericht, bedingungslos anerkennen. Das Gericht als Symbol der äußeren Organisation ist¹⁵⁷⁷ für das Recht so wesentlich, daß man von allen Normen, unter deren Herrschaft eine Gemeinschaft steht und die die Mitglieder dieser Gemeinschaft befolgen, nur jene als *Rechtsnormen* erkennen kann, die von den Gerichten resp. in einem komplizierteren Staatswesen auch von den anderen Staatsorganen angewendet¹⁵⁷⁸ werden.

¹⁵⁷⁴ «ist neben Gewissen und Gewohnheit eine»] A₁ «ist eine»; A₂ «ist neben Gewissen u Gewohnheit eine».

¹⁵⁷⁵ «durch objektiv-heteronome Normen»] A₁ «durch Normen»; A₂ «durch objekt. heteronome Normen».

¹⁵⁷⁶ «der zu diesem Zwecke organisierten Gemeinschaft»] A₁ «der Gemeinschaft»; A₂ «der zu diesem Zwecke organisierten Gemeinschaft».

¹⁵⁷⁷ «Gericht als Symbol der äußeren Organisation ist»] A₁ «Gericht ist»; A₂ «Gericht als Symbol der äußeren Organisation, ist».

¹⁵⁷⁸ «Gerichten ... angewendet»] A₁ «Gerichten angewendet»; A₂ «Gerichten resp in einem komplizierteren Staatswesen auch anderen von den [sic] Staatsorganen angewendet».

Die Anwendung durch das Gericht besteht in der Verhängung von Nachteilen, ursprünglich¹⁵⁷⁹ wohl nur Strafe, später auch Exekution. Soll die Rechtsnorm angewendet werden können – und nur darum ist sie *Rechtsnorm*, weil sie vom Gerichte angewendet werden kann, weil sie *Gerichtsnorm*¹⁵⁸⁰ ist – muß sie *formell* Strafe und Exekution beinhalten. Ungeachtet sie den gleichen Zweck verfolgen mag wie eine Norm der Moral oder Sitte, ist ihre logische, ihr besonderes Wesen ausdrückende ideale Sprachform nicht mehr der Imperativ, sondern das hypothetische Urteil, das an ein bestimmtes Verhalten der Gemeinschaftsgenossen die durch das Gericht – das ist das den Willen des Staates realisierende Organ – zu verhängenden Nachteile knüpft¹⁾.

[Die Frage, ob der Rechtssatz als Imperativ oder als hypothetisches Urteil aufzufassen sei, ist die Frage nach der *idealen* Sprachform des Rechtssatzes oder auch nach dem Wesen des objektiven Rechtes. Der praktische Wortlaut, dessen sich die konkreten Rechtsordnungen bedienen, ist für die Entscheidung des Problems irrelevant. Der Rechtssatz muß aus dem Inhalt der Gesetze herauskonstruiert werden und die Bestandteile, die zu seiner Konstruktion nötig sind, finden sich häufig nicht einmal in demselben Gesetze, sondern müssen aus mehreren zusammengestellt werden.

So sind die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches regelmäßig nur als die Feststellung der Tatbestände anzusehen, an die in der Exekutionsordnung die entsprechenden Unrechtsfolgen geknüpft werden. Wenn in Strafgesetzbüchern die ideale Form des Rechtssatzes deutlicher und häufiger zum Ausdruck kommt, indem der Wortlaut des Gesetzes hier selbst schon an den Unrechtstatbestand die

¹⁾ Um allfälligen Mißverständnissen vorzubeugen, sei bemerkt, daß der hier ins Auge gefaßte allmähliche Übergang zu staatlicher Organisation und der damit parallel laufende Prozeß der Ausscheidung von *Rechtsnormen* aus gesellschaftlichen Regeln tatsächlichen Verhaltens mit dem Übergang gewohnheitsmäßiger Rechtsbildung zu bewußter Satzung nichts zu tun hat! Die Rechts-erzeugung, | deren rein soziale und nicht staatliche Natur später aufzuzeigen sein wird,¹⁵⁸¹ mag immerhin im Wege der Gewohnheit sich vollziehen, Rechtssatz ist darum doch nicht eine Regel oder eine Forderung des gewohnheitsmäßigen Verhaltens; wo läge denn dann der Unterschied zu den Normen der Moral und Sitte, die doch auch *gewohnheitsmäßig befolgt* werden! Rechtssatz ist auch bei gewohnheitsmäßiger Rechtsbildung nur das von den *Gerichten* angewendete Recht und die Gewohnheit hat diesem gegenüber nur die Bedeutung, daß sie dem Gerichte die Tatbestände liefert, an die es die Unrechtsfolgen knüpft. Nur weil das Gericht an einen Tatbestand, der sich als Verletzung des Hergebrachten, als Ausnahme des Regelmäßigen darstellt, eine Unrechtsfolge verhängt, ist die verletzte Gewohnheit eine Rechtsgewohnheit. Darum ist aber der Rechtssatz nicht die *Regel*, welche die Gewohnheit, das übliche, rechtmäßige Verhalten ausdrückt, sondern jener Satz, der die Nichteinhaltung der Regel als mit einer Unrechtsfolge bedroht darstellt. Die Gewohnheit ist nur für den Inhalt des Rechtssatzes – nicht aber für seine Form maßgebend. Vgl. dazu die Ausführungen S. 101 ff.¹⁵⁸²

¹⁵⁷⁹ «Verhängung von Nachteilen ursprünglich»] A₁ «Verhängung von Strafe und [bricht ab]»; A₂ «Verhängung von Nachteilen ursprünglich».

¹⁵⁸⁰ «weil sie vom ... *Gerichtsnorm*»] A₁ «weil sie *Gerichtsnorm*»; A₂ «weil sie vom ... *Gerichtsnorm*».

¹⁵⁸¹ Vgl. oben S. 138, 181, unten S. 405–429.

¹⁵⁸² Vgl. oben S. 195–197.

jeweilige Strafe unmittelbar knüpft¹⁵⁸³, so hat diese verschiedene Gesetzestechnik ihren Grund darin, daß alle *zivilen* Unrechtstatbestände eine einzige und gemeinsame Unrechtsfolge haben: die Exekution. Es wäre höchst überflüssig, dieselbe jedem einzelnen Tatbestande eines zivilen Unrechtes ausdrücklich anzufügen, da sie sich schon von selbst versteht.¹⁵⁸⁴ Sie ist der gemeinsame Faktor alles Zivilrechtes und kann – wie etwa der gemeinsame Faktor mehrerer Summanden in der Mathematik – herausgehoben werden. Es ist daher durchaus praktisch – und nur praktischen, nicht theoretischen Zwecken dienen die Gesetzbücher – dieses gemeinsame Element aller Zivilrechtssätze, das den verschiedensten Tatbeständen anhängt, und die nähere Durchführung desselben gesondert von der Darstellung dieser Tatbestände – dem bürgerlichen Gesetzbuche, dem Handelsgesetzbuche und allen | andern Kodifikationen des sogenannten materiellen Zivilrechtes – in einem selbständigen Gesetzbuche, der Exekutionsordnung, darzustellen^{1) 1585}.

|238 |¹⁾ Der Rechtssatz muß als letzte Einheit der aus Rechtssätzen zusammengesetzten Rechtsordnung alle jene Elemente enthalten, die für das objektive Recht als solches wesentlich sind, so wie die kleinste Stoffeinheit eines Elementes oder einer Verbindung von Elementen alle Eigenschaften des Ganzen zeigen muß, dessen Namen sie noch tragen darf. Mit anderen Worten: Damit ein Satz *Rechtssatz* genannt werden kann, muß er alle Funktionen aufweisen, die für die Rechtsordnung charakteristisch sind. Das Wesen der Rechtsordnung besteht in ihrer *Verpflichtung*. Rechtssatz kann nur ein verpflichtender Satz sein. Es wäre ein arger Irrtum, wollte man den Rechtssatz, der erst aus den konkreten Gesetzen herauskonstruiert werden muß, mit einem der Sätze im grammatischen Sinne identifizieren¹⁵⁸⁶, aus denen die konkreten Gesetze aufgebaut werden. Es ist selbstverständlich, daß aus rein ästhetisch-stilistischen und auch aus anderen gesetztechnischen Gründen die eine Rechtspflicht¹⁵⁸⁷ statuierende ideale Norm mit allen ihren wesentlichen Bestandteilen tatsächlich auch im konkreten Gesetze nicht in¹⁵⁸⁸ einem einzigen Satze stilisiert wird, sondern hier in zahlreiche Sätze verschiedenster Struktur aufgelöst, ja sogar häufig auf zwei oder mehrere Gesetze verteilt erscheint. Sache der juristischen Konstruktion ist es, die ideale Norm aus diesen Teilen zusammenzusetzen. Ganz besonders sei hier darauf aufmerksam gemacht, daß gewisse Bedingungen, an die sich der für jede Rechtspflicht wesentliche Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge knüpft, für eine ganze Gruppe von Rechtspflichten die gleichen sind, z. B. für die zivilen Rechtspflichten, und daher aus ökonomischen Gründen nicht wiederholt, sondern ein für alle Male in einem selbständigen Satze formuliert werden. So z. B. ein bestimmtes Alter als Grenze der¹⁵⁸⁹ Verpflichtungsfähigkeit. Jeder eine zivile Rechtspflicht statuierende Rechtssatz hat in seiner idealen Formulierung innerhalb des ziemlich¹⁵⁹⁰ umfangreichen, den Willen des Staates zur Unrechtsfolge bedingenden Tatbestandes als eine dieser Bedingungen auch das entsprechende Alter des Verpflichteten. Es wäre nun ganz und gar verfehlt, z. B. einen dieses Alter festsetzenden Satz, der an sich keinerlei Verpflichtung statuirt, so wie er in einem bestimmten Gesetze for-

¹⁵⁸³ «Strafe unmittelbar knüpft»] A₁ «Strafe knüpft»; A₂ «Strafe unmittelbar knüpft».

¹⁵⁸⁴ «selbst versteht.»] A «selbst [bricht ab]»; F* «selbst versteht.».

¹⁵⁰⁵ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁵⁸⁶ «mit ... identifizieren»] A₁ «mit irgend einem der Sätze identifizieren»; A₂ «mit einem der Sätze im grammatischen identifizieren»; F* «mit ... identifizieren».

¹⁵⁸⁷ «eine Rechtspflicht»] A «eine konkrete Rechtspflicht»; F* «eine Rechtspflicht».

¹⁵⁸⁸ «Gesetze nicht in»] A₁ «Gesetze in»; A₂ «Gesetze nicht in».

¹⁵⁸⁹ «Alter als Grenze der»] A₁ «Alter der»; A₂ «Alter als Grenze der».

¹⁵⁹⁰ «statuierende ... ziemlich»] A₁ «statuierende Satz hat unter dem ziemlich»; A₂ «statuierende Rechtsatz hat in seiner idealen Formulierung unter dem ziemlich»; F* «statuierende ... ziemlich».

Das Strafrecht unterscheidet sich gerade dadurch vom Zivilrecht, daß die Unrechtsfolgen desselben nach Art und Ausmaß überaus zahlreich sind¹⁵⁹¹ und

muliert ist¹⁵⁹², einen Rechtssatz zu nennen. Er ist ebenso nur ein Bestandteil eines Rechtssatzes, wie etwa diejenigen Sätze einer Wahlordnung, welche die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit festsetzen.

Dies ist, was im wesentlichen gegen die neuesten Darlegungen *Bekkers*, den Begriff des Rechtssatzes betreffend, a.a.O. S. 65 ff.¹⁵⁹³ vorgebracht werden muß. *Bekker* steht auf dem bereits im Texte kritisch gewürdigten Standpunkte der Imperativtheoretiker, die annehmen, daß rechtliches Sollen nur durch Imperative – d. h. einen auf das pflichtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteten Willen der Autorität begründet wird. „Den ein Sollen begründenden Willensakt pflegen wir Befehl, Gebot oder Verbot zu heißen.“¹⁵⁹⁴ Er verwirft¹⁵⁹⁵ aber seltsamerweise die Ansicht, daß die Rechtsordnung „nur aus Imperativen, Geboten und Verboten“ besteht und begründet seine Behauptung folgendermaßen: „Letztes Ziel des Willens (der rechtsordnenden Autorität) freilich ist die Beschaffung eines Sollens, aber der Weg dahin kann ein langer sein und auf diesem Wege können viele vom Sollen wesentlich verschiedene Dinge liegen. Da diese Dinge Form und Bedeutung durch das Recht erhalten, müssen wir auch sie als *Rechtstücke* annehmen und *die maßgebenden Bestimmungen als Rechtssätze*. Es gibt viele Rechtssätze, die kein Sollen verordnen und mit einem solchen als Folge nur in fernem Zusammenhange stehen.“¹⁵⁹⁶ Dazu nur die Bemerkung, daß diese „Dinge“ eben nur „*Rechtstücke*“ sind, der Rechtssatz aber als kleinste Rechtseinheit ein *Rechtsganzes* ausmacht, die „maßgebenden“ Bestimmungen *Bekkers* – wo sollte übrigens das Kriterium für die Abgrenzung dieser maßgebenden Bestimmungen sein? Schließlich ist jeder grammatische Satz eines Gesetzes oder auch jedes *Wort* „maßgebend“ – also keine Rechtssätze sind. Nach *Bekkers* Terminologie gibt es Rechtssätze, die ein Sollen statuieren, und Rechtssätze, die keine solche Funktion ausüben, aber dennoch mit einem Sollen in einem, wenn auch nur *fernen* Zusammenhange stehen. In welchem Verhältnisse die letzteren „Rechtssätze“ zu jenen stehen, zu deren Sollen sie in entfernte Relation zu bringen sind, erhellt auf den ersten Blick, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die angeblich selbst kein Sollen statuierenden „Rechtssätze“ nur wegen dieses, wenn auch noch so entfernten Sollens einen Rechtscharakter haben, ohne diesen Zusammenhang rechtlich irrelevanten Gesetzesinhalt bildeten; und wenn man sich weiter vergegenwärtigt, daß die nach *Bekker* ein Sollen statuierenden Rechtssätze offenbar unvollständig sind, da ja das durch sie statuierte Sollen in irgendeiner Weise auch von jenen anderen Rechtssätzen bestimmt wird, zu denen es in irgendeinem, wenn auch noch so weitem Zusammenhange steht. Offenbar wird das konkrete Sollen¹⁵⁹⁷ durch beide Arten von „Rechtssätzen“, die sich gegenseitig ergänzen, statuiert und erst aus allen zu dem konkreten Sollen gehörigen Sätzen der vollständige Rechtssatz zu bilden. Zu¹⁵⁹⁸ den Absonderlichkeiten der *Bekkerschen* Terminologie gehört der Gebrauch, den er von dem Begriffe „Imperativ“ macht. Man sollte meinen, dies sei eine *Sprachform*, deren Charakteristikum darin liegt, daß sie de[r] unmittelbare[...] Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Sollens ist. Zu entscheiden, ob ein Imperativ vorliegt oder nicht, ist demnach ausschließlich Sache der Grammatik. Auf die unzulässige Identifizierung von Norm und Imperativ wurde im Texte schon hingewiesen. Bei *Bekker* nun findet sich die Bezeichnung „Imperativ“ wiederum in einer anderen, höchst willkürlichen Verwendung. Er unterscheidet

¹⁵⁹¹ «desselben nach Art und Ausmaß überaus zahlreich sind»] A₁ «desselben überaus verschiedenartig sind»; A₂ «desselben nach Art und Ausmaß überaus zahlreich sind».

¹⁵⁹² «Satz ... formuliert ist») A₁ «Satz wie einem bestimmten Gesetze [bricht ab]»; A₂ «Satz ... formuliert ist».

¹⁵⁹³ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 65–72.

¹⁵⁹⁴ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 65.

¹⁵⁹⁵ «wird. ... Er verwirft») A₁ «wird. Er sagt: „Letztes Ziel des Willens (der rechtsordnenden Autorität) ist [bricht ab]»; A₂ «wird. ... Er verwirft».

¹⁵⁹⁶ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 65 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁵⁹⁷ «das konkrete Sollen») A₁ «das Sollen»; A₂ «das konkrete Sollen».

¹⁵⁹⁸ «bilden. Zu») A₁ «bilden. Als Beispiele für Rechtssätze die kein Sollen statuieren führt *Bekker* u. a. an: „[bricht ab]»; A₂ «bilden. Zu».

|240 sich nach der Verschiedenheit des Unrechtstatbestandes differenzieren. Strafe ist nur ein Sammelbegriff für die verschiedensten Nachteile, die der Staat dem

zunächst zwischen Imperativen und Befehlen.¹⁵⁹⁹ Das wäre nur an sich gut möglich, indem „Imperativ“ eine in einer bestimmten Sprachform ausgedrückte, auf fremdes Verhalten gerichtete Willensäußerung ist, während als „Befehl“ *jede* auf Veranlassung fremden Verhaltens¹⁶⁰⁰ gerichtete Willensäußerung gelten kann, z. B. eine Geste, oder auch ein nicht imperativisch gesprochener oder geschriebener Satz. Demnach wäre „Befehl“ der weitere, Imperativ der engere Begriff. Jeder Imperativ ein Befehl, nicht aber umgekehrt. Bei *Bekker* ist aber das Verhältnis zwischen beiden Begriffen ein ganz anderes. Für ihn ist Imperativ der weitere und Befehl der engere Begriff. Er unterscheidet Imperative, die ein Sollen statuieren, und solche, die kein Sollen statuieren. Die ersteren nennt er *Befehle*, für letztere schlägt er das Wort „Erlasse“ vor. *Bekker* sagt a.a.O. S. 69:¹⁶⁰¹ „Jeder Rechtssatz, gleichviel aus welcher Quelle er kommt, enthält einen Imperativ von durchschlagender Kraft, mit welcher er ein Stück des abstrakten Rechtes feststellt. Besteht sein Inhalt darin, an den Eintritt gewisser Tatsachen ein Sollen bestimmter Personen zu knüpfen, so heißen wir ihn Befehl; und unterscheiden nach dem bezweckten positiven oder negativen |Erfolge Gebot oder Verbot. Andere rechtliche Imperative aber, welche zunächst noch die Herstellung

|240 keines Sollens bezwecken, mögen bis auf weiteres Erlasse genannt werden.“ Die *Bekkersche* Terminologie stellt sich also als eine Modifikation des Norm und Imperativ identifizierenden Sprachgebrauches dar, indem ihr die ein Soll statuierende Tatsache – und das ist richtiger Auffassung nach die *Norm* – zwar stets als Imperativ erscheint, nicht jeder Imperativ aber als eine *Norm* – „Befehl“ nach *Bekker* – gelten gelassen wird. Ja, aber was sollen, was können diese kein „Sollen“ statuierenden „Imperative“ *Bekkers* sein? Das grammatische Kriterium hat *Bekker* fallen lassen, denn er nimmt jeden Rechtssatz als Imperativ und führt als solchen z. B. an: „Die Großjährigkeit wird mit dem 20. Lebensjahre erreicht.“ Oder: „Alle Fossilien sind Eigentum des Staates.“¹⁶⁰² Das sollen nach *Bekker* „Imperative“ sein. Aber auch auf das Normkriterium, das die herrschende Imperativtheorie insofern aufstellt, als sie als Imperativ den ein Sollen statuierenden Satz bezeichnet, hat *Bekker* verzichtet. Er kennt Imperative, die weder die grammatische Form von solchen haben, noch ein Sollen statuieren. Welches ist aber das Charakteristikum für diese? Darauf gibt *Bekker* keine Antwort. Der gründliche Leser, der sich darüber aus den *Bekkerschen* Untersuchungen Aufschluß holen will, stößt überdies noch auf den folgenden unlöslichen Widerspruch: *Bekker* läßt die Rechtsordnung aus Rechtssätzen bestehen. Auch die kein Sollen statuierenden Sätze nennt er Rechtssätze, weil sie „maßgebende Bestimmungen“ für „Rechtsstücke“ enthalten, die zwar kein Sollen sind, aber „Form und Bedeutung durch das Recht erhalten.“ An die Spitze seiner Ausführung stellt er in bewußtem Gegensatz die These: „Unser Recht besteht keineswegs nur aus Imperativen, Geboten und Verboten.“ (a.a.O. S. 65).¹⁶⁰² Aber 4 Seiten später erklärt er: „Jeder Rechtssatz ... enthält einen Imperativ.“ (a.a.O. S. 69)¹⁶⁰⁴ Das Resultat: Die Rechtsordnung besteht nicht nur aus Imperativen, Geboten und Verboten, denn¹⁶⁰⁵ es gibt Rechtssätze, die kein Sollen statuieren. Aber: Alle Rechtssätze – und die Rechtsordnung setzt sich nur aus Rechtssätzen zusammen – sind Imperative; nur gibt es Imperative, die kein Sollen statuieren und daher keine Gebote oder Verbote (Befehle) sind: die sogen. Erlasse. Also besteht die Rechtsordnung doch nur aus Imperativen?

¹⁵⁹⁹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 67–69.

¹⁶⁰⁰ «indem „Imperativ“ eine ... Verhaltens»] A₁ «indem „Imperativ“ eine Sprachform bezeichnet also ein rein formaler Begriff ist, während „Befehl“ – ein Zweckbegriff – *jede* auf fremdes Verhalten»; A₂ «indem „Imperativ“ eben eine in einer bestimmten Sprachform ausgedrückte auf fremdes Verhalten gerichteten Willensäußerung ist, während als „Befehl“ *jede* auf Veranlassung fremdes Verhaltens».

¹⁶⁰¹ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 69.

¹⁶⁰² *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 68.

¹⁶⁰³ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 64.

¹⁶⁰⁴ *Bekker*, Mißgriffe (Anm. 1200), S. 69.

¹⁶⁰⁵ «Verboten, denn»] A₁ «Verboten sind nach *Bekker* nur besonders qualifizierte, nämlich ein Sollen statuierende Imperative [bricht ab]»; A₂ «Verboten, denn».

Übeltäter zufügt, wie Geld-, Freiheits- und Lebensstrafe usw., leichten und schweren Kerker, Verbannung, Todesstrafe durch Erhängen, Erschießen, Ertränken usw. Jedes Delikt hat seine besondere Strafe und darum muß diese jedem Deliktstatbestande unmittelbar angefügt sein. Die Natur des Strafrechtes fordert *Spezialsanktionen*, auf dem Gebiete des Zivilrechtes besteht eine *Generalsanktion*. Nur im Zusammenhange mit diesen Sanktionen werden die Bestimmungen der Straf- und Zivilgesetze¹⁶⁰⁶ Bestandteile der *Rechtsordnung*, nur die Beziehung zu einer der bezeichneten Sanktionen macht eine Bestimmung dieser Kodifikationen zum Bestandteile eines Rechtssatzes, das ist einer die Untertanen verpflichtenden Norm. Wenn nun eine Theorie¹⁶⁰⁷ die gesamte Rechtsordnung ohne Rücksicht auf diese Sanktionen in eine Reihe von Imperativen auflösen will, denen sie den Charakter verpflichtender Rechtsnormen | zuschreibt, so muß man die Frage aufwerfen, welches Kriterium diese Theorie zugrunde legt, um die verschiedenen Sätze der konkreten Gesetzbücher, deren Wortlaut ein überaus ungleichmäßiger ist, in Imperative umzuwandeln? Mit Rücksicht darauf, daß die Gesetze nicht nur Pflichten statuieren, sondern nach üblicher Vorstellung auch subjektive Rechte einräumen und sehr häufig einen unverbindlichen, rechtlich ganz irrelevanten Inhalt haben – der Begriff des formellen Gesetzes umfaßt ja alles durch Worte Ausdrückbare – ist die Frage, wann ein konkreter Satz irgendeines Gesetzes im formellen Sinne materiell eine Verpflichtung bedeute, somit eine verbindliche Rechtsnorm, im Sinne¹⁶⁰⁸ der Imperativtheorie also ein idealer Imperativ sei, unausweichlich; und die Antwort darauf muß irgendein *materielles* Kriterium anführen, da der formelle Wortlaut der Gesetze irrelevant ist. Einige Beispiele mögen das Gesagte erläutern:

| 241

Sehr häufig bedienen sich die Gesetze der Worte „müssen“ und „sollen“, ohne daß das im Gesetze als gemußt oder gesollt bezeichnete Verhalten den Inhalt einer Pflicht bilden würde. § 579 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches¹⁶⁰⁹ lautet: „Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ, *muß* er eigenhändig unterfertigen. Er *muß* ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein *sollen*, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. Endlich *sollen* auch die Zeugen sich entweder inwendig oder von außen immer aber auf die Urkunde selbst und nicht etwa auf einen Umschlag als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht *nötig*.“ Obgleich dieser Para-

¹⁶⁰⁶ «Bestimmungen der Straf- und Zivilgesetze»] A₁ «Bestimmungen der Gesetzbücher»; A₂ «Bestimmungen der Straf und Zivilgesetze».

¹⁶⁰⁷ «nun eine Theorie»] A₁ «nun die Imperativ-Theorie»; A₂ «nun eine Theorie».

¹⁶⁰⁸ «Sinne ... im Sinne»] A₁ «Sinne eine Verpflichtung bedeute – also im Sinne»; A₂ «Sinne materiell eine Verpflichtung bedeute somit eine verbindliche Rechtsnorm – also im Sinne».

¹⁶⁰⁹ § 579 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, in: Patent vom 1. Junius 1811. Verlautbarung des bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten Deutschen Erbländer, JGS 4 (1811), Nr. 141 (im Folgenden: ABGB) – Hervorhebungen von Kelsen.

graph wörtlich sagt, daß der Erblasser das von einem anderen geschriebene Testament unterschreiben „*muß*“ und daß mindestens zwei Zeugen zugleich anwesend sein „*sollen*“, kann weder von einer Rechtspflicht des Erblassers, zu unterschreiben, noch von einer Rechtspflicht des Zeugen, anwesend zu sein, die Rede sein. Ebenso wenig bedeutet dieser Paragraph die Statuierung einer Rechtspflicht der Zeugen, sich auf der Urkunde zu unterschreiben, obgleich dieses Verhalten als „gesollt“ bezeichnet ist; auch wird keine Rechtspflicht negiert durch die Bestimmung, daß die Kenntnis des Testamentsinhaltes für die Zeugen nicht nötig sei, da die gegenteilige Vorschrift, nämlich daß die Kenntnis „nötig“ sei, keine Rechtspflicht statuierete. Alle diese Bestimmungen stellen nur die Voraussetzungen eines gültigen Testaments fest. Kein Mensch verletzt eine Rechtspflicht, begeht ein *Unrecht*, wenn er diese Voraussetzungen nicht erfüllt; er schafft nur kein gültiges Testament. Dagegen wird niemand zweifeln, daß mit dem Wortlaute des § 395:¹⁶¹⁰ „Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst | verborgene Sachen eines unbekanntem Eigentümers entdeckt, so *muß* die Anzeige, so wie bei dem Funde überhaupt, gemacht werden“, eine *Rechtspflicht* des Finders zur Anzeige statuierete wurde, obgleich der vom Gesetze gewählte Wortlaut sich von dem im § 579 nicht unterscheidet. Warum ist also das im § 395 als „gemußt“ bezeichnete Verhalten Pflicht, das im § 579 ebenso bezeichnete nicht? Warum kann die Imperativtheorie die Bestimmung des § 395 in die Form kleiden: Erstattet die Anzeige von dem Funde verborgener Gegenstände, und warum ist die Imperativform für § 579 unbrauchbar?

|242

Das Gesetz schafft auch Rechtspflichten¹⁶¹¹, ohne in seinem Wortlaut nur im geringsten einen imperativischen Charakter aufzuweisen, ohne sich der Worte „müssen“ oder „sollen“, u. ä. zu bedienen. Art. 10 des österreichischen Staatsgrundgesetzes vom 21.XII.1867, Nr. 145 RGB., über¹⁶¹² die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt,¹⁶¹³ statuierete die Publikationspflicht der zur Kundmachung der Gesetze berufenen Staatsorgane mit folgenden Worten: „Die Kundmachung der Gesetze *erfolgt* im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“ Die Rechtsverpflichtung¹⁶¹⁴ der Verwaltungsbehörden, unter gewissen Umständen einen Wahlkommissär aufzustellen, erfolgt im § 17 der österreichischen Reichsratswahlordnung vom 26.I.1907, Nr. 17

¹⁶¹⁰ § 395 ABGB (Anm. 1609) – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶¹¹ «auch Rechtspflichten»] A₁ «auch Pflichten»; A₂ «auch RechtsPflichten».

¹⁶¹² «21.XII.1867, Nr. 145 RGB., über»] A «21 XII. 67 über»; F* «21.XII.1867, Nr. 145 RGB., über».

¹⁶¹³ Art 10 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBI 1867/145 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶¹⁴ «Rechtsverpflichtung»] A «Rechtspflicht»; F* «Rechtsverpflichtung».

RGB.^{1615, 1616} mit den Worten: „Der Wahlkommissär wird für die Landeshauptstädte von der politischen Landesbehörde, für die außerhalb der Landeshauptstadt vorzunehmenden Wahlen aber von jener Bezirkshauptmannschaft bestimmt, in deren Bezirk der Wahlort gelegen ist oder die von der politischen Landesbehörde mit der Bestimmung des Wahlkommissärs beauftragt wird.“

In beiden Fällen begnügt sich das Gesetz, das pflichtmäßige, rechtlich gesollte Verhalten einfach zu schildern, ohne es formell als Gebot oder Verbot erscheinen zu lassen. Was läßt uns trotzdem dieses Verhalten als Inhalt einer Rechtspflicht erscheinen, warum kann die Imperativtheorie gerade diese Paragrafhe in imperativische Form einkleiden? Das einzig mögliche Kriterium liegt in der Beziehung zu einer Sanktion. Als Inhalt einer Rechtspflicht kann ein Handeln oder Unterlassen der Menschen nur dann erkannt werden, wenn das kontradiktorisch-gegensätzliche Verhalten mit einer Unrechtsfolge bedroht ist, wenn in irgendeinem Teile der Gesetzgebung Strafe oder Exekution auf dieses Verhalten gesetzt ist. Die Imperativtheorie, die ihrem Wesen nach auf dieses Kriterium verzichtet, ist absolut nicht imstande, dafür einen Grund anzugeben, warum sie die eine Bestimmung eines Gesetzes als Imperativ, d. h. als verpflichtenden Rechtssatz, die andere dagegen nicht als solchen gelten lassen will. Sie ist absolut unfähig zu erklären, warum gewisse Sätze der Rechtsordnung nur berechtigen und nicht verpflichten, warum zahlreiche Bestandteile in den Gesetzen nur¹⁶¹⁷ den Sinn frommer Wünsche oder irrelevanter Motivenangabe haben; der Imperativtheorie fehlt jedes objektive Kriterium für die Unterscheidung des rechtlich verbindlichen von dem rechtlich unverbindlichen Gesetzesinhalt und damit – wie noch später näher auszuführen sein wird¹⁶¹⁸ – eine faktische Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen und materiellen Sinne.

| 243

Die Tatsache, daß der Sprachgebrauch des Gesetzes keinen Anhaltspunkt für die Konstruktion der Imperative gibt, konnte natürlich auch den Imperativtheoretikern nicht verborgen bleiben. Allein der Frage, welches dann das verpflichtende Kriterium der Rechtsordnung sei, ging man entweder überhaupt aus dem Wege und setzte die Entscheidung darüber, welche der verschiedenartigen, in den Gesetzen bezeichneten Verhaltensweisen Inhalt von Pflichten, also Gegenstand von Imperativen seien und welche nicht, als selbstverständlich voraus oder man begnügte sich mit einer Scheinlösung des Problems. *Seligmann*, der schon früher

¹⁶¹⁵ «§ 17 der österreichischen Reichsratswahlordnung vom 26. I. 07, Nr. 17 RGB.»] A₁ «§ 17 der Reichsratswahlordnung vom 26. I. 07»; A₂ «§ 17 der österr. Reichsratswahlordnung vom 26. I. 07»; F* «§ 17 der österreichischen Reichsratswahlordnung vom 26. I. 1907, Nr. 17 RGB.»

¹⁶¹⁶ § 17 Abs 1 Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBI 1907/17.

¹⁶¹⁷ «zahlreiche Bestandteile in den Gesetzen nur»] A₁ «zahlreiche Worte nur»; A₂ «zahlreiche Bestandteile in den Gesetzen nur».

¹⁶¹⁸ Vgl. unten S. 691–712.

als typischer Vertreter der Imperativtheorie angeführt wurde, bemerkt¹⁾, es gäbe Gesetze, die, trotzdem sie das Wörtchen „soll“ enthalten, dennoch keine materiell verpflichtende Kraft, sondern „nur eine rein formelle Beschaffenheit haben“ und zwar aus dem Grunde, „weil sie der imperativischen Natur entbehren.“ Es seien dies die sogenannten instruktionellen Bestimmungen. *Seligmann* zitiert den § 230 Abs. 3 ZPO.¹⁶²⁰ „In der Klagschrift *soll* ferner der Wert des nicht in Geld bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden ...“. Trotzdem¹⁶²¹ habe das Reichsgericht entschieden, daß die Nichteinhaltung dieser Ordnungsvorschrift nicht als Verletzung einer Rechtsnorm erscheine. – Allein was veranlaßt *Seligmann* anzunehmen, daß diese Bestimmungen des Gesetzes „der imperativischen Natur entbehren“? Offenbar ist es nur der juristische Instinkt, der ihm sagt, daß sie keine Rechtspflichten begründen. Und dies tun sie nur darum nicht, weil das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschriften den Gerichten¹⁶²² keinen Tatbestand liefert, an den sie eine Unrechtsfolge knüpfen können. Wenn *Seligmann* meint, daß solcher Gesetzesinhalt darum keine verbindliche Kraft habe, weil er der imperativischen Natur entbehre, so ist dies nur eine Scheinbegründung, denn „imperativische Natur“ und „verbindliche Kraft“ ist für den Imperativtheoretiker dasselbe. Und wie würde sich *Seligmann* und mit ihm die ganze Imperativtheorie | zu irgendwelchen rechtlich ganz irrelevanten Wünschen verhalten, denen die legislativen Faktoren beliebt haben, Gesetzesform zu verleihen, wie etwa einer Gratulation an den Monarchen, die den Wunsch enthält, der Herrscher möge noch lange leben, – wo die Gesetzesform keinen anderen Zweck hat, als die besondere Feierlichkeit des Aktes zu dokumentieren? Wodurch unterscheidet sich dieser *Wunsch* der Gesetzgeber von dem verbindlichen *Willen* des Staates? Etwa dadurch, daß er keine imperativische Natur hat? Ja, aber das gerade ist zu zeigen, *warum* er keine imperativische Natur hat! Wenn *Bierling*¹⁾ behauptet: „Wo auch der einzelne Rechtsatz nicht schon seiner unmittelbaren Gestaltung nach, wie im jüdischen und älteren römischen, in den nordischen und altdeutschen Rechten, als Imperativ auftritt, da wird es dennoch niemals an¹⁶²⁴ einer Eingangs- oder Schlußformel mangeln, durch welche dem fraglichen Inhalte der imperativische Charakter auf-

| 243 |¹⁾ a. a. O. S. 40.¹⁶¹⁹

| 244 |¹⁾ Kritik der juristischen Grundbegriffe II. 1883 S. 16.¹⁶²³

¹⁶¹⁹ *Seligmann*, Gesetz (Anm. 1519), S. 40.

¹⁶²⁰ § 230 Abs. 3 Civilprozeßordnung. Vom 30. Januar 1877, RGBl. S. 83 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶²¹ «werden ...“. Trotzdem»] A₁ «werden ...“ u §, 266 Abs 3 StPO: „Die Gründe des Strafurteiles [müssen] ferner das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen.“ Trotzdem»; A₂ «werden ...“ Trotzdem».

¹⁶²² «weil das ... Gerichten»] A₁ «weil ihre Verletzung den Gerichten»; A₂ «weil das ... Gerichten».

¹⁶²³ *Ernst Rudolf Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 2: Objectives und subjective Recht, Gotha 1883, S. 16.

¹⁶²⁴ «niemals an»] *Bierling*, Grundbegriffe II (Anm. 1623), S. 16: «niemals ganz an».

geprägt wird.“ Es ist zu erwidern, daß eine derartige Formel, wie z. B. die der österreichischen Gesetze: „Mit Zustimmung etc. finde ich *anzuordnen* wie folgt:“ für die materielle Verbindlichkeit – das ist aber der imperativische Charakter – des Inhaltes völlig gleichgültig ist, da sie einem durchaus unverbindlichen Gesetzesinhalte in gleicher Weise voranstellen muß und nur ein Charakteristikum des Gesetzes im formellen Sinne, nicht jenes im materiellen Sinne ist, dem allein der imperativische Charakter zukommt. Verbindlichen Charakter hätten die Gesetze auf Grund ihres spezifischen Inhaltes auch dann, wenn für ihre Form nach der Verfassung keine solche Publikationsklausel vorgeschrieben wäre. Wenn *Bierling* dann fortfährt: „Fehlt aber wirklich solche Formel völlig oder läßt sich der darunter gehörige Inhalt nur teilweise mit *ihrem Sinne vereinigen*, so ist dies stets ein Beweis dafür, daß entweder gar kein Gesetz oder eine derartige Mischung von Satzung, Lehre, Erzählung vorliegt, daß eine sachliche Scheidung nur nach Gesichtspunkten erfolgen kann, die man bereits anderswoher gewonnen hat,“¹⁶²⁵ so muß entgegnet werden, daß es eben darauf ankommt, das Kriterium festzustellen, wann und warum ein Gesetzesinhalt mit dem imperativischen Sinne der Eingangsformel nicht vereinigt werden kann, und daß der Gesichtspunkt, nach dem das *materielle* Gesetz von einer bloß in Gesetzesform gehüllten Erzählung oder Lehre zu scheiden ist, stets und unter allen Umständen anderswoher als von der Eingangsformel zu nehmen ist, nie formaler, sondern stets nur materieller Natur sein kann, d. h. aus dem *Inhalt* selbst hervorgeht: Das im Gesetze, sei es nun imperativisch oder nicht imperativisch, bezeichnete Verhalten | der Subjekte ist nur dann Gegenstand einer Rechtspflicht und der bezügliche Gesetzesinhalt materiell-verbindlicher Natur, wenn die Beziehung zu einem Wollen und Handeln des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Sanktion gegeben ist.

|245

¹⁶²⁵ *Bierling*, Grundbegriffe II (Anm. 1623), S. 16 – Hervorhebung von Kelsen; Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

IX. Kapitel.

Der Rechtssatz im weiteren Sinne. (Der den Staat verpflichtende Rechtssatz.)

Die bisherigen Ausführungen haben nur den die Untertanen verpflichtenden Rechtssatz berücksichtigt. Jene Theorie nun, welche den Rechtssatz ausnahmslos und in allen Fällen als Ausdruck eines staatlichen Willens, unter gewissen Bedingungen zu strafen oder zu exequieren, oder, wie man sich ungenau ausdrückt, einen Zwang auszuüben, erkennen¹⁶²⁶ will, derzufolge jede Rechtspflicht für ein Rechtssubjekt nur in Bezug auf jenes Verhalten besteht, bei dessen Nichteintritt die im Rechtssatze ausgesprochene Unrechtsfolge verwirkt wird, – diese gemeinhin als „Zwangstheorie“ bezeichnete Anschauung muß sich in ihrer engen Formulierung tatsächlich als unzulänglich erweisen, sobald sich die Rechtswissenschaft das Postulat stellt, auch den Staat als ein der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Rechten, d. h. als Person zu erfassen, und man die Staatsperson den übrigen Personen rechtlich koordiniert. Denn für den Staat kann die Unrechtsfolge der Strafe oder Exekution als Kriterium der Rechtspflicht nicht in Betracht kommen, da ein Zwang des Staates gegen sich selbst, in welcher Form immer, sei es als physischer oder psychischer Zwang, undenkbar ist. Dies setze einen zwiespältigen Willen voraus, indem der Staat auf der einen Seite – als Subjekt des Rechtszwanges, das ist als Träger des Straf- und Exekutionswillens – etwas beabsichtige, was er als Subjekt der unerfüllt gelassenen Pflicht *nicht* wollte. Der Wille des Staates, der in der Rechtsordnung zum Ausdrucke kommt, stünde in einem Widerspruche zu dem tatsächlichen Verhalten des Staates als Pflichtsubjekt. Dies wäre aber gleichbedeutend mit einer Spaltung des Staatswillens, auf dessen Einheit gerade die Persönlichkeit des Staates, somit seine Pflicht- und Rechtssubjektivität beruht.

| 246 Auch von einem anderen Gesichtspunkte aus erscheint es notwendig, dem Rechtssatze, der nicht nur physische Personen, sondern auch den Staat verpflichtet, eine andere und zwar weitere Fassung | als die der nackten Zwangstheorie zu geben. Das Staatssubjekt unterscheidet sich der Rechtsordnung gegenüber von den übrigen Subjekten dadurch, daß die letzteren rechtswidrig handeln können, während dies beim Staate völlig ausgeschlossen ist. Denn man kann unmöglich annehmen, daß der Staat, dessen Wille das Recht ist, in irgendeinem Falle *gegen* das

¹⁶²⁶ «exequieren ... erkennen»] A₁ «exequieren erkennen»; A₂ «exequieren oder wie man sich ungenau ausdrückte, einen Zwang auszuüben erkennen».

Recht, das ist gegen seinen eigenen Willen handeln könne. Die Staatsorgane, durch die allein die juristische Person des Staates handelt, repräsentieren den Staat nur insofern, als sie dessen Willen realisieren, als ihr psychischer Wille mit dem des Staates in der Rechtsordnung ausgesprochenen übereinstimmt. Im Staatsorgane, das gegen oder ohne den Willen des Staates vorgeht, handelt nicht mehr der Staat. Nicht dem Staate kann zugerechnet werden, was der Staat nicht gewollt hat. Darum kann es niemals die Staatsperson sein, die im konkreten Falle ihre Rechtspflicht verletzt, sondern stets nur das physische Staatsorgan, das in Verletzung seiner Amtspflicht, den Willen des Staates zu realisieren, diesen unausgeführt läßt oder gegen ihn handelt. Der Staat kann nicht unrecht handeln, denn er kann nur das Recht wollen. Der Wille des Staates in der Rechtsordnung und der Wille des Staates in der Verwaltung (im weitesten Sinne, nach welchem der wollende Staat in der Rechtsordnung, der handelnde in der Verwaltung in die Erscheinung tritt) können möglicherweise formell getrennt, niemals aber inhaltlich verschieden oder gar einander entgegengesetzt gedacht werden; auch eine solche Annahme müßte die Grundlage der einheitlichen Staatspersönlichkeit: den einheitlichen Staatswillen zerstören. Die Tatsache, daß Akte von Staatsorganen, die mit dem Willen des Staates kontrastieren, dennoch aber die rechtliche Wirkung von *Staatsakten* haben, in der Praxis unvermeidlich sind, kann niemals die Ansicht rechtfertigen, daß der Grundsatz, der Staat könne nicht unrecht handeln, nur eine ideale Regel sei, die eben Ausnahmen habe. Denn jeder Akt, der äußerlich den Anspruch darauf macht, als Staatsakt zu gelten, tut dies niemals, ohne sich auf die Übereinstimmung mit dem Willen des Staates in der Rechtsordnung zu stützen. Stellt sich nun nachträglich heraus, daß diese Übereinstimmung nur eine scheinbare war, tritt die Differenz zwischen dem Akte des Staatsorgans und dem Willen des Staates zu Tage, dann sind zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder der Akt des Staatsorgans kann rechtlich vernichtet und durch einen korrekten, den wahren Willen des Staates realisierenden ersetzt werden, dann ist durch den zweiten Akt deutlich deklariert, daß der erste rechtlich kein Staatsakt war. Eine solche Korrektur muß immer als möglich angesehen werden, wenn die Rechtsordnung nicht ausdrücklich eine solche Vernichtung des fehlerhaften Organaktes unmöglich macht. Ist dies letztere | aber der Fall, etwa dadurch, daß die Entscheidung einer Behörde als inappellabel erklärt ist, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Staat durch die Stellung, die er diesem Organe auf Grund der Rechtsordnung einräumt, dessen Akte *unter gewissen Umständen* als seine eigenen *will*, auch wenn diese Akte *sonst*, d. h. abgesehen von diesen besonderen Umständen, z. B. Erschöpfung des Instanzenzuges, mit¹⁶²⁷ einem anderen in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen des Staates kontrastieren. Diese besonderen Umständen gleichen formell

|247

¹⁶²⁷ «Umständen, z. B. Erschöpfung des Instanzenzuges, mit»] A₁ «Umständen, mit»; A₂ «Umständen, z. B. Erschöpfung des Instanzenzuges, mit».

12 80

in der Staatserziehung (denkmalhafte Idee, keine schlechte Idee
wollte nur in der Pflanzenerziehung, die vorhanden ist in der
Erziehung in der (Spirituellen) können nicht for-
gesetzt erhalten, wenn nicht unter Anführung der besten, der ganz
einmalige und ganz neue Art der Erziehung; wenn man sich
denkmalhafte Idee der Pflanzenerziehung mit der besten Arbeit.
gibt: dass die besten Arbeit der besten Arbeit sein.
die besten, die besten von den besten, die mit den
Ideen der besten Pflanzenerziehung, wenn man sie nicht,
die besten von den besten Arbeit, in der Pflanzener-
ziehung, dass man nicht die besten Arbeit.
gibt, dass die besten Arbeit, die besten Arbeit sein,
die besten Arbeit, wenn man sie nicht, die besten Arbeit sein,
die besten Arbeit sein, die besten Arbeit sein,

etwa den Strafausschließungsgründen, bei deren Vorhandensein der Staat an einem Tatbestand, an den er *sonst* Strafe knüpfen will, von der Strafe absieht¹⁾.

Nicht nach den dargelegten Gesichtspunkten sind fehlerhafte Akte der sogenannten gesetzgebenden Organe zu beurteilen. Sind die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bei Schaffung eines Gesetzes nicht erfüllt worden, dann ist kein Wille des Staates entstanden, das, was sich als Gesetz ausgibt, kein Gesetz. Fehlt es aber an einem richterlichen Prüfungsrechte, so daß alles, was als Gesetz publiziert wird, ohne Rücksicht auf andere Voraussetzungen als Gesetz angewendet werden muß, dann bedeutet jede Außerachtlassung der für das Zustandekommen eines Gesetzes bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen rechtlich nicht konstruierbaren Verfassungsbruch. Die „Beschließung und Sanktion eines verfassungsändernden Gesetzes ohne Einhaltung der verfassungsmäßigen Formen“ ist „in jenen Staaten, welche ein richterliches Prüfungsrecht der Gesetze nicht anerkennen“²⁾, ebenso rechtlich unfaßbar wie eine Revolution oder ein faktischer Stillstand der Staatsmaschine. Man kann ein solches Faktum nicht als „Unrecht des Staates“ dem Unrecht der übrigen Rechtssubjekte gleichstellen, denn dieses letztere ist rechtlich qualifizierbar und als „Unrecht“ dadurch *rechtlich* qualifiziert, daß es die Voraussetzung für eine Rechtsfunktion des Staates bildet, während der eben charakterisierte Fall eines fehlerhaften Gesetzgebungsaktes überhaupt zur Rechtsordnung beziehungslos, außerhalb aller rechtlichen Beurteilung steht.

| So zeigt sich, daß rechtlich irreparable rechtswidrige Akte der exekutiven Staatsorgane nur scheinbar rechtswidrig sind, da ihre auf der Rechtsordnung beruhende Irreparabilität nur ein Ausdruck dafür ist, daß der Staat in der Rechtsordnung diese Akte unter gewissen Umständen will, diese Akte also nicht *gegen* den Willen des Staates verstoßen, daher auch nicht als „Unrecht“ bezeichnet werden können, Akte der Legislative aber bei fehlendem richterlichen Gesetzesprüfungsrechte überhaupt rechtlich unqualifizierbar – also auch nicht als „Unrecht“ zu charakterisieren sind¹⁾. | 248

¹⁾ Nicht prinzipiell verschieden von der Erschöpfung des Instanzenzuges gegen einen ursprünglich rechtswidrigen Organakt ist der Fall, „wenn gegen eine kompetenzwidrige Verfügung der Unterbehörde die Oberbehörde nur auf Antrag der verletzten Partei tätig werden darf, dieser aber unterbleibt.“ (*Jellinek*, System der subj. öff. Rechte, 2. A. S. 242).¹⁶²⁸ Hier hat die Entscheidung der Unterbehörde, gegen die nicht appelliert wurde, die gleiche Stellung wie die Entscheidung der letzten Instanz, gegen die nicht mehr appelliert werden *kann*. Auch den Akt dieses Organs *will* der Staat unter bestimmten Umständen (darunter: mangelnder Rekurs der Partei) wie er den der letzten Instanz unter gewissen Umständen *will*. | 247

²⁾ *Jellinek* a. a. O. S. 241, 242.¹⁶²⁹

¹⁾ Die nähere Untersuchung des Problems des staatlichen Unrechtes, das hier nur in seinen unmittelbaren Beziehungen zum Rechtssatze berücksichtigt wurde, ist im Kapitel über die Rechtsstellung der Staatsorgane zu finden.¹⁶³⁰ | 248

¹⁶²⁸ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 242.

¹⁶²⁹ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 241f.

¹⁶³⁰ Vgl. unten S. 592–608.

Wenn *Jellinek* den Fall, daß ein Staatsorgan seine Kompetenz verletzt, d. h. rechtswidrig handelt, ohne daß weiter rechtliche Garantien gegeben sind, diesen fehlerhaften Akt gutzumachen, in der Weise charakterisiert, daß auch ein solcher kompetenzüberschreitender Organwille¹⁶³¹ den Staatswillen erzeuge, so ist – wenn man die Organtätigkeit überhaupt als Erzeugung des Staatswillens auffassen will – gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden (soweit sie sich auf die exekutiven Organe beschränkt. Die Ausdehnung auf die legislativen wurde bereits oben abgelehnt). Allein darin kann *Jellinek* nicht beipflichtet werden, daß dieser nach *Jellineks* eigener Konstruktion Staatswillen darstellende Akt als „Unrecht des Staates“¹⁶³² gedacht werden müsse. Denn wenn diese Organfunktion als Ausdruck des Staatswillens angenommen, dem Staate also zugerechnet werden soll, dann muß die Konstruktion Mittel und Wege gefunden haben, diesen durch die Organtätigkeit „erzeugten“ Willen des Staates in keinem Widerspruch zu dem in der Rechtsordnung ausgesprochenen, d. h. also nicht als „*Unrecht*“ erscheinen¹⁶³³ zu lassen. Dann muß die Konstruktion zeigen können, daß auch in der Rechtsordnung der Staat unter gewissen Umständen so handeln *wollte*, wie das Organ gehandelt hat (daß der Staat gleichsam von vornherein und in bianco als seinen Willen erklärt hat, was das Organ unter gewissen Umständen verfügen werde, so daß die Funktion des Organs *formal*, nicht materiell als Ausführung und nicht als Erzeugung des Blankett-Staatswillens erscheint); dann muß¹⁶³⁴ die Konstruktion beweisen, daß der Wille des Staates in der Exekutive nicht verschieden ist von dem in der Rechtsordnung ausgesprochenen. Denn eine Konstruktion der Staatsperson, die an irgend einem Punkte zu¹⁶³⁵ einem zwiespältigen, sich innerlich widersprechenden Willen des Staates gelangt, muß sich selbst ad absurdum führen, da sie ihre eigene Grundlage, den einheitlichen Staatswillen zerstört.

|249 | Die Frage, ob der Staat unrecht handeln könne oder nicht, ist ausschließlich ein Problem der juristischen Konstruktion. Das Postulat, staatliches Unrecht zu vermeiden, ist lediglich an die juristische Konstruktion, nicht etwa an die Gesetzgebung oder die Verwaltung gerichtet. Es ist ein Postulat, das die juristische Konstruktion erfüllen muß, wenn sie an der einheitlichen *Persönlichkeit* des Staates festhalten will, eine theoretische Forderung, die sie auf dem vorgezeichneten Wege

¹⁶³¹ «Organwille»] A₁ «Wille»; A₂ «OrganWille».

¹⁶³² *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 242.

¹⁶³³ «ausgesprochenen, d. h. also nicht als „*Unrecht*“ erscheinen»] A₁ «ausgesprochenen erscheinen»; A₂ «ausgesprochenen d h also nicht als „*Unrecht*“ erscheinen».

¹⁶³⁴ «hat (daß der ... dann muß»] A₁ «hat; gleichsam von vornherein und in bianco seinen Willen erklärt hat, was das Organ handeln u verfügen werde, so daß die Funktion des Organs *formal* als Ausführung des Blankett-Staatswillens erscheint muß»; A₂ «hat; daß der Staat gleichsam von vornherein und in bianco als seinen Willen erklärt hat, was das Organ unter gewissen Umständen verfügen werde, so daß die Funktion des Organs *formal* nicht materiell als Ausführung u nicht als Erzeugung des Blankett-Staatswillens erscheint Dann muß».

¹⁶³⁵ «Konstruktion der Staatsperson, die an irgend einem Punkte zu»] A₁ «Konstruktion die zu»; A₂ «Konstruktion der Staatsperson, die an irgend einem Punkte zu».

auch erfüllen kann. Völlig verkehrt wäre die Ansicht, daß nur für den Idealstaat der Grundsatz, daß der Staat nicht unrecht tun könne, uneingeschränkte¹⁶³⁶ Geltung habe, daß jedoch die Praxis der konkreten Staaten dieses Prinzip nicht ausnahmslos erfüllen könnte. Denn nicht die Praxis, sondern die Theorie des Staates hat dem Satze des englischen Staatsrechtes: *The king can do no wrong* zu entsprechen, und diesem Satze ist nicht die Bedeutung beizulegen, daß Gesetzgebung und Verwaltung bemüht sein sollen, staatliches Unrecht zu vermeiden¹⁾, sondern die, daß die Jurisprudenz in keinem Akte ein Unrecht des Staates *erkennen* darf. Ein Unrecht des Staates muß unter allen Umständen ein Widerspruch in sich selbst sein.

Diese Erkenntnis muß zu der Konsequenz führen, daß der Rechtssatz gegenüber dem Staatssubjekte eine andere formale Funktion ausübt als gegenüber den übrigen Pflicht- und Rechtssubjekten. Denn die letzteren kommen für die Rechtsordnung – um ein treffendes Wort *Bindings* zu gebrauchen – nur als „mögliche Rechtsverletzer“ in Betracht. Die Rechtsordnung als Inbegriff der Rechtssätze bedeutet – vom formal-juristischen und nicht etwa vom sozial-ethischen Standpunkte aus – im Verhältnisse zu diesen Subjekten eine Reaktion gegen das Unrecht. Dem Staate gegenüber kann der Rechtssatz niemals diese Bedeutung haben.

In diesem Punkte zeigt sich der Grundunterschied zwischen der Stellung, welche der Staatsperson und jener, welche den anderen Rechtssubjekten auf Grund der Rechtsordnung zukommt, die spezifische Differenz zwischen Staatspflicht und Pflicht anderer Personen (ein Gegensatz, der – wie noch später¹⁶³⁸ zu zeigen sein wird – einer möglichen Trennung von Privat- und öffentlichem Rechte zugrunde zu legen ist). Während nämlich der in der verpflichtenden Rechtsordnung erklärte Wille den verpflichteten Untertanen gegenüber ein *fremder*, der Wille einer *anderen* Person, nämlich des Staates ist, findet die durch die Rechtsordnung ebenso wie die übrigen Subjekte verpflichtete Staatsperson in dieser

| 250

¹⁾ *Jellinek* sagt a. a. O. S. 242¹⁶³⁷ wörtlich folgendes: „De lege ferenda entsteht aus solchen Fällen (wo die Garantien der Einhaltung der Kompetenz versagen und auch das kompetenzüberschreitende Organ den Staatswillen und damit staatliches Unrecht erzeugt) stets die *Forderung an den Staat*, die Garantien für die strikte Einhaltung der betreffenden Kompetenzen zu vermehren. Denn dem vollendeten Bilde des Staates entspricht es, daß der kompetenzüberschreitende Organwille nicht mehr als Staatswille anzusehen sei. In dem Idealbilde des Staates müßte der Satz des englischen Staatsrechtes: *The king can do no wrong* zu der unfehlbaren Wahrheit sich ausdehnen, daß der Staat nicht unrecht tun könne.“ Allein das „Idealbild des Staates“ schafft nicht der Staat, sondern die Wissenschaft, die mit den Mitteln juristischer Konstruktion wohl erreichen kann, was dem Staate mit allen Mitteln der Gesetzgebung nicht möglich wäre: die absolute Unmöglichkeit des staatlichen Unrechts!

| 249

¹⁶³⁶ «Grundsatz ... uneingeschränkte»] A₁ «Grundsatz uneingeschränkte»; A₂ «Grundsatz ... uneingeschränkte».

¹⁶³⁷ *Jellinek*, System (Anm. 639), S. 242 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹⁶³⁸ Vgl. unten S. 808–814.

Rechtsordnung ihren *eigenen* Willen. Damit¹⁶³⁹ entfällt aber für das Pflichtsubjekt Staat jener für die übrigen Subjekte so charakteristische Gegensatz zwischen der objektiven Norm – dem Sollen – und dem subjektiven Wollen. Während beim menschlichen Individuum das rechtliche Sollen und das subjektive Wollen stets divergieren kann, ist beim Staate, der Pflichtsubjekt und Subjekt des – im Rechtssatz ausgesprochenen – verpflichtenden Willens zugleich ist, Wollen und Sollen inhaltlich stets identisch: Des Staates Wollen ist sein Sollen, seine Pflicht ist sein Wille¹⁾.

Daraus ergibt sich, daß jeder Satz, der einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet, ein Rechtssatz ist, zumindest dem Staatssubjekte gegenüber. Denn er statuiert das Wollen und daher die Rechtspflicht des Staates zu diesem Verhalten. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Existenz eines solchen Staatswillens behaupten, das heißt also einen Rechtssatz aufstellen zu können, die Unterscheidung des Staatswillens in der Rechtsordnung und in der Verwaltung, die Beziehungen des Rechtssatzes zu Gesetz und Verordnung ist den Untersuchungen des 3. Buches¹⁶⁴¹ vorbehalten.

Hier kommt vor allem die Beziehung des den Staat verpflichtenden Rechtssatzes zu dem die übrigen Subjekte verpflichtenden in Betracht.

Die Erkenntnis von der verschiedenen Bedeutung, die der Rechtssatz, das ist die eine Rechtspflicht statuierende Norm gegenüber dem Staatssubjekte einerseits und den übrigen Subjekten andererseits hat, darf nicht zu der scheinbar naheliegenden Konsequenz führen, beiden Arten von Rechtssätzen eine völlig verschiedene Formulierung zu geben; dies wäre ein Verstoß gegen den einheitlichen Rechtssatz- und Rechtspflichtbegriff: Und der einheitliche Rechtssatz- und Rechtspflichtbegriff ist gerade der Inhalt des an die Rechtswissenschaft gestellten Postulates, den Staat als Person, d. h. ebenso wie alle übrigen Rechts- und Pflichtsubjekte, also als ein¹⁶⁴² dieses koordiniertes Subjekt zu erfassen. Es wäre unzulässig, *neben* den den Staat verpflichtenden Rechtssätzen selbständige und anders formulierte Rechtssätze zu konstruieren, durch die Rechtspflichten der Untertanen statuiert werden. Das Verhältnis beider Arten von Rechtssätzen darf nicht das zweier sich ausschließender oder sich schneidender Kreise sein, es muß vielmehr der eine Begriff vom anderen enthalten werden.

| 250 |¹⁾ Das Nähere bei der Entwicklung des Begriffes der Rechtspflicht im 3. Buche.¹⁶⁴⁰

¹⁶³⁹ «ist). Während ... Willen. Damit»] A₁ «ist.) Während nämlich die materielle Rechtsverpflichtung der Subjekte – mit Ausnahme des Staates – von einer außerhalb derselben stehenden Autorität erfolgt – also eine heteronome ist, kann die Verpflichtung des Staates nur von diesem selbst ausgehen. Darin gleicht sie der moralischen Verpflichtung des Menschen und ist wie diese ein Akt der Selbstverpflichtung, also autonomer Natur. Damit»; A₂ «ist). Während ... Willen. Damit».

¹⁶⁴⁰ Vgl. unten S. 586–588.

¹⁶⁴¹ Vgl. unten S. 530–719.

¹⁶⁴² «Person ... als ein»] A₁ «Person, dh. als in den übrigen Subjekten koordiniertes also ein»; A₂ «Person, dh. ebenso wie alle übrigen Rechts u Pflichtsubjekte also als ein».

Der Rechtssatz der sogenannten Zwangstheorie, der nichts beinhaltet als den Willen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen oder zu exequieren, d. h. eine Unrechtsfolge zu verhängen, hat sich dadurch als unzulänglich erwiesen, daß er die zahlreichen und verschiedenartigen Pflichten des modernen Staates nicht erfassen konnte. Allein darin muß dieser Formulierung des Rechtssatzes zugestimmt werden, daß sie den Willen des Staates zu eigenem Handeln – strafen und exequieren – und nicht – wie die Rechtsnorm der Imperativtheorie – die durch den Rechtssatz zu verwirklichende Absicht der Gesetzgeber, den sozialen Zweck¹⁶⁴³ der Rechtsordnung: das rechtmäßige Verhalten der Untertanen in imperativischer Form ausdrückt. Soweit die Verpflichtung der Untertanen in Betracht kommt, muß der Rechtssatz tatsächlich als hypothetisches Urteil über die an gewisse Voraussetzungen gebundene Existenz eines Staatswillens, zu strafen oder zu exequieren, erscheinen. Schließt man sich nun dieser Formulierung des die Untertanen verpflichtenden Rechtssatzes an, dann ergibt sich zwanglos das Verhältnis zu dem die Staatsperson verpflichtenden Rechtssatz: Jeder einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten statuierende Satz ist Rechtssatz im weiteren Sinne; er normiert die Pflicht des Staates zu diesem Verhalten, z. B. die Pflicht des Staates, Eisenbahnen zu bauen, Arme zu unterstützen, Witwen, Waisen und Invaliden zu versorgen, Stimmzettel in Empfang zu nehmen und zu zählen, Wahlergebnisse zu verkünden etc. etc. Jene Rechtssätze nun, die den Willen des Staates, zu strafen oder zu exequieren, kurz eine Unrechtsfolge zu verhängen, beinhalten, statuieren nicht nur eine Pflicht des Staates, zu strafen und zu exequieren, sondern auch eine Rechtspflicht der übrigen Subjekte, die Rechtspflicht derselben zu jenem Verhalten, das zu dem als Voraussetzung der Unrechtsfolge im Rechtssatz bezeichneten in einem kontradiktorischen Gegensatz steht und bei dessen Erfolg die Unrechtsfolge *nicht* einzutreten hat. Diese Normen sind Rechtssätze im engeren Sinne, sie statuieren *auch* Rechtspflichten der Untertanen, aber auch – und in erster Linie – Pflichten des Staates, insofern sie einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhalten. Jeder Rechtssatz statuiert somit eine Pflicht des Staates, gewisse Rechtssätze auch Pflichten der übrigen Subjekte.

|Die Rechtssätze im weiteren Sinne, die den Willen des Staates zu einem eigenen Verhalten beinhalten und deren Inbegriff die Rechtsordnung ausmacht, stellen¹⁶⁴⁴ die für die Tätigkeit des konstitutionellen Staates erforderliche gesetzliche Basis dar. Wenn man in der Rechtsordnung den wollenden, in der Verwaltung den handelnden Staat erkennt, dann sind die Rechtssätze im weiteren Sinne die durch die Verwaltungstätigkeit zu realisierenden Willensäußerungen des Staates und können mit Rücksicht darauf auch als Verwaltungssätze¹⁶⁴⁵ bezeichnet werden. Nicht nur die Sätze der Rechtsordnung, die des Staates Willen, Eisenbahnen und

|252

¹⁶⁴³ «den sozialen Zweck»] A₁ «den Zweck»; A₂ «den sozialen Zweck».

¹⁶⁴⁴ «beinhalten ... stellen»] A₁ «beinhalten, stellen»; A₂ «beinhalten u deren Inbegriff die Rechtsordnung ausmacht, stellen».

¹⁶⁴⁵ «Verwaltungssätze»] A₁ «Verwaltungsgesetze»; A₂ «Verwaltungssätze».

Straßen zu bauen, die polizeiliche Sicherheit¹⁶⁴⁶ und Ordnung aufrecht zu erhalten etc., beinhalten, sondern auch die Rechtspflichten der Untertanen statuierenden, Strafe und Exekution normierenden Rechtssätze (im engeren Sinne) haben mit Beziehung auf die durch die Staatsorgane zu realisierende, vollziehende, exekutive¹⁶⁴⁷ Tätigkeit des Strafens und Exequierens die staatliche Verwaltung zum Inhalte und stellen sich in diesem Sinne als Verwaltungssätze dar¹⁾.

- | 252 ¹⁾ Eine der hier ausgeführten Grundanschauung verwandte Auffassung ist in der bisherigen Literatur nur von einem einzigen Autor mit Nachdruck vertreten worden, dessen Schrift allerdings so gut wie gar keine Beachtung gefunden hat. Es ist *Josef Scheins* „Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz,“ Berlin 1889,¹⁶⁴⁸ auf welches Buch der Verfasser durch ein Zitat bei *Merkel*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechtes II. 2. (Elemente der allg. Rechtslehre)¹⁶⁴⁹ aufmerksam wurde. Die These, die *Schein* in der genannten Arbeit aufstellt und zu beweisen sucht, lautet: „Recht ist der Inbegriff der Regeln staatlichen Handelns.“ (a. a. O. S. 85).¹⁶⁵⁰ Um dieses richtigen und fruchtbaren Grundgedankens willen verdient das Werk *Scheins* einer Vergessenheit entrissen zu werden, die freilich mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt des Buches nicht als unverschuldet bezeichnet werden kann; denn abgesehen davon, daß die Arbeit in einem vollkommen unzulänglichen Stile geschrieben ist und eine Reihe schwerkompromittierender Verstöße gegen die Orthographie enthält – der Autor spricht z. B. konstant von „Theologie“ z. B. auf S. 25,¹⁶⁵¹ wo sich das Wort dreimal in dieser Schreibweise findet, die ernstlich daran zweifeln läßt, ob der Autor sich des Sinnes und der Herkunft des Wortes bewußt war – entbehrt die an die Spitze der Arbeit gestellte, intuitiv erkannte, richtige These jeder wissenschaftlichen Begründung und Durchführung. Den Mangel an Literaturkenntnis würde man noch hinnehmen, wenn sich nicht eine starke Unkenntnis der *Probleme* fühlbar machte. Der Autor beschränkt sich eigentlich darauf, seinen Grundgedanken durch immer neue Vergleiche und Analogien plausibel zu machen, die mitunter bis zur Geschmacklosigkeit naiv sind. So, wenn er das Verfahren der herrschenden Jurisprudenz bei der Entwicklung der im Rechtssatze enthaltenen Begriffe persifliert, indem er¹⁶⁵² eine sorgsame Hausfrau Regeln für das Verhalten ihrer Dienstboten feststellen läßt und das „Aufräumen“ in einem System begrifflich entwickelt! (S. 164 ff.).¹⁶⁵³ Der schwerste Mangel der Arbeit aber ist darin zu erblicken, daß *Schein*, der alles Recht als Regel für das Handeln des *Staates* erklärt und so den Staat bewußt in das Zentrum des Rechts-Systems stellt, der nicht scharf genug gegen die Vernachlässigung des *Staates* bei der | 253 Konstruktion des Rechtes polemisieren zu können meint (vgl. z. B. a. a. O. S. 15 ff.),¹⁶⁵⁴ ja, überhaupt alles Recht nur Staatsrecht sein läßt und dem Privatrechte alle Existenzberechtigung abspricht (vgl. a. a. O. S. 77),¹⁶⁵⁵ – den Begriff der Staatsperson, ohne den seine ganze Theorie keine

¹⁶⁴⁶ «Eisenbahnen und Straßen zu bauen, die polizeiliche Sicherheit»] A₁ «Eisenbahnen zu bauen, die Sicherheit»; A₂ «Eisenbahnen u Straßen zu bauen, die polizeiliche Sicherheit».

¹⁶⁴⁷ «realisierende, vollziehende, exekutive»] A₁ «realisierende exekutive»; A₂ «realisierende vollziehende exekutive».

¹⁶⁴⁸ *Josef Schein*, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Berlin 1889.

¹⁶⁴⁹ *Adolf Merkel*, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 5. Aufl., Leipzig 1899, S. 5–91, nachgedruckt in: *Adolf Merkel* (Hrsg.), Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Bd. 2, Straßburg 1889, S. 577–647 (587) – Seitenzahl in A vorhanden.

¹⁶⁵⁰ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 5 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

¹⁶⁵¹ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 24f.

¹⁶⁵² «indem er eine sorgsame»] A₁ «indem er das „Aufräumen“ der Wohnung in Rechtsregeln [bricht ab]»; A₂ «indem er eine sorgsame».

¹⁶⁵³ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 165–169.

¹⁶⁵⁴ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 15f.

¹⁶⁵⁵ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 77.

| Die hier dargelegte Konstruktion, derzufolge jeder Rechtssatz Pflichten des Staates statuiert und¹⁶⁵⁷ die Pflichten der übrigen Subjekte nur sekundär begriffen werden, indem die Verpflichtung dieser Subjekte nicht als wesentliches Moment jedes Rechtssatzes, sondern nur als Eigenschaft bestimmter Rechtssätze erkannt wird, wobei diese besondere Eigenschaft aus dem spezifischen Inhalte des im Rechtssatze ausgedrückten staatlichen Willens hervorgeht – diese Konstruktion bringt die Überzeugung von der staatlichen Natur alles Rechtes zum Ausdruck, die gleichbedeutend ist mit der Anschauung von der allrechtlichen Natur des Staates¹⁾, sie¹⁶⁵⁹ ist nur eine Konsequenz des Grundsatzes, daß alles Recht Wille des Staates ist.

| 253

Die einer solchen Konstruktion zugrunde liegende Anschauung des Rechtes ist eine *objektive*. Darum wird die hier akzeptierte Formulierung des Rechtssatzes den stärksten Bedenken von seiten der Zivilisten begegnen, denn die heute herrschende Konstruktion des Privatrechtes, ja, dessen ganze Unterscheidung vom öffentlichen | Rechte beruht auf einer *subjektiven* Rechtsanschauung¹⁾, auf einer

| 254

Basis hat, gar nicht zu kennen scheint. Was er über den Staat überhaupt zu sagen hat – es sind nur ein paar Zeilen, die er diesem Probleme widmet – ist so oberflächlich und laienhaft, daß es den Eindruck macht, der Autor habe von all den tiefdringenden Untersuchungen, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts dem Staatsbegriffe gewidmet wurden, keine Ahnung. Nur als Symptom für den ganzen Geist des Buches sei *Scheins* Staatsdefinition hier wiedergegeben: a. a. O. S. 6.:¹⁶⁵⁶ „Wir verstehen also unter Staat im allgemeinen denjenigen Teil des Volkes, der im Lande (!) die öffentliche Gewalt ausübt und besitzt. Die Regeln, nach denen dieser Teil des Volkes sich zu verhalten pflegt, bilden unserer Behauptung nach das Recht. Das Wort (!) Staat ist zwar höchst unvollkommen, denn es bezeichnet bald diesen regierenden Teil des Volkes, bald das ganze Volk samt dem Lande, in dem es wohnt, da wir aber kein passenderes Wort fanden, mußten wir uns an den Ausdruck ‚Staat‘ halten und fügten nur der Vorsicht halber diese Erklärung hinzu“. Diese „Erklärung“ enthebt einen jeder ernstern Polemik. Trotz alledem ist die Arbeit *Scheins* nicht ganz wertlos und verdient gekannt zu werden. Denn so dilettantisch auch ihre *positiven* Ausführungen sind, so enthält sie doch neben einem zweifellos richtigen Grundgedanken manche treffende *kritische* Bemerkung und muß immerhin als ein interessanter Beitrag zur Kritik der herrschenden juristischen Konstruktionen anerkannt werden.

¹⁾ Die staatliche Natur des Rechtes und die rechtliche Natur des Staates bedeuten materiell nichts verschiedenes; es sind nur die beiden Seiten *einer* Medaille; den Kernpunkt oder Inhalt bildet die substantielle, nicht formale Identität¹⁶⁵⁸ von Recht und Staat. Die Vorstellung von dem Verhältnisse zwischen beiden Tatsachen ist eine der unbeweisbaren subjektiven Voraussetzungen aller Rechts- und Staatsphilosophie.

¹⁾ Das hat richtig erkannt *Schein* a. a. O. S. 8.:¹⁶⁶⁰ „Die einzelnen betrachten das Recht, insbesondere das Privatrecht, bloß von dem Standpunkte ihrer eigenen Interessen und denken stets nur daran, was es für sie ist, nicht daran, was es für den Staat ist und dieser individualistischen Betrachtungsweise haben sich auch die Juristen angeschlossen und dieselbe systematisch durch-

| 254

¹⁶⁵⁶ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 6 – Klammerausdrücke von Kelsen eingefügt.

¹⁶⁵⁷ «dargelegte ... statuiert und»] A₁ «dargelegte Fassung des Rechtssatzes, derzufolge jeder Rechtssatz Pflichten des Staates schafft, und»; A₂ «dargelegte ... statuiert, und».

¹⁶⁵⁸ «die substantielle, nicht formale Identität»] A₁ «die Identität»; A₂ «die substantielle nicht formale Identität».

¹⁶⁵⁹ «Staates, sie»] A «Staates. (Der Staat kann nur dann rechtlich erfaßt werden, wenn das Recht als staatlich erkannt wird; und umgekehrt!) Sie»; F* «Staates, sie».

¹⁶⁶⁰ *Schein*, Rechtsphilosophie (Anm. 1648), S. 8.

Einteilung nicht der Rechtssätze, sondern der subjektiven Rechte. Allein, ein subjektives Recht konnte der hier vorgeschlagenen Formulierung des Rechtssatzes bisher nicht entnommen werden. Das Verhältnis des Rechtssatzes zum subjektiven Rechte überhaupt, die Stellung des Privatrechtes und dessen Abgrenzung vom öffentlichen Rechte muß den folgenden Untersuchungen vorbehalten werden.¹⁶⁶¹

Nicht nur der Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates, unter gewissen Bedingungen zu strafen oder zu exequieren, statuiert, ist ein *hypothetisches* Urteil, sondern auch der Rechtssatz im weiteren Sinne, da in der Rechtsordnung jeder Staatswille nur als bedingter erscheinen kann. Die Statuierung eines voraussetzungslosen, unbedingten Willens zu einem künftigen Verhalten ist schlechterdings unmöglich, soweit dieser ein positives Verhalten betrifft. Der Staat kann nicht unbedingt und voraussetzungslos, d. h. ohne nähere Umstände zu bestimmen, Straßen bauen, Arme unterstützen, kurz, irgendwie handeln wollen. Ein solcher Wille wäre unvernünftig und böte den Organen¹⁶⁶² keinen Anhaltspunkt dafür, wann und unter welchen Umständen sie den Staatswillen zu einem bestimmten Handeln zu realisieren hätten. Stets und unter allen Umständen eine bestimmte Handlung wollen, ist unmöglich, da jede Handlung nur unter bestimmten Umständen möglich ist. Ein solcher Wille wäre faktisch gar kein Wille. Anders freilich ist ein negatives Verhalten zu beurteilen! Ein Unterlassen ist voraussetzungslos wohl möglich. Man kann unter allen Umständen etwas unterlassen. Unterlassen-„wollen“ (im psychischen Sinne), das ja eine positive psychische Aktion ist, ist allerdings auch nur unter gewissen Bedingungen möglich, (nämlich bei Auftauchen des gegenteiligen Triebes, zu dessen Unterdrückung das Unterlassenwollen führt. Fehlt es an dieser Bedingung, liegt gar kein Wollen vor!)²⁾ Wenn aber auch ein bestimmtes Unterlassen als ein bedingungsloses *zugerechnet* (also *juristisch* gewollt) werden kann, so ist doch des | *Staates* Wille nie selbständig auf ein Unterlassen gerichtet. Denn der Wille des Staates ist lediglich für ein *Tätig*werden der Staatsorgane maßgebend, für ein Handeln, da ein Unterlassen der Staatsorgane nur auf einem *Nichtwollen* des Staates beruht. Wo in den Gesetzen von einem Unterlassen des Staates die Rede ist – z. B. bei den sogenannten Freiheitsrechten – liegen keine selbständigen Rechtssätze vor, sondern entweder nähere Präzisierungen (und zwar Ausnahmsbestimmungen) anderweitig statuerter allgemeiner Tatbestände, an die sich der Wille des Staates zu einem bestimmten Handeln

geführt. Aus dieser Betrachtungsweise entspringen aber, wie wir uns im Laufe unserer weiteren Untersuchungen überzeugen werden, die meisten theoretischen Irrtümer, vor allem, worauf wir hier Gewicht legen, die Verkennung des Privatrechtes. Man dachte gar nie daran, was das Privatrecht für den Staat ist, und sah darum nicht ein, daß es seine Tätigkeit regelt.“

²⁾ Vgl. oben S. 106 ff.¹⁶⁶³

¹⁶⁶¹ Vgl. unten S. 778–827.

¹⁶⁶² «den Organen»] A «den nur vernunftmäßig tätigen Organen»; F* «den Organen».

¹⁶⁶³ Vgl. oben S. 202–222.

knüpft, so daß also gewisse Fälle, die unter diesen allgemeinen Tatbestand fallen würden, ausgenommen werden; oder es sind rechtlich irrelevante Erklärungen der gesetzgebenden Personen. Es ist überflüssig und rechtlich irrelevant, in der Rechtsordnung zu sagen, der Staat wolle die Glaubensfreiheit der Untertanen wahren, da es doch eines ausdrücklichen Willens des Staates zu einem die Glaubensfreiheit beschränkenden Handeln bedürfte, um irgendein Organ zu einer solchen Tätigkeit zu ermächtigen. Die nähere Struktur dieser Freiheitsrechte ist an anderer Stelle zu erörtern.¹⁶⁶⁴ Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß der Wille des Staates stets auf ein positives Verhalten gerichtet, in der Rechtsordnung notwendig¹⁶⁶⁵ bedingt sein muß. Erst durch den Eintritt der Bedingungen sind die Voraussetzungen geschaffen, den in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen des Staates zur Tat zu machen, zu realisieren, durch den Eintritt dieser Bedingungen ist die Voraussetzung für jene Tätigkeit gegeben, die als *Verwaltung* bezeichnet wird. Durch diese Bedingtheit unterscheidet sich der Wille des Staates in der Rechtsordnung von dem Staatswillen, der in der Verwaltung, d. h. in allen Akten der Exekutive in Erscheinung tritt. Auch die nähere Durchführung dieses Gedankens wird in einem späteren Kapitel erfolgen.¹⁶⁶⁶

Die ausnahmslose Bedingtheit¹⁶⁶⁷ des Staatswillens in der Rechtsordnung hat zur Folge, daß der Rechtssatz als hypothetisches Urteil erkannt werden muß. Als *Urteil* darum, weil der Wille des Staates auf eigenes Verhalten und nicht fremdes gerichtet ist und nur der auf fremdes Verhalten gerichtete Wille durch einen Imperativ zum Ausdruck gebracht wird. Durch die Formulierung des Rechtssatzes als hypothetisches Urteil wurde in bewußter Weise gegen die sogenannte Imperativtheorie Stellung genommen, die den Staat im Rechtssatze nicht sein eigenes Handeln, sondern das rechtmäßige Verhalten der Untertanen „wollen“ läßt.

Mit der hier dargelegten Theorie darf jedoch nicht die Lehre *Zitelmanns* verwechselt werden, der nur scheinbar zu demselben Resultate gelangt, wenn er behauptet, der Rechtssatz sei ein hypothetisches Urteil und kein Imperativ¹⁾. Eine kurze Wiedergabe seiner bezüglichlichen Ausführungen wird die prinzipielle Differenz zu der hier vertretenen Anschauung dartun. Jedes objektive Recht – meint *Zitelmann* – sei *ursprünglich* ein Komplex von „Normen“. ¹⁶⁶⁹ Unter „Norm“ ver-

| 256

¹⁾ Irrtum und Rechtsgeschäft S. 201 ff. ¹⁶⁶⁸

| 256

¹⁶⁶⁴ Vgl. unten S. 578–581.

¹⁶⁶⁵ «gerichtet, in der Rechtsordnung notwendig»] A₁ «gerichtet notwendig»; A₂ «gerichtet in der RO notwendig».

¹⁶⁶⁶ Vgl. unten S. 638–662.

¹⁶⁶⁷ «Die ausnahmslose Bedingtheit»] A₁ «Die Bedingtheit»; A₂ «Die ausnahmslose Bedingtheit».

¹⁶⁶⁸ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 201–229.

¹⁶⁶⁹ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 201.

steht *Zitelmann* dasselbe wie „Imperativ“ und¹⁶⁷⁰ begeht schon in diesem Punkte den gleichen Fehler wie die Imperativtheoretiker²⁾. Diese logische Form sei jedoch eine Anfangsstufe. In seiner entwickelten Form sei der Rechtssatz ebenso wie das ihm analoge Naturgesetz hypothetisches Urteil, welches an gewisse Voraussetzungen gewisse Rechtsfolgen knüpft, wobei der die Rechtsfolge statuierende Nachsatz laute: ... so bist du verpflichtet³⁾. „Jeder einzelne Rechtssatz behauptet eine *Kausal*-verbindung zwischen gewissen Tatsachen und einem Sollen im Sinne eines Verpflichtetseins einer Person ... jeder Rechtssatz lautet: Wenn ... so sollst du.“ Dabei lehnt *Zitelmann* insbesondere die Anschauung ab, der Rechtssatz sei Imperativ. Unter Berufung auf *Sigwart* führt er gegen diese Formulierung ins Feld, der wahre Imperativ enthalte „ein individuelles und unübertragbares Moment“⁴⁾, er sei kein Urteil und gehöre deshalb gar nicht in die Logik; darum könne ein Imperativ auch nie Glied eines hypothetischen Urteils sein, weil in einem solchen eine Beziehung zwischen zwei Urteilen ausgesagt sei. „Rechtsnormen können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein, schon deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen“. „Töte nicht, ist ein Imperativ; du sollst nicht töten, ist ein Urteil, du ist Subjekt, sollst usw. ist Kopula und Prädikat, und dieses Urteil ist eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung“.¹⁶⁷⁴ Man könne sich von dem behaupteten Unterschiede durch eine einfache Probe überzeugen: „Man kann einem andern sagen: Du sollst nicht, und würde sehr mißverstanden sein, wenn interpretiert würde: Ich will, daß du nicht ... Im Gegenteil, ich will vielleicht gerade, daß der andere die Handlung begehe und teile ihm nur mit, daß er sie zu unterlassen verpflichtet sei. Jede Rechtsnorm läßt sich denn in der Form ausdrücken: du bist verpflichtet, wohingegen der wahre Imperativ niemals durch diese Wendung vertreten werden kann. Jede Rechtsnorm ist demnach ein Urteil und nur das eigentümliche hat dieses Urteil, daß die Synthese der Begriffe in ihm bloß deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will: Der Gesetzgeber hat die Macht, durch seinen Willen dem Subjekte (du) ein Prädikat (verpflichtet sein) beizulegen, das dem Subjekte vorher nicht zukam; | in dem Aussprechen der Norm¹⁾ vollzieht mithin der Gesetzgeber zu

2) Vgl. oben S. 210 ff.¹⁶⁷¹

3) a. a. O. S. 223.¹⁶⁷²

4) *Sigwart*, Logik I. S. 17.¹⁶⁷³

1) Hier gebraucht *Zitelmann* „Norm“ wiederum nicht identisch mit Imperativ. Die Unklarheit über die Natur dieses Begriffes zeigt sich eben in seinem schwankenden Gebrauche.

¹⁶⁷⁰ „Imperativ“ und] A₁ „Imperativ“ also einen Form- u keinen Zweckbegriff und; A₂ „Imperativ“ und».

¹⁶⁷¹ Vgl. oben S. 322–325.

¹⁶⁷² *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 222 – Hervorhebung von Kelsen; Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁶⁷³ *Christoph Sigwart*, Logik, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 1. Aufl., Tübingen 1873, S. 17.

¹⁶⁷⁴ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 222 f.

gleicher Zeit die Verknüpfung der Tatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht“. ¹⁶⁷⁵ Was das Verhältnis anlangt, das zwischen den im Rechtssatze fixierten Tatbeständen und der an diese Tatbestände im Rechtssatze geknüpften Rechtsfolge – das ist nach *Zitelmanns* Konstruktion die Pflicht resp. das korrespondierende Recht – besteht, so sei dies zwar nicht die natürliche Kausalität selbst, sondern eine vom Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffene „*juristische Kausalität*“⁽²⁾ ¹⁶⁷⁷. „Zwischen dem Eintreten gewisser äußerer Tatsachen und einer Änderung in den bisherigen subjektiven Rechtsverhältnissen (beziehungsweise vom Standpunkte der einzelnen Normen aus, dem Entstehen eines ‚du sollst‘, eines Verpflichtetseins einer, mehrerer oder aller Personen) besteht eine notwendige Verbindung durch den Willen des Gesetzgebers. Diese Verbindung deckt sich mit keinem der sonstigen Gestaltungen des Satzes vom Grunde, sie ist weder Motivation noch logische Notwendigkeit, noch natürliche Kausalität usw., sondern sie ist eine vollständig eigene, von Menschen geschaffene Art der Notwendigkeit“⁽³⁾.

Zur Kritik der *Zitelmannschen* Lehre sei folgendes bemerkt. Was zunächst die Behauptung betrifft, die „Norm“, richtiger der Imperativ sei die ursprüngliche, das hypothetische Urteil die spätere, entwickelte Form des Rechtssatzes, so muß dagegen entschieden festgestellt werden, daß die Natur des Rechtes und somit seine logische Form zu allen Zeiten die gleiche sein muß. Solange nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, die das Wesen des objektiven Rechtes ausmachen, kann von einem Rechte keine Rede sein. Sind aber alle diese Elemente gegeben, dann ist nicht einzusehen, warum der Rechtssatz, der diese wesentlichen Elemente enthält, früher eine andere Form haben soll als später. Nach der hier vertretenen Ansicht gehört zum Wesen des objektiven Rechtes das Gericht. Es mag in gerichtlosen Gemeinschaften Sitten und Gebräuche geben, es mögen auch moralische Imperative in den einzelnen wirken, von einem Rechte kann erst die Rede sein, wenn Gerichte, sei es auch in primitivster Form bestehen; denn das Übel das ein Subjekt dem andern wegen eines gegen das Herkommen verstoßenden Nachtheiles zufügt, ist und bleibt Tat eines einzelnen gegen einen einzelnen, ist faktische Machtäußerung und kein Rechtsvorgang, weil nicht Tat der Gesamtheit, das ist auf dem Willen der Gesamtheit beruhende, *der Gesamtheit zuzurechnende Tat*. Erst eine

| 258

²⁾ a. a. O. S. 221. Treffend bemerkt dazu *Brütt*, a. a. O. S. 41: ¹⁶⁷⁶ „Wenn man, wie *Zitelmann*, der Ansicht ist, daß der Gesetzgeber zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ein Kausalverhältnis herstellt, so wird der Begriff der Kausalität in einem ganz uneigentlichen Sinne gebraucht; ... diese metaphorische Anwendung des Kausalbegriffes unterbleibt aber besser, denn sie verführt leicht zu Folgerungen, die unhaltbar sind. Vielmehr kann man auf das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge nur den Begriff des Erkenntnisgrundes anwenden.“

³⁾ a. a. O. S. 224/5. ¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷⁵ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 223 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶⁷⁶ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 221; *Brütt*, Rechtsanwendung (Anm. 525), S. 41.

¹⁶⁷⁷ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁶⁷⁸ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 224f.

bestimmte Organisation der Menschen kann die Nachteilszufügung anlässlich der schädlichen Verletzung des Herkommens vom einzelnen (Geschädigten) abnehmen und auf die Gesamtheit, die jetzt zum Staate geworden ist, übertragen. Jetzt erst ist die Zurechnung zum Staate möglich, jetzt erst sind Rechtssätze vorhanden, deren logische Form an früherer Stelle auch aus diesen Voraussetzungen abgeleitet wurde¹⁾. Darum muß der Rechtssatz stets und zu allen Zeiten ein hypothetisches Urteil – freilich nicht im Sinne *Zitelmanns* sein, so wie er immer und ewig ein Imperativ sein müßte, wenn dies jemals seine adäquate Form gewesen wäre.

Nun ist *Zitelmann* vollkommen beizupflichten, daß die Form „*du sollst*“ kein Imperativ, sondern ein Urteil ist. Allein auch die Form: Ich will, daß du ... ist kein Imperativ, wie *Zitelmann* anzunehmen scheint, sondern ein¹⁶⁸⁰ Urteil und zwar des Subjektes über sich selbst, über einen eigenen seelischen Vorgang, ebenso wie das Urteil: Ich fühle Schmerz, ich habe Durst etc. Durch die Worte: Ich will, daß du ... wird mit Aussprechen eines Urteiles¹⁶⁸¹ derselbe Zweck verfolgt wie mit Aussprechen des Imperativs: Tue oder unterlasse dies oder jenes! Auch *Zitelmann* übersieht die rein formale Natur des Begriffes Imperativ²⁾. Wenn *Zitelmann* gegen die Imperativtheorie vorbringt, der Rechtssatz könne kein Imperativ sein, denn er wolle allgemein gelten, der Imperativ habe aber „ein individuelles unübertragbares Moment“, so muß allerdings bemerkt werden, daß diese spezifische Eigenschaft des Imperativs wohl kein | Hindernis wäre, eine Norm in diese Form zu kleiden¹⁾. Denn auch in imperativischer Form kann eine Norm allgemeine „*Geltung*“ beanspruchen, *d. h. eine Mehrheit von Personen verpflichten*. Der Imperativ kann an eine Allgemeinheit gerichtet sein: Ihr alle: handelt so oder so! Das individuelle Moment des Imperativs besteht nach *Sigwarts* eigenen Worten darin, daß „der Angeredete nicht in demselben Sinne den Willensakt des Befehlenden wiederholt, wie er,

| 258 |¹⁾ Vgl. oben S. 235, 236.¹⁶⁷⁹

²⁾ Vgl. auch die Ausführungen *Bierlings*, Juristische Prinzipienlehre I. S. 27 ff.^{1682, 1683} Wie ist es mit den Regeln der Logik und Grammatik zu vereinbaren, wenn *Bierling* sagt, daß der Satz „Du sollst das und das tun“ ein Urteil im logischen Sinne sein *könne*, aber nicht immer sein *müsse*, und zwar dann niemals ein Urteil im logischen Sinne vorliege, wenn dieser Satz im „imperativischen Sinne“ gebraucht werde! Die *formal-logische* Natur eines Satzes ist doch vollkommen unabhängig von dem Zwecke, zu welchem er ausgesprochen wird! Und nur der *Zweck* ist es, den *Bierling* im Auge hat, wenn er von einem imperativischen Sinne spricht. Ein Satz, der Subjekt und Prädikat hat, ist seiner logischen Natur nach stets ein Urteil!

| 259 |¹⁾ Vgl. die Ausführungen *Bierlings* a. a. O. S. 27 ff.¹⁶⁸⁴ die diesen *Zitelmannschen* Einwand gegen die Imperativtheorie widerlegen wollen. Freilich nur zum Teile mit stichhaltigen Argumenten.

¹⁶⁷⁹ Vgl. oben S. 351f.

¹⁶⁸⁰ «ist kein Imperativ, wie *Zitelmann* anzunehmen scheint, sondern ein»] A₁ «ist ein»; A₂ «ist kein Imperativ, wie *Zitelmann* anzunehmen scheint, sondern ein».

¹⁶⁸¹ «mit Aussprechen eines Urteiles»] A₁ «mit einem Urteil»; A₂ «mit Aussprechen eines Urteiles».

¹⁶⁸² *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 27–30.

¹⁶⁸³ «S. 27 ff.»] A₁ «S. 27 ff., der wie die meisten Imperativtheoretiker Norm u Imperativ konfundiert und nicht zwischen Zweck und Form unterscheidet.»; A₂ «S. 27 ff.».

¹⁶⁸⁴ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 27–30.

indem er eine Aussage *glaubt*, den Gedanken des Redenden in sich aufnimmt²⁾. Das geäußerte Urteil: Luft ist leichter als Wasser, macht – wie jedes Urteil – auf objektive Wahrheit¹⁶⁸⁶ Anspruch; es wiederholt sich im Geiste eines jeden, der es gehört oder gelesen oder sonst wie aufgenommen hat; es „gilt“ in dieser Form nicht nur für den, der es äußert, sondern überhaupt für jedes vernünftige Wesen. Allein wesentlich verschieden von dieser allgemeinen „Geltung“ des auf Wahrheit Anspruch machenden Urteiles ist die Geltung einer Norm. Die Geltung der Norm besteht nicht in ihrer Wahrheit, die Norm will als solche nicht geglaubt werden wie das Naturgesetz; unter ihrer „Geltung“ kann man nur die Tatsache verstehen, daß die Norm ein Sollen statuiert, die Fähigkeit hat, Subjekte zu verpflichten, oder – von einem *teleologischen* Standpunkte aus – daß die Norm tatsächlich befolgt wird, ihren *Zweck, motivierend zu wirken, erfüllt*³⁾. In diesem Sinne „gilt“ die Norm, ob sie nun in Form eines Urteiles oder¹⁶⁸⁸ eines Imperatives auftritt. Hüllt sich die Norm in die Form eines Urteils¹⁶⁸⁹, dann macht dieses Urteil wie jedes andere allgemeinen Anspruch¹⁶⁹⁰ auf Wahrheit und wiederholt sich in demjenigen, der es vernimmt, ebenso wie jedes Urteil. Der¹⁶⁹¹ Satz: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen, ist *als Urteil* ebenso wahr und allgemein d. h. für alle Vernünftigen gültig wie¹⁶⁹² der Satz: Der Staat ist groß und mächtig, oder: Das Pferd ist ein Säugetier. Allein, diese logische Allgemeingültigkeit des Urteiles ist für ein mit diesem Urteile statuiertes Sollen, für die *Geltung* der mit dem Urteile gesetzten *Norm* gleichgültig¹⁶⁹³.

²⁾ Sigwart, Logik I. S. 17, Anmerkung.¹⁶⁸⁵

³⁾ Welch letztere Relation der Norm hier als ihre „Wirkung“ zu bezeichnen vorgeschlagen wurde, zum Unterschied von ihrer *normativen* „Geltung“. ¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸⁵ Christoph Sigwart, Logik, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1889, S. 18 Anm. * – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶⁸⁶ «auf objektive Wahrheit»] A₁ «auf Wahrheit»; A₂ «auf objektive Wahrheit».

¹⁶⁸⁷ Vgl. oben S. 93–95.

¹⁶⁸⁸ «Geltung einer Norm ... Urteiles oder»] A₁ «Geltung einer Norm, ob man nun darunter die bloß formale Existenz der Norm, das Sollen ohne Rücksicht auf das Sein, oder die materielle Fähigkeit motivierend zu wirken versteht. Die Norm will eben nicht „geglaubt“ werden, sie will befolgt werden, sie macht als solche nicht wie das Urteil Anspruch auf Anspruch auf [sic] Wahrheit; ihr *Zweck* ist ein bestimmtes Verhalten der Menschen zu statuieren. Dies ist der Fall ob die Norm in Form eines Urteiles oder»; A₂ «Geltung einer Norm ... Urteiles oder».

¹⁶⁸⁹ «in die Form eines Urteils»] A₁ «in ein Urteil»; A₂ «in die Form eines Urteils».

¹⁶⁹⁰ «andere allgemeinen Anspruch»] A₁ «andere Anspruch»; A₂ «andere allgemeinen Anspruch».

¹⁶⁹¹ «Urteil. Der»] A₁ «Urteil. Der normative Zweck freilich, der diesem Urteil innewohnt, der»; A₂ «Urteil., der».

¹⁶⁹² «wahr und allgemein d. h. für alle Vernünftigen gültig wie»] A₁ «wahr oder falsch wie»; A₂ «wahr u allgemein gültig wie»; A₃ «wahr u allgemein dh für alle Vernünftigen gültig wie».

¹⁶⁹³ «Urteile ... gleichgültig»] A₁ «Urteile verfolgten normativen Zwecke gleichgültig»; A₂ «Urteile ... gleichgültig».

Die Form des grammatischen Imperativs entbehrt¹⁶⁹⁴ daher nur der spezifischen Allgemeingültigkeit *der Urteile*. Die spezifische, auch für eine Vielheit von Subjekten zu behauptende Geltung | einer Norm kann einem Imperativ, sofern er ein Sollen statuiert, nicht abgesprochen werden. Das sogenannte individuelle, unübertragbare Moment des „Imperativs“ ist nichts anderes, als der für den normativen Charakter irrelevante Mangel des Anspruches auf Wahrheit, das Fehlen der logischen, *für das Urteil* charakteristischen Allgemeingültigkeit. Und¹⁶⁹⁵ so kann man sich wohl kaum eine ärgere Verkenning des Wesens der Rechtsnorm vorstellen, als jene, die den Mangel der für den normativen Charakter irrelevanten Allgemeingültigkeit eines Urteils gegen eine Formulierung des Rechtssatzes einwendet, bei welcher der normative Charakter deutlicher als bei irgend einer Form zum Ausdruck käme, nämlich beim Imperativ. Wenn der Rechtssatz *trotzdem* nicht die Form des Imperativs annehmen kann, so findet dies seinen Grund nicht darin, daß dem Imperativ die logische Allgemeingültigkeit fehlt, denn die *normative* Geltung ist davon vollständig unabhängig, sondern in anderen, früher dargelegten Momenten¹⁶⁹⁶. Und die Möglichkeit, eine Norm anders als imperativisch zu formulieren, beruht darauf, daß das Sollen in verschiedenen Formen statuiert werden kann¹⁾.

Eine besondere Eigenart des hypothetischen Urteiles, das *Zitelmann* als Rechtssatz bezeichnet, und dessen Nachsatz – wie erinnerlich – lautet: Du sollst, du bist verpflichtet ... besteht darin, daß dieses Urteil, das dem sprechend gedachten „Gesetzgeber“ in den Mund gelegt wird, eine Beziehung als gegeben, eine Verpflichtung als bereits vorhanden darstellt, die, wie *Zitelmann* selbst betont, erst

|260 |¹⁾ Auch *Bierling* hat nicht den Grund erkannt, weshalb eigentlich der Einwand, das individuelle und unübertragbare Moment des Imperativs mache diese Form für den Rechtssatz ungeeignet, hinfällig ist: *Bierling* sagt a. a. O. S. 28:¹⁶⁹⁷ „Andererseits kann darüber kein Streit sein, daß alle Rechtssätze nur Geltung haben für einen irgendwie *beschränkten* Kreis individuell oder generell bestimmter Subjekte; es ist ihnen also gerade dasjenige eigen, was nach dem Obigen den Imperativen, dagegen nicht den Urteilen im Sinne der Logik eignet“ (die nämlich unbeschränkte Geltung für *alle* vernunftbegabten Wesen haben). Nach *Bierling* ist der Unterschied also nur darin gelegen, daß Urteile unbeschränkt, Imperative dagegen beschränkt Geltung hätten, während doch nicht die Quantität sondern die Qualität der „Geltung“ eine verschiedene ist; *Bierling* unterscheidet eben nicht zwischen „Geltung“ einer Norm und Geltung eines Urteils; er identifiziert¹⁶⁹⁸ Imperativ und Norm und schreibt dem Imperativ eine spezifische „Geltung“ zu, die zum Wesen der Norm gehört, deren mögliche Ausdrucksform nur – wenn auch die reinste unter allen möglichen – der Imperativ ist.

¹⁶⁹⁴ «des grammatischen Imperativs entbehrt»] A₁ «des Imperativs, der überhaupt nichts anderes als den normativen Zweck zum Ausdruck bringt, entbehrt»; A₂ «des grammatischen Imperativs, entbehrt».

¹⁶⁹⁵ «Urteile. ... Und»] A₁ «Urteile. Und»; A₂ «Urteile. ... Und».

¹⁶⁹⁶ «Momenten»] A «Gründen»; F* «Momenten».

¹⁶⁹⁷ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 28 – Hervorhebung von Kelsen; Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁶⁹⁸ «er identifiziert»] A₁ «er unterscheidet nicht zwischen Zweck und Form, identifiziert»; A₂ «er identifiziert».

49 100

Allegemeinverpflichtung ist der Bestandteil ist für mich auch die
 Hauptaufgabe der Verfassung. In der Verfassung ist die Verfassung der
 Staat. Die Verfassung ist die Grundgesetzgebung. Die Verfassung ist
 der Grundgesetzgebung. Die Verfassung ist die Grundgesetzgebung. Die
 Verfassung ist die Grundgesetzgebung. Die Verfassung ist die Grundgesetzgebung.

Seite aus dem Autographen (37719-37721; 3781-3782; 3784-37815)

261 durch das Aussprechen des Rechtssatzes geschaffen werden soll. Nun, ganz abgesehen davon, daß die Vorstellung des „sprechenden“ oder urteilenden Gesetzgebers keine einwandfreie ist, ja, der ganze Begriff des Gesetzgebers lieber zu vermeiden wäre, da darunter doch nur die Staatsperson verstanden sein kann, die lediglich als | *wollend* gedacht werden darf – geht es formell nicht an, in einem Urteile etwas schon als bestehend zu behaupten, was durch das Urteil erst hergestellt werden soll. Dies ist ganz besonders der Fall, wenn das Verhältnis von Rechtssatz und Pflicht, wie bei *Zitelmann*, in der Weise konstruiert ist, daß die letztere als notwendige *Folge* des ersteren gedacht wird. Zwar in praxi kann sich der *Zitelmannsche* „Gesetzgeber“ jedes beliebigen Ausdruckes bedienen; eine Pflicht kann durch alle möglichen Sätze geschaffen werden. Allein, die Theorie, die ja nicht die Norm zu schaffen, die Pflichten zu statuieren, sondern die *logische Form* der Norm aufzuzeigen hat, soll und kann wohl eine solche *petitio principii* vermeiden.¹⁶⁹⁹ Doch spielt dieser Einwand eine formell untergeordnete Rolle gegenüber folgendem: *Zitelmann* bedient sich bei seiner Konstruktion des Rechtssatzes in ausgiebiger Weise des „Willens des Gesetzgebers“. Er sagt ausdrücklich, daß es dieser Wille ist, der die besondere *quasikausale* Beziehung zwischen gewissen äußeren Tatbeständen und dem Verpflichtetsein der Untertanen herstellt.¹⁷⁰⁰ Dieser Wille des Gesetzgebers ist es, der nach *Zitelmanns* Anschauung die Untertanen verpflichtet. Trotzdem enthält der Rechtssatz in der *Zitelmannschen* Formulierung keine Spur von diesem für die Verpflichtung so wesentlichen „Willen des Gesetzgebers“. *Zitelmann* beschränkt sich darauf, den Rechtssatz konstatieren zu lassen, daß das Subjekt unter gewissen Umständen verpflichtet sei, sich in bestimmter Weise zu verhalten, d. h. sich so verhalten *solle*. Allein, *Zitelmann* hätte in seinem Rechtssatze den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres zum Ausdrucke bringen können, ohne seine Theorie irgendwie einzuschränken. Da er ja den Gesetzgeber den Rechtssatz aussprechen läßt und der Wille des Gesetzgebers die Untertanen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet¹⁷⁰¹, kann der Rechtssatz ebensogut lauten: Unter bestimmten Bedingungen bist du verpflichtet ... wie: Unter bestimmten Bedingungen will ich (Gesetzgeber), daß du (Untertan) dich so oder so verhältst, verpflichte ich dich zu diesem bestimmten Verhalten. So lautete der Rechtssatz vom Standpunkte des Gesetzgebers aus, dem er ja von *Zitelmann* in den Mund gelegt wird. Die mögliche Verschiedenheit der Bedeutung des „du sollst“ von der eines „ich will, daß du ...“, auf die *Zitelmann* hinweist, kann gerade in diesem Falle nicht von Belang werden, da es ja dieselbe Person ist, die das „du sollst“ ausspricht und zugleich durch ihren Willen die Verpflichtung schafft. Des Gesetzgebers „du sollst“ ist identisch mit seinem: Ich will, daß du ...

¹⁶⁹⁹ «Zwar in praxi ... *petitio principii* vermeiden.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

¹⁷⁰⁰ *Zitelmann*, Irrtum (Anm. 42), S. 222.

¹⁷⁰¹ «Untertanen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet»] A₁ «Untertanen verpflichtet»; A₂ «Untertanen zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet».

Damit tritt aber deutlich die innere Übereinstimmung der *Zitelmannschen* Formulierung des Rechtssatzes mit der der Imperativtheorie hervor, deren Wesen darin zu erblicken ist, daß der Rechtssatz einen auf das rechtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteten Willen¹⁷⁰² des Staates – und niemand anders ist ja der „Gesetzgeber“ – beinhaltet. Daß auf Grund des von *Zitelmann* selbst geschaffenen Willensbegriffes ein derartiges Wollen fremden Verhaltens nicht möglich ist, wurde bereits früher gezeigt.¹⁷⁰³ Die Gegnerschaft *Zitelmanns* gegen die Theorie, der Rechtssatz sei ein Imperativ, beschränkt sich daher nur auf ein Moment untergeordneter Bedeutung. Seine praktische Formulierung des Rechtssatzes ist durchaus die gleiche wie die der Imperativtheoretiker, die ja ebenfalls den Rechtssatz lauten lassen: Du sollst ...¹⁾; was ihn von den Vertretern der sogenannten Imperativtheorie unterscheidet, das ist lediglich die Beurteilung dieser Formel, in welcher er mit Recht ein grammatisches Urteil und keinen Imperativ erkennt. Auch daß das *Zitelmannsche* „Du sollst“ hypothetisch gefaßt ist, macht keinen Unterschied von der sogenannten Imperativtheorie. Der grammatische Imperativ wie auch das Urteil: Du sollst, können ohne weiteres eine Bedingung vertragen. Allein, nicht alle subjektiven Pflichten der¹⁷⁰⁵ Untertanen sind bedingt! Und darin liegt ein Hauptargument gegen *Zitelmann*, der den Rechtssatz die subjektive Pflicht der Untertanen enthalten läßt und ihm ganz allgemein, in allen Fällen hypothetische Natur zuerkennt. Denn eine Reihe von Rechtspflichten¹⁷⁰⁶ lassen sich durchaus nicht an gewisse Bedingungen konstruieren. Es sind dies die Unterlassungspflichten, die vornehmlich den Inhalt des Strafrechtes bilden. Es hängt mit der bereits oben¹⁷⁰⁷ angedeuteten rein negativen Natur der Unterlassung zusammen, daß diese – im Gegensatz zur positiven Handlung – voraussetzungslos gedacht werden kann. Zu einem Nicht-Morden, Nicht-Stehlen, Nicht-Ehrverletzen etc.¹⁷⁰⁸ ist der Untertan unter allen Umständen und bedingungslos verpflichtet, diese Rechtspflicht ist eine permanente, sie entsteht nicht etwa unter bestimmten Voraussetzungen und endet nicht bei Wegfall derselben, wie diejenigen Rechtspflichten, die ein positives Handeln zum Inhalte haben. So ist die Verpflichtung, ein Darlehen zu restituieren, an die Voraussetzung gebunden, daß man ein Darlehen empfangen hat, und diese Rechtspflicht erlischt, wenn das Darlehen restituiert ist. Und um ein Beispiel des Strafrechtes zu wählen: Die Rechtspflicht, eine anvertraute Sache

| 262

¹⁾ Vgl. z. B. *Bierling* a. a. O. S. 27 ff.¹⁷⁰⁴

| 262

¹⁷⁰² «einen ... Willen»] A₁ «einen Willen»; A₂ «einen ... Willen».

¹⁷⁰³ Vgl. oben S. 252–260.

¹⁷⁰⁴ *Bierling*, Prinzipienlehre (Anm. 1419), S. 27–30.

¹⁷⁰⁵ «alle subjektiven Pflichten der»] A₁ «alle Verpflichtungen der»; A₂ «alle subjektiven Pflichten der».

¹⁷⁰⁶ «Rechtspflichten»] A₁ «Pflichten»; A₂ «Rechtspflichten».

¹⁷⁰⁷ Vgl. oben S. 216–222.

¹⁷⁰⁸ «Nicht-Ehrverletzen etc.»] A₁ «Nicht-Veruntreuen»; A₂ «Nicht-Ehrverletzen e c.».

zurückzugeben, entsteht erst in dem Augenblick, da eine Sache anvertraut wurde, und erlischt, sobald die Sache zurückgegeben ist. Es wäre ein Irrtum, diese durch einen Strafrechtssatz statuierte Pflicht für eine Unterlassungspflicht anzusehen, da sich ihr Inhalt als Unterlassung | von Veruntreuung darstellen läßt! Weil schon in dem Begriffe der¹⁷⁰⁹ Veruntreuung das negative Element steckt, gibt die Hinzufügung des Begriffes der Unterlassung eine doppelte Verneinung und somit eine Bejahung. Diese Rechtspflicht beinhaltet ein positives Handeln: das Zurückgeben der anvertrauten Sache, und darum ist diese Pflicht eine bedingte, da kein positives Handeln – wohl aber ein Unterlassen – als dauernder Zustand gefordert werden kann. Mit dieser Bedingtheit oder Unbedingtheit der *subjektiven* Rechtspflicht der Untertanen darf nicht verwechselt werden die Bedingtheit des *objektiven* Rechtssatzes. Dieser ist, wie bereits dargelegt,¹⁷¹⁰ unter allen Umständen bedingt – allerdings nur darum, weil sein Nachsatz den staatlichen Willen zur Unrechtsfolge und nicht, wie bei *Zitelmann*, die subjektive Rechtspflicht der Untertanen, deren rechtmäßiges Verhalten, enthält. Darum ist der Rechtssatz auch in jenen Fällen hypothetisch, in denen die korrespondierende Rechtspflicht der Untertanen unbedingt ist. Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen, lautet der Rechtssatz; Nichtstehlen ist der Inhalt der unbedingten Rechtspflicht.

Wo die subjektive Rechtspflicht bedingt ist, dort ist der Rechtssatz doppelt bedingt. Die subjektive Rechtspflicht: eine anvertraute Sache zu restituieren, wird mit dem Rechtssatze statuiert: *Wenn* jemandem eine Sache anvertraut wird, und *wenn* er diese Sache nicht zurückgibt, will der Staat ihn mit Arrest bestrafen. Für *Zitelmann*, der seinen Rechtssatz vom subjektiven Standpunkte der statuierten Rechtspflicht konstruiert, ist diese wichtige Differenz zwischen der Bedingtheit des Rechtssatzes und der Bedingtheit der subjektiven Rechtspflicht nicht erkennbar. Überdies hat *Zitelmann* bei seiner Konstruktion des Rechtssatzes offenbar nur die ein positives Handeln statuierenden Rechtspflichten im Auge, die im *Zivilrechte* typisch sind; denn sein Rechtssatz könnte nicht mehr hypothetisch konstruiert sein, wenn er eine im Strafrechte übliche Unterlassungspflicht statuieren sollte. An welche Bedingungen sollte wohl ein: Ihr sollt nicht stehlen, geknüpft sein? Damit bleibt aber *Zitelmann* das Wesen der Unterlassung und der wichtige Unterschied zwischen der Struktur der Handlungs- und jener der Unterlassungspflicht verborgen.

Noch in einem anderen Sinne als bei *Zitelmann* ist der Rechtssatz als hypothetisches Urteil neuestens konstruiert worden. In seinem Buche über „Die

¹⁷⁰⁹ «in dem Begriffe der»] A₁ «in der»; A₂ «in dem Begriffe der».

¹⁷¹⁰ Vgl. oben S. 373.

Rechtswidrigkeit¹⁾ erklärt *Hold von Ferneck*¹⁷¹² das Recht im objektiven Sinne als einen Komplex von hypothetischen Urteilen²⁾. Es ist zunächst außerordentlich bezeichnend, daß | dieser Autor es mit seiner Lehre für vereinbar hält, daß das Recht zugleich ein Komplex von Imperativen sei¹⁾. Wie man sich logisch und grammatisch damit abfinden soll, daß ein Imperativ ein Urteil sei, bleibt auch hier rätselhaft. Allerdings faßt *Hold von Ferneck* den Begriff „Imperativ“ nicht in seiner korrekten formellen Bedeutung sondern substantiell im Sinne von Gebot und Verbot, Befehl, Willensveranlassung. Er ist auch in jeder Weise den Imperativtheoretikern beizuzählen, da er den Rechtssatz stets nur als staatlichen Befehl¹⁷¹⁵ des rechtmäßigen Verhaltens der Untertanen auffaßt. Wenn er behauptet, die Rechtsnormen seien hypothetische Urteile, so hat dies folgenden Sinn: „Mit der Lehre ist nichts anderes gesagt, als daß es auf die *Sachlage* ankommt, ob der Imperativ, den das Recht oft scheinbar unbedingt aufstellt, ergeht oder nicht ergeht. *Die Norm etwa: Du sollst nicht töten, ergeht nur, wenn eine bestimmte Situation vorliegt.* Ist ein anderer Tatbestand gegeben, so kann von ihr nicht die Rede sein und zwar überall dort nicht, wo das Recht entweder einen Anlaß zu normieren überhaupt nicht findet, weil die Disposition zu töten nicht vorliegt, und dort nicht, wo das Recht die Tötung zuläßt oder gar zur Pflicht macht. Man kann kurz sagen: Alles Recht ist Situationsrecht²⁾. Alles Recht sei Interessenschutz. „Ein Interesse ist aber nur dann eines Schutzes bedürftig, wenn es ... in Gefahr steht verletzt zu werden ...“¹⁷¹⁷ Als Interessenkollision stellt sich die Situation des näheren dar und es ergibt sich der Satz: „Alles Recht ist Kollisionsrecht“.¹⁷¹⁸ In dem hypothetischen Urteile also, das nach *Hold von Ferneck* den Rechtssatz darstellt, enthält der bedingende Vordersatz als Hypothese den Kollisionsfall und der Nachsatz den Be-

| 264

¹⁾ Jena 1903.¹⁷¹¹

²⁾ a. a. O. S. 203.¹⁷¹³

¹⁾ Vgl. insbesondere a. a. O. S. 158.¹⁷¹⁴

²⁾ a. a. O. S. 203.¹⁷¹⁶

| 263

| 264

¹⁷¹¹ *Alexander Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903.

¹⁷¹² *Alexander Freiherr Hold von Ferneck* (1875–1955), Völkerrechts- und Strafrechtslehrer sowie Rechtsphilosoph; 1908–1917 im k. u. k. Ministerium des k. u. k. Hauses und des Äußeren tätig; 1917–1920 Ministerialrat im Auswärtigen Amt. Seit 1912 war er außerordentlicher, seit 1917 tit. o. Univ.-Professor (Professor mit Titel und Charakter) für Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien, im Sommersemester 1920 Lehrkanzelvertreter für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Deutschen Universität Prag, 1922–1945 Ordinarius in Wien. Wichtige Werke: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, 2 Bde., Jena 1903 und 1905; Die Kriegskonterbande: ein Beitrag zur Reform des internationalen Seerechts, Wien 1907.

¹⁷¹³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 205.

¹⁷¹⁴ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 98.

¹⁷¹⁵ «als staatlichen Befehl»] A₁ «als Befehl»; A₂ «als staatlichen Befehl».

¹⁷¹⁶ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 205 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁷¹⁷ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 205.

¹⁷¹⁸ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 206.

fehl des rechtmäßigen Verhaltens, z. B.: Wenn dein Interesse im Gegensatz zu dem eines anderen die Tötung des letzteren fordert, so töte dennoch nicht! Diese Konstruktion ist jedoch zu verwerfen, denn der Vordersatz enthält nur eine Scheinbedingung und ist daher vollkommen überflüssig! Die Voraussetzung eines eigenen Interesses ist selbstverständlich, weil ohne ein solches überhaupt keine Handlung – also auch die gebotene oder verbotene Handlung nicht – denkbar¹⁷¹⁹ ist, ja, der Begriff der Handlung enthält schon von vornherein das *eigene* Interesse, das dann von *Hold* in ganz unzulässiger Weise als Bedingung nochmals ausdrücklich vorangesetzt wird. Der *Hold*sche Rechtssatz hätte etwa die gleiche logische Qualität wie der folgende: Sprich niemals, wenn du schweigst. Soll es aber die Bedrohung des *fremden* Interesses sein, die den Kollisionsfall und damit die Bedingung | des Rechtsbefehles bildet, so muß auch hierin nur eine Scheinbedingung erblickt werden. Denn nach *Hold von Fernecks* eigener Behauptung kommt es hierbei nicht etwa auf ein konkretes Individualinteresse an; die Verletzung eines solchen muß nicht gegeben sein, damit die Tötung eine norm- und pflichtwidrige Handlung sei oder überhaupt eine Rechtswidrigkeit vorliege. Es genügt nach *Hold von Ferneck* ein „Durchschnittsinteresse“.¹⁷²⁰ Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Gesetzgeber im allgemeinen, d. h. bei den meisten Menschen, in der Regel der Fälle ein Interesse an den Gütern annimmt, deren Verletzung er durch Unrechtsfolgen ahndet, das bedeutet aber wieder nichts anderes als eine praesumptio juris et de jure,¹⁷²¹ daß *jede* einer Rechtsnorm zuwiderlaufende Handlung ein (präsumiertes Durchschnitts-)Interesse verletzt, daß, beispielsweise, *jede* Tötung eines Menschen gegen das Interesse des Getöteten erfolgt, gleichgültig, ob ein konkretes Individualinteresse verletzt wurde oder nicht (was z. B. bei einer Tötung auf Wunsch des Getöteten der Fall ist). Somit ist auch die Bedrohung eines fremden Interesses als Bedingung der Rechtsnorm die gleiche Scheinbedingung wie die der Existenz des eigenen Interesses oder der Kollision beider, denn die Annahme des bedrohten fremden Interesses liegt immer und unter allen Umständen vor, wenn überhaupt ein Rechtssatz besteht; der Satz: Töte nicht, wenn fremdes Interesse dadurch verletzt wird, ist nur *scheinbar* bedingt, denn wenn die Rechtsordnung das Töten verbietet, so ist damit allein schon die Existenz eines korrespondierenden Interesses des zu Tötenden unwiderleglich angenommen. Auch hier wird überflüssiger- und unzulässigerweise nochmals als *conditio* hervorgehoben, was schon im Begriffe des angeblich dadurch bedingten Tötungsverbotens von vornherein gelegen ist. Auch hier zeigt sich das logische Unding eines: Wenn du schweigst – so sprich nicht.

Als Konsequenz dieser Theorie des Kollisionsrechtes vertritt *Hold von Ferneck* die Anschauung, daß die Existenz des objektiven Rechtes an den Augenblick der

¹⁷¹⁹ «Handlung ... denkbar»] A₁ «Handlung denkbar»; A₂ «Handlung ... denkbar».

¹⁷²⁰ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 126.

¹⁷²¹ Lat.: praesumptio iuris et de iure; dt.: unwiderlegliche Rechtsvermutung.

Interessenkollision gebunden sei. Erst im Augenblicke, da dem eigenen Interesse ein fremdes drohend gegenüberrete, ergehe die verpflichtende Rechtsnorm¹⁷²², und sobald das drohende Interesse weiche, falle die Rechtsnorm wiederum weg. In dem Momente nur, wo Interessen drohend einander gegenüberreten, taucht das Recht als objektive Macht, als Norm *blitzartig* auf, um sofort wieder, wenn dieser Konflikt gelöst ist, zu verschwinden¹⁾. Diese „blitzartige“ Existenz des objektiven Rechtes muß jeden seltsam be|rühren, der gewohnt ist, das Recht im objektiven Sinne, die Rechtsordnung als ein Dauerndes, ja Ewiges zu betrachten, als ein Sollen, das¹⁷²⁴ unabhängig von allen Wechselfällen und Veränderungen des Lebens besteht. Die Auffassung *Hold's* erklärt sich nur, wenn man weiß, daß *Hold* das Recht als objektive Macht in einem rein psychologischen Sinne, als einen realpsychischen, der Welt des Seins angehörigen Vorgang, nämlich als den Prozeß der Motivation in dem nur widerstrebend dem Rechtsbefehle Gehorchenden, als den kausalen Vorgang des psychischen Zwanges erblickt.¹⁷²⁵ Unter¹⁷²⁶ diesem Gesichtswinkel betrachtet, stellt sich das objektive Recht als eine Summe einzelner, in Zeit und Raum sich abspielender, also örtlich und zeitlich begrenzter psychischer Prozesse und nicht als eine konstante Relation dar. Freilich ist dieser Standpunkt in den vorangegangenen Untersuchungen¹⁷²⁷ als der der Soziologie und Völkerpsychologie – und nicht der des Juristen nachgewiesen worden. Allein, *Hold von Ferneck* scheint einen Unterschied in der Methode und Betrachtungsweise der normativen und explikativen Disziplinen überhaupt nicht zu kennen oder anzuerkennen. Er sagt „... Das ganze Recht selbst ist nichts als ein faktisches Geschehen, da es nur ein Ausschnitt aus dem Leben der Menschen ist. Hat ja doch die Rechtswissenschaft überhaupt nichts anderes zu tun, als gewisse Komplexe von Veränderungen in der empirischen Welt gedanklich zusammenzufassen und die Zusammenhänge derselben gesetzmäßig nachzuweisen“¹⁾. Damit ist jeder Unterschied zwischen Sein und Sollen weggeleugnet und die Rechtswissenschaft als eine empirische Deskription tatsächlicher Vorgänge und ihres inneren *kausalen Zusammenhanges*¹⁷²⁹ den Naturwissenschaften vollständig gleichgestellt! Und an einer

| 266

|¹⁾ a. a. O. S. 206 f.¹⁷²³

| 265

|¹⁾ a. a. O. S. 174.¹⁷²⁸

| 266

¹⁷²² «die verpflichtende Rechtsnorm»] A₁ «die Rechtsnorm»; A₂ «die verpflichtende Rechtsnorm».

¹⁷²³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 206 f.

¹⁷²⁴ «betrachten, als ein Sollen, das»] A₁ «betrachten, das»; A₂ «betrachten, als ein Sollen das».

¹⁷²⁵ Vgl. z. B. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 164–174.

¹⁷²⁶ «erblickt. Unter»] A₁ «erblickt. Von diesem Standpunkte aus ist die „blitzartige“ Existenz des Rechtes die einzig richtige und konsequente, denn [bricht ab]»; A₂ «erblickt. Unter».

¹⁷²⁷ Vgl. oben S. 272–280.

¹⁷²⁸ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 174.

¹⁷²⁹ «inneren kausalen Zusammenhanges»] A₁ «inneren Zusammenhanges»; A₂ «inneren kausalen Zusammenhanges».

anderen Stelle:²⁾ „Man könnte von einer Rechtswissenschaft gar nicht sprechen, wenn die Jurisprudenz mit Begriffen operierte, die eines realen Substrates erman-
geln. Wissenschaft ist ja die Erklärung des Seienden ...“ Als ob es überhaupt keine
normativen Disziplinen im Gegensatz zu den explikativen gäbe, deren Prinzip
allein die Erklärung des tatsächlichen Geschehens ist! Angesichts einer derartigen
vollständigen und prinzipiellen Verschiedenheit in der Methode ist an dieser Stelle
eine Polemik nicht am Platze. Die bisherigen Untersuchungen haben bereits zur
Genüge die Argumente gegen den *Holdschen* Standpunkt dargelegt. Hier genügt es,
die eigene Ansicht zu präzisieren und eventuelle Widersprüche innerhalb der geg-
nerischen Schlußfolgerungen aufzuzeigen.

| 267

Sieht man das Wesen des objektiven Rechtes nicht in realpsychischen Vorgän-
gen, sondern in dem Inbegriffe idealer Normen, dann entsteht der Rechtssatz –
oder wie sonst man die Einheit der Rechtsordnung nennen mag – oder m. a. W.
dann kann das Urteil über die Existenz eines bedingten Staatswillens gefällt wer-
den, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, an welche
die Entstehung eines Staatswillens gesetzlich geknüpft ist. Das Gesetz und mit ihm
der Rechtssatz besteht von dem Augenblicke an, da das Gesetz in Rechtskraft tritt,
und existiert ununterbrochen fort, bis das Gesetz in gesetzlichen Formen aufge-
hoben wird. Mit dieser Tatsache der *formalrechtlichen* Existenz der Rechtsnorm,
die¹⁷³¹ juristisch notwendig als ein perpetuum gedacht werden muß, steht in un-
auflöslichem Widerspruche, das *objektive* Recht – und es ist nicht etwa das sub-
jektive Recht, das *Hold von Ferneck* im Auge hat – erst im Falle der Interessen-
kollision entstehen und im Falle der Kollisionslösung wieder verschwinden zu
lassen. Es ist schlechterdings unbegreiflich, wie man gewisse im Innern der *Sub-
jekte* vorsiehende psychische Prozesse, also offenbar rein *subjektive* Vorgänge,
mit dem Recht als *objektiver* Macht¹⁾ identifizieren kann. Allein, ganz abgesehen
davon und von der Unzulässigkeit¹⁷³³ des prinzipiellen Standpunktes, ist die gro-
teske Lehre von der „blitzartigen“ Existenz des objektiven Rechtes auf Grund der
von *Hold* selbst angenommenen Voraussetzungen unhaltbar! Denn wann sollte
der Augenblick der Interessenkollision faktisch gegeben sein? Wie bereits bemerkt,
ist das Interesse, zu dessen Schutz Rechtsnorm und Pflicht bestehen, nach *Hold*

²⁾ a. a. O. S. 371.¹⁷³⁰

| 267

¹⁾ Was *Hold* mit „Recht als subjektive Macht“ bezeichnet, wird später noch zu zeigen sein und die
ganze Unterscheidung zwischen dem Recht als objektiver und dem Recht als subjektiver Macht, ja,
die Vorstellung vom Recht als „Macht“ überhaupt widerlegt werden.¹⁷³²

¹⁷³⁰ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 371.

¹⁷³¹ «der *formalrechtlichen* Existenz der Rechtsnorm, die»] A₁ «der *rechtlichen* Existenz eines
Gesetze[s]; A₂ «der *formal rechtlichen* Existenz des Rechtssatzes, die»; A₃ «der *formal rechtlichen*
Existenz der Rechtsnorm, die».

¹⁷³² Vgl. unten S. 469–473.

¹⁷³³ «Unzulässigkeit»] A «Unhaltbarkeit»; F* «Unzulässigkeit».

kein konkretes, sondern ein „Durchschnittsinteresse“²⁾. „Nicht konkrete, sondern abstrakte, nicht individuelle, sondern generelle Interessen schützt das Recht“. Wann soll nun eine Kollision von Durchschnittsinteressen zu konstatieren sein? Zweifellos können – wenn man ernstlich nur die Welt des Seienden im Auge hat – lediglich konkrete individuelle Interessen kollidieren. Eine Kollision von Durchschnittsinteressen ist ebenso nur eine Präsumption oder Fiktion (im schlechtesten Sinne) wie die Annahme eines Durchschnittsinteresses. Der „Gesetzgeber“ nimmt gewisse Interessen als durchschnittlich gegeben an, d. h. nichts anderes, als daß diese Interessen immer und unter allen Umständen als vorhanden angenommen werden müssen – juristisch richtig ausgedrückt, daß der tatsächliche Mangel eines solchen Interesses im konkreten Falle rechtlich gleichgültig bleibt. Der Gesetzgeber schützt diese Durchschnittsinteressen, indem | er auf ein gewisses Verhalten der Menschen, das diese *Durchschnittsinteressen* zu verletzen geeignet ist, nachteilige Folgen verhängt. Wann entsteht also die Kollision? Das eine – nämlich zu schützende Interesse – muß als Durchschnittsinteresse bereits als längst bestehend angenommen werden. Das andere Interesse, nämlich das an dem durch die Rechtsordnung verbotenen Verhalten, muß konsequenterweise auch als Durchschnittsinteresse angenommen werden, mit dem der Gesetzgeber ebenso zu rechnen hat wie mit dem zu schützenden, da er sonst keine Unrechtsfolgen über dasselbe zu verhängen brauchte. Der „Gesetzgeber“ und der auf seinem Standpunkt stehende Jurist muß also sowohl das zu schützende als auch das diesem feindliche Interesse als durchschnittlich gegeben – d. h. als permanent vorhanden annehmen; und das Verhältnis zwischen beiden Interessengruppen darf sich vom Standpunkte dieser Betrachtung aus nicht als eine momentane Kollision – solche wäre ja nur bei konkreten, individuellen Interessen denkbar, von denen aber diese *generelle* Betrachtungsweise *Holds* zu abstrahieren hat – sondern als ein dauernder Zustand der Interessengegensätzlichkeit darstellen. Wenn der „Gesetzgeber“ an die Nicht-rücküberstattung eines Darlehens die Unrechtsfolge der Exekution knüpfen zu müssen glaubt, so tut er es, weil er annimmt, daß *der Schuldner* als solcher, (nicht etwa jeder einzelne Schuldner in jedem einzelnen Falle) ohne diese Nachteilsdrohung das Darlehen nicht wiedererstaten werde, weil der „Gesetzgeber“ zwischen dem Schuldner (als Typus) und dem Gläubiger (als Typus) einen Interessengegensatz annimmt; einen *Durchschnittsinteressengegensatz*, der – weil er genereller und nicht individueller Natur ist – nicht an einen bestimmten Zeitpunkt oder an einen bestimmten Raumpunkt gebunden, m. a. W. nicht in einem individuellen konkreten Fall zu denken ist und daher nicht als blitzartige Kollision dargestellt werden kann.

| 268

* * *

2) a. a. O. S. 125.¹⁷³⁴

¹⁷³⁴ Ferneck, Rechtswidrigkeit (Anm. 1711), S. 126.

Die das positive Resultat der bisherigen Untersuchungen bildende Konstruktion der Rechtssätze als hypothetische Urteile über einen Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten führt zu der Annahme, daß jeder Rechtssatz die Staatsperson verpflichtet, gewisse Rechtssätze auch Pflichten der übrigen Subjekte – der Untertanen – statuieren. Damit liefert die hier akzeptierte Konstruktion ein selbständiges, rein formales Einteilungsprinzip für die Systematik des objektiven Rechtes.

|269 Daß die heute übliche, noch der in praktisch-kasuistischer Hin|sicht sehr scharfsinnigen, in theoretisch-konstruktiver Richtung dagegen sehr mangelhaften und unentwickelten römischen Jurisprudenz entnommene Einteilung der Rechtssätze in *ius privatum* und *ius publicum* eine unzulängliche ist, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden. Wiederholt hat man darauf hingewiesen, daß das dieser Unterscheidung zugrunde liegende Kriterium schon deshalb unbrauchbar ist, weil alles objektive Recht dem öffentlichen Interesse der Gesamtheit dient und – stellt man sich auf den Standpunkt des „Gesetzgebers“ – nur zu diesem Zwecke erlassen wird. Stellt man sich aber auf den Standpunkt des rechtsunterworfenen Einzelsubjektes, dann ist im Grunde bei keinem Rechtssatz von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, ihn im Privatinteresse einzelner funktionieren zu sehen, so daß die Einteilung in öffentliches und Privatrecht, die unsere heutige Rechtswissenschaft beherrscht, nicht so sehr eine des objektiven Rechtes, als vielmehr eine Unterscheidung der möglichen Betrachtungsweisen der Rechtssätze ist.

Der Standpunkt, den diese Untersuchungen dem herrschenden Einteilungsprinzip gegenüber einnehmen, ist mit der Erkenntnis gegeben, daß das grundlegende Unterscheidungsmerkmal in dem für die formal-rechtliche Konstruktion völlig unzulässigen materiellen Zweckmomente besteht.

Die rein formale Systematik des objektiven Rechtes, die sich aus der richtig erkannten Konstruktion des Rechtssatzes ergibt, teilt die Rechtssätze nach ihrer spezifisch *formal-rechtlichen Funktion der Verpflichtung* in solche, welche die Staatsperson und in solche, welche auch die übrigen Subjekte verpflichten. Will man die den Staat verpflichtenden Normen Staatsrecht nennen, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß alles Recht Staatsrecht ist, daß Staatsrecht der weitere Begriff ist, der alle übrigen möglichen Arten von¹⁷³⁵ Rechtssätzen in sich einschließt. Nur wenn man dem Begriffe *Staats-Recht* diese Bedeutung gibt, kommt¹⁷³⁶ das spezifische Verhältnis von Staat und Recht richtig zum Ausdruck.

Die Gruppe von Rechtssätzen, welche einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution) beinhalten und die neben der Staatsperson vermöge¹⁷³⁷ ihrer besonderen Anwendungsfähigkeit auf die Untertanen auch die

¹⁷³⁵ «Arten von»] A₁ «Arten des objektiven Rechts [bricht ab]»; A₂ «Arten von».

¹⁷³⁶ «Nur ... kommt»] A₁ «Nur in dieser Form kommt»; A₂ «Nur ... kommt».

¹⁷³⁷ «und die neben der Staatsperson vermöge»] A₁ «und vermöge»; A₂ «und die neben der Staatsperson vermöge».

letzteren verpflichten, umfasst denjenigen Komplex des objektiven Rechtes, welchen die herrschende Systematik als Straf- und Privatrecht bezeichnet und dem Staatsrecht im üblichen Sinne gegenüberstellt, obgleich die hier in Betracht kommenden Rechtssätze¹⁷³⁸ ganz ebenso staatliche Funktionen normieren wie die des Verfassungs- oder Verwaltungsrechtes im¹⁷³⁹ üblichen Sinne. Die Rechtspflichten des Staates, zu strafen oder zu exequieren, sind formal-juristisch keine andern als die, Arme zu unterstützen, Eisenbahnen zu bauen, Beamte zu bezahlen, Unterricht zu erteilen, für die Gesundheit der Untertanen zu sorgen, Krieg zu führen etc.¹⁷⁴⁰ etc., und können, ja, müssen ganz ebenso wie diese letzteren unter dem Gesichtswinkel des Verwaltungs- oder Verfassungsrechtes betrachtet werden. |270

Bei diesen nur die Grundzüge einer Einteilung der Rechtssätze andeutenden Bemerkungen muß es einstweilen sein Bewenden haben. Erst die folgenden Untersuchungen, insbesondere soferne sie die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes: die Rechtspflicht und das subjektive Recht betreffen,¹⁷⁴¹ werden weiteres Material für eine formale Rechtssystematik liefern.

¹⁷³⁸ «Rechtssätze»] A₁ «Normen»; A₂ «Rechtssätze».

¹⁷³⁹ «des Verfassungs- oder Verwaltungsrechtes im»] A₁ «des Staatsrechtes [bricht ab]»; A₂ «des Verfassungs oder Verwaltungsrechtes im».

¹⁷⁴⁰ «sorgen, Krieg zu führen etc.»] A₁ «sorgen etc.»; A₂ «sorgen, Krieg zu führen etc.».

¹⁷⁴¹ Vgl. unten S. 435–529, 720–776.

X. Kapitel.

Die Normentheorie Bindings und Thons.

Die bisher entwickelten Untersuchungen können nicht weitergeführt werden, ohne daß zu einer Lehre¹⁷⁴² Stellung genommen wird, die sich als Spielart der hier bekämpften Imperativtheorie darstellt und die besonders in der Strafrechtsdisziplin größere Bedeutung gewonnen hat. Es ist *Bindings* sogenannte „Normentheorie“⁽¹⁾.

Eine Darstellung der berühmten und vielumstrittenen Lehre ist wohl nicht mehr nötig. Ihren Inhalt darf man heute als bekannt voraussetzen. Auch soll nicht eine allseitige Untersuchung und Kritik¹⁷⁴⁴ dieser vornehmlich für das strafrechtliche Gebiet Geltung fordernden Konstruktion des objektiven Rechtes geliefert, sondern lediglich das Verhältnis der hier als richtig erkannten Formulierung des Rechtssatzes zu der *Bindings* festgestellt und deren allgemeines Prinzip gewürdigt werden.

Der Kern der *Bindingschen* Lehre ist bekanntlich die Unterscheidung zwischen dem Strafrechtssatz und der von ihm im Gegensatz zu diesem so genannten „Norm.“ Der Strafrechtssatz hat nach *Binding* durchaus dieselbe Form, die nach der hier vertretenen Auffassung dem Rechtssatz überhaupt wesentlich ist; er ist ein hypothetisches Urteil über den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Willen des Staates, und zwar – da *Binding* nur das Strafrecht im Auge hat – den Willen des Staates (und damit zugleich die Rechts|pflicht des Staates) zu strafen. Neben diesem Strafrechtssatz glaubt jedoch *Binding* noch einen zweiten Rechtssatz annehmen zu müssen. Es ist der das rechtmäßige Verhalten der Untertanen fördernde „Imperativ“ oder das „Ihr sollt ...“ und diesen Rechtssatz tauft er „Norm.“¹⁷⁴⁵

Den Ausgangspunkt der *Bindingschen* Konstruktion – und zwar nicht nur äußerlich in der Form seiner Darstellung, sondern auch innerlich als Anstoß und treibendes Moment für die ganze Entwicklung seiner Theorie – bildet die Erkennt-

|270 ¹⁾ Systematisch dargestellt in: Die Normen und ihre Übertretung. I. 2. Auflage 1890. II. 1872.¹⁷⁴³

¹⁷⁴² «Lehre»] A₁ «Theorie»; A₂ «Lehre».

¹⁷⁴³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522); *Binding*, Normen II (Anm. 1129).

¹⁷⁴⁴ «allseitige Untersuchung und Kritik»] A₁ «allseitige Kritik»; A₂ «allseitige Untersuchung und Kritik».

¹⁷⁴⁵ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 7.

nis, daß der Satz, den der Verbrecher „übertritt“, „verletzt“, dem er zuwiderhandelt, nicht derselbe sein könne, durch welchen an ein bestimmtes Verhalten der Untertanen eine bestimmte Strafe geknüpft oder die Tat des Verbrechers beurteilt wird. Denn¹⁷⁴⁶ dieser Satz setze nur die Bedingungen fest, unter denen die Strafe zu verhängen sei. Der Eintritt, die Erfüllung dieser Bedingungen könne niemals ein „Verletzen“ dieses Satzes sein; darum müsse das Gesetz oder der Rechtssatz, der „verletzt“ wird, anders lauten. Er kann nach *Binding* nur die von ihm als Befehl des rechtmäßigen Verhaltens konstruierte „Norm“, das: „Ihr sollt“, sein. Dieser Norm spricht *Binding* durchaus selbständige Existenz neben dem Strafrechtssatze zu und, da diese Norm, die er ausdrücklich als „Rechtssatz“ aufgefaßt wissen will, in den modernen Strafgesetzen nicht mehr ausdrücklich neben dem Strafrechtssatze erscheint, scheut er sich nicht, die Norm als „einen Satz des ungesetzten Rechtes“ zu erklären¹⁾ und diesem ungesetzten Rechte die gleiche Stellung wie dem gesetzten einzuräumen.

Es ist von größter Bedeutung, daß die ganze Theorie *Bindings* sich auf dem Sprachgebrauche aufbaut, demzufolge der Verbrecher das Recht oder das Gesetz „verletzt“, „übertritt“, „bricht“ usw. Dieser *Sprachgebrauch* ist es, den *Binding* um jeden Preis retten will; um diesem *Sprachgebrauche* eine juristische Basis zu geben, führt er mit staunenswertem Geist und unendlicher Sorgfalt sein ganzes grandioses System auf.²⁾

Nun ist es in keiner Disziplin gefährlicher, sich nach dem vulgären Sprachgebrauche zu richten, als gerade bei der Jurisprudenz: | Nirgends entfernt sich der Sprachgebrauch mehr von dem Wesen der Erscheinung, als gerade hier, wo es nicht Objekte der Sinnenwelt, sondern äußerst subtile, selbst für den Fachmann schwer zu durchschauende Relationen sind, die begrifflich erfaßt werden wollen. Nirgends ist der Sprachgebrauch des täglichen Lebens für eine wissenschaftliche Terminologie weniger brauchbar als gerade in der Rechtswissenschaft, denn der vulgäre Sprachgebrauch wird sich immer an das Konkrete, Sinnliche klammern.

| 272

¹⁾ a. a. O. I. S. 6.¹⁷⁴⁷

²⁾ Wenn *Binding* a. a. O. I. S. 4 Anm. 4¹⁷⁴⁸ sich gegen den Vorwurf salviert, seine Behauptung: Nicht der Strafrechtssatz selbst werde verletzt, sondern ein ihm zugrunde liegender Befehl, richte sich lediglich gegen einen falschen Ausdruck und nicht gegen einen falschen Gedanken, so muß wohl konstatiert werden, daß kein Jurist jemals den Satz *wörtlich* verstanden hat: Der Verbrecher verletzt den Strafrechtssatz. Nie hat jemand daran gezweifelt, daß der objektive Rechtssatz auch nach dem Delikte unverletzt¹⁷⁴⁹ fortbestehe! *Binding* aber hat einem mißverständlich wörtlich genommenen Sprachgebrauche ein ganzes System zur Rechtfertigung gebaut!

| 271

¹⁷⁴⁶ «wird. Denn»] A₁ «wird. Es ist von der größten Bedeutung, daß die ganze Theorie *Bindings* sich auf dem Sprachgebrauch aufbaut, daß der Verbrecher das Recht oder das Gesetz verletze, übertrete, breche – u s.w. Denn»; A₂ «wird. Denn».

¹⁷⁴⁷ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 6.

¹⁷⁴⁸ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 4f. Anm. 4.

¹⁷⁴⁹ «Rechtssatz auch nach dem Delikte unverletzt»] A₁ «Rechtssatz unverletzt»; A₂ «Rechtssatz auch nach dem Delikte unverletzt».

Er wird von der Rechtserscheinung instinktiv stets nur das Materielle ins Auge fassen, während hier gerade das Formale nur in Betracht kommt. Er wird überhaupt nicht oder doch niemals ganz von dem *Inhalte* abstrahieren können und damit stets dem obersten methodischen Prinzip der Rechtswissenschaft zuwiderlaufen.

Es ist für die ganze Theorie *Bindings* überaus bezeichnend, daß er das objektive Recht¹⁷⁵⁰, welches durch die Tat des Verbrechers verletzt wird, mit dem „Frieden“⁽¹⁾ identifiziert, das Unrecht als Friedensbruch auffaßt. Recht im objektiven Sinne kann nämlich in einem doppelten Sinne genommen werden: einmal als Zustand der Ordnung, als das rechtmäßige Verhalten der Subjekte, kurz als Frieden; oder aber als dasjenige, was diesen Zustand erst herbeiführen soll, d. h. *bezweckt*; die Ordnung im Sinne von Ordnen, das Frieden schaffende und erhaltende Moment¹⁷⁵², die Rechtsordnung, nicht als vollendeter Zustand – als Zweck – sondern als Mittel. Von einem das tatsächlich Seiende betrachtenden Standpunkte – wie es der Soziologie oder der Sozialpsychologie ist – stellt sich das Recht als Ordnung im ersteren Sinne, d. h. als Frieden dar. Die explikativen Disziplinen werden das Recht von dieser Seite (des erfüllten oder zu erfüllenden Zweckes) sehen. Der Betrachtung durch die normative Disziplin – und das ist einzig und allein die der Rechtswissenschaft – kann sich das Recht nur von der zweiten Seite, als Ordnung-Schaffendes, Ordnenes – nicht als schon Geordnetes – als Mittel zur Herstellung des Friedens zeigen. Nicht das materielle Moment des Zweckes – das wurde schon wiederholt im Laufe dieser Untersuchungen betont – sondern das *formale* des Mittels ist es, das von der totalen Erscheinung in die Erkenntnisphäre des Juristen gehört.

273 Damit ist auch das Unrecht – gleichgültig, ob ziviles oder kriminelles – für den Juristen nicht die „ausnahmsweise Verletzung des Rechtes“, der Bruch des Friedens. Das Recht des Juristen ist, wie bereits dargelegt, überhaupt nicht verletzbar – nur der *tatsächliche Zustand des Friedens* kann dies sein und dieser tatsächliche Zustand ist es, der – wörtlich genommen – verletzt, gebrochen, d. h. für die Dauer des Deliktes aufgehoben, „unterbrochen“ wird.

Wenn *Binding* von der Voraussetzung ausgeht, daß es tatsächlich die für den Juristen in Betracht kommende Ordnung, also die Rechtsordnung ist, die durch das Unrecht „verletzt“, zerstört wird, so setzt er sich von vornherein mit einem Hauptpostulate der juristischen Methode in Widerspruch; ja, seine ganze Normentheorie läuft darauf hinaus – das werden die folgenden Zeilen noch zu zeigen haben – das der Rechtskonstruktion¹⁷⁵³ wesensfremde Zweckmoment als rechtlich

272 |¹⁾ a. a. O. I. S. 3.¹⁷⁵¹

1750 «das objektive Recht»] A₁ «das Recht»; A₂ «das objektive Recht».

1751 *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 3.

1752 «Moment»] A₁ «Mittel»; A₂ «Moment».

1753 «der Rechtskonstruktion»] A «dem Rechte»; F* «der Rechtskonstruktion».

relevant erscheinen zu lassen. Der Grund, weshalb *Binding* neben dem Strafe drohenden Rechtssatze noch eine das rechtmäßige Verhalten der Subjekte befehlende „Norm“ annehmen zu müssen glaubt, liegt darin, daß „der Verbrecher nur den Satz übertreten kann, der ihm die Richtschnur seines Verhaltens vorschreibt“¹⁷⁵⁴), daß also nur die „Norm“, nicht aber der Strafrechtssatz „verletzt“ werden kann. Allein, auch dieser Sprachgebrauch ist wörtlich unzutreffend. Denn die *Binding'sche* „Norm“ ist ebensowenig oder ebensogut zu verletzen wie der *Binding'sche* Strafrechtssatz und wenn die *Binding'sche* „Norm“ zu dem Zwecke konstruiert wurde, um ein Substrat für die „Verletzung“ durch das Delikt zu bilden, so ist diese Konstruktion mißlungen! Denn was bedeutet wohl: einen Satz, eine Norm „verletzen“¹⁷⁵⁵ oder „übertreten“? Beides sind bildliche Ausdrücke; der erstere vergleicht den betreffenden Satz, die Norm, mit einem Körper, der zweite mit einer Grenzlinie. Wörtlich genommen, wird der Satz: „Ihr sollt nicht stehlen“ durch einen Diebstahl ebensowenig verletzt – d. h. es wird ihm ebensowenig ein Schaden zugefügt wie dem Satz: „Wenn ihr stehlt, will der Staat euch strafen.“ Auch wenn noch so oft gestohlen wird, bleibt der Satz: „Ihr sollt nicht stehlen“ ebenso wie der: „Wer stiehlt, wird bestraft“ fortbestehen. Beide¹⁷⁵⁶ Sätze werden durch das faktische Unrecht, das tatsächliche Sein in ihrem objektiven Bestande, d. i. ihrem *Sollen* nicht berührt¹⁷⁵⁷. Eine Norm „verletzen“, sie „übertreten“, hat keinen anderen Sinn als den eines *gegen den Zweck* der Norm gerichteten Verhaltens. Ein Tun oder Unterlassen verletzt oder übertritt eine „Norm“, wenn es sich als das Gegenteil desjenigen darstellt, das durch die Norm herbeigeführt werden soll, das ihren *Zweck* erfüllt. Im wörtlichen Sinne „verletzt“, „zerstört“, „gebrochen“ wird niemals die Norm, sondern, wie bereits bemerkt, stets nur der tatsächliche Zustand des Friedens, die faktische Ordnung. Das übersieht *Binding*, | weil er den Grundunterschied zwischen der *Seins*-Natur des Unrechtes und der *Sollens*-Natur der Norm und ihre gegenseitige Unabhängigkeit nicht erkennt¹⁷⁵⁸); und wenn¹⁷⁵⁹ er meint, daß seine „Norm“, das ist der Befehl des rechtmäßigen Ver-

| 274

|¹⁷⁵⁴ a. a. O. S. 7. ¹⁷⁵⁴|¹⁷⁵⁵ Vgl. oben S. 13 ff. ¹⁷⁵⁸

| 273

| 274

¹⁷⁵⁴ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 7.¹⁷⁵⁵ «wohl: einen Satz, eine Norm „verletzen“»] A₁ «wohl „verletzen“»; A₂ «wohl einen Satz, eine Norm „verletzen“».¹⁷⁵⁶ «strafen. ... Beide»] A₁ «strafen. Beide»; A₂ «strafen. Auch wenn noch so oft gestohlen wird, bleibt der Satz Ihr sollt nicht stehlen, ebenso wie der Wer stiehlt, wird bestraft von allem tatsächlichen Unrecht unberührt fortbestehen. Beide»; A₃ «strafen. ... Beide».¹⁷⁵⁷ «das faktische ... nicht berührt»] A₁ «das Unrecht in ihrem objektiven Bestande unberührt»; A₂ «das faktische Unrecht – das tatsächliche Sein in ihrem objektiven Bestande – d i ihrem *Sollen* unberührt».¹⁷⁵⁸ Vgl. oben S. 83–89, 92 f., 99 f.¹⁷⁵⁹ «Das übersieht ... und wenn»] A₁ «Das übersieht *Binding*; und wenn»; A₂ «Das übersieht *Binding* weil er den Grundunterschied zwischen der *Seins*-Natur des Unrechtes und der *Sollens*-Natur der Norm und ihre gegenseitige Unabhängigkeit nicht erkennt.^{Fn}vgl. die Ausführungen in cap. I. S. ^{Fn}; und wenn».

haltens, eher „verletzt“ werden könne als der Rechtssatz, so läßt er sich dabei durch die Tatsache täuschen, daß seine Norm den Zweck deutlicher ausdrückt, gegen den das Unrecht verstößt; denselben Zweck hat aber auch sein Strafrechtssatz, nur ist er hier nicht ausdrücklich formuliert²⁾. Das Verbrechen läuft jedoch ebenso gegen den Zweck des Strafrechtssatzes wie den der *Bindingschen* „Norm“ und verletzt darum beide im gleichen Sinne oder läßt beide im gleichen Sinne – die normative (Sollens-)Geltung ins Auge gefaßt – unverletzt.¹⁷⁶¹

In diesem Verkennen des Zweckmomentes ist überhaupt das Wesen der sogenannten „Normentheorie“ zu erblicken; nur aus dieser Tatsache ist die seltsame, gegen alles wissenschaftliche Herkommen verstoßende Terminologie *Bindings* zu erklären, derzufolge nicht alle, sondern nur ein bestimmter Teil der Rechtssätze und zwar nur solche, die überdies dem ungesetzten Rechte angehören, „Normen“ sind. Nun ist der Begriff der Norm gewiß kein der Rechtswissenschaft spezifischer und bei seiner Fixierung hat sich der Jurist an den allgemeinen *wissenschaftlichen* Sprachgebrauch zu halten. Es ist geradezu eine gewaltsame Umkehrung des Verhältnisses, wenn *Binding* die „Norm“ eine Unterabteilung des Rechtssatzes sein läßt, während doch zweifellos der Rechtssatz als eine besondere Art von Norm, d. h. die Norm als der weitere, allgemeinere Begriff anzusehen ist. Wo blieben sonst die „Normen“ der Moral, der Sitte, der Logik und Ästhetik?

Die Theorie *Bindings* beruht auf der vollständigen Trennung zweier Sätze: dem Strafe drohenden Rechtssatz und der das straffreie Verhalten fordernden „Norm“, die *Binding* ebenfalls als Rechtssatz und zwar als völlig selbständigen Rechtssatz bezeichnet; und diese Selbständigkeit geht so weit, daß er *neben* den die Strafrechtssätze enthaltenen Gesetzen noch eine zweite, die „Normen“ enthaltende, ungesetzte Rechtsordnung anerkennt und damit der modernen Rechtsanschauung eine schlechterdings unerfüllbare Zumutung stellt. Tatsächlich liegt aber hier gar keine Zweiheit, sondern eine Einheit vor. Der Strafe drohende Rechtssatz ist, soferne er ein Sollen, eine Pflicht statuiert, eine Norm und hat den Zweck, das¹⁷⁶² mit Strafe bedrohte Verhalten zu verhindern, das gegenteilige – rechtmäßige – zu erzielen. Der Irrtum *Bindings* besteht darin, daß er sich die | „Norm“ nur in der grammatischen Form eines Soll-Satzes denken kann. Allein, die Norm¹⁷⁶³ kann, wie schon wiederholt betont, in den verschiedensten Formen auftreten und durch die verschiedensten Mittel ihren Zweck: die Menschen zu einem bestimmten Ver-

|275

²⁾ Vgl. oben S. 232.¹⁷⁶⁰

¹⁷⁶⁰ Vgl. oben S. 347 f.

¹⁷⁶¹ «Sinne ... unverletzt.»] A₁ «Sinne – wenn man den Terminus wörtlich nimmt unverletzt.»; A₂ «Sinne ... unverletzt.»

¹⁷⁶² «ist ... Zweck, das»] A₁ «ist seinem Zwecke nach Norm, in dem er das»; A₂ «ist soferne er ein Sollen statuiert eine Norm, und hat den Zweck das»; F* «ist ... Zweck, das».

¹⁷⁶³ «darin ... die Norm»] A₁ «darin, daß er „Norm“ für einen Formal-Begriff gebraucht während er ein Zweckbegriff ist. Die Norm ist nicht ein imperativisch oder mit „Soll“ konstruierter Satz. Die Norm»; A₂ «darin ... Die Norm».

halten zu veranlassen, verfolgen. Rechtssatz und Rechtsnorm ist daher dasselbe. Der Satz: „Du sollst nicht stehlen“ ist nicht mehr oder weniger eine Norm als der Satz: „Wer stiehlt, wird bestraft“, insofern er nämlich die Fähigkeit hat, zu verpflichten, rechtliches Sollen zu statuieren¹⁾. Worauf¹⁷⁶⁵ es in der Jurisprudenz ankommt¹⁷⁶⁶, ist, die für die Normen des Rechtes spezifische *Form* festzustellen. Die *formale* Betrachtung ist Gegenstand der Rechtswissenschaft und nicht die Untersuchung des – sozialen – Zweckes. Die *Bindingsche* „Norm“ ist aber gerade nichts anderes als die imperativische oder in einem Soll-Satze erfolgte Formulierung des durch die Rechtsordnung zu realisierenden Zweckes, sie ist nur die selbständige Formulierung des *Zweckes* des Rechtssatzes.

In seiner Formulierung der „Norm“ stimmt *Binding* mit den sogenannten Imperativtheoretikern überein. Die Gründe, die gegen eine derartige Konstruktion des Rechtssatzes sprechen, wurden bereits auseinandergesetzt,¹⁷⁶⁷ brauchen daher hier nicht besonders wiederholt zu werden. Was aber *Binding* von den übrigen Imperativtheoretikern unterscheidet, ist die Tatsache, daß er seine Norm *neben* dem Strafrechtssatze bestehen läßt. Er weist seiner Norm eine durchaus selbständige, von der des Strafrechtssatzes verschiedene Funktion an, nämlich die der Verpflichtung der Untertanen, während er im Strafrechtssatze lediglich eine Verpflichtung des Staates erblickt. Inwiefern die Tatsache, daß *Binding* zwei verschiedene Typen von Rechtssätzen zuläßt, mit dem Postulate eines einheitlichen Rechtspflichtbegriffes unvereinbar ist, mag hier einstweilen unerörtert bleiben; nur zur allgemeinen Orientierung sei bemerkt, daß *Binding*, wie alle Imperativtheoretiker, von der stillschweigend vorausgesetzten und nirgends bewiesenen Annahme¹⁷⁶⁸ ausgeht, daß eine Verpflichtung der Untertanen nur durch Imperativ oder Sollsatz erfolgen könne. Auch dieser Vorstellung liegt die unrichtige Identifizierung von Norm und Imperativ zugrunde. Verpflichtend ist jede Norm – das liegt in ihrem Begriffe – und sie ist es ohne Rücksicht auf die Form, in der sie erscheint. Es ist durchaus nicht einzusehen, warum der Satz: Ihr sollt nicht stehlen – der streng genommen nur eine bestehende Verpflichtung konstatiert – mehr oder weniger verpflichtende | Bedeutung haben soll als der Satz: Wenn ihr stehlet, wird der Staat euch strafen. Die verpflichtende Natur eines Satzes ist nur ein

|276

¹⁾ Beide Sätze können ja auch in einem anderen als normativen Sinne gebraucht werden; dann ist der Sollsatz trotz seiner Form keine Norm. Vgl. oben S. 211.¹⁷⁶⁴

|275

¹⁷⁶⁴ Vgl. oben S. 323 f.

¹⁷⁶⁵ «insofern er ... Worauf»] A₁ «insofern er nämlich als Norm dh. zu einem spezifischen Zwecke gebraucht wird. Worauf»; A₂ «insofern er nämlich die Fähigkeit hat, zu verpflichten, ein rechtliches Sollen zu statuieren. Worauf».

¹⁷⁶⁶ «es in der Jurisprudenz ankommt»] A₁ «es ankommt»; A₂ «es in der Jurisprudenz ankommt».

¹⁷⁶⁷ Vgl. oben S. 301–325.

¹⁷⁶⁸ «vorausgesetzten und nirgends bewiesenen Annahme»] A₁ «vorausgesetzten Annahme»; A₂ «vorausgesetzten und nirgends bewiesenen Annahme».

anderer Ausdruck für seinen normativen Charakter, dieser liegt aber keineswegs in seiner grammatikalischen Form.

Bei¹⁷⁶⁹ den Ausführungen *Bindings*, die den mittelbaren Nachweis der Normen aus den Strafgesetzen zu erbringen haben, zeigt sich deutlich die Schwäche seines Verfahrens. *Binding* fragt nämlich, wie kann überhaupt der auf dem Strafgesetze beruhende Befehl¹⁷⁷⁰ lauten, durch welchen den Untertanen eine Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten auferlegt wird? *Binding* hält drei Möglichkeiten für gegeben und stellt drei Muster von „Imperativen“ zur Wahl: „Entweder der Befehl lautet: ‚Ihr sollt nicht töten!‘ oder: ‚Ihr sollt nicht töten bei Strafe‘ oder ‚Ihr sollt die Strafe auf Euch nehmen, wenn Ihr getötet habt!‘“¹⁷⁷¹ Wenn nun *Binding* zu dem Resultate kommt, daß nur die erste Form die richtige sei, so muß man wohl die Frage aufwerfen: Was berechtigt ihn gerade einen solchen Rechtsbefehl anzunehmen und keinen anderen, da doch weder der eine noch ein anderer regelmäßig in den Strafgesetzen enthalten ist? Doch *Binding* bleibt die präzise Antwort auf diese Frage schuldig. Wenn er zunächst zu zeigen versucht, daß der Rechtsbefehl – die „Norm“ – der „Imperativ“, wie *Binding* sagt, sich nicht auf den zweiten Teil des Strafgesetzes gründen, also nicht lauten könne: Ihr sollt Strafe auf Euch nehmen, wenn Ihr die Voraussetzungen der Strafverhängung erfüllt habt, so ist ihm insofern beizupflichten, als eine solche Rechtspflicht der Untertanen nicht besteht. Allein, warum sie nicht besteht oder – um im *Bindingschen* Sinne zu sprechen – warum eine dieses Verhalten befehlende Norm nicht angenommen werden kann – diese Begründung hat *Binding* vollkommen verfehlt. Seine Motivierung beschränkt sich nämlich auf folgendes: „Wir sind gewohnt, das Verbrechen als verboten zu betrachten; wäre jener Befehl der richtige, so läge ein solches Verbot des künftigen verbrecherischen Handelns gar nicht, sondern nur eine Berücksichtigung der begangenen Tat vor. Der¹⁷⁷² Verbrecher, der die Strafe auf sich nähme, hätte seine Rechtspflicht erfüllt. Diese würde sich näher dahin gestalten, alles tun zu müssen, um die Bestrafung herbeizuführen: sich also selbst anzuzeigen, gegen sich selbst auszusagen, sich freiwillig zum Verfahren und zum Strafvollzuge zu stellen, andererseits alles zu unterlassen, um sich der verdienten Strafe zu entziehen: lauter Pflichten, von denen unser positives Recht nichts weiß“¹⁷⁷³. Ja, aber

|276 ¹⁾ a. a. O. I. S. 37/38.¹⁷⁷³

¹⁷⁶⁹ «aber keineswegs in seiner grammatikalischen Form. [Bei] A₁ «aber nicht in seiner Form, sondern im Inhalt, in dem Zwecke. Die nähere Untersuchung dieser Frage wird bei der Darstellung des Verhältnisses zwischen Rechtssatz und subj. Rechtspflicht zu erfolgen haben. [Bei]; A₂ «aber keineswegs in seiner grammatikalischen Form. [Bei].

¹⁷⁷⁰ «der auf dem Strafgesetze beruhende Befehl»] A₁ «der Befehl»; A₂ «der auf dem Strafgesetze beruhende Befehl».

¹⁷⁷¹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 37.

¹⁷⁷² «vor. Der»] A₁ «vor. Ja aber warum sind wir gewohnt das Verbrechen als verboten zu betrachten! Der»; A₂ «vor. Der».

¹⁷⁷³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 37 f.

warum sind wir gewohnt, das Verbrechen | als verboten zu betrachten? Warum weiß unser positives Recht nichts von allen diesen Pflichten? Weil das Verhalten, das wir als Verbrechen bezeichnen, mit Strafe bedroht ist, und nur diese Relation ein Verhalten zum „Verbrechen“ macht; und eine Straferduldungspflicht existiert nicht, weil das gegenteilige Verhalten nirgends mit Strafe bedroht ist! Verzichtet man, wie *Binding*, auf dieses Kriterium der Rechtspflicht, dann ist absolut kein Grund vorhanden, warum man nicht einen die Straferduldung fordernden Rechtsbefehl¹⁷⁷⁴ und eine bezügliche Rechtspflicht annehmen sollte! Dann kann man nicht das geringste Argument dafür anführen, daß das „Verbrechen“ verboten ist! *Binding* tut dies auch gar nicht, sondern begnügt sich mit der bloßen Behauptung.

|277

Die zweite Möglichkeit, die *Binding* untersucht, ist die, daß sich der „Imperativ“ auf den ersten Teil des Strafgesetzes gründet, jedoch unter Zuziehung des zweiten: Ihr sollt nicht bei Strafe!¹⁷⁷⁵ *Binding* unterscheidet hier wieder zwei mögliche Fälle. Entweder ist das Verbot bedingt, Ihr sollt nicht – wenn Ihr nicht gestraft werden wollt. Diese Formulierung weist *Binding* damit zurück, daß durch ein solches Gebot das Verbrechen nicht verboten, sondern der Untertan vor die Wahl gestellt wird, ob er Unrecht unterlassen oder aber solches mit Strafrisiko begehen wolle. Dem künftigen Urheber des Verbrechens wäre nur ein wohlmeinender Rat erteilt. Dieses Argument wird hinfällig durch die Erkenntnis, daß durch keinen wie immer gearteten Befehl jemandem die Möglichkeit der Wahl schlechterdings genommen werden kann. Im übrigen sei auf die bezüglichen Ausführungen des 8. Kapitels hingewiesen¹⁾. Auch hier bleibt *Binding* den positiven Beweis schuldig, warum die „Norm“ des Rechtes nicht diese Form annehmen könne. Der zweite Fall ist der, daß das Gebot als ein unbedingtes auftritt (Ihr sollt dieses nicht tun oder jenes tun), jedoch ein Hinweis auf die Rechtsfolgen als wesentlich erscheint. *Binding* wirft hier die Frage auf: „Ist es nun wahr, daß das Verbot, um für diejenigen Personen, die es binden möchte, verbindliche Kraft zu erlangen, sie auf die von Rechts wegen an die verbotene Handlung geknüpften Folgen hinweisen muß?“ Nun¹⁷⁷⁸ ist es gewiß nicht zu bezweifeln, daß der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz diese Form des Befehles nicht hat – weil er nur eine einzige Form haben kann und die wurde in den vorangehenden Untersuchungen nach-

¹⁾ S. 220 ff.¹⁷⁷⁶

²⁾ a. a. O. I. S. 39/40.¹⁷⁷⁷

|277

¹⁷⁷⁴ «einen ... Rechtsbefehl»] A₁ «einen Befehl»; A₂ «einen ... Rechtsbefehl».

¹⁷⁷⁵ Vgl. *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 38–42.

¹⁷⁷⁶ Vgl. oben S. 334–336.

¹⁷⁷⁷ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 39f.

¹⁷⁷⁸ «muß?“ Nun»] A₁ «muß?“ Schon die verfehltete Problemstellung, die ja überhaupt für den ganzen Aufbau der Normentheorie charakteristisch ist, tritt hier deutlich hervor. Es handelt sich gar nicht darum [bricht ab]; A₂ «muß?“ Nun».

gewiesen.¹⁷⁷⁹ Allein von den Gründen, die *Binding* anführt, ist keiner stichhaltig. Er meint zunächst, daß, wenn eine Hinweisung auf die Unrechtsfolge dem verbindlichen Imperative | wesentlich wäre, damit entschieden sein würde, daß eine Schuld ohne Bewußtsein der charakteristischen¹⁷⁸⁰ Rechtsfolgen der Handlung undenkbar sei, daß ferner kriminelle und zivile Schuld sich wesentlich unterschieden und daß der kriminelle Dolus das Merkmal des Bewußtseins der Strafe oder doch der Strafbarkeit der Handlung enthalten müßte; dem sei¹⁷⁸¹ jedoch nicht so. Dieses Argument ist falsch, denn es unterstellt die von vornherein unrichtige Anschauung *Bindings*, daß jemand rechtlich nur durch jenen Rechtssatz verpflichtet werde, den er als solchen erkannt oder gar anerkannt habe¹⁾ – die Kenntnis oder Anerkennung des Rechtssatzes ist, wie später noch näher zu zeigen sein wird,¹⁷⁸² für die Verpflichtung irrelevant. Ein objektiver Rechtssatz verpflichtet subjektiv, wenn¹⁷⁸⁴ er auf ein Subjekt angewendet werden kann. Die Untersuchung des Pflichtbegriffes wird beweisen, daß „Pflicht“ nicht – wie *Binding* in Übereinstimmung mit der herrschenden Anschauung annimmt – ein von dem objektiven Rechtssatze verschiedener subjektiver psychischer Zustand¹⁷⁸⁵ der Menschen, etwa der einer Willensgebundenheit, sondern der Rechtssatz selbst in seiner subjektiven Relation zum Rechtssubjekte ist.¹⁷⁸⁶

Wenn¹⁷⁸⁷ *Binding* ferner sagt, daß der Staat ohne diesen Hinweis auf die Unrechtsfolge nur dann die Befolgung der Gebote von den Untertanen *nicht* verlangen könnte, wenn die Androhung der Unrechtsfolgen „das einzig taugliche Gorgonenhaupt abgäbe, um die Menschen vom verbrecherischen Handeln zurückzuhalten“,¹⁷⁸⁸ die regelmäßige Hoffnung des Verbrechers, nicht entdeckt zu werden, strafe aber diese Behauptung Lügen – so ist auch dieser Einwand unrichtig! Denn wer die Androhung der Unrechtsfolge als dem verpflichtenden Rechts-

|278 |¹⁾ Vgl. a.a.O. I. S. 43/44.¹⁷⁸³

¹⁷⁷⁹ Vgl. oben S. 301–361.

¹⁷⁸⁰ «ohne Bewußtsein der charakteristischen»] A₁ «ohne charakteristische»; A₂ «ohne Bewußtsein der charakteristische[n]».

¹⁷⁸¹ «undenkbar sei ... dem sei»] A₁ «undenkbar sei. Dem sei»; A₂ «undenkbar sei ... dem sei».

¹⁷⁸² Vgl. unten S. 474–511.

¹⁷⁸³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 43 f.

¹⁷⁸⁴ «Ein objektiver Rechtssatz verpflichtet subjektiv, wenn»] A₁ «Ein Rechtssatz verpflichtet, wenn»; A₂ «Ein objektiver Rechtssatz verpflichtet subjektiv, wenn».

¹⁷⁸⁵ «ein von dem ... Zustand»] A₁ «ein subjektiver Zustand»; A₂ «ein von dem ... Zustand».

¹⁷⁸⁶ Vgl. unten S. 574 f.

¹⁷⁸⁷ «ist. ┘ Wenn»] A₁ «ist. – ┘ Der Einwand Bindings, der Hinweis auf die Unrechtsfolge könne als Zusatz zum Befehle könne [sic] nur den Sinn haben die Untertanen auf die Pflichten aufmerksam zu machen, die dem Staate aus seiner verbrecherischen Handlung entstehen, das Verbot du sollst nicht tödten bei Todesstrafe müßte den Sinn haben – du sollst nicht – weil der Staat dich strafen muß, der Täter würde also dann nicht gestraft weil er gehandelt sondern weil er gewußt habe wie der Staat handeln werde – dieser Einwand ist nicht stichhaltig, denn erstens [bricht ab]»; A₂ «ist. – ┘ Wenn».

¹⁷⁸⁸ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 41.

sätze wesentlich hält, muß durchaus nicht der gewiß irrigen Ansicht sein, die Angst vor Strafe sei das *einzig* Motiv rechtmäßigen Verhaltens! Im Gegenteil! Man müßte es bloß für eines der vielen Motive – und zwar das durch die Rechtsordnung geschaffene halten, wenn man überhaupt die Motive rechtmäßigen Verhaltens in den Kreis juristischer Betrachtung ziehen zu dürfen glaubte. Wären diese besonderen durch die Rechtsordnung geschaffenen Motive ganz überflüssig, weil die übrigen genühten, die Menschen im allgemeinen zu einem rechtmäßigen Verhalten zu veranlassen, dann ließe sich nicht begreifen, wozu überhaupt eine Rechtsordnung vorhanden ist, dann wären aber besondere, wenn auch sanktionslose Befehle der Rechtsordnung unnötig, da ja die Motive des geforderten Verhaltens und damit dieses selbst ohne solche Befehle vorhanden wäre. Wozu also befehlen, was ohne dies geschehen muß? Aber die juristische Betrachtung hat nicht zu fragen, *was* den Untertanen befohlen, was durch die Rechtsorganisation bezweckt wird, nicht welche Handlungen und Unterlassungen der Menschen durch das Recht verhindert oder, wie *Binding* sagt, „verboten“ werden sollen – nichts anderes ist aber gerade der Sinn der *Bindingschen*, nach dem Inhalt der „Norm“ gerichteten Fragestellung – sondern *wie* dieser Zweck verfolgt wird. Das ist es ja was *Binding* verkennt: den rein formalen Sinn des der Jurisprudenz gestellten Problems, wenn innerhalb dieser Disziplin nach dem Wesen der Rechtsnorm die Frage ist. Und¹⁷⁸⁹ wenn *Binding* meint, es sei ein „seltsamer Anblick“, daß ein Verbot nicht „durch den autoritären Willen des Gesetzgebers“, der ein Verhalten untersagt, sondern durch die möglicherweise dem Handelnden erwachsenden Nachteile Rechtsverbindlichkeit erlange,¹⁷⁹⁰ so ist, abgesehen von allem anderen, zu erwidern, daß der autoritäre Wille des Staates, den der Rechtssatz auch nach *Binding* zu enthalten hat, den Inhalt¹⁷⁹¹ gar nicht haben kann, den *Binding* ihm gibt, daß niemals das¹⁷⁹² rechtmäßige Verhalten fremder Subjekte, sondern stets nur das eigene Verhalten vom Staate „gewollt“ sein kann; und daß, den für die juristische Konstruktion unbrauchbaren sozialen Zweck – das ist wohl die Absicht

| 279

¹⁷⁸⁹ «Rechtsorganisation ... Und» (39913–39920)] A₁ «Rechtsorganisation bezweckt wird – nichts anderes ist aber gerade der Sinn der Bindingschen nach dem Inhalt der „Norm“ gerichteten Fragestellung – sondern *wie* dieser Zweck verfolgt wird. Und»; A₂ «Rechtsorganisation bezweckt wird – nichts anderes ist aber gerade der Sinn der Bindingschen nach dem Inhalt der „Norm“ gerichteten Fragestellung – sondern *wie* dieser Zweck verfolgt wird. Das ist es ja was *Binding* verkennt: den rein formalen Sinn des der Jurisprudenz gestellten Problems, wenn innerhalb dieser Disziplin nach dem Wesen der Rechtsnorm die Frage ist. Nicht was durch die Rechtsordnung bezweckt wird, nicht welche Handlungen und Unterlassungen der Menschen durch das Recht verhindert – oder, wie *Binding* sagt, „verboten“ werden sollen – Und»; F* «Rechtsorganisation ... Und».

¹⁷⁹⁰ Vgl. *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 42.

¹⁷⁹¹ «erwidern ... den Inhalt»] A₁ «erwidern, daß der Wille des Staates – und nur in diesem Sinne kann juristisch der Wille des Gesetzgebers in Betracht kommen – den Inhalt»; A₂ «erwidern, daß der autoritäre Wille des Staates – und dieser ist ja auch nach *Binding* der Inhalt des Rechtssatzes – den Inhalt»; A₃ «erwidern ... den Inhalt».

¹⁷⁹² «gibt, daß niemals das»] A₁ «gibt, – das»; A₂ «gibt, – daß niemals das».

der Gesetzgeber – mit dem Willen des Staates zu verwechseln, ein schwerer methodischer Fehler ist.

Da von den drei möglichen Formen des Imperativs die beiden bisher untersuchten nicht in Betracht kommen könnten, so sei – meint *Binding* – eben nur die dritte Form die richtige, bei der sich der Imperativ lediglich auf den ersten Teil des Strafgesetzes gründet: „Ihr sollt nicht, oder Ihr sollt“¹⁷⁹⁴. Dieser Schluß kann natürlich nur unter der Voraussetzung richtig sein, daß die den Untertanen verpflichtende Rechtsnorm ein vom Strafrechtssatze verschiedener „Imperativ“ sein muß. Diese Voraussetzung ist aber unrichtig. Ihre selbstverständliche und nicht näher bewiesene Annahme seitens *Bindings* beruht auf dem vollkommenen Verkennen des rein formalen Charakters einer in den Grenzen der Jurisprudenz auf das Wesen des verpflichtenden Rechtssatzes gerichteten Fragestellung.

Mit¹⁷⁹⁴ Rücksicht auf die für selbstverständlich gehaltene Voraussetzung, daß die Norm ein „Imperativ“ sein muß, gibt *Binding*, nachdem er zwei von den drei möglichen Formen des Imperativs verworfen hat, für die Berechtigung der dritten¹⁷⁹⁵ keine positive Begründung | mehr. Und doch muß konstatiert werden, daß diese dritte Form ebensowenig gerechtfertigt ist wie die beiden anderen. Im Grunde hat *Binding* nichts anderes gemacht – und das Resultat seiner ganzen komplizierten Beweisführung für die Existenz der „Norm“ läuft faktisch darauf hinaus – als daß er die gleich zu Beginn seiner Argumentation auch ausdrücklich ausgesprochene Annahme: „Wir sind gewohnt, das Verbrechen für verboten zu halten“¹⁷⁹⁶ (richtiger: als Zweck der Rechtsordnung die Verhinderung des Unrechts anzusehen –) und das Postulat, daß die Norm dieses Verbot (diesen Zweck der Rechtsordnung) auszudrücken habe, in einem Sollsatze formuliert¹⁷⁹⁷ hat, der ein bestimmtes Verhalten als geboten oder verboten – somit als Rechtspflicht der Subjekte konstatiert. Warum nun gerade jenes Verhalten als verboten zu gelten hat, das im Strafrechtssatze mit Strafe bedroht ist – ja, welches Kriterium überhaupt dafür besteht, damit ein Verhalten als rechtlich verboten oder geboten als

| 279 |¹⁾ a. a. O. I. S. 42. ¹⁷⁹³

¹⁷⁹³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 42.

¹⁷⁹⁴ «rein formalen ... Fragestellung. ┘Mit┘] A₁ «rein formalen Sinnes des der Jurisprudenz gestellten Problems, wenn innerhalb dieser Disziplin nach dem Wesen der Rechtsnorm die Frage ist. Nicht was durch die Rechtsordnung bezweckt wird, nicht welche Handlungen und Unterlassungen der Menschen durch die Rechtsorganisation des Staates verhindert – oder wie *Binding* sagen würde – verboten werden sollen – ist zu beantworten – und nichts anderes beinhaltet die Bindingsche Norm – sondern wie dieses Verhalten der Menschen durch den Staat verhindert durch welche Mittel (oder in welcher Form) die Rechtsordnung wirkt, in welcher Form die Rechtssätze ergehen. – ┘Mit┘; A₂ «rein formalen Sinnes des der Jurisprudenz gestellten Problems, wenn innerhalb dieser Disziplin nach dem Wesen der Rechtsnorm die Frage ist. – ┘Mit┘; F* «rein formalen ... Fragestellung. ┘Mit┘».

¹⁷⁹⁵ «die Berechtigung der dritten»] A₁ «die dritten»; A₂ «die Berechtig[ung] der dritten».

¹⁷⁹⁶ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 37.

¹⁷⁹⁷ «habe, in einem Sollsatze formuliert»] A₁ «habe, formuliert»; A₂ «habe, in einem Soll-Satze formuliert».

Inhalt einer „Norm“ angesehen werden könne, hat *Binding* – da er die Unrechtsfolge als solches Kriterium ausdrücklich zurückweist – nicht gezeigt. Er operiert mit dem Begriffe des Verbrechen, des Unrechtes als mit einem von vornherein gegebenen. Ja, er vertritt sogar ausdrücklich die Ansicht, daß das Unrecht dem Rechte im objektiven Sinne logisch vorangehen müsse, während doch in Wahrheit¹⁷⁹⁸ ein Verhalten nur dadurch zum Unrechte wird – als Unrecht zu erkennen ist, daß es die Voraussetzung für einen Willen des Staates zu einem bestimmten, dem Täter nachteiligen Verhalten: der Unrechtsfolge, Strafe oder Exekution, ist.

Binding bemüht sich somit nicht, sein Resultat positiv zu begründen, vielmehr beschränkt er sich darauf, gewisse Zweifel an dessen Richtigkeit zurückzuweisen; er glaubt nur zeigen zu müssen, daß seine „Normen“, trotzdem sie drohungslose Sätze seien, dennoch verbindliche Kraft haben könnten. Und dazu genüge, daß sich das Subjekt der Quelle¹⁾ bewußt sei, von der die Satzung ausgehe. Die Hin-fälligkeit dieses Argumentes der Imperativtheorie wurde bereits früher darge-tan.¹⁸⁰⁰ Hier sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß die Kenntnis der Norm für die Rechtspflicht irrelevant ist. Allein ganz abgesehen davon, woher sollte denn dem einzelnen die Kunde kommen, daß ein gewisses Verhalten von Staats und Rechts wegen verboten ist, wenn nicht dadurch, daß es vom Staate mit Strafe bedroht ist? Ein selbst in Gesetzesform ausgesprochener Wunsch, die Untertanen mögen oder sollen sich so oder so verhalten, ist etwas rechtlich irrelevantes, denn er ist nicht Inhalt eines Staatswillens, | sondern eine gute Absicht der Gesetzgeber, die für jedermann so unverbindlich ist wie theoretische Ausführungen im Gesetze oder sonstiger unverbindlicher Gesetzesinhalt.

| 281

Geradezu Naturrecht im schlechtesten Sinne ist aber die folgende Argumen-tation *Bindings*: „Zu demselben Ergebnisse (– daß gewisse Handlungen oder Un-terlassungen rechtlich verboten seien, daß also bezügliche „Normen“ bestünden –) führt auch der Weg praktischer Erfahrung. Sie drängt jedem Denkfähigen die Erkenntnis auf, wie zahlreiche Handlungen mit den Interessen des Rechtslebens unvereinbar sind; er wird daraus regelmäßig den Schluß ziehen, ebenso¹⁸⁰¹ wie jemand anderer könne er selbst zu deren Vornahme befugt sein, sie seien dem-gemäß verboten; denn er wird vom Staate als geschehen voraussetzen, was er vom Staate glaubt verlangen zu müssen. Ganz ohne Rücksicht auf die Rechtsfolgen der Handlung erschließt hier deren eigene Natur die Einsicht in ein Rechtsgebot¹⁾“. Wenn *Binding* wirklich glaubt, daß aus der Natur der Sache selbst hervorgehe, ob

|¹⁾ a. a. O. I. S. 44. ¹⁷⁹⁹|¹⁾ a. a. O. I. S. 44. ¹⁸⁰²

| 280

| 281

¹⁷⁹⁸ «Wahrheit»] A «Wirklichkeit»; F* «Wahrheit».¹⁷⁹⁹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 44.¹⁸⁰⁰ Vgl. oben S. 97–99, 129f., 396.¹⁸⁰¹ «ebenso»] *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 44: «ebensowenig».¹⁸⁰² *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 44 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

ein Verhalten *rechtlich*¹⁸⁰³ verboten sei oder nicht, wenn er die soziale Schädlichkeit eines Verhaltens mit dessen juristischer Qualifikation, Unrecht zu sein, identifiziert, dann freilich besteht die „Norm“ unabhängig von dem Strafe drohenden Rechtssatze. Doch dann kann kein Theoretiker des positiven Rechtes zweifeln, welcher Natur die *Bindingschen* Normen sind; dann wird der Vorwurf, gegen den *Binding* seine Normen in Schutz nimmt, nur allzu treffend erscheinen: daß sich diese „Gebote von Sittengesetzen gar nicht unterscheiden²⁾“. Vollends verfehlt ist die Analogie zu den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten³⁾, die¹⁸⁰⁶ *Binding* heranzieht, um die Rechtsverbindlichkeit seiner drohungslosen Normen darzutun. Gewiß wird es niemandem einfallen, den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten oder des militärischen Befehlshabers erst dann verbindliche Kraft beizulegen, wenn der Befehlende eine Drohung beifügt für den Fall des Ungehorsams. Allein, dieser Befehl des Vorgesetzten ist nicht verbindlich, weil er von der befugten Autorität ausgeht, er ist überhaupt nicht in demselben Sinne verbindlich wie ein Rechtssatz; durch den Befehl des amtlichen Vorgesetzten, durch diesen Verwaltungsakt wird keine Pflicht *geschaffen*, sondern eine bereits durch einen Rechtssatz statuierte Pflicht – nämlich die auf der Rechtsordnung beruhende Gehorsamspflicht¹⁸⁰⁷ *geltend* gemacht. Der an den untergebenen Beamten oder Soldaten gerichtete Imperativ, die an die Untertanen vom Staatsorgane gerichtete Aufforderung realisiert nur eine jener Bedingungen, an welche die Rechtspflicht der Angeredeten, | zu gehorchen, geknüpft ist. Eine verpflichtende Kraft wohnt diesen Befehlen in keiner Weise inne. – Darum ist die Analogie zwischen Amtsbefehl und Rechtssatz von Grund aus verfehlt und berechtigt zu keinem Rückschlusse von dem einen auf das andere. –

Faßt man die Art und Weise ins Auge, wie *Binding* den mittelbaren Nachweis seiner „Normen“ aus den Strafgesetzen führt, den Nachweis für die These: „Dieses Gebot (die Norm) finden wir im wesentlichen durch Umwandlung des ersten Teiles unserer Strafrechtssätze in einen Befehl: nicht zu handeln wie es daselbst bezeichnet, oder zu handeln wie es dort gefordert ist“,¹⁸⁰⁸ so könnte man der Ansicht sein, *Binding* habe selbst seine Norm für nichts anderes ausgehen wollen, als für den selbständigen Ausdruck eines im Strafrechtssatze enthaltenen Gedankens, etwa dafür, als was hier seine „Norm“ erkannt wurde, nämlich als selbstän-

²⁾ a. a. O. I. S. 43.¹⁸⁰⁴

³⁾ a. a. O. I. S. 44.¹⁸⁰⁵

¹⁸⁰³ «ob ein Verhalten *rechtlich*»] A₁ «ob sie *rechtlich*»; A₂ «ob ein Verhalten *rechtlich*».

¹⁸⁰⁴ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 43.

¹⁸⁰⁵ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 44.

¹⁸⁰⁶ «Analogie zu den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten, die»] A₁ «Analogie, die»; A₂ «Analogie mit den Befehlen des amtlichen Vorgesetzten^{Fn} aaOI S 44^{Fn}, die».

¹⁸⁰⁷ «die auf der Rechtsordnung beruhende Gehorsamspflicht»] A₁ «die Gehorsamspflicht»; A₂ «die auf der RO beruhende Gehorsamspflicht».

¹⁸⁰⁸ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 45 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

dige Formulierung des mit dem Strafrechtssatze verfolgten Zweckes. *Binding* schreibt aber seiner „Norm“ durchaus nicht eine solche vom Strafrechtssatze abhängige¹⁸⁰⁹ Existenz zu. Er läßt die Norm nicht etwa begrifflich im Strafrechtssatze enthalten sein, sondern sagt ausdrücklich: „Die Norm geht begrifflich dem Strafgesetze voraus, denn dieses bedroht eine Normübertretung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei.“¹⁸¹⁰ Ja,¹⁸¹¹ er bemüht sich, durch eine Reihe von Argumenten die vollständige formelle¹⁸¹² und materielle Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze darzutun. Daß in allen Fällen, in denen *Binding* diese Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze annehmen zu müssen glaubt, lediglich der selbständig betrachtete soziale – für die Jurisprudenz irrelevante – Zweck vorliegt, der mit dem Strafrechtssatze verfolgt wird, mögen die folgenden Zeilen dartun.

Die Selbständigkeit der „Norm“ gegenüber dem Strafgesetze, d. i. dem Strafrechtssatze sucht *Binding* zunächst dadurch zu erweisen, daß er auf die Verschiedenheit der Zwecke hinweist¹⁾, die beide verfolgen. Er sagt, die Norm habe den Zweck der Prävention, den Zweck, die Subjekte zu einem rechtmäßigen Verhalten zu veranlassen; die Norm sei es, die eine Pflicht der Individuen zu einem bestimmten Verhalten statuieren, die dem Staate ein Gehorsamsrecht gegen *alle* Subjekte auf jenes rechtmäßige Verhalten gäbe. Nicht so der Strafrechtssatz: Dieser sei nur akzessorischer Natur; sein Zweck sei nicht Prävention. Welches aber der dem Strafrechtssatze besondere Zweck sei, gibt *Binding* an dieser Stelle nicht an, doch ist anzunehmen, daß er der Ansicht ist, die Strafe, die Reaktion gegen das erfolgte Unrecht¹⁸¹⁴ sei der spezifische Zweck des Strafrechtssatzes. Das | Strafgesetz gibt – meint *Binding* – dem Staate kein Gehorsamsrecht gegen alle, sondern lediglich ein Zwangs- und Strafrecht ausschließlich wider den Schuldigen. Das Strafgesetz begründe keine Rechtspflichten der Untertanen, etwas zu tun oder zu unterlassen.¹⁸¹⁵

| 283

Demgegenüber ist vor allem zu bemerken, daß eine Mehrheit von Zwecken nicht notwendig mehrere verschiedene Objekte voraussetzt. Es ist durchaus möglich, daß ein und dasselbe mehreren verschiedenen Zwecken bestimmt ist. Ein künstlicher Kanal dient der Schifffahrt wie der Bewässerung und es ist darum gewiß nicht nötig, zwischen dem zum Zwecke der Schifffahrt und dem zum Zwecke der

¹⁾ a. a. O. I. S. 82.¹⁸¹³

| 282

¹⁸⁰⁹ «solche vom Strafrechtssatze abhängige»] A₁ «solche abhängige»; A₂ «solche vom Strafrechtssatze abhängige».

¹⁸¹⁰ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 45.

¹⁸¹¹ «Straffolge oder erklärt sie für straffrei.“ Ja,»] A₁ «Straffolge.“ Ja»; A₂ «Straffolge oder erklärt sie für straffrei.“ Ja».

¹⁸¹² «die vollständige formelle»] A₁ «die formelle»; A₂ «die vollständige formelle».

¹⁸¹³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 82.

¹⁸¹⁴ «das erfolgte Unrecht»] A₁ «das Unrecht»; A₂ «das erfolgte Unrecht».

¹⁸¹⁵ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 82.

Bewässerung errichteten Kanal begrifflich zu unterscheiden. Und so ist es durchaus möglich, dem Strafgesetze *Bindings* – das sich ja nur als ein Spezialfall des Rechtssatzes in der hier akzeptierten Formulierung darstellt – den doppelten Zweck einer Prävention des künftigen Unrechts und einer Reaktion gegen das bereits erfolgte zuzuschreiben. Ja, der Präventionszweck kann überhaupt – das wurde bereits dargelegt¹⁸¹⁶ – im Wege der Rechtsordnung nur durch die *Nachteilsdrohung* des als hypothetisches Urteil konstruierten Rechtssatzes¹⁸¹⁷ und nicht durch die als nackter Imperativ oder Sollsatz formulierte „Norm“ erfüllt werden. Denn nur die Nachteilsdrohung kann von Staats und Rechts wegen jene motivierende Wirkung ausüben, die als Prävention bezeichnet wird. Der ein bestimmtes Verhalten fordernde Imperativ kann, als solcher in das Bewußtsein des Subjektes gedrungen, an sich eine motivierende Wirkung nicht ausüben, denn er kann den nur im eigenen Interesse tätig werdenden Willen des Menschen bloß dann in Bewegung setzen, wenn er in Verbindung mit einem Motiv – d. i. der Vorstellung zu vermeidenden Nachteils oder zu erwerbenden Vorteils – auftritt oder ein solches Motiv als gegeben voraussetzt. Geht dieses Motiv jedoch nicht von demjenigen aus, der den Imperativ ausspricht, dann ist dieser nicht normsetzende Autorität, sondern er macht eine von einer anderen Autorität statuierte Norm und mit dieser Norm geschaffene Pflicht geltend¹⁾. Wenn *Binding* sich darauf beruft, der Staat könne sich begnügen, ein bestimmtes Verhalten ohne Strafandrohung zu befehlen, weil die Menschen in den meisten Fällen aus anderen Motiven als aus Furcht vor Strafe rechtmäßig handeln, so ist diese letztere Tatsache zweifellos richtig; allein, die „Normen“, die diese Menschen dabei befolgen, sind keine Rechtsnormen, nicht Normen des Staates, sondern religiöser, sittlicher oder irgendwelcher anderer Natur. Und es liegt geradezu eine Selbsttäuschung vor, wenn |
 284 *Binding* die Möglichkeit sanktionsloser „Normen“ aus der Autorität des Staates erklären will, da doch die Befolgung dieser sanktionslosen „Normen“ auf die Autorität anderer Mächte zurückgeführt werden muß. Denn Autorität ist – wie früher nachgewiesen – die Fähigkeit, andere zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, die Gewalt der Motivation und ein Verhalten muß als Befolgung der Norm jener Autorität angesehen¹⁸¹⁹ werden, von der die Motive ausgegangen sind¹⁾. Der vom Staate ausgehende bloße Befehl: Handle so oder so – wäre er als

| 283 ¹⁾ Vgl. die näheren Ausführungen oben S. 220 ff.¹⁸¹⁸

| 284 ¹⁾ Vgl. oben S. 220 ff.¹⁸²⁰

¹⁸¹⁷ Vgl. oben S. 328–330.

¹⁸¹⁶ «dargelegt ... Rechtssatzes»] A₁ «dargelegt – nur durch die *Nachteilsdrohung* des Rechtssatzes»; A₂ «dargelegt ... Rechtssatzes».

¹⁸¹⁸ Vgl. oben S. 334–336.

¹⁸¹⁹ «Norm jener Autorität angesehen»] A₁ «Norm angesehen»; A₂ «Norm jener Autorität angesehen».

¹⁸²⁰ Vgl. oben S. 334–337.

Ausdruck eines staatlichen *Wollens* in dieser Form überhaupt möglich – bliebe stets nur ein frommer Wunsch der Gesetzgeber, der¹⁸²¹ an sich keinerlei präventive Kraft hätte. Die spezifische Autorität des Staates, von dem der Befehl ausgehen soll, beruht ausschließlich auf der Vorstellung der Strafe oder sonstigen Zwangsgewalt, die jedem autoritativen Befehle zur Seite steht. Einem Befehl, der sich nicht auf solche Motive stützt, fehlt jeder autoritäre Charakter, ja, ein solcher Befehl kann gar nicht als vom Staate ausgehend betrachtet werden.

Es ist somit außer Zweifel, daß der Zweck der Prävention nur dem Strafrechtssatze, nicht aber der *Bindingschen* „Norm“ zugesprochen werden kann. Dieser Zweck ist aber sozialer Natur und für die formal juristische Betrachtung irrelevant. Diesem sozialen Zwecke der Prävention gegenüber kann die dem Rechtssatze spezifische Reaktion gegen das erfolgte Unrecht nicht auch unter die Kategorie des „Zweckes“ geordnet werden; vielmehr fällt sie unter die Kategorie des „Mittels“ oder der „Form“ und in diesem Sinne, d. h. im Verhältnisse zur soziologischen Betrachtung ist die Jurisprudenz eine *formale* Disziplin. Erkennt man als den Zweck des Rechtssatzes, das Unrecht zu verhindern, dann kann der im Rechtssatze angedrohte¹⁸²² Nachteil nur als *Mittel* zur Erreichung dieses Zweckes angesehen werden. Und nur, wenn man von diesem Endzwecke abstrahiert, kann man die Nachteilsverhängung als „Zweck“, etwa als „Zweck im Rechte“ im Gegensatze zum „Zwecke des Rechtes“ gelten lassen. Auf diese Relativität des Gegensatzes von Zweck und Mittel wurde bereits hingewiesen.¹⁸²³ Hier sei noch hinzugefügt, daß das der Gesetzgebung zugrunde liegende Bedürfnis in erster Linie die Verhinderung des Unrechtes ist und daß Strafe und Exekution vom Standpunkte der Gesetzgeber letztlich nur als Mittel der Prävention – nicht als Zweck – in Betracht kommen. Allein, dieser teleologische Standpunkt der Gesetzgeber – deren Absicht identisch ist mit dem sozialen Zwecke des Gesetzes – ist¹⁸²⁴ nicht der einer formalen | Jurisprudenz, die in der Betrachtung des Rechtes den Standpunkt des Richters zu teilen hat. So wie dieser hat die juristische Formaltheorie¹⁸²⁵ nur den Willen des Staates zu ergründen, d. h. festzustellen, wie der Staat unter gewissen Umständen handeln will. Die Absicht des Gesetzgebers kommt für beide als solche, d. h. unmittelbar überhaupt nicht, mittelbar aber nur¹⁸²⁶ insoferne in Betracht, als sie durch den geäußerten Willen des Gesetzgebers realisiert¹⁸²⁷ wird. Die *Bindingsche* „Norm“, die sich als bloße Formulierung der gesetzgeberischen Absicht, des sozialen Zweckes der Rechtsordnung erweist und die zugleich als der den

| 285

¹⁸²¹ «Wunsch der Gesetzgeber, der»] A₁ «Wunsch, der»; A₂ «Wunsch der Gesetzgeber, der».

¹⁸²² «der im Rechtssatze angedrohte»] A₁ «der angedrohte»; A₂ «der im Rechtssatze angedrohte».

¹⁸²³ Vgl. oben S. 184.

¹⁸²⁴ «Gesetzgeber ... ist»] A₁ «Gesetzgeber ist»; A₂ «Gesetzgeber ... ist».

¹⁸²⁵ «Formaltheorie»] A₁ «Theorie»; A₂ «Formal-Theorie».

¹⁸²⁶ «beide ... nur»] A₁ «beide nur»; A₂ «beide ... nur».

¹⁸²⁷ «des Gesetzgebers realisiert»] A «des [sic] realisiert»; F* «des Gesetzgebers realisiert».

Staatswillen beinhaltende Rechtssatz gelten will, beruht wie die Rechtssatzformulierung aller Imperativtheoretiker auf der verwirrenden und methodisch zu verwerfenden Nichtunterscheidung zwischen dem Willen des Staates und der Absicht der Gesetzgeber.

Verwirft man die Grundlage der *Bindingschen* Normentheorie, die Trennung von „Norm“ und Strafrechtssatz, dann ergibt sich als Konsequenz die Ablehnung aller von *Binding* auf dieser Zweiteilung aufgebauten Konstruktionen. Dann ist unrichtig, daß der einen rechtlichen Nachteil androhende Strafrechtssatz keine Rechtspflichten der Untertanen statuiert, vielmehr ist eben dieser Rechtssatz die dem Rechte spezifische Form, die Subjekte zu verpflichten. Und indem der Rechtssatz die Untertanen zu einem bestimmten Verhalten rechtlich verpflichtet, schafft er – will man das Interesse an einem als Pflicht statuierten Verhalten¹⁸²⁸ ein „Recht“ nennen – ein „Gehorsams“-Recht des Staates gegen alle so Verpflichteten. Die *Bindingsche* Unterscheidung zwischen „Gehorsamspflichten“ und „Rechtspflichten“⁽¹⁾ ist unhaltbar. Jede Rechtspflicht ist Pflicht zu einem bestimmten Verhalten. In jedem rechtspflichtmäßigen Verhalten liegt der „Gehorsam“. Das allgemeine Verhältnis des Gehorsams¹⁸³⁰ zwischen Staat und Untertanen besteht lediglich in dem tatsächlichen Herrschafts- und Unterordnungsverhältnisse, das durch die motivierende Kraft der staatlichen Autorität geschaffen wird. Denn „Gehorsam“ erzeugt, wer einen fremden Willen zur Unterordnung unter den eigenen veranlaßt. Dieses tatsächliche Machtverhältnis entzieht sich aber jeder juristischen Konstruktion, ist eine außerrechtliche Relation. Als besondere „Gehorsamspflicht“ der Untertanen¹⁸³¹ kann nur jene *Rechtspflicht* bezeichnet werden, derzufolge man verbunden ist, Befehlen der Staatsorgane Folge zu leisten. Allein, diese Pflicht unterscheidet sich in ihrer Struktur durch nichts von irgendeiner anderen Rechtspflicht und ist wie jede andere durch einen Rechtssatz statuiert, der an das gegenteilige Verhalten eine Unrechtsfolge knüpft. Daß zu | den Voraussetzungen, an welche die Unrechtsfolgen gebunden sind, ein „Befehl“ der Staatsorgane gehört und daß sich das rechtswidrige Verhalten als Ungehorsam gegen diesen Befehl darstellt, macht diese Pflicht zur „*Gehorsamspflicht*.“ *Pflicht* ist sie, weil das gegenteilige Verhalten im *Rechtssatze* mit Unrechtsfolgen bedroht ist. Und dieses Verhalten ist „Unrecht“, nicht weil es gegen den obrigkeit-

| 286

| 285 |¹⁾ Vgl. a. a. O. I. S. 99/100, 1829

¹⁸²⁸ «einem als Pflicht statuierten Verhalten»] A₁ «einem pflichtmäßigen Verhalten»; A₂ «einem als Pflicht statuierten Verhalten».

¹⁸²⁹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 99–101.

¹⁸³⁰ „Gehorsam“. ... des Gehorsams] A₁ „Gehorsam“. Will man mit *Binding* außer der Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten noch ein allgemeines Rechtsverhältnis des Gehorsams [bricht ab]; A₂ „Gehorsam“. ... des Gehorsams».

¹⁸³¹ «Relation. ... Untertanen»] A₁ «Relation. ┘ Wenn *Binding* um die Selbständigkeit der Norm zu dokumentieren [bricht ab]; A₂ «Relation. Ein besonderes „Gehorsamsrecht“ der Untertanen»; A₃ «Relation. Als besondere „Gehorsamspflicht“ der Untertanen».

lichen Befehl¹⁸³² verstößt, sondern insofern es Voraussetzung für eine Unrechtsfolge ist.

Wenn *Binding*, um die Selbständigkeit der „Norm“ zu dokumentieren, immer wieder darauf hinweist, es gäbe *leges imperfectae*¹⁾, also reine nicht mit Nachteilsdrohung versehene Verhaltensgebote, die Bestandteile von Gesetzen sind, so ist zu erwidern, daß solche *leges imperfectae* als unverbindliche Wünsche der Gesetzgeber, nicht aber als Wille des Staates betrachtet werden können und daher zu dem rechtlich irrelevanten Gesetzesinhalte¹⁸³⁴ zählen – wenn sie nicht als formell selbständige Statuierung¹⁸³⁵ von Voraussetzungen zu erkennen sind, an die an anderer Stelle die Unrechtsfolgen geknüpft werden.

Der Behauptung *Bindings*, daß die Norm häufig mehr verbiete, als durch das Strafgesetz bedroht¹⁸³⁶ ist, kann nur die Behauptung entgegengestellt werden, daß solches Plus als rechtlich unverboden gelten müsse. Und wenn *Binding* behauptet, die Schuld stehe allein zur „Norm“ nicht aber zum Strafgesetze in Beziehung, so sei bemerkt, daß die Schuld zum ersten Teile des Strafrechtssatzes, durch welchen der strafbare Tatbestand festgestellt wird, sehr wohl in Beziehung gesetzt werden kann und auch gesetzt werden muß. Ist es ja gerade dieser erste Teil, aus dem *Binding* seine Norm formuliert wissen will²⁾.

Die Behauptung, daß es Normen gäbe, denen das Strafgesetz erst später nachfolge, kann nur bedeuten, daß es in den Gesetzen sanktionslose Verhaltensmaßregeln gibt, an deren Stelle erst nachträglich Rechtssätze mit Nachteilsdrohung treten. Wenn *Binding* aber meint, es gäbe auch Normen, die den Strafrechtssätzen *nachfolgen*,¹⁸³⁸ so muß ihm entgegengehalten werden, daß er selbst die Norm als logische *Voraussetzung* des Rechtssatzes bezeichnet³⁾, die durch die Umformung des ersten Teiles eines Strafrechtssatzes gefunden wird. Was logische Voraussetzung ist, kann nicht nachfolgen! Überhaupt ist es sehr bedenklich, die „Norm“ einmal im Sinne einer bloß logischen Formulierung des im Strafgesetze enthaltenen Imperativs aufzufassen und sie das andere Mal wieder als selbständigen, vom Strafgesetze ganz unabhängigen Verhaltensbefehl der Rechtsordnung hinzustellen, der | den bezüglichen Strafrechtssätzen vorangehen oder auch nachfolgen

| 287

¹⁾ a. a. O. S. 83, ¹⁸³³

²⁾ Über die Stellung des Schuldmomentes im Rechtssatze vgl. oben S. 133 ff. ¹⁸³⁷

³⁾ vgl. a. a. O. I. S. 45. ¹⁸³⁹

| 286

¹⁸³² «gegen den obrigkeitlichen Befehl» A₁ «gegen ein [bricht ab]»; A₂ «gegen den obrigkeitlichen Befehl».

¹⁸³³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 83.

¹⁸³⁴ «Gesetzesinhalte» A₁ «Inhalte»; A₂ «GesetzesInhalte».

¹⁸³⁵ «als formell selbständige Statuierung» A₁ «als Statuierung»; A₂ «als formell selbständige Statuierung».

¹⁸³⁶ «bedroht» A₁ «verboten»; A₂ «bedroht».

¹⁸³⁷ Vgl. oben S. 235–252.

¹⁸³⁸ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 83.

¹⁸³⁹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 45.

kann. Zweifellos hat *Binding* den Begriff der Norm in diesen beiden von einander völlig verschiedenen Bedeutungen, ohne zu unterscheiden, gebraucht¹⁾.

Zwei Fälle gibt es, in denen die von *Binding* behauptete Selbständigkeit der Norm gegenüber dem Strafgesetze Berechtigung zu haben scheint. Aber auch in diesen Fällen wird es sich zeigen, daß die Annahme einer selbständigen „Norm“ neben dem Strafgesetze überflüssig und daher unrichtig ist. Der Rechtssatz ist der Ausdruck eines Willens des Staates, unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise zu handeln, beim Rechtssatze im engeren Sinne: eine Unrechtsfolge zu verhängen. Es ist nun durchaus möglich, daß das Gesetz die Umstände, unter denen die Unrechtsfolge einzutreten hat, nicht selbst näher bestimmt, sondern die Bestimmung anderen als den gesetzgebenden Faktoren überläßt. Der Rechtssatz lautet in diesen Fällen dann derart, daß der Staat unter jenen Umständen z. B. strafen wolle, die ein bestimmt bezeichnetes Subjekt näher fixieren werde. Es ist ein sogenannter Blankettrechtssatz. Die Subjekte, denen die Fixierung der näheren Umstände übertragen wird, können nun sehr verschiedene sein, ihre Bestimmung steht durchaus im Belieben des Gesetzgebers. Es kann eine Verwaltungsbehörde des eigenen Staates, es kann, etwa im Falle eines Bundesstaates, die Gesetzgebung eines¹⁸⁴¹ Gliedstaates, es kann aber auch die Gesetzgebung oder Verwaltung eines fremden Staates sein. Das Gesetz kann z. B. Strafe androhen in jenen Fällen, die irgendeine Verwaltungsbehörde, ein Ministerium oder auch nur eine Gemeinde näher bestimmt. Das Reichsgesetz kann eine Geldstrafe von 10–100 auf alle Waldfrevel setzen, die durch Landesgesetz bestimmt sind. Ja, das Gesetz kann beispielsweise mit gewissen Zollstrafen ein Verhalten bedrohen, das durch das Zollgesetz eines Grenzstaates verboten – das heißt nichts anderes als: näher bestimmt – wird. In allen diesen Fällen nimmt *Binding* an, daß die „Norm“ von einem anderen Subjekte ausgehe als die Strafdrohung²⁾.

Ein zweiter Fall liegt vor, wenn das Gesetz die Bestimmung der Unrechtsfolge ganz oder teilweise einem anderen Subjekte überträgt, z. B. bestimmt, daß das schnelle Fahren in Ortschaften mit jener Strafe zu ahnden ist, die durch die kompetente Verwaltungsbehörde erster oder zweiter oder noch höherer Instanz bestimmt wird, u. ä. Hier geht nach *Binding* die „Norm“ von der Gesetzgebung, die Strafdrohung von der Verwaltung aus. Aus dieser Möglichkeit nun, daß „Norm“ und Strafdrohung von zwei ganz verschiedenen Autoritäten | ausgehen können, schließt *Binding* auf die notwendige Selbständigkeit der Norm gegenüber dem Strafe androhenden Strafrechtssatze.

|288

|287

¹⁾ Vgl. a. a. O. I. S. 45 u. S. 83.¹⁸⁴⁰

²⁾ Vgl. a. a. O. I. S. 83 ff. u. S. 158 ff.¹⁸⁴²

¹⁸⁴⁰ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 45, 83.

¹⁸⁴¹ «Bundesstaates, die Gesetzgebung eines»] A₁ «Bundesstaates – eines»; A₂ «Bundesstaates – die Gesetzgebung eines».

¹⁸⁴² *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 83 f., 158–167.

Nun unterliegt es gewiß keinem Zweifel, daß nicht nur das rechtswidrige Verhalten der Untertanen und der nähere Inhalt des daran geknüpften staatlichen Strafwillens von zwei verschiedenen Seiten näher fixiert werden kann, sondern es ist sogar durchaus denkbar daß beides von der Bestimmung anderer als der gesetzgebenden Faktoren abhängig gemacht wird; z. B. wenn es in einem Gesetze hieße: Die Bestrafung von Übertretungen der von den Gemeinden auf dem Gebiete der Straßenpolizei zu erlassenden Vorschriften hat nach jenen Bestimmungen zu erfolgen, die jeweils von der Gemeinde erlassen werden. Und diese Erscheinung ist durchaus nicht auf das Strafrecht beschränkt. Allein die Selbständigkeit der „Norm“ gegenüber der Strafdrohung ist in diesen Fällen – für die *Bindingsche* Argumentation kommen vornehmlich nur jene beiden in Betracht, bei denen Norm und Strafrechtssatz von zwei verschiedenen Autoritäten auszugehen scheinen – tatsächlich nur eine scheinbare. Denn die von der Strafdrohung selbständige Bestimmung ist kein für sich bestehender rechtsverbindlicher Befehl rechtmäßigen Verhaltens, keine „Norm“, sondern lediglich die nähere Festsetzung jener Umstände, unter denen ein staatlicher Strafwiller existent werden soll. Wenn das *Gesetz* sagt, der Staat wolle in allen jenen Fällen eine bestimmte Strafe verhängen, welche eine Verwaltungsbehörde bestimmen werde, dann verpflichtet die Untertanen nicht etwa die von der betreffenden Behörde ausgehende *Verordnung*, mit welcher ein bestimmtes Verhalten der Untertanen gefordert wird, sondern der im *Gesetze* ausgedrückte Wille des Staates, zu strafen. Die *Verordnung*, die auf Grund eines solchen Blankettgesetzes etwa das Schnellfahren verbietet, wäre an und für sich gänzlich bedeutungslos; ein Akt der Verwaltung, der niemals Rechtspflichten statuiert. Nur der im *Gesetze* ausgesprochene Wille des Staates ist es, der solche Wirkung hat; nur in Verbindung mit diesem, als nähere Bestimmung seiner Voraussetzungen hat die fragliche *Verordnung* Bedeutung. Es liegt hier das gleiche Verhältnis vor wie bei der allgemeinen Gehorsamspflicht der Untertanen gegenüber den Anordnungen der Staatsorgane. Wenn das *Gesetz* jeden mit Strafe bedroht¹⁸⁴³, der einem Befehle des Polizei-Organes nicht gehorcht, ist es das *Gesetz*, das die Gehorsamspflicht des Untertanen statuiert – und ohne eine solche gesetzliche Bestimmung kann im konstitutionellen Staate von einer allgemeinen Gehorsamspflicht nicht die Rede sein; der Befehl des Polizeiorganes schafft keine Rechtspflicht, sondern ist lediglich als Verwaltungsakt zu betrachten, durch den eine bereits | *gesetzlich* statuierte Rechtspflicht geltend gemacht wird. Die oben angeführte *Verordnung* der Verwaltungsbehörde hat rechtlich keine andere Stellung als der zuletzt charakterisierte Polizeibefehl. Darum ist es unzulässig, die Tätigkeit jener Faktoren, denen bloß die nähere Bestimmung der Voraussetzungen überlassen ist, an die sich der staatliche Wille bindet, als „Norm“ zu bezeichnen. Nur das *Gesetz* d. h. der darin ausgedrückte Wille des Staates „normiert“, statuiert Rechtspflichten; und darum muß in allen diesen Fällen die „Norm“ als von eben-

| 289

¹⁸⁴³ «bedroht»] so in A, im Erstdruck «droht».

demselben Gesetze ausgehend betrachtet werden, das die bedingte Strafdrohung¹⁸⁴⁴ – den Rechtssatz ausspricht.

Überläßt das Gesetz die nähere Bestimmung der *Unrechtsfolge*, also z. B. der Strafe, einem anderen als dem gesetzgebenden Faktor und gibt es dabei selbst die näheren Voraussetzungen, unter denen die Strafe eintreten soll, dann gehen auch in diesem Falle „Norm“ und Strafrechtssatz von derselben Autorität aus. Denn als Subjekt des Strafwillens ist auch hier ausschließlich und allein der Staat als Träger der¹⁸⁴⁵ Rechtsordnung anzusehen. Wenn auch die nähere Festsetzung des Inhaltes des staatlichen Strafwillens etwa einer Verwaltungsbehörde delegiert ist, so muß doch stets daran festgehalten werden – und nur darauf kommt es bei dieser Zurechnung an –: *Daß* der Staat unter bestimmten Umständen überhaupt strafen will, ist im Gesetz, in der Rechtsordnung ausgesprochen (kann ja nur hier zum Ausdrucke gelangen). Das „Wie“, Art und Ausmaß der Strafe mag immerhin der Festsetzung durch die Verwaltung überlassen sein! Ja, dies muß bis zu einem gewissen Grade immer der Fall sein, auch wenn die Strafe noch so genau im Gesetze selbst fixiert ist. Es liegt kein prinzipieller, nur ein quantitativer Unterschied zwischen dem hier behandelten und jenem Falle vor¹⁸⁴⁶, wo das Gesetz dem Ermessen des Richters einen Spielraum in Bezug auf das Strafausmaß oder auf die Wahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe überläßt. Gewiß wird niemandem beifallen, dem Richter, weil er mit seinem Ermessen Art und Ausmaß der Strafe bestimmt, die Statuierung des Strafrechtssatzes, dem Gesetze aber, das die Fixierung des strafbaren Verhaltens beinhaltet, die „Norm“ zuzuschreiben. Doch läge dies in der Konsequenz der *Bindingschen* Trennung. Und so zeigt sich denn bei näherer Untersuchung, daß auch im zweiten von *Binding* für die Selbständigkeit der „Norm“ vom Strafrechtssatze vorgebrachten Falle Strafgesetz und „Norm“ von der gleichen Autorität ausgehen, daß Norm und Strafgesetz eins sind¹⁾.

|290 |Auf dem Boden dieser Anschauung, die eine Identität von Norm und Strafrechtssatz erkennt, muß man auch die von *Binding* behauptete Möglichkeit leugnen, daß Norm und Strafgesetz „zu verschiedenen Zeiten entstehen und in Kraft treten können, daß beider Geltungsgebiet sich oft nicht deckt, daß beider Wandlung oder Aufhebung auf sehr verschiedenen Wegen, bald dem der Gesetzgebung, bald dem der Verordnung, bald durch das Reich, bald durch den Gliedstaat, bald

|289 |¹⁾ Es wäre ein überflüssiges Breitschlagen des hier ausgeführten Grundgedankens, des näheren darzulegen, daß im Falle eines Blankettgesetzes das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung innerhalb desselben Staates das | gleiche ist wie zwischen Gesetzgebung des einen Staates und der eines anderen (Gliedstaates oder fremden Staates). Strafrechtssatz und „Norm“ gehen stets von jenem Gesetze aus, welches das Blankett enthält.

¹⁸⁴⁴ «die bedingte Strafdrohung»] A₁ «die Strafdrohung»; A₂ «die bedingte Strafdrohung».

¹⁸⁴⁵ «Staat als Träger der»] A₁ «Staat in der»; A₂ «Staat als Träger der».

¹⁸⁴⁶ «Unterschied ... vor»] A₁ «Unterschied vor»; A₂ «Unterschied ... vor».

durch Behörde, wohl auch durch den auswärtigen Staat geschehen kann¹⁾. Denn was *Binding* selbständige „Norm“ scheint, ist die an sich nicht mit Verbindlichkeit ausgestattete nähere Bestimmung der Umstände, an die sich die Existenz des staatlichen Strafwillens knüpft.

Was insbesondere die von *Binding* hervorgehobene Tatsache betrifft, Norm und Strafgesetz können ein verschiedenes Geltungsgebiet haben, wenn z. B. das Gesetz Strafe in jenen Fällen androht, die durch lokale Verwaltungsbehörden, deren Kompetenz örtlich begrenzt ist, bestimmt werden – so ist folgendes zu bemerken: In einem solchen Falle könnte es scheinen, daß nur ein Strafgesetz, nur ein Strafrechtssatz für den ganzen Staat gelte, während mehrere, von einander möglicherweise verschiedene Normen für einzelne Gebiete innerhalb des Staates in Kraft sind, dann nämlich, wenn etwa die einzelnen gesetzlich delegierten Lokalbehörden für ihren Bezirk *verschiedene*¹⁸⁴⁸ Fälle auf Grund des gemeinsamen Gesetzes als strafbar bezeichnen. Was in dem einen Bezirke durch Verordnung der kompetenten Behörde unter die Strafe des Gesetzes gestellt wird, kann in dem andern straflos gelassen bleiben. Allein hier muß angenommen werden, daß der im Gesetze ausgesprochene Rechtssatz nur für jene Gebiete gilt, in denen bestimmte Verordnungen seine Voraussetzungen fixiert haben; und die Möglichkeit lokal begrenzter Geltung eines Gesetzes wird gewiß nicht – auch von *Binding* nicht – geleugnet. Sind die Voraussetzungen in den einzelnen Provinzen durch die betreffenden Verordnungen verschieden fixiert, liegen eben mehrere, von einander verschiedene Rechtssätze vor, wie ja überhaupt ebensoviele Rechtssätze anzunehmen sind, als Tatbestände statuiert werden, an die sich eine Unrechtsfolge knüpft. Die Blankettformel: „Unter gewissen anderweitig zu bestimmenden Umständen will der Staat eine bestimmte Strafe verhängen“, enthält eine unbestimmte Menge von Rechtssätzen, deren Anzahl sich nach der Zahl der Tatbestände richtet, die auf jene vom Gesetze für zulässig erklärte Weise statuiert werden.

| 291

Wird der Tatbestand durch Verordnung geändert, ändert sich *inhaltlich* auch der Rechtssatz. Ist etwa überhaupt kein Tatbestand statuiert, sind z. B. jene Verordnungen oder Landesgesetze, durch welche die einzelnen Fälle bestimmt werden sollen, in denen die im Gesetze oder Reichsgesetze ausgesprochene Strafe einzutreten hat, noch nicht erlassen, dann ist der Rechtssatz zwar formaliter vorhanden, hat aber noch keinen Inhalt. Dieser Inhalt ist durch die eigenartige Fassung des Gesetzes zu einem variablen gemacht, während die Form, die Hülle, der Rahmen, das Blankett ein konstantes bleibt. Gerade diese *Form* ist aber für die juristische Konstruktion von wesentlicher Bedeutung.

¹⁾ a. a. O. I. S. 85.¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴⁷ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 85.

¹⁸⁴⁸ «einzelnen ... *verschiedene*»] A₁ «einzelnen delegierten Lokalbehörden *verschiedene*»; A₂ «einzelnen ... *verschiedene*».

Als ein weiteres Argument für die Selbständigkeit der Norm dem Strafgesetze gegenüber führt *Binding* an¹⁾: „Aber auch selbst¹⁸⁵⁰ wenn Norm und Strafgesetz genau dieselbe Erscheinungsform aufweisen, vielleicht beide in demselben Reichs- oder Landesgesetze erlassen sind, ist durchaus möglich, daß die Norm von einem bestimmten Tage an gesetzlich aufgehoben wird, das Strafgesetz für die noch ungeahndeten Übertretungen derselben in Kraft bleibt, oder daß umgekehrt die Norm – von nun an *lex imperfecta* – das aufgehobene Strafgesetz überdauert, oder daß neben die alte Norm ein neues Strafgesetz tritt“. Für den ersten Fall der Wandlung und Aufhebung der Norm bei unverändertem Strafgesetze führt *Binding* das von ihm treffend so benannte „Blankettstrafgesetz“²⁾ ins Feld. Hier scheint ihm der Fall gegeben zu sein, daß das Strafgesetz fortbesteht, während die Norm sich ändern kann. Daß nur ein Wandel des Inhaltes des Strafgesetzes bei Identität der Form vorliegt, wurde bereits gezeigt.

Einen zweiten Fall sieht *Binding* darin, daß ein Strafgesetz auch nach dem Ende der Norm in Kraft bleiben könne³⁾. „Die Aufhebung eines Ausführverbotes, einer Wegsperre mit einem bestimmten Tage bedeutet durchaus nicht das Straffloswerden der vor diesem Tage schon begangenen, noch ungeahndeten Übertretungen jener Norm. Neue Verhältnisse haben ihre Abschaffung veranlaßt: Die alte *sanctio legis* bleibt in Kraft, um die Autorität der alten Verbote an ihren Verächtern zu bewähren“. Auch hier ist die von *Binding* gezogene Konsequenz: Annahme einer selbständigen „Norm“ neben dem Strafgesetze, keine notwendige. Denn „aufgehoben“ wird nicht nur das Ausführverbot, die „Norm“, sondern auch | das Strafgesetz, ja, nur durch die Aufhebung des Strafrechtssatzes, nur mit diesem kann die *Bindingsche* „Norm“ aufgehoben werden. Wenn auch ein aufgehobenes Strafgesetz zur Anwendung kommen kann, nämlich auf jene Tatbestände, die unter seiner Herrschaft entstanden – aber noch nicht geahndet worden sind, so hat dies nicht die Bedeutung, daß das Strafgesetz noch fortbesteht. Denn „Aufhebung eines Gesetzes“ bedeutet, daß der Staat von nun an den Willen, unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise zu handeln, nicht mehr hat. Ist aber vor diesem Augenblicke einer jener Umstände eingetreten, an welche die Existenz des staatlichen Willens geknüpft war, so ist dieser Wille für diesen Fall zu einem *unbedingten* geworden und bleibt als solcher durch die Aufhebung des Gesetzes, das nur den *bedingten* Willen des Staates beinhaltet, unberührt – vorausgesetzt, daß die Aufhebung nicht *ausdrücklich* auf die Fälle des bereits unbedingt gewordenen

| 291 |¹⁾ a. a. O. I. S. 85. 1849

²⁾ a. a. O. I. S. 185. 1851

³⁾ a. a. O. I. S. 187. 1852

1849 *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 85.

1850 «Aber auch selbst»] *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 83: «Aber selbst».

1851 *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 185, ebenso bereits S. 161.

1852 *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 187.

Staatswillens ausgedehnt, das heißt mit Rückwirkung versehen wurde.¹⁸⁵³ Der *bedingte*, an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Wille des Staates – und das ist der Rechtssatz, das Gesetz – kann aufgehoben sein und dennoch muß der vor der Aufhebung durch Eintritt der Voraussetzungen unbedingt¹⁸⁵⁴ gewordene Wille auch nach der Aufhebung realisiert werden. Der juristische Sprachgebrauch hat niemals gezögert, das Gesetz, das durch ein anderes vollständig ersetzt wurde, auch dann als ein „aufgehobenes“ zu bezeichnen, wenn es noch auf die unter seiner Herrschaft entstandenen Tatbestände angewendet wurde. Ja, nähme man den *Bindingschen* Gebrauch des Terminus „Gesetzes-Aufhebung“ ernst, könnte ein Gesetz, würde es nicht durch ein solches mit rückwirkender Kraft abgelöst, niemals oder doch erst dann als aufgehoben betrachtet werden, wenn alle unter seiner Herrschaft entstandenen Unrechtstatbestände verjährt, also eine Anwendung nicht mehr möglich wäre. Der Widerspruch, der darin zu liegen scheint, daß ein aufgehobener Rechtssatz angewendet wird, ist nur ein scheinbarer. Denn die Aufhebung des Rechtssatzes – und der in ihm gelegenen Norm – bezieht sich mangels ausdrücklicher Statuierung einer Rückwirkung nur auf die künftigen, nach der Aufhebung erfolgenden Tatbestände. Der für die Zukunft aufgehobene Rechtssatz ist für die unter seiner Herrschaft bereits eingetretenen Unrechtsfälle, auf die er angewendet wird, *nicht* aufgehoben. Man kann nicht geltend machen, daß das Strafgesetz, das wohl für die Zukunft¹⁸⁵⁵ aufgehoben ist, für die Vergangenheit zwar noch Geltung haben, aber in *keiner* Weise mehr als *Norm* betrachtet werden könne, weil die spezifisch *normative* Geltung nur in die Zukunft gerichtet sei; denn dagegen ist – | abgesehen davon, daß das *gesollte* Geschehen keineswegs mit dem zukünftigen Geschehen identifiziert werden oder nur als ein Spezialfall des letztern gelten darf¹⁾ – zu bemerken¹⁸⁵⁷, daß das aufgehobene Strafgesetz ja doch nur auf jene Fälle *angewendet* wird, für die es auch als Norm in Betracht gekommen ist. Wird ein Gesetz aber ausdrücklich mit Rückwirkung erlassen, dann ist es wohl

| 293

¹⁾ Vgl. oben S. 14f.¹⁸⁵⁶

| 293

¹⁸⁵³ «wurde.»] A «wurde.^{Fn}vgl die Ausführungen über die Rückwirkung von Gesetzen unten S ...^{Fn}»; F* «wurde.».

¹⁸⁵⁴ «Aufhebung durch Eintritt der Voraussetzungen unbedingt»] A₁ «Aufhebung unbedingt»; A₂ «Aufhebung durch Eintritt der Voraussetzungen unbedingt».

¹⁸⁵⁵ «Der für die ... Zukunft»] A₁ «Der Rechtssatz ist eben für die unter seiner Herrschaft erfolgten [bricht ab]»; A₂ «Der Rechtssatz ist eben für die unter seiner Herrschaft eingetretenen Unrechtsfälle *nicht* aufgehoben. Macht man geltend, daß wohl für künftige [bricht ab]»; A₃ «Der für die ... Zukunft».

¹⁸⁵⁶ Vgl. oben S. 93f.

¹⁸⁵⁷ «Norm betrachtet werden könne, weil ... bemerken»] A₁ «Norm zu betrachten ist, weil es seinen Zweck verloren hat, motivierend zu wirken, und welcher Zweck eben nur in der Zukunft erfüllt werden kann; so ist zu bemerken»; A₂ «Norm zu betrachten sei, weil die spezifisch *normative* Geltung nur in die Zukunft gerichtet sei; denn dagegen ist abgesehen davon daß das *gesollte* Geschehen keineswegs mit dem zukünftigen Geschehen identifiziert werden oder nur als ein Spezialfall des letztern gelten darf – zu bemerken»; F* «Norm betrachtet werden könne, weil ... bemerken».

möglich, daß es auf Fälle angewendet wird, die vor seiner Entstehung eingetreten sind und für die es daher als Norm nicht in Betracht gekommen sein kann. Diese Möglichkeit¹⁸⁵⁸ ist nur darauf zurückzuführen, daß die Menschen bei Fixierung der Rechtssätze völlig willkürlich vorgehen können, daß im positiven Rechte durch ein konkretes Gesetz Strafe an Tatbestände geknüpft werden kann, die vor Erlassung des Gesetzes perfekt wurden und damals mit einer anderen oder gar keiner Strafe bedroht waren. Daß durch solche Willkürlichkeit auch eine Rechtspflicht mit rückwirkender Kraft geschaffen wird, kann nicht verwunderlicher sein als die Tatsache, daß ein Rechtssatz oder eine Rechtsnorm mit rückwirkender Kraft erlassen wird. Wenn man mit Strafe bedrohen kann, was vor der Drohung begangen wurde, wenn man also „verbieten“ kann, was schon vor dem Verbot geschehen ist, so kann man auch zu etwas verpflichten, dessen Gegenteil bereits eingetreten ist. Das alles ist formal möglich; ob es zweckmäßig ist, ist eine andere Frage, und diese muß verneint werden, wenn man den präventiven (sozialen) Zweck der Rechtsordnung im Auge hat; dann ist es nicht nur nicht zweckmäßig, sondern überhaupt nicht zweckmöglich. Denn motivierend kann der Rechtssatz tatsächlich nur in die Zukunft und nicht in die Vergangenheit wirken. Und nur soferne man die Rechtsnorm nach ihrem sozialen Zweck bestimmt¹⁸⁵⁹, ist eine Rückwirkung derselben undenkbar; und nur soferne man irrtümlich als *Verpflichtung durch die Rechtsnorm deren Zweckerfüllung*, nämlich die durch Motivation bewirkte Willensbindung im Pflichtsubjekte ausgibt, ist eine rückwirkende Verpflichtung unmöglich. Gerade die für das Rechtsgebiet bestehende Tatsache der Rückwirkung von Rechtssätzen oder Rechtsnormen zeigt¹⁸⁶⁰ aber deutlich, daß die Begriffe Rechtssatz oder Rechtspflicht¹⁸⁶¹ nichts mit dem sozialen Zwecke der Rechtsordnung zu tun haben.

Daß¹⁸⁶², im Falle die Aufhebung eines Gesetzes durch ein anderes mit¹⁸⁶³ rückwirkender Kraft erfolgt, von einer selbständigen Erlöschung der Norm gegenüber dem noch fortbestehenden Strafgesetze nicht die Rede sein kann, gibt auch *Bindung* zu. Aber in der Beurteilung, wann eine solche Rückwirkung anzunehmen ist,

| 294

¹⁸⁵⁸ «Möglichkeit»] A₁ «Tatsache»; A₂ «Möglichkeit».

¹⁸⁵⁹ «die Rechtsnorm nach ihrem sozialen Zweck bestimmt»] A₁ «die Norm mit ihrem Zweck identifiziert, sofern man [bricht ab]»; A₂ «die RechtsNorm nach ihrem sozialen Zweck bestimmt».

¹⁸⁶⁰ «Tatsache ... zeigt»] A₁ «Tatsache von Rückwirkungen von Gesetzen oder Rechtssätzen zeigt»; A₂ «Tatsache ... zeigt».

¹⁸⁶¹ «Begriffe Rechtssatz oder Rechtspflicht»] A₁ «Begriffe Rechtssatz oder [bricht ab]»; A₂ «Begriffe Rechts [sic] oder Rechtspflicht»; F* «Begriffe Rechtssatz oder Rechtspflicht».

¹⁸⁶² «Betracht gekommen sein kann. ... [Daß] (4122–41226)] A₁ «Betracht gekommen sein kann. Das hindert freilich nicht, daß es vom Augenblick seiner Erlassung an für alle zukünftigen Fälle als Norm zu gelten hatte, und ein rechtliches Sollen statuierte, und somit Rechtssatz und Norm zugleich ist. Allein dieser soziale Zweck der Präven[tion] ist für die formal-juristische Erkenntnis nicht wesentlich. In allen diesen Fällen – und das muß gegenüber Binding betont werden [bricht ab] Nicht immer meint Binding – überdauere der Rechtssatz den [bricht ab]»; A₂ «Betracht gekommen sein kann. ... [Daß]».

¹⁸⁶³ «Aufhebung ... mit»] A₁ «Aufhebung des Gesetzes mit»; A₂ «Aufhebung ... mit».

muß *Binding* entschieden widersprochen werden. Wird nämlich „die Norm“, meint *Binding*, „aufgehoben, weil der Gesetzgeber mißbilligt, daß sie früher bestanden hat, so liegt darin eine Mißbilligung auch der strafrechtserzeugenden Kraft ihrer Übertretung, und ihre Pönalsanktion wird auch dann als mitbeseitigt zu gelten haben, falls das neue Gesetz dies nicht ausdrücklich bemerken sollte“. ¹⁸⁶⁴

Damit verwirft *Binding* die herrschende Ansicht, daß die Rückwirkung eines Gesetzes nur unter ausdrücklicher Statuierung erfolgt, und läßt die Annahme einer solchen auch aus der Absicht des Gesetzgebers schließen. Allein, dagegen muß bemerkt werden, daß für die Absicht des Gesetzgebers nur höchst unsichere Kriterien vorliegen. Woraus soll man eigentlich den Schluß ziehen, daß der „Gesetzgeber“ auch die frühere Geltung der Norm „mißbillige“? Wird ein Gesetz aufgehoben, so bedeutet das juristisch nichts anderes, als daß sich der *Wille des Staates* geändert hat. Aus welchen Gründen die zur Erzeugung des Staatswillens berufenen Personen – nur das sind die Gesetzgeber – abgestimmt, was sie dabei gedacht oder gefühlt, gebilligt oder mißbilligt haben – und nichts anderes ist die „Absicht des Gesetzgebers“ – bleibt für die juristische Erkenntnis vollkommen irrelevant.

Was für den Juristen in Betracht kommt, ist der fertige Wille des Staates – das Gesetz, und nicht die Wünsche und Gedanken der Gesetzgeber. Die Vorstellung des „Gesetzgebers“ – dies wohl am meisten mißbrauchte und mißverstandene unter allen Schlagwörtern der Juristen – sollte in der Rechtswissenschaft keinen Raum haben. Im übrigen kann man es dem Wortlaute eines Gesetzes in der Regel nicht ansehen, ob der „Gesetzgeber“ das alte aufgehobene Gesetz in seiner früheren Geltung „mißbilligt“; und selbst wenn ein ungeschickter Redakteur einen solchen Passus in den Wortlaut des Gesetzes aufgenommen hätte, ist ein derartiger Mißbilligungsausdruck an sich ebenso unverbindlich, wie alles, was nicht den Willen des Staates zu eigenem Handeln ausdrückt.

Die Frage, ob ein neues Strafgesetz auch auf die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangenen, noch nicht geahndeten Delikte anzuwenden ist, diese ¹⁸⁶⁵ reine Interpretationsfrage, ist lediglich darnach zu entscheiden, ob der im Gesetze ausgedrückte staatliche Strafwillen sich nur an künftige Tatbestände knüpft, oder auch auf vergangene sich bezieht. Der *Natur der Sache nach* ist anzunehmen, daß das Gesetz, das als ein Beschluß, künftig zu handeln, gedacht werden kann, den staatlichen Handlungswillen an Tatbestände knüpft, die ebenfalls nach der „Beschlussfassung“, d. i. der Gesetzes|werdung entstehen. Soll dies nicht der Fall sein – und es muß nicht unter allen Umständen so sein – bedarf es wohl ausdrücklicher Bestimmung im Wortlaute des Gesetzes.

| 295

¹⁸⁶⁴ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 187.

¹⁸⁶⁵ «ist, diese»] A₁ «ist, wenn das neue Gesetz darüber nichts ausdrücklich bestimmt – diese»; A₂ «ist, diese».

Schließlich¹⁸⁶⁶ geht *Binding* daran, die Selbständigkeit der nicht dem geschriebenen Rechte angehörenden „Norm“ zu erweisen, indem er darzulegen bemüht ist, daß auch die Norm, die nicht ausdrücklich als solche im Gesetze ausgesprochen ist, deren Dasein lediglich aus der Sanktion ihrer Übertretung im Strafrechtssatze zu schließen ist, durchaus nicht das ganze Schicksal des Strafgesetzes teile, das sie uns erschließt¹⁾. Eine Änderung des Strafgesetzes wider die Tötung gehe nicht in der Weise vor sich, daß mit dem Augenblicke der Aufhebung des alten und der Einführung des neuen Strafgesetzes das *Verbot* der Tötung erlösche, um im selben Augenblicke wieder aufzuleben. Vielmehr bestehe die „Norm“ unangetastet weiter auch während des Augenblickes, da das alte Strafgesetz erlischt und das neue entsteht. Da die *Bindingsche* Norm in dem hier gebrauchten Sinne nichts ist als der selbständig formulierte Zweck des Strafrechtssatzes und es durchaus möglich ist, daß derselbe Zweck durch zwei verschiedene Gesetze verfolgt¹⁸⁶⁸ wird, so bedeutet die Tatsache, auf die *Binding* mit seinem Beispiele hinweist nichts anderes als die Identität und Kontinuität des Zweckes bei Veränderung der Mittel zu seiner Verfolgung. Sieht man richtigerweise im Strafrechtssatze selbst die Norm, dann hindert nichts anzunehmen, daß die alte Rechtsnorm im Augenblicke der Aufhebung des alten Gesetzes erlischt und im selben Augenblicke die inhaltlich gleiche Norm in dem formell verschiedenen, neuen Gesetze entsteht. Die Kontinuität des Zustandes, daß die Tötung mit Strafe bedroht ist, wird darum nicht gestört, weil das Intervall zwischen dem alten und dem neuen Gesetze als ein unendlich kleines gedacht ist. Wenn es angeht, die Strafdrohung gegen die Tötung „auch nur eine unmerkliche Zeit“¹⁸⁶⁹ als aufgehoben zu betrachten, so ist nicht einzusehen, warum gerade die „Norm“ das imperativische Verbot der Tötung diesen unmerklichen Zeitraum nicht intermittieren kann, da doch die Vorstellung, daß der Staat während eines unendlich kleinen Augenblickes die Tötung nicht bestrafen wolle, nicht unerträglicher sein kann als jene, daß die Tötung während des gleichen Zeitraumes nicht verboten sei.

Auch für die Selbständigkeit der ungeschriebenen „Norm“ führt *Binding* die bereits oben¹⁸⁷⁰ untersuchten Argumente von dem angeblichen Überdauern der Norm durch das Strafgesetz und dem Überdauern des Strafgesetzes durch die Norm an. Für die Behauptung, | daß die Aufhebung eines Strafgesetzes, dessen

| 296

| 295 |¹⁾ a. a. O. I. S. 85/86. ¹⁸⁶⁷

¹⁸⁶⁶ «im Wortlaute des Gesetzes. [Schließlich] A₁ «im Gesetze. Die nähere Untersuchung dieses Problems der Rückwirkung von Gesetzen erfolgt im Kapitel über die Interpretation des Rechtssatzes [bricht ab]»; A₂ «im Wortlaute des Gesetzes. Die nähere Untersuchung dieses Problems der Rückwirkung von Gesetzen erfolgt im Kapitel über die Interpretation des Rechtssatzes [bricht ab]»; F* «im Wortlaute des Gesetzes. [Schließlich]».

¹⁸⁶⁷ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 85 f.

¹⁸⁶⁸ «durch zwei verschiedene Gesetze verfolgt»] A₁ «durch verschiedene Mittel verfolgt»; A₂ «durch zwei verschiedene Gesetze verfolgt».

¹⁸⁶⁹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 86 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁸⁷⁰ Vgl. oben S. 393–403.

Norm nicht anderweitig formuliert ist, auch erfolgen könne, ohne daß der Fortbestand der Norm im geringsten Zweifel sei, führt *Binding* als Beispiel an, daß die Aufhebung der Strafdrohung wider die Hinterziehung der Zwangsvollstreckung diese Handlungsweise gewiß nicht zu einer unverbottenen machen würde¹⁾. Dieser nicht näher bewiesenen Behauptung gegenüber genügt es, die Behauptung des Gegenteils vorzubringen. Doch sei hierzu noch folgendes bemerkt. Wäre jedes die Exekution vereitelnde oder erschwerende Verhalten ohne Unrechtsfolge gelassen, dann bestände ebensowenig eine Rechtspflicht zur Unterlassung solcher Handlungen, wie es keine Rechtspflicht gibt, die verwirkte Strafe auf sich zu nehmen. Dann wäre die Exekutionsvereitelung ebensowenig rechtlich „verboten“, wie es etwa die Flucht vor der Strafe oder irgendein Verhalten ist, das bezweckt, sich der verwirkten Strafe zu entziehen. Das Bemühen, eine *Rechtspflicht* zur Erduldung der Unrechtsfolgen zu konstruieren, wenn das Nicht-Dulden, die Entziehung ohne selbständige Unrechtsfolge gelassen ist, gleicht dem Versuche Münchhausens, sich an dem eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zu ziehen. Denn das einzige Kriterium dafür, daß ein bestimmtes Verhalten rechtlich „verboten“¹⁸⁷², Gegenstand einer Unterlassungspflicht ist, liegt lediglich darin, daß dieses Verhalten mit einer Unrechtsfolge bedroht ist. Es ist gewiß möglich, daß die Rechtsordnung die Bestimmung enthält, wer sich einer Unrechtsfolge entzieht, verwirke eine andere Unrechtsfolge dazu. Das Delikt der mit Strafe bedrohten *Exekutionsvereitelung* stellt zweifellos eine solche Bestimmung dar. Wenn die *Strafflucht*, das ist die Vereitelung jener Unrechtsfolge, welche als *Strafe* bezeichnet wird, im allgemeinen nicht mit einer neuerlichen Unrechtsfolge bedroht ist, so hat dies wohl praktische Gründe, da die *Strafflucht* nur mit *Strafe* bedroht sein könnte und solche Strafdrohungen konsequenterweise ad infinitum gehen müßten.

Wenn *Binding* auf die Wandelbarkeit der Strafgesetze gegenüber dem unveränderten Bestande der „Normen“ hinweist und darauf aufmerksam macht, daß die Normen so alt sind wie die Völker selbst, während die Strafgesetze fortwährend wechseln²⁾, so kann die zugrundeliegende Tatsache keineswegs nur durch die selbständige Existenz von Normen neben den Strafgesetzen erklärt werden. Was vorliegt, ist nichts anderes als die Tatsache, daß es im großen und ganzen die gleichen Zwecke sind, die mit den verschiedenen Strafgesetzen verfolgt werden; es ist die schon erwähnte *Stabilität* der | *gesellschaftlichen Zwecke* gegenüber der *Variabilität* | 297 der *staatlichen Mittel* zu Erreichung der ersteren.

¹⁾ a. a. O. I. S. 88.¹⁸⁷¹

²⁾ a. a. O. I. S. 167.¹⁸⁷³

¹⁸⁷¹ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 88.

¹⁸⁷² «Denn das ... „verboten“»] A₁ «Denn das Kriterium dafür, daß ein bestimmtes Verhalten „verboten“»; A₂ «Denn das ... „verboten“».

¹⁸⁷³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 167.

Ganz ebenso liegt es bei dem von *Binding* für die Selbständigkeit der „Norm“ ins¹⁸⁷⁴ Feld geführten Argument, daß eine Norm einer Mehrheit von Strafgesetzen entsprechen könne und umgekehrt mehrere Normen durch ein Strafgesetz geschützt werden. Was den ersten Fall betrifft, so ist es hier nur der gleiche Zweck, der durch mehrere Rechtssätze verfolgt wird. Doch muß betont werden, daß *Binding* bei der Konstruktion der *einen* Norm, der mehrere Rechtssätze entsprechen, willkürlich verfährt. Er nimmt¹⁾ *eine* Norm gegen Tötung und *eine* Norm gegen Körperverletzung an, kennt dagegen eine Mehrheit von Rechtssätzen wider: Mord, Totschlag, fahrlässige Tötung, Tötung durch einen Soldaten im Felde etc. oder: fahrlässige und vorsätzliche Körperverletzung, Verletzung der Person des Landesherrn, Verletzung seitens eines Beamten, schwere, leichte Verletzung etc. Aber es ist kein zwingender Grund vorhanden, nicht auch ebenso viele Normen anzunehmen und eine Norm gegen schwere wie eine solche gegen leichte Körperverletzung, eine Norm gegen Mord und eine solche gegen Totschlag etc. zu formulieren, denn alle diese Strafrechtssätze enthalten verschiedene Tatbestände und alle diese Tatbestände sind „verboten“. Mit demselben Rechte, mit welchem *Binding* alle Delikte mit Tötungserfolg und alle mit bloßem Verletzungserfolg je einer Norm zugrunde legt, hätte er die Norm auch noch allgemeiner, etwa: „neminem laede“ lauten lassen können – und damit gewiß den obersten Zweck aller oder doch der meisten Strafrechtssätze formuliert, wie er mit den von ihm gewählten „Normen“ den Zweck mehrerer willkürlich begrenzter Gruppen von Strafrechtssätzen formuliert hat. *Binding* konstruiert die Norm auf Basis des Gattungsdeliktes. Dieser Begriff ist aber schon an und für sich willkürlich begrenzt und kann beliebig erweitert oder verengt werden. Jedes Gattungsdelikt stellt sich als Spezialdelikt einer höheren Gattung dar. So sind Tötungsdelikte und Körperverletzungsdelikte unter dem gemeinsamen Begriffe von Delikten gegen den Körper zusammenzufassen, stellen sich Tötungsdelikte als durch den Erfolg qualifizierte Verletzungsdelikte heraus und lassen sich schließlich alle Delikte unter einem gemeinsamen Oberbegriffe zusammenfassen, dem etwa die oben zitierte Norm: „neminem laede“ entspräche. Wenn die „Norm“ nach *Binding* lauten kann: Du sollst nicht töten, kann sie auch lauten: Du sollst nicht morden, du sollst nicht totschiagen, da sich jedes von einem Strafrechtssatz bezweckte Ver|halten formulieren läßt in einem: Du sollst. So müßte tatsächlich konsequenterweise jedem Strafrechtssatz eine „Norm“ entsprechen können und das Gattungsdelikt durch eine Gattungsnorm, das Spezialdelikt durch eine Spezialnorm verboten sein.

| 298

| 297 |¹⁾ a. a. O. I. S. 190 ff.¹⁸⁷⁵

¹⁸⁷⁴ «*Binding* für die Selbständigkeit der „Norm“ ins»] A₁ «*Binding* ins»; A₂ «*Binding* für die Selbständigkeit der „Norm“ ins».

¹⁸⁷⁵ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 190–205.

Was den zweiten von *Binding* angeführten Fall¹⁸⁷⁶: Mehrere Normen – ein Strafgesetz betrifft¹⁸⁷⁷, so unterscheidet hier *Binding* bekanntlich „Mischtatbestände“ und „zusammengesetzte Verbrechen“. Die ersteren liegen vor, wenn mehrere voneinander verschiedene Tatbestände in einem gemeinsamen Satze mit Strafe bedroht sind. Daß hier nur eine Zusammenziehung mehrerer Strafrechtssätze vorliegt, gibt *Binding* selbst zu¹⁾. Die als „zusammengesetzte Verbrechen“ bezeichneten, mit einer einzigen Unrechtsfolge verknüpften Tatbestände entstehen nach *Binding* entweder so, daß mehrere, schon in anderen Strafrechtssätzen selbständig mit Strafe bedrohte Tatbestände zusammenkommen und nur dieser so kombinierte Tatbestand in einem eigenen Rechtssatze mit besonderer Strafe bedroht wird; dann liegt aber in der Verübung eines solchen Tatbestandes nicht – wie *Binding* meint – die¹⁸⁷⁹ Verletzung einer Mehrheit von „Normen“, nämlich aller jener, die durch Umbildung des ersten Teiles derjenigen Strafrechtssätze entstehen, welche die einzelnen Teile des ganzen Tatbestandes mit Strafe bedrohen; denn¹⁸⁸⁰ der strafbare Gesamtatbestand kann nicht als mechanische Summe einzelner, für sich allein strafbarer Tatbestände angesehen werden, sondern ist gegenüber diesen einzelnen Tatbeständen ein novum, ein durchaus selbständiges und neues Delikt und nicht die bloße Summe von Delikten. Dem neuen, selbständigen Strafrechtssatze kann man sich durchaus eine selbständige Norm entsprechen denken, wenn man die Regel *Bindings* anwendet, nach der die „Norm“ aus¹⁸⁸¹ dem ersten Teile des Strafrechtssatzes zu bilden ist. Man kann nicht sagen, daß bei einem „zusammengesetzten Verbrechen“ mehrere Normen verletzt werden, aber nur *ein* Strafgesetz zur Anwendung kommt; denn jede der einzelnen Normen verbietet für sich allein nicht die ganze Tat, die nur in ihrer Gesamtheit zu betrachten ist und in dieser Gesamtheit durch denjenigen Rechtssatz „verboten“ wird, der den Gesamtatbestand mit einer Strafe bedroht. – Ein „zusammengesetztes Verbrechen“ kann aber nach *Binding* auch so entstehen, daß mehrere an sich *verbotene*, aber *straflose* (das heißt durch keinen Strafrechtssatz mit Strafe bedrohte) Tatbestände, in einem Tatbestande auf bestimmte Weise vereinigt¹⁸⁸², durch einen | Rechtssatz mit Strafe bedroht werden.¹⁸⁸³ Dagegen ist – abgesehen

| 299

¹⁾ a. a. O. I. S. 205 ff.¹⁸⁷⁸

| 298

¹⁸⁷⁶ «zweiten von *Binding* angeführten Fall»] A₁ «zweiten Fall»; A₂ «zweiten von *Binding* angeführten Fall».

¹⁸⁷⁷ «betrifft»] A «bildet»; F* «betrifft».

¹⁸⁷⁸ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 205–225.

¹⁸⁷⁹ «nicht – wie *Binding* meint – die»] A «nicht die»; F* «nicht – wie *Binding* meint – die».

¹⁸⁸⁰ «bedrohen; denn»] A «bedrohen – so wie *Binding* meint –, denn»; F* «bedrohen; denn».

¹⁸⁸¹ «*Bindings* anwendet, nach der die „Norm“ aus»] A₁ «*Bindings* erfüllt, aus»; A₂ «*Bindings* erfüllt, nach der die „Norm“ aus»; F* «*Bindings* anwendet, nach der die „Norm“ aus».

¹⁸⁸² «Tatbestände auf bestimmte Weise vereinigt»] A₁ «Tatbestände vereinigt»; A₂ «Tatbestände auf bestimmte Weise vereinigt».

¹⁸⁸³ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 209–220.

ten¹⁸⁸⁴ – noch zu bemerken, daß eine „rechtswidrige“ oder „verbotene“ Handlung oder Unterlassung, die nicht mit Strafe oder einer anderen Unrechtsfolge in einem Rechtssatze bedroht wird, undenkbar ist, da alle Rechtswidrigkeit nur durch das Kriterium der Unrechtsfolge gegeben ist. Damit wird allerdings die von *Binding* akzeptierte und bereits früher widerlegte Voraussetzung der sanktionslosen „Norm“ in Frage gestellt. Mit ihr fällt auch *dieser* Fall einer Mehrheit von Normen bei Einheit des Strafgesetzes¹⁸⁸⁵.

Damit sind die wesentlichsten Argumente, die *Binding* für die Existenz einer selbständigen, neben dem Strafrechtssatze bestehenden „Norm“ anführt, widerlegt.

Die Ergebnisse der Normentheorie, die *Binding* nur für das Gebiet des Strafrechtes gelten lassen will, sucht *Thon*¹⁸⁸⁶ für das Zivilrecht zu verwerten¹⁾. Doch sind seine Resultate von *Binding* heftig bestritten worden. *Thon* erklärt das gesamte Recht als einen Komplex von Imperativen¹⁸⁸⁸ und seine Theorie ist nur der konsequenteste Ausdruck und die vollkommenste systematische Durchführung der Anschauung, daß der Rechtssatz ein an die Untertanen oder an die Staatsorgane gerichteter Befehl¹⁸⁸⁹ rechtmäßigen Verhaltens ist. Diese Anschauung, die mehr oder weniger modifiziert als heute herrschende Grundanschauung bezeichnet werden muß, wurde bereits eingehend geprüft und bedarf daher keiner weiteren Widerlegung.¹⁸⁹⁰ Aus *Thons* Lehre sollen daher hier nur einige spezifische Punkte hervorgehoben und auf ihr Verhältnis zu der als richtig erkannten Formulierung des Rechtssatzes untersucht werden.

Es ist überaus bezeichnend, daß *Thon* an die Spitze seiner Untersuchungen²⁾ den *Hegelschen* Satz stellt, daß das Recht der allgemeine Wille sei. Aber obgleich er das Wesen des objektiven Rechtes als „Wille“ erkennt, unterläßt er es doch, die Natur dieses Willens zu untersuchen; dadurch bringt er sich von vornherein um die Möglichkeit, einzusehen, daß dieser „Wille“ den Inhalt nicht haben kann, den

| 299 |¹⁾ *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878. vgl. Vorwort S. VII.¹⁸⁸⁷

²⁾ a. a. O. S. I. ¹⁸⁹¹

¹⁸⁸⁴ Vgl. oben S. 405.

¹⁸⁸⁵ «bei Einheit des Strafgesetzes»] A «bei einem Strafgesetze»; F* «bei Einheit des Strafgesetzes».

¹⁸⁸⁶ August Thon (1839–1912), Privatrechtslehrer. 1863 wurde er in Heidelberg habilitiert, 1867 Kreisgerichtsassessor in Eisenach, 1870 war er ebendort und 1872 in Weimar Staatsanwalt, ab 1873 o. Professor in Rostock, ab 1879 o. Professor in Jena, dort wiederholt Rektor. Zeitweise Herausgeber des Handlexikons zu den Quellen des römischen Rechts. Wichtige Werke: Das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers nach römischem Rechte, Heidelberg 1863; Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

¹⁸⁸⁷ *August Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878, S. VII.

¹⁸⁸⁸ Vgl. *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 8.

¹⁸⁸⁹ «ein ... Befehl»] A₁ «ein Befehl»; A₂ «ein ... Befehl».

¹⁸⁹⁰ Vgl. oben S. 301–325.

¹⁸⁹¹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. I.

45

somit mit allen drei in der Verbindung selbst-
 hundert mit Gewalt spricht vordringt. Gewiss-
 tutigung der Souveränitätslehre, Resonanz im Prozess
 geschehen. Weil also ~~Staat~~ fällt nicht ~~den~~ ~~zu~~ fall
 nicht verhalten von Resonanz bis hin zu
 Staatsgerichten.

und somit sind die staatsrechtlichen Begriffe
 werden, die Bindung für die Verbund mit
 Selbstbestimmten - neben dem Staatsrecht
 bestanden in Resonanz verhalten, ad + verhalten

Die Begriffe der Konstitution, die Bindung sind für
 das Gebiet des Staatsrechts geltend lassen will, nicht Themen
 für die Geschichte des Verfassungsrechts. In dem Zusammenhang
 der Bindung laufig bestehen werden. Themen, Resonanz
 vorderer Punkt hat seine Zusammenhang im Zusammenhang seit 1878.
 bis 1878. ~~erst als Konzept~~
 bis 1878. ~~erst als Konzept~~
 bis 1878. ~~erst als Konzept~~

Seite aus dem Autographen (4204-42016; 42028)

er ihm gibt. Er fragt auch gar nicht näher, wer das Subjekt dieses Willens sein könne, lehnt nur ohne stichhaltige Motivierung die Anschauung ab, daß es allein der Staat sei³⁾; beschränkt sich allerdings bei seinen Untersuchungen nur auf das Recht der staatlichen Gemeinschaft – also den Willen des Staates. Allein, er scheint es selbstverständlich zu finden, daß er mit dem „Willen“ des „Staates“ die „Wünsche“ der gesetzgebenden Faktoren identifiziert, | wenn er wiederholt als Inhalt des Rechtssatzes bezeichnet, was die Rechtsordnung „wünscht“¹⁾, wobei er „Rechtsordnung“ ausdrücklich „im Sinne von den das Recht erzeugenden Faktoren“²⁾ gebraucht – eine Identifizierung, auf deren methodische Verwerflichkeit im Laufe dieser Untersuchungen schon wiederholt hingewiesen wurde.

Nach *Thons* Lehre stehen die Imperative, aus denen sich die Rechtsordnung zusammensetzt, nicht unverbunden nebeneinander. Vielmehr sollen die Imperative insoferne miteinander verknüpft sein, „als die Nichtbefolgung der einen für andere häufig die Voraussetzung des Befohlenen bildet“³⁾. So ist der an die Staatsorgane gerichtete Imperativ, der sie strafen oder exequieren heißt, an die Voraussetzung gebunden, daß ein an die Untertanen gerichteter Imperativ rechtmäßigen Verhaltens verletzt, ein tatsächliches Unrecht begangen wird. Es muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß dieser Zusammenhang der Imperative nur ein scheinbarer ist, denn tatsächlich sind die Imperative als solche auf die angegebene Weise gar nicht verbunden. Der „Imperativ“: Du sollst nicht morden, und der Imperativ: Du (Richter) sollst den Mörder bestrafen, sind mit einander nicht verknüpft; dies wäre nur der Fall, wenn ein Imperativ die Voraussetzung des anderen wäre; faktisch aber ist es seine Verletzung, das ist ein tatsächlicher Vorgang: das Unrecht. Dieses allein ist mit gewissen Imperativen *Thons* verknüpft, und was *Thon* die Verbindung der Imperative nennt, ist in Wahrheit deren Getrennt-Sein.

Dies muß deshalb hervorgehoben werden, weil in der angeblichen gegenseitigen Verknüpfung der Imperative die besondere Eigenart der *Thonschen* Imperativtheorie zu erblicken ist. Und diese Besonderheit ist es auch, die in *Thons* Fassung des Begriffes der Rechtsfolge zum Ausdruck kommt.

Thon stellt nämlich mit Entschiedenheit in Abrede, daß die Strafe oder die Exekution – also ein Handeln des Staates – als Rechtsfolge zu betrachten sei. Vielmehr behauptet er, daß als Rechtsfolge des Unrechtes – der Normübertretung

³⁾ Vgl. a. a. O. S. X. u. S. I. ¹⁸⁹²

| ¹⁾ a. a. O. S. 11. ¹⁸⁹³

²⁾ a. a. O. S. 2. ¹⁸⁹⁴

³⁾ a. a. O. S. 8. ¹⁸⁹⁵

¹⁸⁹² *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. X und 1.

¹⁸⁹³ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 11.

¹⁸⁹⁴ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 2.

¹⁸⁹⁵ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 8.

– nur ein Imperativ, ein Rechtssatz anzusehen sei. Nicht¹⁸⁹⁶ mit Unrecht weist *Thon* darauf hin, daß z. B. die Strafe ein tatsächlicher Vorgang ist, der auch an einem Unschuldigen vollstreckt werden kann, während der Schuldige sich ihr zu entziehen vermag. Rechtsfolge des Mordes sei nur, daß der Mörder hingerichtet werden *soll*, nicht daß er hingerichtet wird⁴⁾. Und darin muß *Thon* beiepflichtet werden, daß der tatsächliche Vorgang des Strafens oder Exequierens, der ja¹⁸⁹⁸ – aus | verschiedenen Gründen – ausbleiben kann, nicht die mit dem Unrecht begrifflich *stets* verknüpfte Folge sein darf. Was mit dem Unrechte stets verbunden sein muß, wofür der Unrechtstatbestand notwendigerweise nur eine Voraussetzung ist, das ist nach der hier vertretenen Anschauung nur der *Wille* des Staates zu strafen oder zu exequieren, nicht das bezügliche faktische *Handeln* des Staates, das man ja niemals als den durch Staatsorgane realisierten Staatswillen selbst zu betrachten hat; und¹⁸⁹⁹ dieser staatliche Straf- und Exekutionswille ist identisch mit der *Rechtspflicht* des Staates, zu strafen oder zu exequieren. So sehr nun *Thon* darin beizupflichten ist, daß die Unrechtsfolge kein tatsächlicher Vorgang ist, so¹⁹⁰⁰ entschieden muß zurückgewiesen werden, was *Thon* positiv als Unrechtsfolge konstruiert. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß es logisch unmöglich ist, den ganzen Rechtssatz selbst – und das ist ja die Norm oder der Imperativ *Thons* – als Folge eines Tatbestandes gelten zu lassen, der einen Teil des Rechtssatzes selbst bildet. Die an das Staatsorgan gerichtete Strafnorm *Thons* muß notwendig hypothetisch lauten und zwar: „Wenn jemand mordet, so bestrafe (du Straforgan) ihn mit Hinrichtung.“ Nicht dieser ganze Rechtssatz kann Folge des rechtswidrigen Tatbestandes sein, denn das Verhältnis zwischen Unrecht und Unrechtsfolge vollzieht sich ja innerhalb dieses Satzes; die spezifische Verknüpfung zwischen beiden wird durch den Rechtssatz hergestellt. Der Rechtssatz – auch wie er in der *Thonschen* Formulierung zu lauten hat – die Norm besteht schon vor der Verübung des Deliktes und zwar auch jene Norm, die nach *Thon* das Delikt zu strafen befiehlt. Es ist darum unrichtig, wenn *Thon* behauptet, daß diese Norm erst durch die Verletzung einer anderen „lebendig wird“¹⁾. Was mit dem Eintritt des strafbedrohten

| 301

⁴⁾ a. a. O. S. 8 Anmerkung 22.¹⁸⁹⁷

¹⁾ a. a. O. S. 7.¹⁹⁰¹

| 301

¹⁸⁹⁶ «sei. Nicht»] A₁ «sei, und zwar jener Rechtssatz, der Strafe oder Exekution anbefehle. D[a] der Imperativ – wie später noch zu zeigen sein wird – nur ein Ausdruck für die Rechtspflicht ist, kann der Satz auch in der Weise formuliert werden, daß die Rechtsfolge des Unrechts eine Pflicht sei. Nicht»; A₂ «sei. Nicht».

¹⁸⁹⁷ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 8 Anm. 22 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁸⁹⁸ «Vorgang ... der ja»] A₁ «Vorgang, der ja»; A₂ «Vorgang ... der ja».

¹⁸⁹⁹ «exequieren ... und»] A₁ «exequieren, und»; A₂ «exequieren nicht das bezügliche faktische *Handeln* des Staates, das ja nie als der durch physische Staatsorgane realisierte Staatswille zu betrachten ist; und»; F* «exequieren ... und».

¹⁹⁰⁰ «Vorgang ist, so»] A₁ «Vorgang sondern eine Rechtspflicht ist, so»; A₂ «Vorgang ist, so».

¹⁹⁰¹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 7 – Kelsen paraphrasiert.

Tatbestandes geschieht, ist lediglich, daß der in dem Rechtssatze ausgesprochene *bedingte* Straf- oder Exekutionswille¹⁹⁰² des Staates für den konkreten Fall zu einem unbedingten wird, daß jetzt neben dem im Rechtssatze ausgesprochenen bedingten Willen des Staates – der weiter fortbesteht – der unbedingte Wille, eine individuelle bestimmte Person – den konkreten Täter – zu bestrafen, entsteht, daß eine konkrete Strafpflicht des Staates in Bezug auf ein bestimmtes Subjekt existent wird. Dieser unbedingte Wille des Staates, diese konkrete Straf- oder Exekutionspflicht¹⁹⁰³ des Staates kann allein als Rechtsfolge betrachtet werden und nicht der Rechtssatz oder die *Thonsche* Norm, der an die Staatsorgane gerichtete bedingte Befehl, im Falle des Unrechts zu strafen.

| 302 Der logische Fehler, der darin gelegen ist, daß *Thon* den Rechtssatz als solchen, die allgemeine Rechtsnorm, als Unrechtsfolge¹⁹⁰⁴ konstruiert – und so etwas zur Folge macht, was im Grunde Voraussetzung ist – erklärt sich daraus, daß er, wie übrigens alle Imperativtheoretiker, den Rechtssatz nicht *objektiv* erfaßt, sondern lediglich ihn nach seiner subjektiven Seite – der Rechtspflicht – betrachtet und daher die an das vollzogene Unrecht unmittelbar sich anschließende Entstehung der subjektiven Strafpflicht des Staates mit dem „Lebendigwerden“ der Strafnorm identifiziert.

Einen noch stärkeren Einwand gegen die *Thonsche* Fassung des Begriffes der Rechtsfolge bietet die Tatsache, daß *Thon* als Rechtsfolge nicht etwa eine Pflicht des Staates, sondern eine Rechtspflicht von Staatsorganen – ja, sogar Rechtspflichten anderer Personen gelten läßt.

Daß *Thon* die Verhängung der Unrechtsfolge nicht als Pflicht des Staates erkennt – obgleich er Rechtspflichten des Staates nicht für ausgeschlossen hält¹⁾ – hat seinen Grund darin, daß er auf Basis der Imperativtheorie zu einer befriedigenden Konstruktion¹⁹⁰⁶ der Staatsperson und ihrer Rechtspflichten nicht kommen kann; denn da die ganze Rechtsordnung in Befehle rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst¹⁹⁰⁷ wird, die sich naturgemäß nur an die Menschen richten, die *handeln* oder *unterlassen* – kommen als Pflichtsubjekte vor allem die physisch *Handelnden* in Betracht. Für den Staat, der *selbst* nur *wollen* und nur durch Menschen, seine Organe, *handeln* kann, ist daher als ideale Person, d. h. als Zurechnungssubjekt, kein Raum. Einer aus Imperativen bestehenden Rechtsordnung stehen nur die physischen Organe gegenüber und deren Rechtspflichten allein sind es, die konsequenterweise auf Grund der Imperativtheorie konstruiert werden können.

| 302 |¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 140 ff.¹⁹⁰⁵

¹⁹⁰² «Straf- oder Exekutionswille»] A₁ «Strafwille»; A₂ «Straf (oder Exekutions)wille».

¹⁹⁰³ «Straf- oder Exekutionspflicht»] A₁ «Strafpflicht»; A₂ «Straf oder Exekutionspflicht».

¹⁹⁰⁴ «Unrechtsfolge»] A₁ «Rechtsfolge»; A₂ «Unrechtsfolge».

¹⁹⁰⁵ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 140–143.

¹⁹⁰⁶ «Konstruktion»] A₁ «Begriff»; A₂ «Konstruktion».

¹⁹⁰⁷ «Befehle rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst»] A₁ «Befehle aufgelöst»; A₂ «Befehle rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst».

Darum ist es erklärlich, daß *Thon* die Strafpflicht nicht als eine Rechtspflicht der Staatsperson, sondern lediglich als „eine öffentliche Verpflichtung der einzelnen mit staatlichen Funktionen betrauten Personen dem Staate gegenüber“²⁾ gelten läßt. Nur im Wege einer Inkonsequenz ist es *Thon* möglich, überhaupt zu dem Begriffe staatlicher Pflichten zu kommen. Pflichten des Staates – und nicht bloß der Staatsorgane – nimmt er nämlich dann an, wenn jenen Personen, in deren Interesse im Gesetz unter gewissen Umständen ein bestimmtes Verhalten des Staates – und also auch der Staatsorgane – in Aussicht gestellt ist, durch die Rechtsordnung Mittel dagegen gegeben sind, daß die Behörden, welche zur Realisierung des Staatswillens berufen sind, ihre Pflicht nicht erfüllen. Jetzt sei ein subjektives Recht der einzelnen Interessenten gegeben und aus diesem Grunde glaubt *Thon* eine Rechtspflicht des Staates annehmen zu müssen. Ganz abgesehen davon, daß hier in vollständiger Verkennung des Verhältnisses zwischen Recht und Pflicht die letztere aus dem ersteren abgeleitet wird, läßt sich absolut nicht einsehen, warum dieses subjektive Recht auf ein Verhalten des Staates und nicht auch – wie im anderen Falle – auf ein Verhalten der Staatsorgane gerichtet sein soll, da ja die den Interessenten verliehenen Rechtsmittel den Zweck haben, die *Staatsorgane* zu einem rechtmäßigen Verhalten zu zwingen. Die pflichtenbegründenden Normen sind auch in diesem Falle nur an die Staatsorgane gerichtet, ja, es ist schlechterdings gar nicht zu begreifen, wie der Staat an sich selbst Befehle richten könnte!

| 303

Die Imperativtheorie veranlaßt *Thon*, nicht nur Rechtspflichten von Staatsorganen, sondern auch Rechtspflichten von Untertanen als Unrechtsfolgen gelten zu lassen. Ja, als die wichtigste (nicht die einzige) Folge¹⁹⁰⁹ des Zivilunrechtes erklärt er die Entschädigungspflicht¹⁾. Diese Konstruktion, welche als allgemein herrschende betrachtet werden kann, muß jedoch mit aller Entschiedenheit abgelehnt werden.

Es ist zunächst überaus unbefriedigend, wenn als Rechtsfolge der Verletzung einer Pflicht durch ein Subjekt eine Pflicht desselben Subjektes angenommen wird. Wer die primäre Pflicht verletzt, wird wohl immer auch die sekundäre verletzen, wer jemandem durch Nichterfüllung einer zivilen Pflicht¹⁹¹¹ einen Schaden zufügt, wird wohl – ebenso wie er diese Pflicht verletzte – sich nicht veranlaßt fühlen, die Pflicht, den Schaden zu ersetzen, zu erfüllen; von dem Begriff der Unrechtsfolge muß man fordern, daß er die *letzte* Folge des Unrechtes beinhalte. Die Schadensersatzpflicht ist aber gewiß nicht die letzte Folge des Unrechtes, denn auch

²⁾ a. a. O. S. 142. ¹⁹⁰⁸

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 56. ¹⁹¹⁰

| 303

¹⁹⁰⁸ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 142.

¹⁹⁰⁹ «wichtigste (nicht die einzige) Folge»] A₁ «wichtigste Unrechtsfolge»; A₂ «wichtigste nicht die einzige Folge».

¹⁹¹⁰ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 56.

¹⁹¹¹ «einer zivilen Pflicht»] A₁ «einer Pflicht»; A₂ «einer zivilen Pflicht».

diese Schadensersatzpflicht kann verletzt werden und praktisch wird wohl stets eine Verletzung beider Pflichten vorliegen. Ist nun eine Verletzung der Schadensersatzpflicht gegeben, dann muß wohl gefragt werden, was die Unrechtsfolge dieser Pflichtverletzung sei? Darauf müssen aber alle jene die Antwort schuldig bleiben, welche die Schadensersatzpflicht selbst als Unrechtsfolge konstruieren. Und doch wäre diese Schadensersatzpflicht ihrer juristischen Natur nach die gleiche wie die primäre, für deren Verletzung sie als Unrechtsfolge statuiert ist. Würde man als Unrechtsfolge der Schadensersatzpflicht etwa die Exekution erkennen, dann wäre nicht abzuweisen, daß diese Exekution wohl mittelbar auch als letzte Unrechtsfolge der primären Rechtspflicht angesehen werden müßte, deren Verletzung zur unmittelbaren Unrechtsfolge die Schadensersatzpflicht hat; dabei müßte auch in die Augen springen, daß zwei juristisch in gleicher Weise konstruierte *Rechtspflichten* mit so wesensverschiedenen Unrechtsfolgen ausgestattet sind, indem die Verletzung der einen Pflicht wieder eine Rechtspflicht (und zwar desselben Subjektes), die der anderen eine Exekution, also ein Verhalten resp. eine Pflicht des¹⁹¹² Staates zur Folge hätte, das durchaus in Analogie zu jener Folge¹⁹¹³ steht, die auf das kriminelle Unrecht gesetzt ist: der Strafe resp. Strafpflicht des Staates. Nur ein Teil der zivilen Unrechtstatbestände wäre so mit einer der kriminellen Unrechtskonsequenz analogen Folge verknüpft, von einem einheitlichen Unrechtsbegriffe und daher auch von einem einheitlichen Rechtspflichtbegriffe könnte keine Rede sein.

Zu diesem dem Prinzipie einer einheitlichen Systematik und Begriffsökonomie entspringenden Argumente gesellt sich noch ein viel gewichtigerer Einwand. Die ganze Scheidung zwischen einer primären zivilen Leistungspflicht und einer sekundären, als Unrechtsfolge zu betrachtenden, für den Fall der Verletzung dieser ersten Pflicht existenten Entschädigungspflicht – ist undurchführbar. Denn die Verletzung der angeblichen primären Pflicht ist gar nicht möglich bei Erfüllung der angeblich sekundären *Entschädigungspflicht*, so daß stets, wenn diese letztere erfüllt wird, überhaupt von einer Pflichtverletzung nicht die Rede sein kann, und nur, wenn sie verletzt wird, überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt.

Wenn z. B. der Depositar den hinterlegten Gegenstand durch grobe Unachtsamkeit zu Grunde gehen läßt und sofort den dadurch erwachsenen Schaden ersetzt, liegt eine Pflichtverletzung überhaupt nicht vor. Der Deponent ist vollkommen klaglos gestellt, ebenso wie wenn die Sache selbst zurückerstattet worden wäre. Hätte der Depositar den zu prästierenden Schaden nicht gut gemacht, also im Sinne der üblichen Konstruktion auch seine Schadensersatzpflicht verletzt, dann – und nur dann läge eine Pflichtverletzung vor, deren Folge durch Klage des Deponenten geltend gemacht werden könnte, und die Unrechtsfolge wäre: Exe-

¹⁹¹² «Verhalten resp. eine Pflicht des»] A₁ «Verhalten des»; A₂ «Verhalten resp eine Pflicht des».

¹⁹¹³ «durchaus in Analogie zu jener Folge»] A₁ «durchaus analog zu jener Unrechtsfolge»; A₂ «durchaus in analogie [sic] zu jener folge [sic]».

kution. In allen Fällen, wo die herrschende Ansicht eine primäre Leistung und eine sekundäre Schadensersatzpflicht annehmen zu müssen glaubt, liegt in Wahrheit nur *eine* Rechtspflicht vor, die aber auf zweifache Weise zu erfüllen ist: entweder durch Leistung oder durch Schadensersatz. Und der Rechtssatz, der diese Pflicht statuiert, lautet in seinem ersten Teile: Wenn jemand das zu Depositum Gegebene culpa lata nicht zurückgibt und keinen Schadensersatz leistet, will der Staat ihn exequieren. Ebenso will der Staat exequieren, wenn jemand die versprochene Arbeit nicht leistet *und* keinen Schadensersatz stellt, u. a. m.

[Damit ist selbstverständlich durchaus nicht gesagt, daß der Zivilrechtssatz unter allen Umständen so lauten müsse. Dort, wo die Exekution auf den Gegenstand der Vereinbarung geht, wo *Erfüllungszwang* besteht, ist dies gewiß nicht der Fall. Die nähere Untersuchung dieser Verhältnisse gehört in die allgemeinen Lehren des Privatrechtes und reicht über die Grenzen dieser Arbeit. Worauf es hier ankommt, ist lediglich zu zeigen, daß der Wille des Staates zur Exekution unter allen Umständen der Inhalt des die zivilen Rechtspflichten statuierenden Rechtssatzes sein muß, daß also nicht eine Schadensersatzpflicht des pflichtverletzenden Untertanen, sondern die rechtliche Exekutionspflicht des Staates die zivile Unrechtsfolge darstellt¹⁾ 1916.

| 305

Dies zeigt sich deutlich, wenn man auch die übrigen Unrechtsfolgen betrachtet, die *Thon* neben der Entschädigungspflicht konstruiert. Auf Grund der Anschauung, daß Rechtsfolge stets nur eine „Norm“ sei, teilt *Thon* die Rechtsfolgen ein in Imperative zum Zwecke der Bestrafung und Imperative zum Zwecke der Ausgleichung. Es ist für den ganzen, hier schon wiederholt betonten teleologischen Charakter der Imperativtheorie bezeichnend, daß das *Zweckmoment* die Grundlage des Begriffes der Rechtsfolge bildet. Der Rechtssatz, welcher als Unrechtsfolge zu gel-

¹⁾ Es ist notwendig, zwischen der Schadensersatzpflicht des Untertanen und dem Exekutionswillen des Staates scharf zu unterscheiden. Die Exekution durch den Staat mag ja, ihrem Zwecke nach, auf Entschädigung gerichtet sein, allein, für ihren Charakter als Unrechtsfolge ist dieser Zweck ganz irrelevant. Der Unrechtsfolge ist wesentlich, daß sie sich als Wille des Staates zu einem eigenen Verhalten darstellt – und hierin liegt das Gemeinsame von Strafe und Exekution, die sich von den übrigen Handlungen des Staates dadurch unterscheiden, daß sie einen *Nachteil* über Personen verhängen, durch deren Verhalten die Voraussetzungen erfüllt werden, an die der Wille des Staates zu der Unrechtsfolge geknüpft ist. Wenn *Binding* ausführt, daß Strafe und Verbindlichkeit zum Schadenssatze sich generisch unterscheiden (a. a. O. I. S. 270 ff.),¹⁹¹⁴ so ist ihm beizupflichten. Gewiß kann die Schadensersatzpflicht nicht als eine der Strafe analoge Unrechtsfolge erkannt werden. Allein, was *Binding* vollkommen übersieht, ist die *formale Wesensverwandtheit*¹⁹¹⁵ von Strafe und Exekution. Er konfundiert die Verpflichtung zum Schadensersatz (die nur der Untertan hat) mit dem Willen des Staates zur Exekution (die möglicherweise Entschädigungszwecke hat – was jedoch für ihre Natur als Unrechtsfolge gleichgültig ist). Und wenn *Binding* die Ungleichheit von Strafe und Schadensersatz beweist, so läßt er die Gleichheit von Strafe und Exekution unwiderlegt.

| 305

¹⁹¹⁴ *Binding*, Normen I (Anm. 1522), S. 270–283.

¹⁹¹⁵ «die *formale* Wesensverwandtheit»] A₁ «die Wesensverwandtheit»; A₂ «die *formale* Wesensverwandtheit».

¹⁹¹⁶ Anmerkung in A₂ eingefügt.

ten hat, soll sich von den übrigen Sätzen durch seinen besonderen Zweck unterscheiden. Dem gegenüber braucht hier nur mehr auf die methodische Unzulässigkeit dieser teleologischen Konstruktion hingewiesen und hervorgehoben werden, daß der Begriff der Unrechtsfolge wie jeder Rechtsbegriff ein *formaler* sein muß.

|306 |Die *Thonsche* Auffassung der Straffolge wurde bereits untersucht. Innerhalb der Normen zum Zwecke der Ausgleichung unterscheidet *Thon* wieder Imperative zum Zwecke der Erfüllung, der Entschädigung und der Sicherung,¹⁹¹⁷ von denen die Unrechtsfolge der Entschädigung ebenfalls beleuchtet wurde. Was die Imperative zum Zwecke der Erfüllung anbelangt¹⁹¹⁸, so nimmt *Thon* solche in jenen Fällen an, wo die Erfüllung der verletzten Pflicht auch nach dem erfolgten Unrechte noch möglich bleibt. Ist der ursprüngliche Imperativ nicht befolgt worden und liegt der Rechtsordnung ernstlich an dieser Befolgung, so wird sie beim Scheitern des ersten Versuches ihre Absicht nicht aufgeben, sondern neue Imperative erlassen¹⁾ „zu dem Zwecke, daß das Gebotene sich dennoch vollziehe, sei es nun durch den Verpflichteten selbst, sei es auch ohne oder selbst gegen dessen Willen“²⁾. Den Komplex dieser Imperative bezeichnet *Thon* als Erfüllungszwang. „Mittels desselben soll der Zustand herbeigeführt werden, zu dessen Erzielung das nicht befolgte erste Gebot sich als unzureichendes Mittel erwies“.¹⁹²¹ Daß in allen diesen Fällen die Exekution resp. der staatliche Wille zu derselben als wahre und eigentliche Unrechtsfolge zu erkennen ist, zeigt sich bei näherer Betrachtung sofort. Wenn die Erfüllung ohne oder gegen den Willen des Verpflichteten – also durch die Staatsorgane – erfolgt, ist von vornherein Exekution als Unrechtsfolge gegeben. Das entspricht dem Begriffe derselben. Daß aber nach Verletzung der ursprünglichen Pflicht – also Übertretung der ersten (primären) Norm – eine neuerliche Norm an den Verpflichteten ergeht, ist schlechterdings unmöglich, denn es hätte doch keinen Sinn, an den Verpflichteten, der dem ersten Befehle nicht gehorcht, einen zweiten zu richten, der ja nur den gleichen Inhalt haben könnte wie der erste: nämlich Erfüllung des ersten Befehles! Hat er den¹⁹²² ersten nicht befolgt, wird er auch den zweiten nicht befolgen, ja, die Verletzung des ersten

|306 |¹⁾ „Oder andere zurückziehen“, doch ist dieser spezielle Fall für die *Thonsche* Konstruktion nicht von wesentlicher Bedeutung und kann daher hier unberücksichtigt bleiben.

²⁾ a. a. O. S. 41/22^{1919, 1920}

¹⁹¹⁷ Vgl. *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 40–50, 50–66, 66–68.

¹⁹¹⁸ «Erfüllung anbelangt»] A «Zwecke der Erfüllung – oder den Erfüllungszwang, anbelangt»; F* «Erfüllung anbelangt».

¹⁹¹⁹ «41/22»] A «41/42»; in F* fälschlich «41/22».

¹⁹²⁰ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 42.

¹⁹²¹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 42.

¹⁹²² «Befehles. Hat er den»] A₁ «Befehles! *Thon* führt nur ein einziges Beispiel für diese Art des Erfüllungszwanges an, und dieses zeigt deutlich die Unhaltbarkeit seiner Konstruktion. [bricht ab]; A₂ «Befehles! Hat er den».

dass die Souveränität des Bundesstaates - ein jeder Bundesstaat
 ein sovereignes sein muss.
 die Hauptaufgabe der Bundesstaaten sind die Verwaltung
 der Landesverwaltung der Landesverwaltung
 innerhalb des Landes unter unabhängiger Verwaltung
 der Verwaltung, die Verwaltung ist die Verwaltung,
 von denen die Bundesstaaten die Verwaltung ebenfalls
 betreiben müssen. Das die Verwaltung unabhängig
 (Herrschaft) - was die Verwaltung, unabhängig,
 ist nicht ganz in ganz fallen, was die Verwaltung
 ist unabhängig unabhängig unabhängig unabhängig
 unabhängig ist. Es die unabhängig unabhängig
unabhängig unabhängig unabhängig unabhängig

Seite aus dem Autographen (4284-42816; 42831-42832)

müßte streng genommen stets auch die des zweiten sein. Allein, *Thon* versteht unter diesen Erfüllungszwangs-Normen, welche die Erfüllung des ersten Gebotes durch den *Verpflichteten selbst* herbeiführen sollen, etwas ganz anderes. Die als Rechtsfolgen erkannten Normen sollen nämlich die Impulse zur Befolgung der verletzten ersten Norm verstärken, sie sollen den Pflichtigen zur Befolgung dieses Gebotes drängen³⁾; und als Beispiele führt *Thon* an¹⁹²⁴ die Anordnung von Ordnungsstrafen zwecks Vornahme einer geschuldeten Handlung im Handelsgesetz-
 | 307 | buche und der Zivilprozeßordnung¹⁾. Nach der *Thonschen* Konstruktion müßte man demnach zwei Imperative annehmen: einen an den Untertanen gerichteten auf Vornahme der gebotenen Handlung, und einen an die Gerichtsorgane gerichteten auf Verhängung der Ordnungsstrafe für den Fall der Unterlassung der Handlung. Es liegt das gleiche Bild vor wie bei dem kriminellen Unrechte, nur daß hier lediglich „Ordnungs“strafe an das Unrecht geknüpft ist. Allein, wie bereits bei Besprechung der *Thonschen* Straffolge dargelegt wurde, kann nicht die ganze Norm, der Rechtssatz in seiner Totalität als Folge bezeichnet werden, sondern lediglich die Strafe, resp. der staatliche Strafwillie. Daß diese Strafe keine kriminelle sondern eine zivile ist, bleibt für die formale Natur der Unrechtsfolge irrelevant.

Unter¹⁹²⁶ der dritten Gruppe – den Normen für Sicherung gegen künftiges Unrecht – faßt *Thon* Bestandteile der Rechtsordnung zusammen, die wohl, ihrem Zwecke nach, eine Einheit bilden mögen, aber in formal-juristischer Beziehung sich als selbständige Rechtssätze oder als unselbständige Teile von solchen – niemals aber als Unrechtsfolgen präsentieren können. So der durch die Rechtsordnung statuierte Verlust eines Rechtes zur Verhütung seines Mißbrauches (z. B. der väterlichen Gewalt). Derartige Vorschriften sind nur nähere Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Pflichten oder Rechte der Subjekte entstehen oder in letzter Linie ein Wille des Staates zu eigenem Handeln existent wird.

Der Fall, daß den Normübertreter neue Verbote treffen, welche ihm die Gelegenheit nehmen sollen, der übertretenen Norm neuerdings zuwiderzuhandeln, wenn z. B. Personen, die wegen eines bestimmten Vergehens bestraft wurden, gewisse Gewerbe nicht betreiben dürfen, bedeutet entweder die Existenz eines selbständigen Rechtssatzes, der an den Betrieb des Gewerbes durch bestimmte Personen den Willen des Staates, zu strafen oder zu exequieren knüpft; das Nichtbetreiben-dürfen des Gewerbes ist nur im materiellen Sinne „*Folge*“ eines Deliktes.

³⁾ a. a. O. S. 42. ¹⁹²³

| 307 | ¹⁾ a. a. O. S. 42 Anm. 98. ¹⁹²⁵

¹⁹²³ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 42.

¹⁹²⁴ «an»] so in A, fehlt im Erstdruck.

¹⁹²⁵ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 42 Anm. 98.

¹⁹²⁶ «irrelevant. [Unter»] A₁ «irrelevant. Wenn *Thon* diese die Ordnungsstrafe statuierende Norm als Erfüllungszwang bezeichnet [bricht ab]»; A₂ «irrelevant. [Unter».

Oder es liegt lediglich die Bestimmung einer der Voraussetzungen vor, unter denen der Staat einen Gewerbeschein ausstellen will, und eine solche Bestimmung ist formell nicht anders zu betrachten als die Vorschrift der Volljährigkeit für die Ausübung des Gewerbebetriebes u. ä.

Wird das alte (zivilrechtliche) Verbot¹⁹²⁷ durch *Strafandrohung* wider seine Übertretung verschärft, so liegt im ersten Fall ein Zivilrechtssatz vor, im zweiten ein Strafrechtssatz, dessen Voraussetzung eine *andere* ist als die des ersten, weil sie ein wiederholtes rechtswidriges Verhalten¹⁹²⁸ beinhaltet. Nur als faktische Konsequenz der Verletzung des ersten Rechtssatzes kann diese zweite Norm angesehen werden, die eine Wiederholung des gegen die erste Norm verstoßenden Verhaltens mit Strafe bedroht, – nicht als Unrechtsfolge dieses ersten Verhaltens. Ganz analog liegt der Fall, wenn dem Normübertreter Verpflichtungen positiven Inhaltes auferlegt werden, nach deren Erfüllung es für ihn mit größerem Nachteil verbunden wäre, der früher verletzten Norm abermals entgegenzuhandeln. Werden aber bestimmte staatliche Organe verpflichtet, unmittelbar einzugreifen und gewisse Gegenstände zu vernichten oder zu beseitigen, deren Fortbestand eine neue Normwidrigkeit besorgen lassen würde – so ist eben ein Rechtssatz anzunehmen, durch den der Staat bei einem bestimmten Verhalten der Untertanen bestimmte nachteilige Handlungen vornehmen will, die – wenn sie nicht als Strafe zu qualifizieren sind – sich als *Exekution* darstellen; so, wenn nach dem Beispiele *Thons*¹⁾ das Urhebergesetz¹⁹³⁰ die vorrätigen Nachdruckexemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmten Vorrichtungen der Einziehung durch den Staat unterwirft.

Der *Thonsche* Begriff der Rechtsfolge – und das zeigt sich besonders in den Fällen der sogenannten „Sicherung gegen künftiges Unrecht“ – ist ein rein materieller; der Zweck ist sein wesentlicher Kern. Diesem materiellen Rechtsfolgebegriffe ist hier ein streng formaler entgegengestellt worden. Auf Grund der früher akzeptierten Konstruktion des Rechtssatzes ist die Unrechtsfolge als Wille des Staates erkannt worden und zwar als Wille des Staates zu einem eigenen Verhalten, das materiell die Verhängung eines Nachteils¹⁹³¹ über den Untertanen darstellt, der durch sein Verhalten den Tatbestand setzt, an den der staatliche Wille zur Unrechtsfolge geknüpft ist. Diese Unrechtsfolge ist entweder Strafe oder Exekution. Der auf diese Unrechtsfolge gerichtete bedingte Wille des Staates ist der

¹⁾ a. a. O. S. 68 Anm. 172.¹⁹²⁹

¹⁹²⁷ «alte (zivilrechtliche) Verbot»] A «alte Verbot»; F* «alte (zivilrechtliche) Verbot».

¹⁹²⁸ «wiederholtes rechtswidriges Verhalten»] A₁ «wiederholtes Verhalten»; A₂ «wiederholtes rechtswidriges Verhalten».

¹⁹²⁹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 1887), S. 68 f. Anm. 172.

¹⁹³⁰ «Urhebergesetz»] A₁ «Gesetz»; A₂ «UrheberGesetz».

¹⁹³¹ «materiell die Verhängung eines Nachteils»] A₁ «materiell einen Nachteil»; A₂ «materiell die Verhängung einen [sic] Nachteil».

Inhalt des Rechtssatzes im engeren Sinne, durch den neben der Rechtspflicht des Staates zur Strafe oder Exekution die¹⁹³² subjektiven Rechtspflichten der Untertanen zu jenem Verhalten statuiert werden, durch welches die Unrechtsfolge vermieden wird.

¹⁹³² «den ... Exekution die»] A₁ «den die»; A₂ «den neben der Rechtspflicht des Staates zur Strafe od Exekution die».

Hans Kelsen Werke



Hans Kelsen Werke

Herausgeber / Editor

MATTHIAS JESTAEDT, Erlangen

In Kooperation mit dem / In co-operation with

HANS KELSEN-INSTITUT

ROBERT WALTER, Wien CLEMENS JABLONER, Wien

Wissenschaftliche Berater / Advisory Committee

JES BJARUP, Stockholm	STANLEY L. PAULSON, St. Louis
EUGENIO BULYGIN, Buenos Aires	OTTO PFERSMANN, Paris
AGOSTINO CARRINO, Napoli	JOSEPH RAZ, Oxford/New York
GABRIEL NOGUEIRA DIAS, São Paulo	GREGORIO ROBLES MORCHÓN, Palma de Mallorca
HORST DREIER, Würzburg	OSCAR L. SARLO, Montevideo
MARIO G. LOSANO, Milano	HUN SUP SHIM, Seoul
RYUICHI NAGAO, Tokio	MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt
WALTER OTT, Zürich	MICHEL TROPER, Paris
	LUIS VILLAR BORDA†, Bogotá

Hans Kelsen Werke

Band 2

Veröffentlichte Schriften 1911

Zweiter Halbband

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT

In Kooperation mit dem
HANS KELSEN-INSTITUT

Mohr Siebeck

Eine Veröffentlichung der HANS-KELSEN-FORSCHUNGSSTELLE
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Leiter:

Matthias Jestaedt

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:

Julia Baßler	Susanne Halama	Markus Modschiedler
Philippa Eggers	Manuela Herrmann	Angela Reinthal
Thomas Elsner	Martin Herzog	Brigitte Schöning
Nicola Ernst	Jörg Kammerhofer	Anna Lena Scholz
Josephine Fischer	Bastian Lämmermann	Bilhildis Schütz
Nikolaus Forschner	Eva Lohse	Dominika Wiesner
Sabrina Habermann	Anke Lutz	Michael Zeder

Die Herausgeberarbeiten wurden von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die Drucklegung wurde vom Bundeskanzler der Republik Österreich in großzügiger Weise finanziell unterstützt.

Zitiervorschlag:

Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911), in: HKW 2, 21 (638–662)

Hans Kelsen, in: HKW 2, 21 (638–662)

ISBN 978-3-16-149436-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina in Tübingen aus der MinionPro belichtet, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhalt

Erster Halbband

Vorwort des Herausgebers	VII
------------------------------------	-----

I. Sektion

Editorische Hinweise

Benutzungshinweise	3
Editionsrichtlinien	5

II. Sektion

Veröffentlichte Schriften 1911

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)	21
Einleitung von <i>Christoph Schönberger</i>	23
Introduction by <i>Christoph Schönberger</i>	36
Titel	49
I. Buch. Voruntersuchungen	79
II. Buch. Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes	189

Zweiter Halbband

III. Buch. Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes	433
--	-----

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorischer Bericht	881
Abkürzungen und Siglen	915
Quellennachweis der Abbildungen	919
Schrifttumsverzeichnis	921
Gesetzesverzeichnis	931
Personen- und Sachregister	933

Editorischer Hinweis

Während der Erste Halbband von HKW 2 die Titelseite sowie die ersten beiden Bücher der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ enthält, ist das für sich genommen umfangreichste Dritte Buch der „Hauptprobleme“ im vorliegenden Zweiten Halbband abgedruckt.

Zur Erleichterung der Orientierung und zur Steigerung des Handhabungskomforts wird nachstehend das Inhaltsverzeichnis der „Hauptprobleme“ noch einmal, freilich mit einer Asteriskus-Paginierung, wiedergegeben. Die durchgängige, Ersten und Zweiten Halbband umfassende Paginierung (HKW 2, 21–878) wird dadurch nicht berührt.

| Inhaltsverzeichnis.

Vorrede	51–64
-------------------	-------

I. Buch.

Voruntersuchungen.

I. Kapitel. Naturgesetz und Norm	80–116
--	--------

Der Sprachgebrauch des Wortes „Gesetz“. – Naturgesetz und Norm. – Die Herkunft des Gesetzesbegriffes. – Normativ und explikativ. – Der normative Charakter der Rechtswissenschaft im Sinne des modernen Positivismus 80–85

Der Gegensatz von Naturgesetz und Norm zurückgeführt auf den Gegensatz von Sein und Sollen. – Das Wesen des „Sollens“. – Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen. – Die formal-logische Unableitbarkeit des Sollens aus dem Sein. – Die materiell-psychologischen Relationen zwischen dem Inhalt des Sollens und dem des Seins. – Die „normative Kraft des Faktischen“ oder die Entstehung des Sollens aus dem Sein. – Die Zerstörung des Sollens durch das Sein. – Sollen und Wollen. – Der objektive Charakter des rechtlichen Sollens 86–90

Das Geltungsgebiet von Naturgesetz und Norm. – Die „Geltung“ von Naturgesetz und Norm. – Die „Geltung“ und die „Wirkung“ der Norm. – Die „Anwendung“ der Norm. – Das Wesen der Billigung und Mißbilligung oder der subjektiven „Beurteilung“. – Das Verhältnis von Normanwendung und subjektiver Beurteilung bei autonomer und bei heteronomer Gesetzgebung. – Kennen und Anerkennen der Norm. – Identität von Kennen und Anerkennen der Norm bei autonomer Gesetzgebung 90–99

Abschwächung des Gegensatzes von Sein und Sollen, Naturgesetz und Norm für das Gebiet autonomer Gesetzgebung. – Ergebnis der auf Inhalt und Entstehung gerichteten *soziologischen* Betrachtung: Inhalt des Sollens ein qualifiziertes Sein. – Das Sollen als subjektiver Trieb im Individuum. – Die Objektivierung der subjektiven Norm. – Das der Norm in diesem Sinne innewohnende Moment des psychischen Zwanges. – Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm für die soziologisch-psychologische Betrachtung. – Die Normen als „besondere Formen der Verwirklichung von Naturgesetzen“. – Die Opposition gegen die *Kant-Fichtesche* Formulierung des Sittengesetzes oder gegen die Unabhängigkeit des Sollens vom Sein. – Die Formulierung *Schleiermachers* 99–108

| Das Verhältnis von Naturgesetz und Norm zur Gesetz-, resp. Norm-Widrigkeit. | XVI
 – Naturgesetz im exakten Sinne und im Sinne einer *Regel mit Ausnahmen*. – Die Ausnahmslosigkeit der Norm. – Das Nichtbefolgtwerden einer Norm, ein Versagen ihrer „Wirkung“, keine Ausnahme ihrer „Geltung“. – Die Normwidrigkeit, eine Ausnahme der die „Wirkung“ der Norm konstatierenden Regel. – Unterscheidung dieser Regel von der Norm. – Das Sittengesetz als moralisch-diätetische Regel. – Der Zweck von Norm und Naturgesetz. – Die möglichen

Formen, in denen die Norm ihren Zweck verfolgt. – Das Sittengesetz als Objekt der Soziologie. – Normative und explikative Ethik. – Möglichkeit beider Methoden. – Schwierigkeit und fraglicher Wert einer scharfen Trennung beider für Gebiete autonomer Gesetzgebung 109–116

II. Kapitel. Sittengesetz und Rechtsnorm 117–144

Möglichkeit und Notwendigkeit einer rein normativen Methode für die Rechtsbetrachtung. – Die heteronome Natur des Rechtes. – Ähnlichkeit zwischen Recht und Moral in der Periode gewohnheitlicher Rechtsbildung. – Prinzipieller Gegensatz zwischen Recht und Moral. – Die Anwendbarkeit der Rechtsnorm: Recht und Gericht. – Die „Konventionalregel“ *Stammlers*. – Die Verdrängung der gewohnheitlichen Rechtsbildung durch die Gesetzgebung. – Bedeutung für die Erkenntnis der heteronomen Natur des Rechtes und die Methode der Jurisprudenz. – Die scheinbar autonome Natur des Gewohnheitsrechtes. – Der Staat als außerindividuelle Autorität Träger des Rechtes. – Ablehnung der für die autonome Moral charakteristischen Selbstverpflichtung für das Gebiet des heteronomen Rechtes. – Die Unabhängigkeit des objektiven rechtlichen Sollens vom subjektiven Wollen im Gegensatz zur Identität von Norm und Pflicht im Bereiche der Moral. – Konsequenz für die Methode. – Notwendige Einseitigkeit der formalen, normativ-juristischen Betrachtung. – Die Rechtsnorm niemals Regel tatsächlichen Geschehens. – Ablehnung der psychologisch-genetischen Methode für die Jurisprudenz. – Verhältnis von objektiver Norm und subjektivem normentsprechendem Wollen beim Recht umgekehrt wie bei der Moral. – Kennen der heteronomen Rechtsnorm nicht notwendig deren Anerkennen. – Mangel des psychischen Zwanges als einer wesentlichen Eigenschaft der Rechtsnorm. – Rechtsnorm und Naturgesetz. – Die Anerkennung als Geltungsgrund für die Rechtsnorm. – Vorläufige Kritik der Anerkennungstheorie. – Die Zerstörung rechtlichen Sollens durch ein qualifiziertes Sein (Derogierung von Gesetzesrecht durch entgegenstehende Gewohnheit). – Das tatsächliche Befolgtwerden nicht zum Wesen der Rechtsnorm gehörig. – Methodologische Bedeutung dieses Kriteriums. – Der Rechtssatz wird nicht zerstört durch Nichtbefolgung, sondern durch Nicht-Anwendung. – Metajuristische Natur dieser Tatsache 144–138

[XVII

Rechtsnorm und Rechtswidrigkeit. – Das Unrecht keine Ausnahme von der Geltung der Rechtsnorm, sondern von der die Wirkung der Rechtsnorm konstatierenden Regel: das Unrecht als Anwendungsfall für den Rechtssatz. – Die Generalprävention: der nur vom explikativen | Standpunkte der Sozialpsychologie zu erfassende soziale Zweck der Rechtsordnung. – Die für die formaljuristische Konstruktion in Betracht kommende Funktion des Rechtssatzes: Reaktion gegen das Unrecht. – Die für die Jurisprudenz unrichtige Anschauung von dem höheren normativen Charakter gewisser Rechtssätze 138–144

III. Kapitel. Das Verhältnis von kausaler teleologischer und normativer Betrachtung. – Der Zweck im Recht 145–188

Der Zweck. – Der angebliche Gegensatz zwischen Kausalität und Teleologie. – Die Anschauung *Stammlers*. – Ihre Widerlegung. – Jede Zweckvorstellung schließt die Kausalvorstellung ein. – Die Vorstellung einer möglichen Wahl. – Die Relation zwischen Ursache und Wirkung einerseits – Mittel und Zweck andererseits. – Zweck und Kausalprinzip, gemeinsam dem Satze von Grunde

unterordnet, dienen beide der Erklärung des Geschehens. – Gegensatz der auf Erklärung des Seins gerichteten (explikativen) kausalen und teleologischen Betrachtung zu der auf das Sollen gerichteten normativen. – Das Verhältnis zwischen teleologisch und normativ. – Norm und Zweck. – Zweck (im subj. Sinne): das Gewollte, Zweck (im obj. Sinne): das Bewirkte, niemals: das Gesollte. – Norm und Wert. – Wert im subjektiven Sinne Funktion des Wollens. – Wert im objektiven Sinne Funktion des Sollens (Verhältnis zur Norm). – Der Zweck der Norm als Ergebnis teleologischer Betrachtung derselben. – Unterscheidung der Frage nach dem Zweck der Norm von der Frage nach dem durch die Norm statuierten Sollen. – Unterscheidung einer materiell- und einer formal-normativen Problemstellung. – Bedeutung der letzteren für die Jurisprudenz. – Identität von Zweck und Wirkung der Norm. – Vom Standpunkte kausaler ebenso wie teleologischer Betrachtung ist die Norm Gegenstand explikativer Disziplinen	145–161
Die Zurechnung: eine von der kausalen und teleologischen wesensverschiedene Verknüpfung von Elementen. – Die Bestandteile der Norm: Normsubjekt und Normobjekt. – Deren spezifische Verbindung durch das „Sollen“. – Die Zurechnung eine Verknüpfung der Elemente auf Grund der Norm. – Die <i>rechtliche</i> Zurechnung. – Sie beruht weder auf einem kausalen noch einem teleologischen Zusammenhange. – Die Rechtsnorm das ausschließliche Prinzip rechtlicher Zurechnung. – Die <i>moralische</i> Zurechnung. – Zurechnung und „Wille“. – Die <i>wirtschaftliche</i> Zurechnung. – Die Zurechnung zum Recht und die Zurechnung zur Pflicht. – Personifikation durch Zurechnung: Person ist Zurechnungssubjekt	161–174
Die Bedeutung des Zweckmomentes für die juristische Begriffskonstruktion. – Stand der Frage in der gegenwärtigen Literatur. – Stellungnahme der Vertreter der organischen und der anorganischen Staatsrechtstheorie. – Widersprüche innerhalb beider Gruppen und bei einzelnen Autoren. – Insbesondere <i>Iherings</i> „Zweck im Recht“. – Zulässigkeit der teleologischen Begriffsbildung für die historisch-soziologische (naturgeschichtliche) Untersuchung. – Ablehnung derselben für die formal-normative Betrachtung der dogmatischen Rechtswissenschaft. – Verbindung von formalen und materiellen Elementen in den Rechtsbegriffen. – Möglichkeit und Notwendigkeit rein formaler juristischer Konstruktion. – Die Jurisprudenz „eine Geometrie der Rechtserscheinung“. – Zurückweisung des Vorwurfes eines scholastischen Formalismus	174–188

| XVIII

II. Buch.

Die objektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

I. Abteilung. Der Wille im Recht.

IV. Kapitel. Der psychologische Wille 191–222

Einleitung: Das objective Recht als Wille des Staates. – Das Recht als Wille außerstaatlicher Faktoren. – Insbesondere das Recht als Volkswille oder Volksüberzeugung. – Das Problem des Gewohnheitsrechtes. – Die dualistische Konstruktion des objektiven Rechtes. – Das objektive Recht ausschließlich als Wille des Staates; – auch das Gewohnheitsrecht. – Die Konventionalregel <i>Hatscheks</i>	191–202
--	---------

Die Bedeutung des Willensbegriffes. – Die Unbrauchbarkeit des von der Psychologie gelieferten Willensbegriffes für die Jurisprudenz. – Psychologische Analyse des Willensaktes. – Das Streben. – Die Vorstellung eines Zweckes, resp. eines Mittels zur Erzeugung von Lust oder Abwehr von Unlust. – Der Impuls auf die motorischen Nerven. – Die Willenshandlung. – Inhalt des Willens stets Inhalt einer Vorstellung. – Wollen und Wünschen. – Das Bewußtsein der eigenen Aktivität. – Zusammenfassung. – Der negative Willensinhalt. – Der bloß vorausgesehene Erfolg nicht gewollt. – Trübung der explikativ-psychologischen Betrachtung durch normative Erwägungen. – Das Bewußtsein des Sollens und das Wollen. – Die künftig als möglich, nicht als notwendig vorgestellten Folgen 202–214

Wille und Kausalität. – Unterscheidung zwischen dem, was gewollt und dem, was durch den Willen verursacht ist. – Ablehnung des kausalen Willensbegriffes (Wille als Ursache der Körperbewegung). – Unabhängigkeit des Willens vom *tatsächlichen* Kausalablaufe. – Das Wollen von Unterlassungen. – Die angebliche Kausalität der Unterlassung. – Kritik der *Sigwartschen* Auffassung. – Der Kausalbegriff in der Rechtswissenschaft. – Vermengung der explikativen mit der normativen Betrachtung 214–222

V. Kapitel. Der Wille im Privat- und Strafrecht 223–271

Das Objekt des Willens nach juristischem Sprachgebrauche und Willensinhalt im psychologischen Sinne. – Die juristische „Willensfähigkeit“ 223–224

Das zivilistische Willensdogma. – Die Opposition gegen dasselbe. – Unmöglichkeit einer psychologischen Deutung des Willensdogmas. – Die Theorie *Windscheids*. – Der fiktive Charakter des Willens im Willensdogma. – Wahrer Inhalt des Parteiwillens. – Die methodologische Bedeutung des Prinzipes der Wirkungslosigkeit jeder *reservatio mentalis*. – Die Irrtumslehre. – Der Zwang. – Die zum Willensdogma führende Tendenz der juristischen Terminologie. – Notwendigkeit einer außerpsychologischen Deutung des Willensdogmas. – Die Umkehrung der vom zivilistischen Willensdogma aufgestellten Gleichung zwischen Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes 224–235

|XIX

Das kriminalistische Willensdogma: Schuld und Wille. – Die Opposition gegen dasselbe. – Die *Loefflersche* Unterscheidung der Schuldformen. – Begriff der Schuld. – Die Schuld als psychischer Tatbestand. – Versagen des Schuldbegriffes gegenüber der Fahrlässigkeit. – Der rein normative, keineswegs psychologische Charakter der Fahrlässigkeit. – Unmöglichkeit eines einheitlichen Schuldbegriffes auf psychologischer Basis. – Der rein normative Charakter des Schuldbegriffes überhaupt. – Die Stellung der psychischen Elemente im Strafrechtssatze. – Die Schuld als Mangel an gehörigem Interesse. – Die juristische Gleichung zwischen Schuld und Wille. – Schuld und Zurechnung. – Wille und Zurechnung: Der Wille als Zurechnungspunkt. – Prinzipielle Verschiedenheit zwischen dem Willen der explikativen Psychologie und dem Willen der normativen Ethik und Jurisprudenz 235–252

Kritik des Willensbegriffes der herrschenden „psychologischen“ Jurisprudenz. – Der Willensbegriff *Zitelmanns*. – Die unzulässige Verquickung psychologisch-explikativer Seins-Betrachtung und juristisch-normativer Sollens-Betrachtung. – Der Willensbegriff *Bindings*. – Die Differenz zwischen psychologischer und juristischer Methode. – Das Problem der Willensfreiheit. – Die vermutliche Provenienz des Willensbegriffes. – Neuere Strömungen in der Psychologie gegen die Berechtigung eines selbständigen Willensbegriffes 252–271

VI. Kapitel. Der Wille des Staates 272–300

Der Staatswille als realpsychische Tatsache. – Der Gesamtwille der Völkerpsychologie. – Staatswille und Staatspersönlichkeit nach organischer Staatsrechtstheorie. – Der Staatswille als Gesamtwille des Volkes im Sinne der Sozialpsychologie. – Das Problem der Realität. – Der Staatswille als Willensakt gewisser Organe. – Staatswille und Staatsperson nach anorganischer Staatsrechtstheorie. – Die „Abstraktion“ des Staatswillens aus menschlichen Individualwillensakten. – Der Gesamtzweck. – Der Wille der Staatsorgane. – Fiktion und Abstraktion. – Der Staatswille als gemeinsamer Zurechnungspunkt für die Organhandlungen. – Zurechnungsregel: Der Rechtssatz. – Ansätze in der neueren Literatur zu einer Unterscheidung zwischen psychischem und juristischem Willen. – Die Einheit des Willens- und Persönlichkeitsbegriffes für alle Rechtsgebiete 272–300

II. Abteilung. Die logische Form des Rechtssatzes.

VII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne. (Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz.) 301–325

Der mögliche Inhalt des Staatswillens: das eigene Verhalten des Staates. – Das rechtmäßige Verhalten der Untertanen als Inhalt des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens nach Anschauung der Imperativtheorie. – Kritik der herrschenden Imperativtheorie. | – Zunächst vom Standpunkte des herrschenden psychologischen Willensbegriffes. – Das Wollen fremden Verhaltens kann nicht Inhalt eines kausalen Willensbegriffes sein. – Widerspruch zum Postulat der Willensfreiheit. – Wollen fremden Verhaltens nur im psychologischen Sinn (eines nichtkausalen Willensbegriffes) möglich. – Solches Wollen dem Staate zugesprochen, macht neben einem Willen des Staates auch die Annahme eines Bewußtseins des Staates notwendig 301–306

Analyse einer typischen Konstruktion des Staatswillens nach herrschender Lehre: Die Theorie *Br. Schmidts*. – Der Wille des Staates ein „real vorliegender Tatbestand“. – Verhältnis zur Psychologie. – Die Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen. – Das Wollen fremden Verhaltens bei *Schmidt*. – Untertan und Staatsorgan nach Imperativtheorie 307–313

Der teleologische Charakter der Imperativtheorie: Der soziale Zweck der Rechtsordnung als Inhalt des Rechtssatzes. – Widerlegung der Imperativtheorie gerade vom teleologischen Standpunkte aus. – Unfähigkeit des nackten Imperativs, den Zweck der Rechtsordnung, die Motivation eines bestimmten Verhaltens, zu erfüllen. – Der Imperativ die zweckentsprechende Form für die Normen der Moral. – Die hier maßgebende Differenz zu den Rechtsnormen. – Vom Standpunkte teleologischer Betrachtung bedarf der motivierende Rechtssatz der Sanktion. – Der die Untertanen verpflichtende Rechtssatz als Nachteilsdrohung. – Der Rechtssatz im engeren Sinne als Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten. – Wille des Staates und Zweck der Rechtsordnung 314–322

Norm und Imperativ. – Ungehörige Identifizierung beider 322–325

VIII. Kapitel. Der Rechtssatz im engeren Sinne. (Fortsetzung.) 326–361

- Die Zwangstheorie. – Richtige Problemstellung. – Die Unerzwingbarkeit der Rechtsnormen. – Die tatsächliche Ausübung des psychischen Zwanges (Motivation) zwar der soziale Zweck, nicht aber Begriffselement der Rechtsnorm. – Zwang und Willensfreiheit. – Andere Erfüllungsgarantien als Straf- und Exekutionsdrohung. – Die Vorteilsverheißung. – Insbesondere der Erwerb eines subjektiven Rechtes als mögliche Erfüllungsgarantie 326–334
- Die tatsächlichen Motive rechtmäßigen Verhaltens irrelevant für die formaljuristische Konstruktion. – Die subjektive Befolgung der Norm und das objektive normentsprechende Verhalten. – Die Rechtsnorm als „garantierte“ Norm. – Insbesondere die Anschauung *Jellineks*. – Die Autorität des Staates als Erfüllungsgarantie. – Die Rechtsnorm als Befehl. – Ein Herrschaftsverhältnis zwischen Staat und Untertan als Grundlage der Imperativtheorie. – Das Herrschaftsverhältnis als psychischer Motivationsprozeß nur der sozialpsychologischen Betrachtung zugänglich. – Herrschaftsverhältnis als Relation der Über- und Unterordnung für die juristische Konstruktion unfassbar. – Der Staat juristisch nur Person und damit allen anderen Subjekten (den Untertanen) koordiniert. – Im Herrschaftsverhältnis die Untertanen Objekte, nicht Subjekte. – Konsequenz für die logische Form des Rechtssatzes. – Widerlegung einiger Einwände. – Eine rechtspolitische Erwägung. – Wille des Staates und Absicht des Gesetzgebers. – Die ideelle Unverletzbarkeit des Rechtssatzes. – Staatsperson und Rechtsordnung 334–350
- Die Imperativtheorie und die Unrechtsfolgen. – Untertan und Staatsorgan: Befolgung und Anwendung des Rechtssatzes. – Der Rechtssatz als Zurechnungsregel. – Recht und Gericht 350–353
- Die ideale Sprachform des Rechtssatzes und der faktische Wortlaut der Gesetze. – *Bekkers* Begriff des Rechtssatzes. – Die Gesetzestechnik des Zivilrechtes und des Strafrechtes. – *Bekkers* Konstruktion des Rechtssatzes. – Die Umwandlung des Gesetzestextes im Imperative. – Das Kriterium für rechtlich verbindlichen und rechtlich unverbindlichen Gesetzesinhalt. – Unzulänglichkeit der Imperativtheorie 353–361

IX. Kapitel. Der Rechtssatz im weiteren Sinne. (Der den Staat verpflichtende Rechtssatz.) 362–389

- Unterschied zwischen Staat und Untertanen im Verhältnis zur Rechtsordnung. – Logische Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes. – Insbesondere die Anschauung *Jellineks*. – Die Vermeidung von „Staatsunrecht“ ein an die juristische Konstruktion, nicht an die Tätigkeit der Behörden gerichtetes Postulat. – Identität von Sollen und Wollen des Staates. – Der den Staat verpflichtende Rechtssatz. – Der Verwaltungssatz. – Die Rechtssätze als „Regeln staatlichen Handelns“. – Objektive und subjektive Rechtsanschauung. – Die ausnahmslose Bedingtheit des staatlichen Willens. – Unmöglichkeit einer „Unterlassung des Staates“. – Die sogen. Freiheitsrechte. – Das Kriterium zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem Willen des Staates in der Verwaltung (im weiteren Sinne) 362–373
- Kritik einer in der Literatur bereits vertretenen Lehre vom Rechtssatz als einem hypothetischen Urteile: die Anschauung *Zitelmanns*. – Unveränderlichkeit der Natur des objektiven Rechtes und somit seiner logischen Form. – Imperativ und Urteil. – Die „allgemeine Geltung“ des Imperativs, das sogenannte „individuelle,

unübertragbare Moment des Imperativs“. – Der Wille des Gesetzgebers. – Die Übereinstimmung der <i>Zitelmannschen</i> Formulierung mit der Imperativtheorie. – Unbedingte Unterlassungspflichten der Untertanen. – Bedingte Handlungspflicht des Staates. – Einfach bedingte Handlungspflicht der Untertanen – doppelt bedingte Handlungspflicht des Staates	373–382	
Der Rechtssatz als hypothetisches Urteil bei <i>Hold von Ferneck</i> . – Das sogen. Situationsrecht. – Der Kollisionsfall. – Die blitzartige Existenz des objektiven Rechtes. – Das Recht als faktisches psychisches Geschehen, die Jurisprudenz als erklärende Naturwissenschaft. – Kritik dieser Methode. – Die Kollision von Durchschnittsinteressen. – Bedeutung dieser Konstruktion	382–387	
Grundzüge einer rein formalen Systematik des objektiven Rechtes. – Ablehnung der nach Zweckgesichtspunkten erfolgten Einteilung in Privat- und öffentliches Recht. – Alles Recht Staatsrecht	388–389	
X. Kapitel. Die Normentheorie <i>Bindings</i> und <i>Thons</i>	390–432	XXII
Die <i>Bindingsche</i> Unterscheidung zwischen Strafrechtssatz und Norm. – Der Ausgangspunkt der <i>Bindingschen</i> Konstruktion. – Der Sprachgebrauch. – Das objektive Recht als Friede, d. h. als Zustand der Ordnung und nicht als das Ordrende. – Das Unrecht Bruch oder Verletzung des Friedenszustandes, nicht des ordnenden Prinzipes. – Die Unverletzbarkeit der Norm. – Die Unzulässigkeit des Zweckmomentes für die juristische Konstruktion. – Die <i>Bindingsche</i> Trennung von Rechtssatz und Norm. – Die verschiedenen Funktionen von Rechtssatz und Norm bei <i>Binding</i> . – <i>Bindings</i> mittelbarer Nachweis der Normen aus den Strafgesetzen. – Die Identität von Norm und Rechtssatz: Widerlegung der <i>Bindingschen</i> Argumente für die Selbständigkeit der Norm. – Der Zweck von Norm und Rechtssatz. – Gehorsamspflicht und Rechtspflicht. – <i>leges imperfectae</i> . – Schuld und Strafrechtssatz. – Zeitliche Differenz zwischen Norm und Strafrechtssatz. – Der Blankettrechtssatz. – Geltungsgebiet von Norm und Strafgesetz. – Wandlung und Aufhebung der Norm bei unverändertem Strafgesetz. – Rückwirkung von Gesetzen. – Fortbestehen der Norm, Aufhebung des Strafgesetzes. – Wandelbarkeit der Strafgesetze und Unveränderlichkeit der Normen. – Eine Norm mehrere Strafgesetze; – ein Strafgesetz mehrere Normen	390–420	
Die Normentheorie <i>Thons</i> . – Das objektive Recht ein Komplex von Imperativen. – Das Recht als „Wille“ bei <i>Thon</i> . – Die Verbindung der Imperative untereinander. – Der Begriff der Rechtsfolge. – Die subjektive Betrachtungsweise <i>Thons</i> . – Unmöglichkeit der Konstruktion einer Persönlichkeit des Staates neben der Persönlichkeit der Untertanen nach Imperativtheorie. – Die Rechtspflicht als Unrechtsfolge. – Insbesondere die Entschädigungspflicht. – Schadensersatzpflicht der Untertanen und Exekutionspflicht des Staates. – Bestrafung und Ausgleichung. – Erfüllung, Entschädigung, Sicherung	420–432	

III. Buch. Die subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes.

I. Abteilung. Die Rechtspflicht.

A. Der Begriff der Pflicht.

XI. Kapitel. Moralpflicht und Rechtspflicht 435–473

Die beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes: Die Rechtspflicht und das subjektive Recht. – Der Begriff der Moralpflicht. – Die Moralpflicht als realpsychischer Zustand der Willensgebundenheit. – Die Anerkennung und die Achtung. – Die Identifizierung von Ich und Autorität im Achtungs- oder Anerkennungsvorgange. – Moralnorm und Moralpflicht 435–443

Die Rechtspflicht: Gegenwärtiger Stand der Literatur. – Die Rechtspflicht als realpsychischer Zustand. – Identifizierung von Rechtspflicht und Moralpflicht. – Der sekundäre Charakter der Rechts[normen]. – Die Kultur[normen] *Heinzes*. – Ableitung der Rechtspflichten aus dem Kulturleben. – Die sittliche Rechtfertigung des positiven Rechtes. – Die Frage nach der „letzten“ rechtsverpflichtenden Autorität. – Ableitung der Rechtspflicht aus der Gerechtigkeit (*Schlossmann*). – Die Rechtspflicht als rechtlich relevante Pflicht. – Der naturrechtliche Charakter der herrschenden Anschauung von der Rechtspflicht. – Selbständigkeit von Rechtsnorm und Rechtspflicht. – Objektive Feststellbarkeit der Rechtsnormen. – Der subjektive Charakter der Moralnormen. – Bedeutung der Degregierung von Gesetzesrecht durch Gewohnheit. – Die Zivilrechtsnormen und die Moral. – Die Rechtspflicht als Willensgebundenheit. – Motive rechtmäßigen Verhaltens. – Die Befolgung von Handlungs- und von Unterlassungspflichten. – Der Begriff der Rechtspflicht und die Pflichtverletzung. – Die psychologisch-deterministische Methode. – Das Recht als objektive und subjektive Macht (*Hold von Ferneck*). – Die Rechtsordnung und das rechtmäßige Verhalten. – Generelle und individuelle Natur des Rechtspflichtbegriffes 443–473

| XXIII

XII. Kapitel. Die Anerkennungstheorie 474–511

Autonome und heteronome Pflicht. – Rechtspflicht und Interesse. – Ableitung der Rechtspflicht aus dem Rechtssatze im engeren Sinne. – Rechtsnorm und Rechtspflicht 474–479

Imperativtheorie und Anerkennungstheorie. – Der Ausgangspunkt der Anerkennungstheorie: Die Frage nach dem Geltungsgrunde der Rechtsnormen. – Doppelter Sinn dieser Fragestellung. – Die Anerkennung als Rechtfertigung und als Erklärung. – Die Natur des Anerkennungsaktes (*Bierling*). – Die unbewusste und ungewollte Anerkennung. – Der Inhalt der Anerkennung. – Das Subjekt der Anerkennung. – Die Anerkennung als Fiktion. – Die Anerkennung durch die Majorität. – Das rechtmäßige Verhalten als Anerkennung. – Positivismus und Anerkennungstheorie. – Die historische Betrachtungsweise der Anerkennungstheorie 479–498

Die Fiktion der Rechtskenntnis. – Eine Kulturnormentheorie (*M. E. Mayer*). – Anerkennungs- und Vertragstheorie. – Der Zusammenhang von Imperativ-, Anerkennungs- und Vertragstheorie 498–511

XIII. Kapitel. Die Adresse der Rechtsnormen 512–529

Imperativ und Adresse. – Die drei möglichen Adressaten der Rechtsnormen. – Die Untertanen als Adressaten. – Bedeutung der Gesetzespublikation. – Die Konstruktion *Jherings*. – Die Staatsorgane als Adressaten (*Mayer-Jhering*). – Staatsgewalt und Rechtsordnung. – Die Verwaltungsstrafrechtssätze. – Die Staatsperson als Adressat 512–529

B. Die Rechtspflichten des Staates.

XIV. Kapitel. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates 530–548

Die Rechtspflichten physischer und die juristischer Personen. – Die Rechtspflichten des Herrschaftssubjektes. – Die zur Rechtspflicht des Staates führende Problemstellung. – Die Staatspflicht als realpsychischer Zustand. – Kritik der Selbstverpflichtungslehre (*Jellinek*). – Staat und Recht. – Der Staat als Schöpfer des Rechtes. – Der Gesetzgebungsakt als Funktion des Staates. – Staat und Gesellschaft im Willensbildungsprozesse 530–548

|XXIV

XV. Kapitel. Der Gesetzgebungsprozess 549–567

Die Elemente der Staatswillensbildung. – Der Monarch als Subjekt des Staatswillens. – Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (*Laband*). – Formal-juristische und historisch-politische Betrachtung (*Lukas*). – Juristische Konstruktion von Wert- und Machtdifferenzen 549–557
Die Perfektion des Staatswillens. – Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen (*Haenel*). – Das noch nicht publizierte „Gesetz“. – Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses. – Die Publikationspflicht 557–567

XVI. Kapitel. Staatspflicht und Untertanenpflicht 568–591

Selbstverpflichtung und Selbstbefreiung. – Pflichtenkollision. – Anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson. – Staat und Gesellschaft im Verpflichtungsprozesse. – Staat und Rechtsordnung. – Ableitung der Staatspflicht aus dem Rechtssätze. – Unbedingte Untertanenpflichten und ausnahmslose Bedingtheit der Staatspflicht. – Unterlassungspflichten des Staates. – Juristische Konstruktion der Freiheitsrechte. – Staatswille und Staatsgewalt 568–581
Die Lehre von der Gewaltenteilung. – Rechtspflichten der Legislative. – Wollen und Sollen der Staatsperson. – Einheit des Rechtspflichtbegriffes. – Die Sanktionslosigkeit der Staatspflicht. – Formale Natur des Subjektivierungsprinzipes. – Unrecht des Staates 581–591

C. Die Rechtspflichten der Staatsorgane.

XVII. Kapitel.	Der Begriff des Staatsorganes	592–608
	Stand der Literatur. – Der Organbegriff <i>Gerbers</i> . – Der Organbegriff der anorganischen Staatstheorie. – Der Organbegriff der organischen Staatstheorie. – Der Organbegriff der Naturwissenschaft. – Der Organbegriff der Soziologie. – Der juristische Organbegriff. – Das Staatsorgan als „Erzeuger“ des Staatswillens. – Organbegriff und Konstruktion des Rechtssatzes. – Organbegriff und Zurechnungsregel. – Die Organtätigkeit als Realisierung von Rechtssätzen	592–608
XVIII. Kapitel.	Die Legislative	609–637
	Die Organqualität der Legislative. – Das Parlament als Staatsorgan. – Das Parlament als Organ der Gesellschaft. – Das Parlament als gesellschaftliches Organ. – Die Funktion im Interesse des Staates. – „Gesamtinteresse“ und soziale Gruppeninteressen	609–626
	Der Abgeordnete und der Wähler als Staatsorgane. – Das Volk als Staatsorgan. – Primäre und „sekundäre“ Organe (<i>Jellinek</i>). – Die Ausdehnung des Organbegriffes. – Einfluß der politischen Anschauung auf die juristische Konstruktion . . .	627–637
XIX. Kapitel.	Die Exekutive: Der Rechtsbegriff der Verwaltung	638–662
XXV	Legislative und Exekutive. – Der herrschende Verwaltungsbegriff. – Der wirtschaftliche und der Rechtsbegriff der Verwaltung. – Die Verwaltung als Zweckverfolgung. – Die Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtsschranken. – Die rechtliche Relevanz als Relationsmöglichkeit zur Rechtsordnung. – Die Staatstätigkeit als Realisierung der Rechtsschranken. – Die Verwaltung als „freie“ Staatstätigkeit. – Die Verwaltungstätigkeit extra legem	638–650
	Der Begriff des freien Ermessens. – Die Grenzen des freien Ermessens. – Die Relation zwischen Rechtsordnung und Verwaltung. – Der Staatswille in der Rechtsordnung und in der Verwaltung	651–662
XX. Kapitel.	Die Persönlichkeit der Staatsorgane	663–688
	Der Begriff der Rechtspersönlichkeit. – Die Person als Träger „subjektiven Rechtes“. – Die Person als Subjekt von Rechtspflichten. – Das Pflichtsubjekt und die „innere Zurechnung“. – Die Pflichtsubjektivität. – Person und Mensch	663–670
	Die Organpersönlichkeit und die Stellung der organischen und anorganischen Staatstheorie. – Organpersönlichkeit und Rechtssatz. – Natur der organisatorischen Bestimmungen. – Organ als Institution und Organträger. – Die Vereinbarkeit von Staats- und Organperson auf Grund der richtigen Konstruktion des Rechtssatzes	670–679
	Organpflicht und Rechtspflicht. – Identifizierung von Staats- und Organpflicht. – Die Freiheitsrechte als Organpflichten. – Die Organpflicht als Rechtspflicht . .	679–688
XXI. Kapitel.	Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen	689–719
	Rechtssatz und rechtliche Norm. – Rechtssatz und organisatorische Norm . .	689–692
	Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. – Stand der Theorie. – Die Gesetzesform. – Gesetzesform und Staatswille. – Materielle Elemente im herr-	

schenden Begriffe des formellen Gesetzes. – Die Konstruktion <i>Haenels</i> und die <i>Laband-Anschützsche</i> Richtung. – Gesetzgebung und Rechtsordnung. – Verwaltung und Rechtsordnung. – Statuierung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. – Der Zweck der Schrankenziehung als Wesen des Rechtssatzes (<i>Jellinek-Anschütz</i>). – Das subjektive Kriterium des Rechtssatzes. – Rechtssatz und Gesetzesform. – Juristische Konstruktion der delegierten Verordnung. – Das Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes	692–710
Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung. – Die organisatorische Verwaltungsverordnung. – Geltendmachung von Rechtspflichten durch die Verwaltung. – Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft. – Organisatorische Bestimmungen in Gesetzesform	711–719

II. Abteilung. Das subjektive Recht.

A. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

XXII. Kapitel. Die Interessentheorie 720–738

Rechtssatz und subjektives Recht. – Identifizierung von „Recht im subjektiven Sinne“ und „Berechtigung“. – Bedeutung des Sprachgebrauches. – Der naturrechtliche Begriff des subjektiven Rechtes. – Der materielle Reflex der Rechtspflicht	720–724
<i>Jherings</i> Interessentheorie. – Das naturrechtliche Element in der Interessentheorie. – Der Fiktionscharakter in der Interessentheorie. – Das Durchschnittsinteresse als Substrat des subjektiven Rechtes. – Regelmäßige, nicht notwendige Begriffsmerkmale. – Subjektives Recht und rechtlich geschütztes Interesse. – Reflexwirkung und subjektives Recht. – Das Kriterium der „individuellen Rechtsverletzung“	724–735
<i>Jherings</i> Begriff der Rechtspersönlichkeit. – Das Rechtssubjekt als Zweckssubjekt. – Der „Destinatär“	735–738

|XXVI

XXIII. Kapitel. Die Willentheorie 739–749

Der <i>Windscheidsche</i> Begriff des subjektiven Rechtes. – Das subjektive Recht als Willensmacht. – Wille und Interesse. – Der Wille der Rechtsordnung als Substrat des subjektiven Rechtes. – Der fiktive Charakter des Willensmomentes. – Der Einfluß der <i>Thonschen</i> Theorie auf <i>Windscheid</i> . – Das subjektive Recht als Willendürfen. – Der naturrechtliche Charakter der Willentheorie. – Das Recht auf eigenes Verhalten	739–749
--	---------

XXIV. Kapitel. Die Kombinationstheorie 750–777

Die Theorie <i>Bernatziks</i> . – Die Verbindung des Zweck- und des Willensmomentes. – Das Verhältnis zu <i>Jherings</i> Interessentheorie. – Interessenschutz durch einen dem Staate gegenüber selbständigen Willen. – Die Einräumung von Parteirechten. – Der Rechtsschutz. – Die Terminologie des Gesetzgebers	750–757
Die Ausübung fremden Rechtes. – Die Rechtssubjektivität des Staates. – Der Gesamtzweck. – Der Staatszweck als Substrat der Staatspersönlichkeit. – Das Interesse an der Organfunktion. – Das Recht auf Organstellung. – Das „geteilte“ Recht. – Das zwischen Staat und Monarchen geteilte Recht. – Das zwischen Staat und Wähler geteilte Recht	757–773
Die Kombinationstheorie <i>Jellineks</i>	774–777

B. Die subjektiven Rechte des Staates
und die subjektiven Rechte gegen den Staat.

XXV. Kapitel. Die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im engeren Sinne 778–789

Die auf das subjektive Recht zielende Problemstellung. – Die *Thonsche* Konstruktion des subjektiven Rechtes. – Die Imperativtheorie und der Begriff des subjektiven Rechtes. – Der Begriff des subjektiven Rechtes. – Der Unrechtstatbestand im weiteren Sinne und die *actio*. – Das Unrecht im engeren Sinne und der Unrechtstatbestand. – Das subjektive Recht im potentiellen und im aktuellen Zustande. – Die Spannung zwischen dem potentiellen und dem aktuellen Zustande 778–789

XXVI. Kapitel. Das subjektive öffentliche Recht 790–818

Öffentliche und private Rechte. – Das subjektive öffentliche Recht *Jellineks*. – Das Dürfen. – Das Erlauben. – Die rechtliche Relevanz. – Das Gewähren. – Das Können. – Erlauben und Gewähren. – Dürfen und Können. – Die gekonnte, aber verbotene Handlung. – Dürfen und Können. – Identität von Dürfen und Können. – Das Können als Relation zum übergeordneten Subjekte. – Staat und Rechtsordnung. – Rechtlich irrelevant und rechtlich gleichgültig. – Die Erweiterung der Handlungsfähigkeit. – Die Identität von Können und Dürfen . . . 790–818

XXVII. Kapitel. Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im weiteren Sinne 819–827

Privates und öffentliches Recht. – Subjektive Rechte gegen den Staat und gegen andere Personen. – Die Möglichkeit der Rechtsverfolgung. – Das subjektive Recht gegen den Staat. – Der Anspruch. – Der allgemeine Begriff des subjektiven Rechtes 819–827

C. Die subjektiven Rechte der Staatsorgane
und das Recht auf Organstellung.

XXVIII. Kapitel. Die verpflichtenden Rechte und berechtigenden Pflichten 828–845

Das Recht auf die Organfunktion. – Die berechtigenden Pflichten und verpflichtenden Rechte. – Sollen und Dürfen 828–835
Das subjektive Recht als Können (*Hold von Ferneck*). – Das Durchschnittsinteresse. – Der Idealbegriff. – Differenzierung zwischen subjektivem und objektivem Rechte. – Recht und Pflicht. – Die komplementären Handlungen 835–845

XXIX. Kapitel. Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen 846–860

Die Subjektivierung des Wahlrechtssatzes. – Die Wahlpflicht. – Der staatliche und gesellschaftliche Charakter des Wahlaktes 846–851
Die staatliche und außerstaatliche Stellung des Monarchen. – Die Stellung des Monarchen innerhalb der Legislative. – Die Stellung des Monarchen innerhalb der Exekutive. – Die Rechtsverpflichtung des Monarchen. – Die Rechtsverpflichtung des Ministers. – Monarch und Minister. – Der Doppelcharakter der monarchischen Funktion. – Das subjektive Recht des Monarchen 851–860

XXX. Kapitel. Organschaft und Stellvertretung 861–878

Stand der Frage. – Der Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung nach herrschender Lehre. – Die Mehrheit der Subjekte. – Die spezifische Verbindung. – Organschaft und Stellvertretung nach organischer Staatstheorie. – Gesamtwille und Gesamtpersönlichkeit. – Organwille und Gesamtwille. – Differenzierung und Identifizierung von Organperson und Gesamtperson. – Die spezifisch organische Beziehung. – Das Gewaltverhältnis zwischen Gesamtwillen und Organwillen	861–871
Die Konstruktion mit der einfachen Ebene. – Privat- und öffentliches Recht. – Das Rechtsverhältnis als Verhältnis zur Rechtsordnung. – Die Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung. – Die Zurechnung bei Organschaft und Stellvertretung	871–878

|III. Buch.

|309

Die subjektiven Erscheinungsformen
des Rechtssatzes.

III. Buch.
Die allgemeinen Erscheinungsformen
des Reichtumsatzes.

Seite aus dem Autographen (433)

Die Rechtspflicht.

A. *Der Begriff der Pflicht.*

XI. Kapitel.

Moralpflicht und Rechtspflicht.

Das Wesen des Rechtssatzes den Rechtssubjekten gegenüber besteht darin, daß er die letzteren *verpflichtet*. Die verschiedenen Rechtspflichten der Untertanen, der Staatsorgane oder des Staates sind durch die Rechtsordnung – das ist die Summe der Rechtssätze – geschaffen; die Unterscheidung von Rechtssatz und Rechtspflicht ergibt sich durch den Unterschied einer objektiven und subjektiven Betrachtung: Was sich dieser als Rechtspflicht zeigt, erscheint jener als Rechtssatz.

Nun ist es wohl allgemein üblich, sich neben der objektiven Betrachtung des Rechtes einer subjektiven zu bedienen, und¹⁹³³ das Resultat dieser doppelten Betrachtung ist nach herrschender Anschauung die Unterscheidung zwischen einem Rechte im objektiven Sinne, der Rechtsordnung als dem Inbegriffe aller Rechtsnormen, und dem Rechte im subjektiven Sinne. Unter diesem Rechte im subjektiven Sinne versteht man lediglich die subjektiven *Rechte*, worunter man die rechtlich geschützten Interessen oder das Wollen-dürfen, also stets nur die dem Rechts-subjekte durch die Rechtsordnung eingeräumte *Befugnis* begreift. Allein, die subjektive Betrachtung des Rechtes zeigt neben den subjektiven Rechten auch subjektive *Pflichten*; durch die Rechtssätze werden nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten statuiert; neben dem subjektiven Rechte des Darlehensgläubigers steht die subjektive Rechtspflicht des Darlehensschuldners und das Wahlrecht der Staatsbürger ist im Verhältnis zur objektiven Rechtsordnung ebenso subjektiver Natur wie etwa die Steuerpflicht der Untertanen.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es nun, das besondere Verhältnis festzustellen, in dem das subjektive Recht und die subjektive | Pflicht zu dem objektiven Rechtssätze stehen, das subjektive Recht und die subjektive Pflicht aus dem objektiven Rechtssätze abzuleiten. Nur bezüglich des subjektiven Rechtes hat die

¹⁹³³ «objektiven ... bedienen, und»] A₁ «objektiven Rechte, der Rechtsordnung als dem Inbegriffe der Rechtsnormen, ein Recht im subjektiven Sinne gegenüberzustellen [bricht ab]»; A₂ «objektiven ... bedienen, und».

herrschende Jurisprudenz diese Aufgabe erfüllt. Der Begriff des subjektiven Rechtes und dessen Verhältnis zum Rechtssatz wurde¹⁹³⁴ eingehenden Untersuchungen unterworfen. Der Begriff der subjektiven Rechtspflicht ist dagegen fast unerörtert geblieben. Es ist das Verdienst *Jellineks*, darauf hingewiesen zu haben, „daß eingehende Untersuchung des Pflichtbegriffes in der modernen juristischen Literatur gänzlich fehlt“¹⁾. Für den gegenwärtigen Stand des Problems ist bezeichnend, daß das Recht im subjektiven Sinne ganz selbstverständlich mit der Befugnis – dem „subjektiven Rechte“ – identifiziert wird, während die zweite subjektive Erscheinungsform des Rechtes: die Rechtspflicht, bei der Einteilung nach subjektivem und objektivem Gesichtspunkte völlig¹⁹³⁶ vernachlässigt bleibt. Und doch ist die Rechtspflicht die weitaus wichtigere, ja sogar die primäre, die ursprünglichere und eigentliche subjektive Erscheinungsform¹⁹³⁷ des Rechtes – muß die Rechtspflicht vor allem als „Recht im subjektiven Sinne“ erkannt werden. Die *wesentliche* Funktion des Rechtssatzes besteht darin, daß er eine Rechtspflicht statuiert. Kein Rechtssatz ohne Rechtspflicht. Nicht jeder Rechtssatz *muß* aber ein subjektives Recht einräumen. *Jeder* Rechtspflicht steht ein „subjektives Recht“ nur dann gegenüber, wenn man den Begriff des letzteren in der Weise faßt, daß man darunter das durch die bestehende Rechtspflicht eines anderen geschützte oder garantierte Interesse versteht. Aber gerade in diesem Falle zeigt sich die primäre Natur der Rechtspflicht gegenüber dem „subjektiven Rechte“, da letzteres hier nur durch die Statuierung der ersteren entsteht. Faßt man den Begriff des subjektiven Rechtes nicht in diesem Sinne eines Reflexes der Rechtspflicht, dann ist eine Rechtsordnung denkbar, die überhaupt keine subjektiven Rechte einräumt; – der sozialistische Zukunftsstaat mag in seiner anti-individualistischen Tendenz so weit gehen, daß er alle Subjekte verpflichtet und keines subjektiv berechtigt, – aber niemals und unter keinen Umständen wird eine Rechtsordnung ohne Rechtspflichten denkbar sein. Spätere Untersuchungen¹⁹³⁸ über das Verhältnis von Rechtspflicht und subjektivem Rechte werden diese Stellung der Rechtspflicht noch näher begründen²⁾.

[312 |¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 196.¹⁹³⁵

²⁾ Der einzige Autor, der in neuerer Zeit diese Bedeutung des Pflichtbegriffes erkannt und mit Nachdruck hervorgehoben hat, ist *Hold von Ferneck*, der a. a. O. S. 94¹⁹³⁹ sagt: „Der Pflichtbegriff ist der Mittelpunkt des Rechtssystems“.

¹⁹³⁴ «Rechtes und dessen Verhältnis zum Rechtssatz wurde»] A₁ «Rechtes wurde»; A₂ «Rechtes u dessen Verhältnis [sic] zum Rechtssatze».

¹⁹³⁵ *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 196.

¹⁹³⁶ «Rechtspflicht ... völlig»] A₁ «Rechtspflicht völlig»; A₂ «Rechtspflicht ... völlig».

¹⁹³⁷ «eigentliche subjektive Erscheinungsform»] A₁ «eigentliche Erscheinungsform»; A₂ «eigentliche subjektive Erscheinungsform».

¹⁹³⁸ Vgl. unten S. 519–521, 663–665, 731 f., 733 f., 736 f., 747 f., 819–821, 841–843.

¹⁹³⁹ *Alexander Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903, S. 94.

|Um die Struktur des Rechtspflicht-Begriffes darzulegen, muß man sich vorerst klar machen, was auf dem Gebiete der Moral unter „Pflicht“ zu verstehen ist, so wie das Wesen der Rechtsnorm erst durch die Unterscheidung vom Sittengesetze seinen spezifischen Charakter gewinnt. Der innere Zusammenhang zwischen den Begriffen Norm und Pflicht – ihre Trennung ergibt sich lediglich durch die Verschiedenheit der objektiven und subjektiven Betrachtung – bringt es mit sich, daß im folgenden manches unter einem veränderten Gesichtspunkte wiederholt werden muß, was bereits im ersten Buche dargelegt wurde;¹⁹⁴⁰ denn im Gegensatze von Sittengesetz und Rechtsnorm spiegelt sich zum großen Teile der Widerstreit von Moralpflicht und Rechtspflicht.

|313

Als Moralpflicht betrachtet man im allgemeinen die durch das Sittengesetz bewirkte *innere Gebundenheit* des Subjektes. *Kant* definiert die Pflicht als „die objektive Notwendigkeit einer Handlung aus Verbindlichkeit“¹⁾. Er sagt: „Der Pflichtbegriff ist an sich schon der Begriff einer Nötigung (Zwang) der freien Willkür durchs Gesetz“²⁾. Seine bekannteste Definition bezeichnet die Pflicht als Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz. Die Verpflichtung geht nach *Kant* vom Subjekte selbst aus, ebenso wie das Sittengesetz, der kategorische Imperativ, der praktischen Vernunft des Subjektes entspringt. – Nach Definition³⁾ anderer Autoren ist Pflicht „das Verhältnis einer von der Vernunft als schlechthin notwendig anerkannten Handlung zu einem *Willen*, dem dieselbe nicht vermöge der natürlichen Beschaffenheit des handelnden Subjektes notwendig ist“⁴⁾ oder „die Vorstellung des Sittlichnormalen in ihrem Entgegenstreben gegen ein Sittlich-Abweichendes, in objektiver Beziehung aufgefaßt“⁵⁾, „Sittlichkeitsnötigung“⁶⁾, „Vorstellung eines Seinsollenden als Motiv“⁷⁾. Die Pflicht wird bald als

¹⁾ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. 2. Abschnitt. W.W. VII. 20.¹⁹⁴¹

²⁾ Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. S. 2.¹⁹⁴²

³⁾ Vgl. die bezügliche Zusammenstellung in: *Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 2. Aufl. 1904. 2. Bd. S. 90 ff.¹⁹⁴³

⁴⁾ *Krug*, Handbuch der Philosophie. 3. Aufl. 1828 II. S. 279.¹⁹⁴⁴

⁵⁾ *Beneke*, Grundlinien der Sittenlehre. 1837 I. S. 424.¹⁹⁴⁵

⁶⁾ Philosophie als Begriffswissenschaft. 1877–1880 I. S. 319 ff.¹⁹⁴⁶

⁷⁾ *Stange*, Einleitung in die Ethik. 1901 II. S. 25. 34.¹⁹⁴⁷

|313

¹⁹⁴⁰ Vgl. oben S. 80–188.

¹⁹⁴¹ *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785, S. AA IV 439.

¹⁹⁴² *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Zweiter Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Riga 1798, S. AA VI 379.

¹⁹⁴³ *Rudolf Eisler*, Wörterbuch der Philosophischen Begriffe. Historisch-quellenmäßig bearbeitet, Bd. 2: O bis Z. Mit Nachträgen und Literaturregister, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 90–93.

¹⁹⁴⁴ *Wilhelm Traugott Krug*, Handbuch der Philosophie und der philosophischen Literatur, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1828, S. 278 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁹⁴⁵ *Friedrich Eduard Beneke*, Grundlinien der Sittenlehre. Ein Versuch eines natürlichen Systems derselben, Bd. 1: Allgemeine Sittenlehre, Berlin, Posen und Bromberg 1837, S. 424.

¹⁹⁴⁶ *Gustav Biedermann*, Philosophie als Begriffswissenschaft, Bd. 1: Die Wissenschaft des Geistes, Prag 1878, S. 319–323, der Begriff der „Sittlichkeitsnötigung“ findet sich S. 320.

¹⁹⁴⁷ *Carl Stange*, Einleitung in die Ethik, Bd. 2: Grundlinien der Ethik, Leipzig 1901, S. 34.

Bewußtsein eines Sollens betrachtet⁸⁾, bald als *Pflichtgefühl* erkannt. „Das Gefühl verpflichtet zu sein“, sagt *Simmel*⁹⁾, „entsteht zweifellos zu allererst aus dem Zwange, den ein einzelner oder eine Gesamtheit auf das Individuum ausübt.“

| Charakteristisch für den Pflichtbegriff der Moral ist, daß er einen inneren Status des Subjektes beinhaltet; das Verpflichtetsein bedeutet einen real-psychischen Zustand des Menschen; es ist der Zwang, der auf seinen Willen geübt wird, dadurch daß der sittliche Imperativ in seinem Bewußtsein oder seinem Gefühle wirksam wird. Vom Standpunkte einer autonomen Moral stellt sich der Verpflichtungsakt etwa in folgender Weise dar. Faßt man das Sittengesetz in einem objektiven Sinne, indem man zunächst davon absieht, daß die Norm nur die Objektivierung eines subjektiven Triebes zu sittlichem Verhalten bedeutet, dann bedarf es vor allem eines Bewußtwerdens der Norm. Nur das erkannte Gesetz kann moralisch verpflichten, wenn die Moralpflicht eine innere Gebundenheit des Willens bedeuten soll. Doch dieses Bewußtsein einer Norm genügt noch nicht, um jenen Zwang auf den Willen auszuüben, der die als Pflicht charakterisierte Gebundenheit bedeutet. Das Sittengesetz tritt als nackter Imperativ in das Bewußtsein des Menschen; die Vorstellung eines gebotenen Verhaltens ist für sich allein nicht geeignet, motivierend auf den Willen zu wirken, eine „Sittlichkeitsnötigung“¹⁹⁵⁰ herbeizuführen. Darum muß eine derartige Analyse des Verpflichtungsaktes, die von der *objektivierten* Norm ausgeht, neben der *Erkenntnis* des Sittengesetzes noch einen zweiten psychischen Akt in dem zu verpflichtenden Individuum aufzeigen¹⁹⁵¹, durch welchen dieses die erkannte Norm zu seiner eigenen macht, sich der Norm unterwirft. Das ist die *Anerkennung* der Norm. Tatsächlich ist dieser Akt bei allen Moralphilosophen, wenn auch unter den verschiedensten Bezeichnungen, entweder direkt als „Anerkennung“ oder als Billigung, Achtung, Unterwerfung u.ä. zu finden. Dabei muß nochmals betont werden, daß diese Trennung von Erkennen und Anerkennen der Norm nur für eine Betrachtung nötig ist, die von der Norm in einem objektiven Sinne ausgeht, also die Norm erst nach dem Objektivierungsprozesse erfaßt, durch den der subjektiv sittliche Trieb des Individuums nach außen projiziert wird, um als Sittengesetz wieder zurückzukehren. Wendet sich das Sittengesetz als Ausdruck eines fremden Willens – der außerhalb des Individuums gedachten Autorität – das ist des objektivierten Ich – an das Subjekt, dann bedarf es noch der vermittelnden „Anerkennung“, um die Übereinstimmung beider Willen zu erzielen.

⁸⁾ *Lipps*, Ethische Grundfragen. 1899 S. 129. ¹⁹⁴⁸

⁹⁾ Einleitung in die Moralwissenschaften. 1892 I. S. 173. ¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁸ *Theodor Lipps*, Die ethischen Grundfragen. Zehn Vorträge, Hamburg und Leipzig 1899, S. 129.

¹⁹⁴⁹ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 173.

¹⁹⁵⁰ Vgl. oben S.437 in und bei Anm. 1946.

¹⁹⁵¹ «zweiten ... aufzeigen»] A₁ «zweiten Akt aufzeigen»; A₂ «zweiten psychischen Akt des zu verpflichtenden Individuums aufzeigen».

In diesem Akte der Anerkennung ist das wesentliche Moment der sittlichen Verpflichtung zu erblicken. *Kirchmann*¹⁾ 1953, der unter den älteren Autoren sich am eingehendsten mit dem Problem der Verpflichtung befaßt, bezeichnet diesen Vorgang als „Achtung“ und versteht darunter geradezu, „was man im Leben ‚sittliches Gefühl‘, zum Teil auch Gewissen nennt“⁽¹⁾. In diesem realpsychischen Zustand, der das subjektive, für das Sittliche charakteristische „Sollen“ bedeutet und zugleich ein „Sein“ ist, zeigt sich die für das Moralgebiet bereits früher erkannte²⁾ materielle Identität von Sein und Sollen. Das „Achtungsgefühl“ ist nach *Kirchmann* ein im Innern des Menschen selbst zu beobachtender, selbständiger Beweggrund des Handelns. „Damit ist das erste *seiende* Fundament für das Sittliche gewonnen. Es ist das besondere Gefühl, das neben den Lustgefühlen in der Seele besteht und was den Willen wie diese bestimmt. Näher betrachtet, zeigt sich, daß es sich der Vorstellung eines Gebotes anfügt. Die bloße Vorstellung eines Gebotes genügt nicht, den Willen zu bestimmen; so bestimmt das Gebot eines Kindes den Willen eines Erwachsenen nicht. Erst indem jenes besondere Gefühl sich mit dem Gebote verbindet, erhält dieses seine Wirksamkeit auf den Willen“⁽³⁾. *Kirchmann* erklärt somit die Pflicht – das subjektive Soll – für einen realpsychischen Zustand und analysiert diesen Zustand als eine Verbindung des Achtungsgefühls mit einer Gebotsvorstellung. Und soweit seine Ausführungen das Gebiet der Moral betreffen, ist ihnen beizupflichten. Bei der Frage, warum sich dieses Achtungsgefühl nur mit gewissen Gebotsvorstellungen verbinde, während andere eine verpflichtende Wirkung nicht haben, widerspricht *Kirchmann* zunächst der Ansicht der idealistischen Systeme, insbesondere *Kants*, welche den Grund in die Vernunft legen.

314 |¹⁾ Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral. 1869. 1952

315 |¹⁾ a. a. O. S. 48. 1954

²⁾ Vgl. oben S. 19 ff. 1955

³⁾ a. a. O. S. 48. 1956

¹⁹⁵² *Julius Hermann von Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke, Leipzig 1869.

¹⁹⁵³ *Julius Hermann von Kirchmann* (1802–1884), Jurist und Politiker. Ab 1833 in verschiedenen richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Verwendungen tätig, war er ab 1847 Vizepräsident des Oberlandesgerichts in Ratibor; wegen seiner politischen Betätigung wurde er 1867 seiner Ämter enthoben. Er vertrat 1861–1870 und 1873–1876 die Fortschrittspartei im preußischen Abgeordnetenhaus und war 1867–1876 Mitglied des Reichstages. Er war 1869–1870 maßgeblich an der Schaffung eines gemeinsamen Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund beteiligt; gleichzeitig war er seit 1878 Präsident der Berliner philosophischen Gesellschaft. Berühmt und berichtigt ist seine Kritik an einer positivrechtlich ausgerichteten Jurisprudenz („Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“). Wichtige Werke: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848 (3. Aufl., Berlin 1848); Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke, Leipzig 1869 (2. Aufl., Berlin 1873).

¹⁹⁵⁴ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 48.

¹⁹⁵⁵ Vgl. oben S. 99–103.

¹⁹⁵⁶ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 49.

Auch *Kant* hätte schließlich die Achtung als Vermittlerin heranziehen müssen, um eine Einwirkung der Vernunft auf den Willen zu erklären. „Wenn die Vernunft allein dieses Soll und seine Macht auf den Willen erzeugen könnte, so würden die Lehren der Klugheit sich ebenfalls in dieses Soll umwandeln und das Böse wäre unmöglich.“¹⁹⁵⁷

Kirchmann, der das Sittengesetz in einem objektiven Sinne begreift, muß auch mit besonderem Nachdrucke hervorheben, daß nur das *wahrgenommene* Gebot verpflichtende Wirkung hat. Ein Sittengesetz, das nicht als solches erkannt ist, kann unmöglich verpflichtende Kraft haben. Betrachtet man die Norm in ihrer Objektivierung und nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt des moralischen Triebes, der sittlichen Willensrichtung, dann ist diese Auffassung unvermeidlich. Die objektivierte Norm ist Wille einer außerhalb des Ichs stehenden Autorität und das Problem des Verpflichtungsaktes: Wie wird aus der objektiven Norm die subjektive Pflicht, der Wille der Auto|rität zum Willen des Ich, löst sich durch jenen bereits im ersten Buche angedeuteten Prozeß,¹⁹⁵⁸ durch den das nach außen projizierte Ich: die Autorität, wieder in das Ich zurückgeleitet – die Willen beider zu *einem* verschmolzen werden. Gerade die Ausführungen *Kirchmanns*, der ja von einem ganz heteronomen Gesetzesbegriff ausgeht, weil er das Sittengesetz mit dem Rechtsgesetz in Parallele stellt, sind¹⁹⁵⁹ hierfür ein treffendes Beispiel. Im Vorgange der Achtung vollzieht nämlich *Kirchmann* – fast möchte man sagen unbeabsichtigt – diese Verbindung von Ich und Autorität, Pflicht und objektiver Norm. Er sagt¹: „Die Beobachtung lehrt, daß dieses Gefühl der Achtung selbst über das Sittliche¹⁹⁶¹ hinaus reicht. Das Staunen, die Bewunderung, die Ehrfurcht, die Andacht, die Anbetung, die Heiligung, *das Aufgehen* in die Herrlichkeit¹⁹⁶² und Majestät eines erhabenen Wesens sind einzelne Besonderungen dieses Achtungsgefühles.“ Schon bei Naturvorgängen träten solche Gefühle ein. „Das Staunen, welches die Wahrnehmung solcher Gefühle weckt, ist keine Lust¹⁹⁶³, kein Schmerz, sondern ein *Vergehen des Ichs* in die Hoheit und Erhabenheit der hier waltenden Naturmächte ...“¹⁹⁶⁴

| 316

Dieser Achtungszustand gegenüber dem Erhabenen der bloßen Naturkraft enthalte noch keine unmittelbare Wirksamkeit auf den Willen, weil das Naturerhabene selbst kein Wollen enthalte. „Allein wenn jene unermeßliche Kraft und

¹) a. a. O. S. 50/51.¹⁹⁶⁰

| 316

¹⁹⁵⁷ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 50.

¹⁹⁵⁸ Vgl. oben S. 101–103, 125 f., 132 f.

¹⁹⁵⁹ «*Kirchmanns ... stellt sind*»] A₁ «*Kirchmanns sind*»; A₂ «*Kirchmanns ... stellt sind*».

¹⁹⁶⁰ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 50 f. – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁹⁶¹ «*Sittliche*»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 50: «*sittliche Gebiet*».

¹⁹⁶² «*Herrlichkeit*»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 51: «*sittliche Hoheit*».

¹⁹⁶³ «*Lust*»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 51: «*Furcht*».

¹⁹⁶⁴ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 51 – Hervorhebung teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

Macht, welche das Staunen und *Vergehen* des Ichs bewirkt, sich mit einem lebenden Wesen verbindet, was einen Willen hat und diesen seinen Willen durch Gebote verkündet ... und indem *das Ich in die Hoheit des Gebietenden aufgeht*, wird dessen Wille sein eigener.“¹⁹⁶⁵ Die „Autorität“, als deren Wille das Gesetz erscheint, ist für *Kirchmann*²⁾ „eine Macht und Kraft, im Vergleich mit welcher die Kraft des einzelnen Menschen verschwindet. Jene Macht muß deshalb dem Menschen unermesslich erscheinen; er muß fühlen, daß jeder Widerstand von seiner Seite hier unmöglich ist – ja, der Gedanke daran darf nicht in seine Seele treten ... eine“¹⁹⁶⁷ unermessliche Macht hebt alle Berechnung und Klugheit, alle Wirksamkeit der Beweggründe der Lust in dem Ich auf; die Achtung ist der Zustand des Ich, welcher aus der Anschauung der unermesslichen, erhabenen Kraft entstanden, den eigenen Willen unmittelbar dem erhabenen Willen unterwirft und so dem Gebote desselben die Wirksamkeit auf das Handeln des Ichs gewährt. Jene erhabene Macht wird damit zur Autorität für den Menschen.“ Die Achtung stellt *Kirchmann* also als „reine *Naturwirkung* der übergroßen physischen Macht auf den betreffenden Menschen“¹⁹⁶⁸ dar; und erst durch die | *ursächliche* Verbindung des Wollens der erhabenen Macht mit der Achtung vor dieser Macht im Menschen verwandelt sich für letzteren jenes natürliche Wollen in ein sittliches Sollen für ihn¹⁾: die Pflicht.

Es kann niemandem entgehen, daß im *Kirchmannschen* Begriffe der Autorität bereits antizipiert wird, was deren „Naturwirkung“ erst sein soll: die Unterwerfung des Subjektwillens. Die Vorstellung dieser „übermächtigen“ Autorität ist nur das Bewußtwerden der vollzogenen Wirkung; die Macht der Autorität ist nichts anderes als die „Achtung“ vor ihr. Äußerlich geht *Kirchmann* von zwei getrennten Subjekten aus: dem Ich und der Autorität, und unterscheidet zwischen Norm und Pflicht, indem er die eine als Wirkung der anderen erklärt. Schließlich endet er aber bei der Identität beider. Und damit wird das¹⁹⁷⁰ Verhältnis von Norm und Pflicht[,] von Autoritäts- und Subjektswille aus einem scheinbaren Kausalverhältnis zur Identität. Die Identität von Autorität und Ich betont *Kirchmann* aufs nachdrücklichste. Er zögert nicht, deren völlige Einheit zu proklamieren²⁾: „Indem der

2) a. a. O. S. 52. ¹⁹⁶⁶

| 317 | 1) a. a. O. S. 53. ¹⁹⁶⁹

2) a. a. O. S. 73. ¹⁹⁷¹

¹⁹⁶⁵ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 51 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁹⁶⁶ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 52f.

¹⁹⁶⁷ «eine»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 52: «jene».

¹⁹⁶⁸ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 53.

¹⁹⁶⁹ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 53.

¹⁹⁷⁰ «beider. Und damit wird das»] A₁ «beider. Denn die Identität zwischen Ich und Autorität ist die einzige Möglichkeit zwischen dem Willen beider eine solche Beziehung herzustellen wie sie zwischen Norm und Pflicht auf dem Gebiete der Moral besteht besteht [sic]: löst sich das»; A₂ «beider. Und damit wird das».

¹⁹⁷¹ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 73 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

sittlich Handelnde *sich eins fühlt*¹⁹⁷² mit der gebietenden Autorität, verschwindet das Gefühl des Druckes der eigenen Erniedrigung mit welchem zunächst die Achtung beginnt. Das Gebot der Autorität ist durch seine Vollziehung *kein fremdes* mehr. Der sittlich Handelnde ist auch in seinem Wollen *eins* mit dem Willen jener.“ Diese endgültige Identität von Ich und Autorität muß man berücksichtigen, wenn *Kirchmann* lehrt, daß nicht das Gesetz an sich, sondern nur die wahrgenommene Norm im Zusammenhange mit der normsetzenden Autorität selbst die Verpflichtung hervorruft. „Es ist daher der wahrgenommene Gebieter selbst¹⁹⁷³ der Grund der Wirksamkeit seines Gebotes; nicht das Gesetz, sondern der Gesetzgeber wirkt die Achtung, welche als Beweggrund seine Gebote befolgen macht; nicht das Allgemeine seiner Gebote, sondern die Macht und Hoheit seiner Person ist das Wirksame.“¹⁹⁷⁴ Mit Rücksicht auf die Identität von Autorität und Ich geht die Verpflichtung auch bei *Kirchmann* letzten Endes vom Ich selbst aus und ist im Grunde genommen *Selbstverpflichtung*.

Der Verpflichtungsakt auf dem Gebiete der Moral stellt sich somit als ein Prozeß der Motivation, der Willensbeeinflussung dar. Seine Analyse ergibt, daß „Pflicht“ ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit ist, der dadurch herbeigeführt wird, daß das Ich die erkannte Norm – das Sittengesetz in seiner objektivierten Form betrachtet – anerkennt. Die Pflicht ist Selbstbindung des Willens | an eine Norm und erscheint in dieser Betrachtung als der kausale Erfolg des objektiven Sittengesetzes. Sucht man jedoch die Norm bei ihrem Ausgangspunkte auf, sieht man also vom Objektivierungsprozesse ab, dann ist das Verhältnis von Norm und Pflicht das der Identität. Die gleiche reale Tatsache liegt beiden zugrunde: der sittliche Trieb, die moralische Willensrichtung. Eine Verschiedenheit der Bezeichnung hat nur insofern Bedeutung, als mit dem Terminus „Norm“¹⁹⁷⁵ die Allgemeingültigkeit des als Gebot ins Bewußtsein tretenden Triebes zum Ausdruck kommt, während im Begriffe „Pflicht“ das Soll in seiner Geltung auf¹⁹⁷⁶ das Ich beschränkt bleibt.

Nunmehr kann der Begriff der *Rechtspflicht* näher betrachtet werden. Fragt man zunächst, zu welchen Resultaten die heutige Jurisprudenz in dieser Hinsicht gelangt ist, so kann man aus den spärlichen Erörterungen, die dem fraglichen Probleme bisher gewidmet wurden, etwa die folgenden Grundsätze resümieren: Der Begriff der Pflicht wird als ein dem Moral- und Rechtsgebiete gemeinsamer betrachtet. Man konstruiert den Verpflichtungsakt des Rechtes durchaus nach Analogie des Vorganges, den die¹⁹⁷⁷ psychologische Betrachtungsweise der Ethik

| 318

¹⁹⁷² «sittlich Handelnde *sich eins fühlt*»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 73: «sittlich Handelnde sich selbst achtet und sich *eins* fühlt».

¹⁹⁷³ «Gebieter selbst»] *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 50: «Gebietende».

¹⁹⁷⁴ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 50.

¹⁹⁷⁵ «mit dem Terminus „Norm“»] A₁ «mit „Norm“»; A₂ «mit dem Terminus „Norm“».

¹⁹⁷⁶ «während ... auf»] A₁ «während „Pflicht“ das Soll auf»; A₂ «während ... auf».

¹⁹⁷⁷ «durchaus nach Analogie des Vorganges, den die»] A₁ «in der gleichen Weise wie»; A₂ «durchaus nach Analogie des Vorganges, den die».

beim Zustandekommen der sittlichen Pflicht aufzeigt und läßt demgemäß die Rechtspflicht als einen realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit gelten. So hat *Kirchmann* die oben wiedergegebene Analyse des Verpflichtungsaktes gemeinsam für das Gebiet des Rechtes und der Moral entwickelt und die Natur der Rechtspflicht mit der der Moralpflicht für gleichartig erkannt.¹⁹⁷⁸

Unter den Neueren hat *Jellinek* die Übereinstimmung des Rechtspflichtbegriffes mit dem Begriffe der sittlichen Pflicht betont und seine ganze Konstruktion der staatlichen Rechtspflichten geradezu auf dem Begriffe der moralischen Selbstverpflichtung aufgebaut. Auch *Jellinek* verknüpft – wie die meisten Theoretiker – den Begriff der subjektiven Rechtspflicht mit der Vorstellung einer „Gebundenheit“ des Willens¹⁾; er sagt ausdrücklich: „Der Staatswille kann den *Willen* des einzelnen *binden*¹⁹⁸⁰ ...“²⁾ und denkt dabei an den Verpflichtungsakt. Ja, er identifiziert den Verpflichtungsakt der Moral mit dem des Rechts, indem er nachzuweisen bemüht ist, daß *jede* Verpflichtung, nicht nur die moralische, Selbstverpflichtung ist. „Wenn wir von der Rechtslehre in die Ethik blicken, so begegnet uns die Vorstellung von der Unterwerfung¹⁹⁸² des Willens unter sein eigenes Gebot als der Grund und Eckstein der modernen Ethik. Die moderne Ethik ist aufgebaut auf dem Grundsatz der Autonomie³⁾.“ „Der Akt der Verpflichtung ist ein Akt der *Motivation*, er besteht darin, daß an | einen Willen die Anforderung gestellt wird, ein bestimmtes Motiv als das absolut stärkste anzusehen. Von wem diese Anforderung ausgeht, ob sie einer fremden Intelligenz oder dem Vorstellungsleben des Handelnden selbst entspringt, ist für den Akt der Verpflichtung gleichgültig. Ja, man kann noch weiter gehen und sogar behaupten, daß gewissermaßen jede Verpflichtung Selbstverpflichtung ist, insofern die fremde Vorstellung, welche mich verpflichten soll, erst meine eigene Vorstellung sein muß, ehe sie als Motiv auf den Willen einwirken kann“⁴⁾. Ebenfalls nach streng psychologischer Methode hat *Hold von Ferneck* den¹⁹⁸⁵ Begriff der Rechtspflicht zu erfassen gesucht und ist dabei zu dessen formeller Identität mit der Moralpflicht gelangt. Auch für *Hold* ist die Rechtspflicht ein real-psychischer Zustand und der Akt der Verpflichtung ein

| 319

| 318

¹⁾ Vgl.: Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. S. 6 ff.¹⁹⁷⁹

²⁾ a. a. O. S. 19.¹⁹⁸¹

³⁾ a. a. O. S. 14.¹⁹⁸³

| 319

¹⁾ a. a. O. S. 15.¹⁹⁸⁴

¹⁹⁷⁸ «So hat ... gleichartig erkannt.»] Satz in A₂ eingefügt.

¹⁹⁷⁹ *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880, S. 6–45.

¹⁹⁸⁰ «*Willen* des einzelnen *binden*»] *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 9: «Willen des Einzelnen an die von diesem abgegebene Erklärung binden».

¹⁹⁸¹ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 9 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁹⁸² «der Unterwerfung»] *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 9: «dem Unterwerfen».

¹⁹⁸³ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 14.

¹⁹⁸⁴ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 15 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁹⁸⁵ «*Ferneck* den»] A «*Ferneck*^{Fh}Die Rechtswidrigkeit, Jena 1903^{Fh} den»; F* «*Ferneck* den».

Seelenvorgang im¹⁹⁸⁶ Innern des Menschen. Auf Grund seiner streng deterministischen Voraussetzungen kommt er zu dem Resultate, daß Pflicht der psychische Zwang ist, der hervorgerufen wird durch die motivierende Macht der Rechtsordnung²⁾. Den Verpflichtungsakt denkt sich *Hold von Ferneck* in folgender Weise: „Ergeht die Kundgebung des Befehlenden: Ich will, so antwortet der Widerstrebende: Ich will nicht. Die Antwort erfolgt gemäß der Sachlage der Motive¹⁹⁸⁸. Der Befehlende will nun aber, daß nach seinem Geheiß gehandelt werde. Befiehlt er nun: Du sollst, so entgegnet der Widerstrebende: Ich kann nicht, meine widerstrebenden Motive sind stärker ... Wünscht also der Befehlende, daß der Widerstrebende¹⁹⁸⁹ anders will, als er eben jetzt will, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als daß er die Sachlage der Motive ändert und zwar in der Richtung, daß der gewünschte Willensakt zustande kommt ... Wird nun die Änderung (der Motive im Widerstrebenden) in richtiger Weise vorgenommen, so wird eine doppelte Wirkung erzielt. Fürs erste: Dem Verpflichteten ist es jetzt erst möglich, dem Befehle zu entsprechen¹⁹⁹⁰. Zum zweiten: Dem Verpflichteten ist es nunmehr eine Notwendigkeit, dem Befehle zu gehorchen, d.h. er *kann* jetzt nicht nur seine Pflicht erfüllen, sondern – und das ist der Kernpunkt – er *muß* sie erfüllen ... Indem der Widerstrebende seine Pflicht erfüllt, folgt er lediglich dem Zwange.“¹⁹⁹¹ Dieser¹⁹⁹² Zwang werde durch die Nachteilsdrohung der Rechtsordnung¹⁹⁹³ herbeigeführt. „Pflicht ist also sozialpsychischer Zwang durch Drohung.“¹⁹⁹⁴ Die Übereinstimmung des rechtlichen mit dem moralischen Pflichtbegriffe erklärt *Hold von Ferneck* ausdrücklich: „Der Satz, Pflicht ist Zwang, gilt nicht nur für das Recht ... (sondern auch) für alle von den ethischen Mächten auferlegten Pflichten.“¹⁹⁹⁵ Und in richtiger | Konsequenz seines deterministisch psychologischen Standpunktes sagt er, daß demgemäß alle Gebote dieser Mächte aus der Formel „Du sollst“ in die Formel „Du mußt“, aus der Formel „Du sollst nicht“ in die Formel „Du kannst nicht“ umzuwandeln sind.¹⁹⁹⁶

|320

2) a. a. O. S. 73 ff. ¹⁹⁸⁷

¹⁹⁸⁶ «Zustand ... im»] A₁ «Zustand im»; A₂ «Zustand ... im».

¹⁹⁸⁷ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 73–97.

¹⁹⁸⁸ «der Motive»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 75: «der ihn beherrschenden Motive».

¹⁹⁸⁹ «Widerstrebende»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 75: «Verpflichtete».

¹⁹⁹⁰ «entsprechen»] A «widersprechen»; F* «entsprechen».

¹⁹⁹¹ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 75 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁹⁹² «Zwange.“ Dieser»] A₁ «Zwange.“ Die Übereinstimmung der rechtlichen mit dem sittlichen Pflichtbegriffe erklärt *Hold v. Ferneck* in dem Satze zu ausdrücklich: „[bricht ab]»; A₂ «Zwange.“ Dieser».

¹⁹⁹³ «Nachteilsdrohung der Rechtsordnung»] A₁ «Nachteilsdrohung des Rechtssatzes»; A₂ «Nachteilsdrohung der Rechtsordnung».

¹⁹⁹⁴ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 80.

¹⁹⁹⁵ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 76 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁹⁹⁶ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 76.

Erkennt man die Rechtspflicht ihrer inneren Struktur nach mit der Moralpflicht für gleichartig, dann könnte ein Unterschied zwischen beiden nur in der Autorität liegen, von der die Verpflichtung ausgeht. Allein, auch dieser Unterschied muß dann alle Bedeutung verlieren, wenn man, jede Verpflichtung als Selbstverpflichtung betrachtend, diese Autorität letztlich nur im Ich erblickt. Darum sagt *Jellinek* nicht mit Unrecht, daß es gleichgültig sei, von wem der verpflichtende Befehl ausgehe¹⁾. Damit ist aber konsequenterweise jeder Anspruch verloren, von besonderen Rechtspflichten zu sprechen. Es gibt nur Pflichten schlechthin und zwar solche, die sich der Mensch freiwillig auferlegt; und dieser formelle Pflichtbegriff gehört nur jener Disziplin an, die sich ex professo mit der Pflichtenlehre zu beschäftigen hat: der Ethik. Das Recht hat mit Pflichten nicht anders zu tun als etwa mit Gütern oder Interessen: Es schafft keine Pflichten, wie es keine Güter oder Interessen schafft, sondern es findet solche bereits vor und hat sie lediglich zu schützen. Tatsächlich ist dieser Gedanke – der nur das folgerichtige Resultat jener Anschauung ist, der das Wesen der Rechtspflicht mit dem der Moralpflicht für gleichartig gilt – in der Literatur ausdrücklich ausgesprochen worden. Er ist der ganzen Vorstellungsweise der naturrechtlichen Schule verwandt, die ja auch das subjektive Recht zur Rechtsordnung in ein ähnliches Verhältnis brachte. Den prägnantesten Ausdruck erhält dieser Gedanke in dem Aussprüche *Feuerbachs*: „Naturrecht ist die Wissenschaft der Rechte, Moral ist die Wissenschaft der Pflichten ...“²⁾.¹⁹⁹⁹ Aber auch nach offizieller Überwindung dieser Richtung der Jurisprudenz findet sich die Lehre, daß die Verpflichtung nicht Sache des Rechtes sei, so beispielsweise unter den älteren Theoretikern bei *Heinze*³⁾²⁰⁰¹.

Die Lehre *Heinzes* mag an dieser Stelle nicht nur deshalb näher berücksichtigt werden, weil ihre Behandlung des Pflichtbegriffes typischen Charakter hat, sondern auch deshalb, weil sie bereits vollkommen ausgebildet jene Theorie des

| 320 |¹⁾ Vgl. das Zitat oben S. 319.¹⁹⁹⁷

²⁾ Zitiert nach *Kirchmann*, Grundbegriffe etc.¹⁹⁹⁸

³⁾ Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: „Der Gerichtssaal“ XIII. Jahrg. 1861. S. 397 ff.²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁷ Vgl. oben S. 444 in und bei Anm. 1984.

¹⁹⁹⁸ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 106 – das Zitat lautet dort jedoch: „Moral ist die Wissenschaft der Pflichten; Naturrecht ist die Wissenschaft der Rechte“.

¹⁹⁹⁹ «Den prägnantesten ... Wissenschaft der Pflichten ...“.] in A₂ eingefügt.

²⁰⁰⁰ *Carl Friedrich Rudolph Heinze*, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für volksthümliches Recht und wissenschaftliche Praxis 13 (1861), S. 397–449.

²⁰⁰¹ Carl Friedrich Rudolph Heinze (1825–1896), Strafrechtslehrer und Parlamentarier. Nach staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit u. a. in Dresden 1853–1860, wurde er 1865 o. Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie in Leipzig, 1866–1871 auch Vertreter der Universitäten in der Ersten Sächsischen Kammer. Ab 1873 war er o. Professor in Heidelberg und 1883–1884 Prorektor ebendort. Wichtige Werke: Das Recht der Untersuchungshaft, Leipzig 1865; Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu dem amtlichen Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Leipzig 1870; Hungarica, Freiburg i. Br. 1882.

Rechtssatzes enthält, die in der Gestalt der *Bindingschen*²⁰⁰² Normenlehre²⁰⁰³ für die neueste Jurisprudenz von Bedeutung geworden ist.

[Der spezifische *Schuld*begriff, von dem *Heinze* ausgeht und demzufolge „jede wirkliche kriminelle Schuld und folgeweise Strafe durch die Vorstellung der *Pflichtverletzung* bedingt“⁽¹⁾ ist, veranlaßt *Heinze*, den Begriff der Pflicht näher zu untersuchen. „Pflicht“ ist ihm das subjektive Resultat einer „Norm“, die streng zu scheiden ist vom staatlichen Strafgesetz – und nur auf das Strafrechtsgebiet beschränkt *Heinze* seine Untersuchungen – einer Norm, die unabhängig vom Gesetze existiert und sich aus dem sozialen Zusammenleben der Menschen sowie aus der Natur der Dinge von selbst ergibt, die endlich jedem Menschen evident ist, der in dem Kulturkreise lebt, für den die Norm gilt. Diese Norm und nicht das Gesetz statuiert die Pflicht und nur diese Norm, nicht das Gesetz wird vom Verbrecher verletzt. Das Gesetz des Staates ist lediglich der Schutz gegen die Übertretung gewisser wichtiger Normen. Die Pflicht, insbesondere auch die *Rechtspflicht* ist das jedem Vernünftigen angeborene oder anerzogene Bewußtsein oder Gefühl der Norm. Wo solches Pflichtgefühl oder Pflichtbewußtsein tatsächlich fehlt, besteht keine Pflicht; daher ist auch keine Pflichtverletzung möglich und, da mangels Pflichtverletzung keine Schuld vorliegt, somit auch jede Strafbarkeit ausgeschlossen.

Das Wesentliche dieser – im Grunde naturrechtlichen – Anschauung ist die Identität des moralischen und rechtlichen Pflichtbegriffes, der als psychischer Zustand des Bewußtseins oder Gefühles zu definieren ist. Was aber²⁰⁰⁵ der *Heinzeschen* Lehre ihr besonderes Gepräge gibt, das ist die Anerkennung gewisser aus der Natur der Dinge und dem menschlichen Zusammenleben hervorgehender, den vernünftigen Menschen unmittelbar evidenten „Normen“ und die sekundäre Stellung des Staatsgesetzes²⁰⁰⁶ der natürlichen Ordnung gegenüber. Diesen Charakter der Rechtssätze betont *Heinze* überaus nachdrücklich. Er sagt⁽²⁾: „Das materielle Strafrecht selbst ist sekundärer Natur“,²⁰⁰⁸ „... es sind die rechtlichen und sittlichen Grundlagen unseres *Kulturlebens* im ganzen, die wir von den Satzungen des Strafrechtes umschantzt sehen“²⁰⁰⁹. Und „auch im einzelnen charakterisiert sich

⁽¹⁾ a. a. O. S. 448.²⁰⁰⁴

⁽²⁾ a. a. O. S. 426 ff.²⁰⁰⁷

²⁰⁰² «bereits ... *Bindingschen*»] A₁ «bereits jene Theorie des Rechtssatzes enthält, die in der Gestalt der *Bindingschen*»; A₂ «bereits vollkommen ausgebildet jene Theorie des Rechtssatzes enthält, die in der Gestalt der sogenannten *Bindingschen*».

²⁰⁰³ Dazu vgl. oben S. 399–420.

²⁰⁰⁴ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 448 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁰⁰⁵ «Pflichtbegriffes ... Was aber»] A₁ «Pflichtbegriffes dessen Auffassung als psychischer Zustand des Verpflichteten [bricht ab]»; A₂ «Pflichtbegriffes dessen Auffassung als psychischer Zustand des Bewußtseins oder Gefühles Was aber»; F* «Pflichtbegriffes ... Was aber».

²⁰⁰⁶ «Staatsgesetzes»] A₁ «Gesetzes»; A₂ «Staatsgesetzes».

²⁰⁰⁷ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 426–435.

²⁰⁰⁸ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 426.

²⁰⁰⁹ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 426 – Hervorhebung von Kelsen.

jede konkrete Strafsatzung als eine der Nichtbeachtung eines anderen und zwar früheren Gebotes geltende Drohung“²⁰¹⁰. „Auch wenn neue Rechtssätze unter Androhung von Strafen gegen den Zuwiderhandelnden geschaffen werden, bleibt das Verhältnis dasselbe. Es ist logisch gar nicht anders denkbar, daß das Ge- oder Verbot der Strafdrohung vorausgeht, daß die Verbindlichkeit der Untertanen zu Handlungen oder Unterlassungen gegeben ist, bevor | für den Fall des Ungehorsams Strafen in Aussicht gestellt werden. Wenn das neue Gesetz lediglich in einer Strafdrohung besteht, so wird in der Regel der Rechtssatz, dessen Geltung es sichern will, bereits vorher bestanden haben“²⁰¹¹. Man sieht hier in nuce die für die *Bindingsche* Normentheorie charakteristische Scheidung von Norm und Strafrechtssatz.²⁰¹² Wenn *Heinze* – übrigens ebenso wie *Binding* – die aus der Natur der Dinge entspringende Norm, die unabhängig vom *Rechtsgesetze* existiert, dennoch einen „*Rechtssatz*“ nennt, so kann dies keinen anderen Sinn haben, als daß es ein vom Rechte geschützter Satz ist, und es ist strenggenommen unzulässig, einen solchen Satz – so wie *Heinze* es tut – schon vor der Erlassung des schützenden Strafrechtssatzes einen Rechtssatz zu nennen, da er sich in diesem Stadium von den übrigen Normen der Moral, der Sitte oder anderer sozialer Mächte nicht unterscheidet.

Die Pflicht, deren Verletzung sich der Täter bewußt sein muß, um schuldig zu werden, charakterisiert *Heinze* des näheren folgendermaßen. „Die negative Seite im Begriffe der Pflicht ist die gänzliche Ungleichartigkeit mit dem persönlichen Bedürfnis und Interesse. Die positive, von unserer Muttersprache sehr sinnig durch die Verwandtschaft mit dem Worte ‚flechten‘ angedeutet¹⁾²⁰¹³, läßt den Verpflichteten, d. i. den einzelnen Menschen als Glied eines größeren Organismus, Familie, Gemeinde, Stamm, Stand, Volk, Staat, Menschheit erscheinen, dessen Sein und Wirken an Bedeutung über die individuelle Sphäre hinausragt, der die *Gesetze seines Lebens, seiner Dauer und Wirksamkeit in sich trägt oder aus sich entwickelt und durch diese Gesetze einen sittlichen Zwang gegen die einzelnen Glieder ausübt*“²⁰¹⁴. Von symptomatischer Bedeutung ist, daß es nach *Heinze* dieselben „Gesetze“ sind, nach denen sich die natürliche Existenz, die körperliche und geistige Entwicklung der sozialen Gemeinschaft naturnotwendig gestaltet – also

| 322 |¹⁾ Gleich hier sei bemerkt, daß die Etymologie des Wortes „Pflicht“ nicht auf „flechten“, sondern zweifellos auf „pflegen“, „Gepflogenheit“ zurückführt. Und selbst wenn die von *Heinze* vermutete Verwandtschaft zwischen flechten und Pflicht bestünde, hätte sie nicht den Sinn, den *Heinze* ihr zu geben versucht, nämlich eines Verflochten-seins mit dem sozialen Verbands, sondern des Verflochten-, Verbunden-seins in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten.

²⁰¹⁰ *Heinze*, Rechtsirrthum (Anm. 2000), S. 426.

²⁰¹¹ *Heinze*, Rechtsirrthum (Anm. 2000), S. 427.

²⁰¹² Vgl. insb. oben S. 400.

²⁰¹³ Anmerkung von Kelsen in *Heinze*-Zitat eingefügt.

²⁰¹⁴ *Heinze*, Rechtsirrthum (Anm. 2000), S. 430 – Hervorhebungen von Kelsen.

Naturgesetze im eigentlichsten Sinne des Wortes – von denen zugleich der *sittliche Zwang* auf die Glieder – also die normative Funktion der Verpflichtung – ausgeht, daß eine Unterscheidung zwischen Naturgesetzen und Normen bei *Heinze* nicht besteht.

Von diesem Standpunkte aus erklärt nun *Heinze* die Pflicht | als „das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu einem derartigen Organismus und der Unterwürfigkeit unter seine Gesetze, vermittelt durch die dunklere oder deutlichere Erkenntnis, daß seine Zwecke denen des individuellen Seins übergeordnet sind.“²⁰¹⁵ Dieser Pflichtbegriff ist zunächst rein formaler Natur.²⁰¹⁶ Das Bewußtsein der Zugehörigkeit zum Verbands sagt noch nicht, was im konkreten Falle zu tun oder zu lassen sei. *Heinze* behauptet, es gäbe tatsächlich ein solches Pflichtbewußtsein ohne bestimmten Inhalt. „Wir sind uns dabei des Gehorsams bewußt, den wir den Gesetzen der über uns stehenden Organismen schulden, ohne jedoch in der Gegenwart eine bestimmte Anforderung und Äußerung dieses Gehorsams vorzustellen“²⁰¹⁷. Mit einem konkreten Inhalte werde das Pflichtbewußtsein erst erfüllt „durch die Gegenstände selbst, die uns entgentreten oder von uns vorgestellt werden“²⁰¹⁸. Der Inhalt der einzelnen Pflicht geht also aus der Natur der Sache hervor. Allerwärts her – so führt *Heinze* aus – höre der Verpflichtete „leise die Stimme der Pflicht flüstern. In der Natur der Dinge selbst, die wir sinnlich empfinden oder denken, scheint uns die Pflicht zu liegen, die wir ihnen schulden ... dieser Ruf ... pflegt doppelt laut und vernehmlich aus denjenigen Gegenständen der Außenwelt zu ertönen, zu denen wir in ein näheres Verhältnis treten, besonders aus denen, deren Integrität wir im Begriffe sind zu verletzen“²⁰¹⁹. Da dies für die sittliche Pflicht ebenso wie für die Rechtspflicht gilt, so muß man mit *Heinze* annehmen – was ja schon die Naturrechtler getan hatten – daß alle Gegenstände, alle natürlichen Verhältnisse schon die *Rechtvorschriften* in sich tragen, die an sie geknüpft werden können. Es ist nur eine Variation dieses Gedankens vom Objektiven ins Subjektive, wenn *Heinze* behauptet, daß jeder Vernünftige von Natur aus nicht nur ein allgemeines Pflichtbewußtsein habe, sondern sich auch gegebenen Falles der konkreten *Pflichten* bewußt ist, ohne dabei das Rechtsgesetz kennen zu müssen. „Inmitten eines *Kulturlebens* kann niemand aufwachsen, ohne die Vorstellung der Pflicht und vieler einzelner Verpflichtungen unzerstörbar in sich aufzunehmen“⁽¹⁾. Es schein, daß wir das Bewußtsein der Schranken, die uns

| 323

^[1] a. a. O. S. 434.²⁰²⁰

| 323

²⁰¹⁵ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 430.

²⁰¹⁶ Vgl. *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 431 f.

²⁰¹⁷ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 433.

²⁰¹⁸ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 433.

²⁰¹⁹ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 434 f.

²⁰²⁰ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 434 – Hervorhebung von Kelsen.

umgeben, ebenso stetig mit uns herumtragen, wie das Maß unserer körperlichen Kräfte und Fähigkeiten in seiner Begrenzung überall²⁰²¹ gegenwärtig ist. Hervorgehoben sei hier, daß *Heinze* über die Tatsache, daß Unkenntnis des staatlichen Rechtssatzes die Pflichtverletzung nicht ausschließt, nicht, wie üblich, durch die Präsump-
 | 324 tion der allgemeinen Gesetzeskenntnis hinwegzukommen versucht; da er nicht | das staatliche Gesetz, sondern nur die Normen anderer sozialer Mächte für pflichtbegründend anerkennt, greift er zur Fiktion einer allgemeinen Kenntnis und Anerkennung dieser durch das Kulturleben sich ergebenden Normen.

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nicht vom staatlichen Gesetze ausgehe, ist unter²⁰²² anderen auch von *Schlossmann*²⁰²³ in seinem bekannten Werke „Der Vertrag“⁽¹⁾ ausgesprochen worden. *Schlossmann* betrachtet den Rechtssatz als Imperativ. „Jede Rechtsnorm enthält einen Imperativ“⁽²⁾. Man sollte meinen, daß damit der Imperativ in einem materiellen Sinne von Befehl verstanden sei. Aber *Schlossmann* wirft die Frage, die zur Quelle der rechtlichen Verpflichtung führen soll, mit den Worten auf: „Wie erkennt nun der Jurist, ob ein ihm irgendwo be-
 gegnender Satz von imperativer Form ein Rechtssatz ist?“⁽³⁾ Die Ansicht, daß Gesetz und Gewohnheit die Rechtspflichten statuieren, sei irrig: „Darin täuscht man sich, daß man Gesetz und Gewohnheit als Quellen des objektiven Rechtes ausgibt, und wenn man behauptet, das, was aus jenen Quellen herkommt, d. h. vom Staate befohlen werde und was als Entscheidungsnorm auch ohne Gesetz mit der Überzeugung, es solle so sein, lange Zeit angewendet worden ist – solle und müsse vom Richter angewendet werden, so läßt sich mit gleichem Rechte das gerade Gegenteil behaupten und beweisen“⁽⁴⁾. Indem nun *Schlossmann* die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes aufwirft, gelangt er zu jener höchsten Kompetenz, von der aus die Verpflichtung auch im Rechte ausgehen müsse. Er sagt: „Wie wir in Betreff der einzelnen Sätze, für welche Rechtskraft behauptet wird, zu

| 324 |¹⁾ Leipzig 1876,²⁰²⁴

²⁾ a. a. O. S. 12.²⁰²⁵

³⁾ a. a. O. S. 173.²⁰²⁶

⁴⁾ a. a. O. S. 175.²⁰²⁷

²⁰²¹ «Fähigkeiten in seiner Begrenzung überall»] A₁ «Fähigkeiten überall»; A₂ «Fähigkeiten in seiner Begrenzung überall».

²⁰²² «die Rechtspflicht ... unter»] A₁ «die Verpflichtung nicht vom staatlichen Gesetze ausgehe, sondern von diesem nur geschützt werde, ist unter»; A₂ «die Rechtspflicht nicht vom staatlichen Gesetze statuiert werde, ist unter»; F* «die Rechtspflicht ... unter».

²⁰²³ Siegmund Alexander Schlossmann (1844–1909), Zivilrechtslehrer; ab 1874 Privatdozent in Breslau, ab 1882 a. o. Professor in Bonn; ab 1884 o. Professor in Kiel, 1896–1897 Rektor ebendort; ab 1904 Geheimer Justizrat. Wichtige Werke: Zur Lehre vom Zwange, Leipzig 1874; Der Vertrag, Leipzig 1876; Bürgerliches Gesetzbuch und akademischer Rechtsunterricht, Kiel 1896; Persona und prosopon im Recht und im christlichen Dogma, Kiel 1906; Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Kritisches und Dogmengeschichtliches, Kiel 1907.

²⁰²⁴ Siegmund Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876.

²⁰²⁵ Schlossmann, Vertrag (Anm. 2024), S. 12.

²⁰²⁶ Schlossmann, Vertrag (Anm. 2024), S. 173 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁰²⁷ Schlossmann, Vertrag (Anm. 2024), S. 175.

prüfen haben, ob der in ihnen enthaltene Imperativ von einer Macht herrührt, die befehlen und verbieten *darf*, so ist auch bezüglich der allgemeinen Sätze: das Gesetz des Staates, die Stimme des Volksgeistes soll befolgt werden – die Frage als berechtigt anzuerkennen, ob diese Imperative denn wirklich auf Befolgung rechtmäßigen Anspruch haben, m. a. W. wir dürfen fragen, ob Gründe für die Geltung von Gesetz und Gewohnheit vorhanden und von welcher Art und Tragweite diese Gründe sind.“²⁰²⁸ Die methodische Unzulässigkeit einer solchen Fragestellung für das Rechtsgebiet wird²⁰²⁹ später bei der Erörterung des Problems vom Geltungsgrunde des Rechtssatzes näher nachgewiesen werden.²⁰³⁰ Hier genügt es, festzustellen, daß diese Fragestellung auf die sittliche Rechtfertigung des positiven Rechtes²⁰³¹ gerichtet ist. Die Frage, ob die Gesetze des Staates einen „rechtmäßigen Anspruch“ auf Befolgung haben, ob sie verpflichten *dürfen*, kann – wie jede Frage nach dem Bestehen eines Sollens oder Dürfens – nur eine Frage nach der Existenz einer *Norm* sein und zwar in diesem Falle nach einer Norm, der die staatliche Gewalt in ihrer normierenden Tätigkeit selbst wieder untersteht. Daß diese Norm nicht das *Rechtsgesetz* sein wird, ist selbstverständlich; andernfalls läge eine *petitio principii* vor, denn ein Rechtsgrund der Rechtsordnung ist undenkbar, da ja die Rechtsordnung selbst der letzte Rechtsgrund ist¹⁾; also kann die Norm, derzufolge der Staat verpflichten darf, nur die der *Moral* sein. Der Sinn der *Schlossmannschen* Fragestellung ist somit lediglich der: Darf der Staat vom Standpunkte der *Moral* aus befehlen und verpflichten, soll man den staatlichen Geboten vom Standpunkte der *Moral* aus gehorchen, ist man sittlich verpflichtet, den Gesetzen entsprechend sich zu verhalten?

| 325

Diese Fragestellung enthält schon an und für sich die Antwort darauf, welches die letzte verpflichtende Autorität sei. Durch sie wird die Entscheidung, von wo die rechtliche Verpflichtung ausgehe, tatsächlich präjudiziert. Denn *Schlossmann* geht von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß die *Moral* dem Rechte übergeordnet sei und daß letztlich nur jene verpflichten könne. Darum ist selbstverständlich, daß er schließlich zu dem Resultate kommt, nicht das Gesetz oder die Gewohnheit hätten verpflichtende Kraft, sondern andere Faktoren. Er argumentiert folgendermaßen: Zu dem Urteile, daß etwas geschehen *soll* – m. a. W. daß eine Pflicht besteht – gelangt man dann, wenn das betreffende Geschehen subjektiv

¹⁾ Dieser Ansicht stimmt *Schlossmann* auch ausdrücklich zu.²⁰³² Vgl. a. a. O. S. 176 Anm. 1.²⁰³³

| 325

²⁰²⁸ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 175 f. – Hervorhebung von Kelsen.

²⁰²⁹ «Fragestellung für das Rechtsgebiet wird»] A₁ «Fragestellung wird»; A₂ «Fragestellung für das Rechtsgebiet wird».

²⁰³⁰ Vgl. unten S. 479–482, insb. 481 f.

²⁰³¹ «des positiven Rechtes»] A₁ «des Rechtes»; A₂ «des positiven Rechtes».

²⁰³² «Dieser Ansicht ... ausdrücklich zu.»] A «Diese Ansicht hat *Schlossmann* auch ausdrücklich zurückgewiesen.»; F* «Dieser Ansicht ... ausdrücklich zu.».

²⁰³³ Vgl. *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 176 Anm. 1.

gebilligt, das bezügliche Unterlassen mißbilligt wird²⁰³⁴. *Schlossmann* unterscheidet ganz im Sinne seiner ursprünglichen Fragestellung nicht zwischen einem sittlichen und einem rechtlichen Sollen. Er bringt damit nur subjektiv zum Ausdruck, was er in der Fragestellung bereits vorausgesetzt hat; d. h. er stellt die subjektive Autorität des moralischen Gefühles über die objektive Autorität des Staates. Da *Schlossmann* das Kriterium der inneren Billigung resp. Mißbilligung auch für das rechtliche „Sollen“ behauptet, spricht er dem Rechte nur insoferne verpflichtende Kraft zu, als es mit der Moral inhaltlich übereinstimmt, d. h. aber, er spricht nur der autonomen Moral verpflichtende Kraft zu. Seine „Pflicht“ charakterisiert sich durch den realpsychischen Zustand der „Befriedigung“ oder „Billigung“²⁰³⁵. Er gibt ausdrücklich zu, daß eine Rechtsnorm²⁰³⁶, die innerlich mißbilligt wird, nicht verpflichte: „... in der Mißbilligung bei gleichzeitiger Befolgung der (staatlichen Rechts-)Norm liegt das Urteil, daß man mit der Befolgung tue, was man nicht tun solle.“²⁰³⁷ Ganz ausdrücklich zieht *Schlossmann* seine Konsequenzen in folgenden Sätzen: „Sobald sich erweisen läßt, daß im Rechte das Unterlassen dessen, was angeblich geschehen soll, unsere Billigung, das Geschehen dessen, was angeblich nicht geschehen soll, unsere Mißbilligung erregt, und – was den nur abgeleiteten Imperativ betrifft – daß auch eine äußere Macht nicht regelmäßig zwingend oder strafend eingreift, so würde dies den Beweis einschließen, daß die angeblichen Imperative in Wahrheit nur unter bestimmten Voraussetzungen oder gar nicht existieren, m. a. W. daß die vorgebliche Rechtsquelle gar keine solche ist, oder daß ein ganz anderes Moment, welches nur häufig mit jener anderen Rechtsquelle koinzidiert, die wahre Quelle des Rechtes ist.“²⁰³⁸ Das Hauptargument *Schlossmanns* dafür, daß die Sätze des positiven Rechtes nicht die Quelle des „Soll“ – die wahre Pflichtquelle – sind (*Schlossmann* spricht zwar nur von „Rechtsquelle“, meint damit jedoch in erster Linie die Quelle der *Verpflichtung*), ist die Tatsache, daß häufig Rechtssätze von den Gerichten *nicht* angewendet werden und zwar mit der Überzeugung, daß der Richter dabei pflichtgemäß gehandelt habe, wenn z. B. mit dem veränderten Rechtsbewußtsein in Widerspruch stehende, aber formell nicht aufgehobene Rechtssätze außer Geltung kommen, kurz²⁰³⁹ darin, „daß man Gesetze, welche allen formellen Erfordernissen genügen, eben ganz oder teilweise ignoriert und zwar mit der Überzeugung, daß es so sein solle und müsse.“²⁰⁴⁰ Daraus schließt nun *Schlossmann* weiter, daß das verpflichtende Moment nicht im

| 326

²⁰³⁴ «das betreffende ... mißbilligt wird»] A₁ «das Geschehen subjektiv gebilligt werde»; A₂ «das betreffende Geschehen subjektiv gebilligt das bez. Unterlassen mißbilligt werde [sic]»; F* «das betreffende ... mißbilligt wird».

²⁰³⁵ Die zwei vorangehenden Zitate *Schlossmann* (Anm. 2024), S. 177.

²⁰³⁶ «Rechtsnorm»] A₁ «Norm»; A₂ «RechtsNorm».

²⁰³⁷ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 177 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

²⁰³⁸ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 177 f.

²⁰³⁹ «stehende ... kurz»] A₁ «stehende Sätze der C.C.C. ignoriert werden, kurz»; A₂ «stehende ... kurz» – zur CCC (Constitutio Criminalis Carolina) vgl. Anm. 2070.

²⁰⁴⁰ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 179.

staatlichen Rechtssätze selbst liegen könne, sondern daß in Wahrheit „dasjenige das wirkliche Recht“ sei, „was auch gegen die *ausgesprochene* (d. i. die im positiven Rechte gesetzte) Überzeugung sich im Laufe der Geschichte immer wieder Bahn bricht“ – und dies sei die „Gerechtigkeit“¹⁾, das „Rechtsgefühl“²⁾. Rein ethische Faktoren sind es somit, von denen die Pflicht, auch die Rechtspflicht ausgeht, ja, von einem selbständigen Begriffe der Rechtspflicht neben dem der sittlichen Pflicht kann im Grunde genommen keine Rede sein.

Schließlich sei noch – um das Bild des derzeitigen Standes der Lehre von der Rechtspflicht zu vervollständigen – auf die in neuester Zeit von *M. E. Mayer*³⁾ 2044 versuchte Konstruktion aufmerksam gemacht. Dieser Autor rechtfertigt die Verbindlichkeit des Gesetzes damit, daß er die Übereinstimmung der Rechtsnormen mit den „Kulturnormen“ behauptet, deren Verbindlichkeit das Individuum kenne und anerkenne⁴⁾. Unter Kulturnormen versteht er „die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und Berufes an das Individuum herantreten.“²⁰⁴⁶ Die nähere Prüfung dieser Theorie ist für die folgenden Untersuchungen vorbehalten.²⁰⁴⁷ Hier kommt sie nur als Voraussetzung für die Behauptung *Mayers* in Betracht, daß die Untertanen nicht durch die Rechtsgesetze verpflichtet werden. Denn diese seien ihnen ja meistens gar nicht bekannt; und da *Mayer* von der üblichen Vorstellung beherrscht wird, daß die Pflicht ein subjektiv psychischer Zustand der Willensgebundenheit sei, ist ihm für die Verpflichtung nicht nur Kenntnis, sondern auch Anerkennung der verpflichtenden Norm erforderlich. Beides träfe für seine „Kulturnormen“ zu. Er zögert daher nicht, zu behaupten, daß die Rechtssätze die Untertanen nicht verpflichten. „Die Pflichten der Untertanen sind Produkte aus den Begebenheiten des Lebens (Handlungen, Ereignisse, Zustände) und den auf dieselben anwendbaren Kulturnormen, sie sind Rechts-

| 327

¹⁾ a. a. O. S. 181.²⁰⁴¹

²⁾ a. a. O. S. 197 ff.²⁰⁴²

³⁾ Rechtsnormen und Kulturnormen, in: *Strafrechtliche Abhandlungen von Bennecke und Beling*. Breslau 1903.²⁰⁴³

⁴⁾ a. a. O. S. 16.²⁰⁴⁵

| 326

²⁰⁴¹ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 181 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

²⁰⁴² Vermutlich meint Kelsen *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 193–207, wo dieser „Das Rechtsgefühl als Rechtsquelle“ behandelt.

²⁰⁴³ *Max Ernst Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903.

²⁰⁴⁴ Max Ernst Mayer (1875–1923), Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1900 in Straßburg habilitiert; erst 1910 a. o. Professor ebendort, 1919 Ordinarius in Frankfurt a. M. Er gilt als einer der Hauptverfechter der Südwestdeutschen Schule des rechtsphilosophischen Neukantianismus. Wichtige Werke: Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903; Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch, Heidelberg 1915 (2. Aufl., Heidelberg 1923); Rechtsphilosophie, Berlin 1922 (3. Aufl., Berlin 1933).

²⁰⁴⁵ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 16.

²⁰⁴⁶ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17.

²⁰⁴⁷ Vgl. unten S. 501–510, 526–529, vgl. auch S. 456f. zu den Kulturnormen Heinzes.

pflichten, weil und sofern sie nach geltendem Rechte auch vom Staate, speziell von den Gerichten²⁰⁴⁸ als Pflichten behandelt werden. *Rechtspflichten sind rechtlich erhebliche Pflichten*⁽¹⁾. Und zur vollsten Deutlichkeit gelangt diese Anschauung in dem folgenden Beispiele *Mayers*. „Wer davon, daß jemand einen Mord vorhat, zu einer Zeit, in der das Verbrechen noch verhütet werden kann, Kenntnis erlangt, ist verpflichtet, der bedrohten Person oder der Behörde rechtzeitig davon Anzeige zu erstatten. Der Bürger hat diese Pflicht, nicht weil irgendwo in den Gesetzen von ihr die Rede ist; weil es schädlich wäre, das Verbrechen nicht zu verhüten, deswegen besteht die Anzeigepflicht und sie ist eine Rechtspflicht, weil der Staat seine Organe angewiesen hat (im § 139 StGB), soferne der Mord begangen oder versucht worden ist, denjenigen zu bestrafen, der der Pflicht nicht nachgekommen ist. Diese Willenserklärung des Staates geht keinen Bürger etwas an ...“²⁰⁵⁰ Also zeigt sich auch hier eine Theorie, derzufolge die für das Recht in Betracht kommende Pflicht nicht vom Staate im Rechtssatze, sondern von anderen sozialen Faktoren ausgeht, deren Inbegriff *Mayer* als „Kultur“ bezeichnet. Dabei muß auf die weitgehende Analogie hingewiesen werden, die dieser Gedankengang zu jenem *Heinzes* aufweist, dessen typischer Charakter bereits früher betont wurde.

Überblickt man das Gesamtbild, das die Lehre von der Rechtspflicht in der heutigen Jurisprudenz bietet, so fällt einem vor allem der ausgesprochen natur-
 | 328 rechtliche Einschlag auf, den diese Partie | der allgemeinen Rechtslehre im Gegensatz zu den übrigen aufweist. Während nämlich die allgemeine Entwicklung der Rechtswissenschaft die deutliche Tendenz aufweist, die Anschauungen des Naturrechtes zu überwinden, ist beim Begriffe der Rechtspflicht ohne Zweifel eine gewisse Rückständigkeit zu bemerken. Denn gerade an dieser Stelle hat man es bisher unterlassen, jene scharfe und prinzipielle Trennung von Recht und Moral vorzunehmen, die für die Überwindung der naturrechtlichen Anschauung charakteristisch ist. Am augenfälligsten muß diese Tatsache bei jenen Theoretikern zu Tage treten, die eine Verpflichtung überhaupt nur von den Normen der Moral oder anderer *sozialer* Faktoren ausgehen lassen, die als Rechtspflicht nicht eine durch die Rechtsordnung geschaffene, sondern lediglich durch das Recht im objektiven Sinne geschützte sittliche oder sonstige soziale Pflicht erkennen. Daß diese ganze Anschauung mit dem innersten Wesen der modernen Erkenntnis des positiven Rechtes im Widerspruch steht, derzufolge Recht und daher vor allem Rechtspflicht nur ist, was nach positiver Satzung als solches statuiert wird, ohne irgendwelche Rücksicht auf Postulate der Moral, der Sitte, der Religion, der Kultur, ist auf den ersten Blick zu erkennen. Das ist ja das Verdienst der neueren Jurisprudenz, daß sie als einen ihrer obersten

| 327 |¹⁾ a. a. O. S. 51.²⁰⁴⁹

²⁰⁴⁸ «Gerichten»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 52: «Gerichten des Staates».

²⁰⁴⁹ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 51 f.

²⁰⁵⁰ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 52.

methodischen Grundsätze²⁰⁵¹ aufgestellt hat, die Rechtsbegriffe nur aus dem positiven Rechte abzuleiten, daß sie es ablehnt, auf ein überrechtliches Prinzip zu greifen, um feststellen zu können, was Recht und Pflicht sei. Diese Methode verlassen aber alle jene Theoretiker, die bei der Konstruktion ihrer Rechtsbegriffe die positive Rechtsordnung nicht als allerletzte Instanz anerkennen, die das subjektive Recht und die subjektive Rechtspflicht nicht letztlich aus dem Rechtssatze der positiven Rechtsordnung, sondern aus den Normen irgendeiner auch über dem Rechte stehenden Ordnung ableiten und somit rechtfertigen zu müssen glauben; damit gehen sie aber weit über das Ziel hinaus, das ihnen als Juristen gesetzt ist und überschreiten die für die Wissenschaft des positiven Rechtes unverrückbare Grenzlinie zwischen Recht und Gerechtigkeit. Ein Verzicht auf diese Unterscheidung muß als schwerer Rückfall in das Naturrecht, muß als unverzeihliche Inkonsequenz betrachtet werden, wenn die methodische Beschränkung auf das positive Recht gerade nur bei einem einzelnen Rechtsbegriffe aufgegeben wird.

Die Anerkennung der selbständigen Rechtspflicht neben²⁰⁵² der sittlichen Pflicht und unabhängig von dieser ist die notwendige Konsequenz der Annahme von selbständigen Rechtsnormen, die in ihrer spezifischen Existenz als unabhängig von den Normen der Moral gelten. Der innere Zusammenhang zwischen Norm und Pflicht im allgemeinen, Rechtsnorm und Rechtspflicht im besonderen, bringt es mit sich, daß es nicht angeht, den Normen der Moral wohl subjektive sittliche Pflichten entsprechen zu lassen, den selbständigen Rechtsnormen dagegen keine selbständigen Rechtspflichten gegenüberzustellen. Wenn man entschlossen ist, das objektive Recht ohne Rücksicht auf die Moral zu betrachten, das Bestehen von Rechtsnormen nur nach dem Stande des konkreten positiven Rechtes zu beurteilen, dann ist es widersinnig, bei der Frage nach der Rechtspflicht – die ja nur eine subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes ist – an die Moral zu appellieren und nur von dieser die Verpflichtung ausgehen zu lassen. Der Begriff der selbständigen Rechtsnorm ist notwendig verbunden mit der Funktion rechtlicher Verpflichtung, da normieren und verpflichten eins sind. Die Leugnung selbständiger, durch das Recht und nicht durch die Moral geschaffener, resp. nur aus dem Rechtssatze, nicht aus einer sittlichen Norm abgeleiteter Rechtspflichten ist gleichbedeutend mit dem Verzicht auf eine selbständige, von der Moral unabhängige Stellung der Rechtsordnung und daher mit dem Aufgeben einer selbständigen Betrachtung des Rechtes, einer von der Ethik unabhängigen Jurisprudenz.

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nur die vom Rechte geschützte Pflicht der Moral, Sitte, Kultur etc. sei, muß notwendig zu der Konsequenz führen, überall dort keine Rechtspflicht anzunehmen, wo zwar durch einen Rechtssatz ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte mit Strafe oder Exekution, kurz mit einem

²⁰⁵¹ «als ... Grundsätze»] A «als ihren obersten methodischen Grundsatz»; F* «als ... Grundsätze».

²⁰⁵² «Anerkennung der selbständigen Rechtspflicht neben»] A₁ «Anerkennung eines selbständigen Rechtspflichtbegriffes neben»; A₂ «Anerkennung der selbständigen Rechtspflicht neben».

Nachteile bedroht ist, das gegenteilige Verhalten dagegen nicht als Inhalt einer sittlichen Pflicht erscheint, d. h. von einer sittlichen Norm geboten, das mit der Unrechtsfolge verknüpfte Verhalten also nicht moralisch verboten ist. Nun kann dies sehr häufig der Fall sein, teils weil ein mit Rechtsnachteilen bedrohtes Verhalten oft sittlich völlig indifferent ist, teils weil sich die Rechtsordnung geradezu in einen Widerspruch zu den Geboten der Sittlichkeit setzen kann. Für eine Theorie des positiven Rechtes ist es schlechterdings unmöglich, in allen diesen Fällen keine Rechtspflichten anzunehmen. Die Verbindlichkeit des Mieters, die Mietsumme mangels vertragsmäßiger Bestimmungen pränumerando zu bezahlen, ist eine Rechtspflicht, ohne daß irgend eine andere als eine *Rechtsnorm* (und zwar diejenige, die eine derartige Nichtbezahlung mit Exekution bedroht) ersinnlich wäre, durch welche eine Pränumerandozahlung der Miete gefordert wird. Ist es etwa die Moral, die solches vorschreibt? Ist gerade diese Regelung des Mietverhältnisses in der Kultur begründet? Und wenn die Religion Kriegsdienste verbietet, ist darum die Wehrpflicht keine Rechtspflicht in jenen Staaten, welche die Entziehung vom Militärdienste mit Strafe bedrohen? Es ist daher nur selbstverständlich, daß alle Theoretiker, welche die rechtliche Verpflichtung von einer anderen Stelle als dem Nachteil drohenden Rechtssatze ableiten, in einen inneren Widerspruch geraten müssen, wenn sie ihre Konstruktion mit dem positiven Rechte in Einklang bringen wollen. Schon bei der Untersuchung der *Bindingschen* Normentheorie, derzufolge die Rechtspflicht nicht durch den Strafrechtssatz des gesetzten Rechtes, sondern durch die unabhängig von diesem existierende, ihm logisch vorangehende „Norm“ statuiert wird, ist zu bemerken gewesen, daß dieses Verhältnis von Norm und Rechtssatz, das grundlegend ist für die in Rede stehende Auffassung der Rechtspflicht, in gewissen Fällen nicht aufrecht erhalten werden konnte.²⁰⁵³ Auch *Heinze*, der Vorgänger *Bindings* in der Normentheorie, muß zugeben, daß es Fälle gibt, in denen der Strafrechtssatz nicht schon eine bestehende, anderswoher statuierte Pflicht vorfindet, um sie zu schützen. *Heinze* ist angesichts des positiven Rechtes genötigt, anzuerkennen, daß schon durch den bloßen Strafrechtssatz Pflichten statuiert werden können. Er sagt, der Staat könne in die Lage kommen, „seinen Angehörigen neue, bis dahin unbekannte Pflichten aufzuerlegen, deren Befolgung²⁰⁵⁴ er durch Strafandrohung desto sicherer zu erzwingen trachtet. Pflichtgebote dieser Art bleiben, bis die neue Institution in Fleisch und Blut der bürgerlichen Gesellschaft übergegangen ist, etwas fremdartiges, sie treten dem Kontravenienten nicht als eine Norm entgegen, die in den Dingen selbst als Stück von deren eigenem Wesen läge, sondern im Gewande einer relativen Willkürlichkeit auf; ist also auch im allgemeinen die Kenntnis der Pflicht vorhanden, so fehlt doch gerade diejenige Eigentümlichkeit des Gebotes, welche dessen Vergegenwärtigung im Augenblicke der Verletzung verlangt. Die Pflicht ergibt sich hier gewissermaßen aus²⁰⁵⁵ der Drohung. Die Straf-

²⁰⁵³ Vgl. oben S. 399–420, insb. 405f., 408–410.

²⁰⁵⁴ «Befolgung»] *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 442: «Beobachtung».

²⁰⁵⁵ «gewissermaßen aus»] *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 443: «gewissermaßen erst aus».

satzung verliert den dem Strafrechte im allgemeinen innewohnenden akzessorischen Charakter und wird materiell zur Hauptsache²⁰⁵⁶. Da solche Pflichten, wie trotz aller Verklausulierung zugegeben wird²⁰⁵⁷, Rechtspflichten sind und zwar noch, bevor sie in Fleisch und Blut der bürgerlichen Gesellschaft übergehen, muß *Heinze* dem Strafrechtssatze als solchem „gewissermaßen“ die Fähigkeit, zu verpflichten, zuerkennen. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum diese Eigenschaft nicht jedem Strafrechtssatze, also auch einem solchen zukommen soll, der in seinem normativen Inhalt²⁰⁵⁸ mit bereits bestehenden Moralnormen, ethischen Pflichten, übereinstimmt, da doch die Struktur eines solchen Rechtssatzes keine andere ist als die desjenigen, dem *Heinze* eine selbständige verpflichtende Funktion ausdrücklich zuspricht. Ist einmal überhaupt die Möglichkeit zugegeben, daß ein Strafrechtssatz ohne Rück|sicht auf Moral- oder sonstige Kultur|normen eine Rechtspflicht statuieren kann, dann muß in den Fällen, in denen solche Normen neben dem entsprechenden Strafrechtssatze bestehen, die Konstruktion konsequenterweise zur Annahme von zwei inhaltlich übereinstimmenden Pflichten: der durch den Rechtssatz statuierten Rechtspflicht und der durch die Moral, Sitte oder einen andern sozialen Faktor statuierte sittliche oder Kulturpflicht, gelangen. Ist der sekundäre Charakter des Strafrechtssatzes für gewisse und zwar zweifellos zahlreiche Fälle, wie bei *Heinze*, aufgegeben, dann ist es widerspruchsvoll, ihn für andere Fälle aufrecht zu erhalten, in denen sich an der spezifischen Struktur des Strafrechtssatzes nichts geändert hat¹⁾.

| 331

¹⁾ Die sekundäre Stellung des Strafrechtssatzes auch für jene Fälle, in denen die Rechtspflicht erst durch ihn aufgestellt wird, sucht *Heinze* an einer anderen Stelle aufrecht zu erhalten. Wegen der großen Ähnlichkeit dieser Argumentation mit der *Bindingschen* sei sie hier wiedergegeben: „Handelt es sich aber in Wirklichkeit um eine ganz neue Norm, so überläßt die Gesetzgebung den Staatsangehörigen, aus der ergangenen Strafandrohung die Regeln, nach denen ihr Verhalten eingerichtet sein soll, zu entnehmen. Erst wenn diese Regeln verletzt werden – also immerhin nur secundo loco – greifen die gedrohten Strafen Platz.“²⁰⁵⁹ Es ist augenfällig, daß *Heinze* hier die sekundäre Natur des Strafrechtssatzes in einem ganz andren Sinne versteht als für gewöhnlich. Während er nämlich sonst die Norm rechtmäßigen Verhaltens dem Strafrechtssatze logisch und zeitlich vorangehen läßt, die sekundäre Stellung des letzteren sich also auf seine Entstehung und seine Geltung bezieht, wird im vorliegenden Falle die *Anwendung* des Strafrechtssatzes als secundo loco stehend charakterisiert, indem erst die aus dem Strafrechtssatze abzuleitende, also logisch ihm nachfolgende Regel rechtmäßigen Verhaltens verletzt werden müsse, damit die Strafe verhängt werden könne, da nur diese Regel, nicht der Strafrechtssatz verletzbar sei. Daß diese Trennung von Strafrechtssatz und Norm²⁰⁶⁰ rechtmäßigen Verhaltens nur eine Unterscheidung von Form und Inhalt (Zweck) der Rechtsnorm ist, wurde schon bei Besprechung der *Bindingschen* Normentheorie dargetan²⁰⁶¹ und auch gezeigt, daß formell weder der Imperativ des rechtmäßigen Verhaltens noch das hypothetische Urteil des Strafrechtssatzes „verletzt“ werden kann, da mit „verletzen“ nur das gegen den ausgesprochenen Zweck gerichtete Verhalten zu verstehen ist, ein solches aber sowohl bezüglich des hypothetischen Urteils als des Imperativs erfolgen kann.

| 331

²⁰⁵⁶ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 442 f.

²⁰⁵⁷ «wie trotz aller Verklausulierung zugegeben wird»] A₁ «wie Heinze trotz aller Verklausulierung zugibt»; A₂ «wie trotz aller Verklausulierung zugegeben wird».

²⁰⁵⁸ «Inhalt»] A₁ «Zwecke»; A₂ «Inhalt».

²⁰⁵⁹ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 427.

²⁰⁶⁰ «Norm»] A₁ «Befehl»; A₂ «Norm».

²⁰⁶¹ Vgl. oben S. 416.

31

Pflichten: Das Recht der Reichsstadt Administration Rechte in
 Offen und die die die Mangel Nutzen der Republik
 besonders für die Administration Mittel der Reichsstadt
 zu verwenden. In der Administration besonders der
 Aufseher der für die Verwaltung - und zwar besonders
 der Verwaltung für die bei der Verwaltung - Verwaltung,
 diese ist der Verwaltung mit der Verwaltung
 zu sein oder für die Verwaltung für die Verwaltung
 der Verwaltung der Verwaltung Verwaltung Verwaltung der
 Verwaltung der Verwaltung Verwaltung Verwaltung der

+ In der Administration Verwaltung der Verwaltung der Verwaltung
 für die Verwaltung der Verwaltung der Verwaltung der Verwaltung
 Verwaltung der Verwaltung der Verwaltung der Verwaltung

Die Anschauung, daß die Rechtspflicht nicht vom Staatsgesetze ausgeht, sondern von der Moral oder anderen sozialen Faktoren statuiert wird, hat zur Voraussetzung, daß die Normen dieser Autoritäten objektiv feststellbar und für alle Rechtssubjekte gültig sind²⁰⁶². Es mag einstweilen dahingestellt bleiben, ob diese Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind, jedenfalls muß schon hier darauf hingewiesen werden, daß die Existenz einer Rechtspflicht, die sich lediglich als eine durch die staatliche Gesetzgebung geschützte Moralpflicht²⁰⁶³ oder Kulturpflicht darstellt, in allen jenen Fällen strittig werden müßte, in denen wohl eine zweifellos objektiv feststellbare gesetzliche Bestimmung vorhanden, die Frage jedoch, ob ein entsprechendes Gebot der Moral, Sitte, Kultur gegeben sei, unentschieden wäre. Daß dieser Fall nicht selten sein dürfte, liegt bei dem subjektiven Charakter der fraglichen verpflichtenden Faktoren auf der Hand und müßte dem Richter, dem die Entscheidung über eine Rechtspflichtverletzung obliegt und der sich letztlich stets an die Moral wenden müßte, mangels²⁰⁶⁴ jedes festen Kriteriums auf diesem Gebiete das Amt höchst unsicher, wenn nicht unmöglich machen. Allein, die Frage, ob im konkreten Falle eine²⁰⁶⁵ Rechtspflicht besteht, muß im Interesse der Rechtssicherheit unter allen Umständen nach unverrückbaren Gesichtspunkten, unabhängig von den subjektiven, der individuellen Welt- und Lebensanschauung der einzelnen unterworfenen Anschauungen über das, was die Moral, Sitte oder Kultur fordert, nach dem Gesetze und nur nach diesem zu entscheiden sein. Und darum wird keinem Richter und keinem anderen Organe, das Recht anzuwenden hat, jemals beifallen, nach der Theorie jener vorzugehen, welche die Existenz einer Rechtspflicht von den Postulaten der Moral, Sitte oder Kultur abhängig machen. Vielmehr wird jedes Organ, das den Willen des Staates zu realisieren hat – und darin besteht die Funktion der Rechtsanwendung²⁰⁶⁶ – nichts anderes prüfen, als ob der Tatbestand gegeben ist, an den im Gesetze der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren geknüpft wird, und es muß in allen diesen Fällen, unbekümmert um alle anderen normierenden Autoritäten, die Verletzung einer Rechtspflicht konstatieren, wenn auch sein eigenes sittliches Gewissen oder Kulturbewußtsein – oder das des zu beurteilenden Subjektes – das zu qualifizierende Verhalten nicht im Widerspruche, ja, vielleicht sogar im Einklange mit den Forderungen jener Faktoren weiß, die nach Anschauung mancher Juristen als die eigentlichen und einzigen Pflichtbegründer zu gelten haben.

| 332

²⁰⁶² «daß die ... gültig sind»] A₁ «daß es objektiv feststellbare für alle Rechtssubjekte gültige Normen dieser Autoritäten gibt [bricht ab]»; A₂ «daß die ... gültig sind».

²⁰⁶³ «Rechtspflicht ... Moralpflicht»] A₁ «Rechtspflicht in allen jenen Fällen strittig die lediglich als durch staatliche[n] Schutz einer Moralpflicht»; A₂ «Rechtspflicht ... Moralpflicht».

²⁰⁶⁴ «obliegt ... mangels»] A₁ «obliegt, mangels»; A₂ «obliegt und der sich letztlich stets an die Moral e c wenden müßte, mangels»; F* «obliegt ... mangels».

²⁰⁶⁵ «ob im konkreten Falle eine»] A₁ «ob eine»; A₂ «ob im konkreten Falle eine».

²⁰⁶⁶ «und darin besteht die Funktion der Rechtsanwendung»] A₁ «und nichts anderes ist die Rechtsanwendung»; A₂ «und darin besteht die Funktion der Rechtsanwendung».

Einige Autoren – *Schlossmann* wurde hier als Beispiel für sie angeführt²⁰⁶⁷ – glauben diese irri- ge Ansicht darum vertreten zu müssen, weil es Fälle gibt, in denen die Beobachtung des Rechtslebens zeigt, daß der formell existente, in den Gesetzen ausgesprochene Wille des Staates, unter bestimmten Voraussetzungen zu strafen oder zu exequieren, trotz Eintritts seiner Bedingungen dennoch nicht realisiert wird, ohne daß darin eine Pflichtverletzung der kompetenten Staatsorgane²⁰⁶⁸ erblickt würde, bloß weil sittliche Mächte wie die Gerechtigkeit u. ä. dies rechtfertigten, kurz, daß das objektive²⁰⁶⁹ Recht durch soziale Kräfte ohne formelle Gesetzesänderung unwirksam wird, ja, daß diese Kräfte sogar im Stande sind, im Wege der Gewohnheit an Stelle des formell niemals weggeräumten ein neues Recht zu setzen. Es ist dies der zur Genüge bekannte und nicht anzuzweifelnde Prozeß der Derogierung des Gesetzesrechtes durch die Gewohnheit, und es ist hiebei gleichgültig, ob die *consuetudo*, die gegen das Gesetz durchdringt, auf den Forderungen einer mit diesem Gesetze in Widerspruch stehenden höheren Gerechtigkeit und Sittlichkeit beruht oder von den praktischen – sittlich indifferenten – Bedürfnissen des täglichen Lebens diktiert wird, denen eine veraltete Gesetzgebung nicht mehr entspricht. Es ist im Grunde der gleiche Vorgang, wenn grausame Bestimmungen der C. C. C.²⁰⁷⁰, ohne formell abgeändert zu werden, dennoch faktisch nicht mehr angewendet und so außer Kraft gesetzt wurden, weil sich das verfeinerte Gerechtigkeitsgefühl, die fortgeschrittene Sittlichkeit gegen sie aufbäumte und zu anderem Verhalten verpflichtete, als jenen, welches das starre Gesetz straflos ließ – oder wenn irgendeine dem modernen Verkehr lästige, sittlich durchaus gleichgültige Vorschrift allmählich nicht mehr gehandhabt wird und so verschwindet, ohne formell aufgehoben zu werden, bloß weil sie zu den modernen, geänderten Verhältnissen nicht paßt. Jene Theoretiker welche die Derogierung des Gesetzes durch die Gewohnheit zum Anlasse nehmen, um die allein verpflichtende Kraft außer- oder überstaatlicher Autoritäten zu akzeptieren, mögen gerade bei Fällen der zweiten Art nicht leicht die Sittlichkeit oder die Kultur oder sonst einen *autoritären* Faktor ausfindig machen, dem die Aufhebung der alten Rechtspflicht²⁰⁷¹ zuzurechnen wäre, und die nicht selten zu derogierenden Gewohnheiten führenden Bedürfnisse²⁰⁷² des praktischen Lebens werden häufig

²⁰⁶⁷ Vgl. oben S. 450–453.

²⁰⁶⁸ «der kompetenten Staatsorgane»] A₁ «der Staatsorgane»; A₂ «der kompetenten Staatsorgane».

²⁰⁶⁹ «objektive»] A₁ «formelle»; A₂ «objektive».

²⁰⁷⁰ Die *Constitutio Criminalis Carolina* (C.C.C.), auch „Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.“ oder kurz „Carolina“ genannt, regelte das Strafrecht und das Strafverfahren reichsgesetzlich. Sie wurde 1532 auf dem Reichstag zu Regensburg unter Kaiser Karl V. (1500–1558) erlassen. Ihr Anwendungsbereich umfasste bis auf wenige Ausnahmen nur peinliche Strafsachen, d. h. solche Strafsachen, die mit Pein verursachenden, körperlichen Strafen oder der Todesstrafe zu ahnden waren. Sie verlor ihre Geltung erst 1871 mit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches vollständig.

²⁰⁷¹ «der alten Rechtspflicht»] A₁ «der Rechtspflicht»; A₂ «der alten Rechtspflicht».

²⁰⁷² «die nicht ... Bedürfnisse»] A₁ «die Bedürfnisse»; A₂ «die nicht ... Bedürfnisse».

nur sehr schwer oder gar nicht als Inhalt einer verpflichtenden *Norm*²⁰⁷³ erkannt werden können.

Im übrigen – und darauf ist das Hauptgewicht zu legen – charakterisiert sich die gegenständliche Argumentierung am besten durch ihren Ausgangspunkt: die Beobachtung des tatsächlichen Rechtslebens, des Seins. Und in diesem methodischen Fehler liegt der Grund ihrer Unhaltbarkeit. Denn so wenig, wie es zulässig ist, die Frage nach dem, was Rechtsnorm ist, *prinzipiell* dadurch zu beantworten, daß man dartut, was tatsächlich regelmäßig geschieht, darf die Frage nach dem, was Rechtspflicht ist, resp. wann eine Rechtspflichtverletzung vorliegt, davon abhängig gemacht werden, daß eine Unrechtsfolge von den Staatsorganen faktisch auf ein bestimmtes Verhalten hin realisiert wird oder nicht. Denn Rechtssatz ist nicht jener, der wirklich d. h. in der Welt des Seins angewendet, und²⁰⁷⁴ Rechtspflicht nicht, was tatsächlich befolgt wird, sondern beides stets nur, was angewendet, resp. befolgt werden *soll*. Die Nichtanwendung eines formell bestehenden Rechtssatzes ist formell rechtswidrig, ebenso wie das Verhalten, das von einem Rechtssatze mit Unrechtsfolge bedroht wird, formell pflichtwidrig ist, auch²⁰⁷⁵ wenn die Nichtanwendung | des Rechtssatzes mit der sittlichen Überzeugung harmoniert und das rechtswidrige Verhalten faktisch nicht geahndet wird.

| 334

Wie ein Rechtssatz, der dauernd nicht angewendet wird, aufhört Norm zu sein, wie eine langjährige Pflichtverletzung allmählig anfängt ihren Charakter zu verlieren, wie ein Sollen durch ein Sein zerstört oder aus einem Sein ein Sollen wird, das ist eine – wie hier schon so oft betont wurde – für die juristische Konstruktion nicht erfaßbare Tatsache, ist juristisch ein Mysterium. Darum ist es aber auch verfehlt, gerade diese Tatsache zum Ausgangspunkte irgendwelcher juristischer Konstruktion zu machen. Das Faktum der Entstehung und Zerstörung des Rechtes fällt außerhalb der Ebene der juristischen Erkenntnis, ist eine ihrer Voraussetzungen.

Die Derogierung von Gesetzesrecht und die Entstehung neuen Rechtes durch Gewohnheit ist gegenüber der Regelmäßigkeit, mit der das Gesetzesrecht tatsächlich angewendet wird, und der Seltenheit des Falles neuen Gewohnheitsrechtes als Ausnahme zu betrachten. Wer darauf hinweist, daß es Fälle gebe, in denen die Forderungen der Gerechtigkeit gegen das Gesetz oder ohne Gesetz durchdringen, dem muß entgegengehalten werden, daß es weit mehr Fälle gibt, in denen das Gesetz gegen die Gerechtigkeit, gegen alle sittlichen Mächte und noch zahlreichere, in denen es ohne jede Gerechtigkeit – weil im Verhältnis zu den sittlichen Mächten indifferent – gilt und angewendet wird. Gerade²⁰⁷⁶ jenen Theoretikern, die eine

²⁰⁷³ «einer verpflichtenden *Norm*»] A₁ «einer *Norm*»; A₂ «einer verpflichtenden *Norm*».

²⁰⁷⁴ «Denn Rechtssatz ... angewendet, und»] A₁ «Denn Recht ist nicht dasjenige was wirklich d. h. in der Welt des Seins – befolgt oder angewendet wird, sondern keine aus dem Sein abstrahierte Regel, sondern [bricht ab]»; A₂ «Denn Rechtssatz ... angewendet, und».

²⁰⁷⁵ «bedroht wird, formell pflichtwidrig ist, auch»] A₁ «bedroht ist, auch»; A₂ «bedroht ist, formell pflichtwidrig ist, auch».

²⁰⁷⁶ «wird. Gerade»] A₁ «wird. Man hat die Wahl, entweder das Recht nur als das Seiende zu betrachten, als das was tatsächlich geübt wird, denn [bricht ab]»; A₂ «wird. Gerade».

Beobachtung des tatsächlichen Geschehens ihren Rechtsbegriffen zu Grunde legen und die also – da Ausnahmslosigkeit solchen Regeln des Geschehens, die als Rechtsregeln gelten können, nicht zukommen kann – nur die *Regelmäßigkeit*, die Mehrzahl der Fälle und nicht die Ausnahmen zu berücksichtigen haben, müßte die Tatsache der Zerstörung oder Entstehung des formellen Rechtes im Wege der Gewohnheit – als Ausnahme von der Regel – für die juristische Konstruktion irrelevant bleiben.

Es ist überaus bezeichnend, daß die Anschauung, derzufolge die Rechtspflicht nicht von der Rechtsordnung statuiert, sondern von anderen Faktoren geschaffen, durch das Recht nur geschützt wird, Rechtspflichten also – nach dem oben¹⁾ zitierten Worte *M. E. Mayers*²⁰⁷⁸ – nur rechtlich erhebliche Pflichten sind, eine Anschauung, die im innigsten Zusammenhange steht mit der Theorie von der sekundären Natur des Nachteil drohenden Rechtssatzes im Verhältnis zu den das rechtmäßige Verhalten fordernden Normen, sei es der Moral, sei es anderer sozialer Faktoren, – daß dieser ganze Vor|stellungskomplex mit allen seinen Konsequenzen sich vornehmlich bei Theoretikern des Strafrechtes findet. Die hier als Hauptvertreter der charakterisierten Theorie Angeführten: *Heinze*, *Binding* und *Mayer* sind von Haus aus Kriminalisten; und dies macht manches erklärlich. Auf dem Gebiete des Strafrechtes mag es tatsächlich den Schein einer Berechtigung haben, die sekundäre Natur der Rechtspflicht gegenüber der Moralpflicht zu behaupten, die Rechtspflicht als die durch Strafdrohungen geschützte, von der Moralnorm statuierte Pflicht zu betrachten und auf die Konstruktion einer selbständigen Rechtspflicht zu verzichten. Denn das Verhalten, das die Strafrechtssätze mit Nachteil bedrohen, ist regelmäßig – wenn auch nicht ausnahmslos – auch von den Normen einer altruistischen Moral verboten, die jede Verletzung des Nebenmenschen verpönt. Das rein äußerliche Zusammenfallen von Moralnormen und Rechtssätzen mag hier zu einer Identifizierung von Moralpflichten und Rechtspflichten geführt haben; die Tatsache, daß sich auf diesem Gebiete des Rechtes nur selten der Fall finden dürfte, daß eine Verletzung des Rechtssatzes nicht²⁰⁷⁹ auch zugleich ein Zuwiderhandeln gegen die sittliche Norm involviert, mag die Rechtspflicht stets als Moralpflicht erscheinen lassen. Der dagegen gewiß nicht seltene Fall einer von keiner rechtlichen Nachteilsdrohung begleiteten Moralpflicht führt dann zu der bekannten Konstruktion, derzufolge die Moralpflicht der weitere Begriff ist, der den der Rechtspflicht in sich begreift, wobei die *differentia specifica* zwischen beiden durch das Hinzutreten der vom Gesetze verhängten Unrechtsfolge bei der Rechtspflicht gebildet wird.

| 334 |¹⁾ S. 327.²⁰⁷⁷

²⁰⁷⁷ Vgl. oben S. 454.

²⁰⁷⁸ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 52.

²⁰⁷⁹ «Verletzung des Rechtssatzes nicht»] A₁ «Verletzung der Rechtsnorm nicht»; A₂ «Verletzung des Rechtssatzes nicht».

Allein, schon das Heranziehen des Zivilrechtes muß einen Theoretiker des positiven Rechtes zwingen, jenen inneren Zusammenhang zwischen Rechts- und Moralpflicht aufzugeben, der auf dem Gebiete des Strafrechtes insoferne zu bestehen scheint, als dort jede Rechtspflicht sich inhaltlich als identisch mit einer Moralpflicht darstellt.

Nun mag ja auch auf dem Gebiete des Zivilrechtes der Fall gegeben sein, daß die Rechtspflicht zu einem bestimmten Verhalten mit einer sittlichen Pflicht gleichen Inhaltes koinzidiert. Und man wird eine solche Übereinstimmung häufig dann konstatieren können, wenn die bezügliche Rechtspflicht durch das Gesetz an die Vereinbarung der Parteien geknüpft ist. Die allgemeine Moral-Norm, daß Verträge einzuhalten sind, wird auch die Erfüllung der vertragsmäßigen, durch die Rechtsordnung statuierten Rechtspflichten fordern und so könnte auch hier die Konstruktion der Rechtspflicht als einer durch die Rechtsordnung geschützten – nicht durch sie statuierten – Pflicht nicht ausgeschlossen scheinen. Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion, die | vollkommene Disparität von Rechts- und Moralpflicht, die Notwendigkeit einer formellen Unterscheidung zwischen beiden muß sich jedoch sofort erweisen, wenn man alle zivilen Rechtspflichten²⁰⁸⁰ in Betracht zieht, die das Gesetz unabhängig von dem Willen der Parteien statuiert. Daß in solchen Fällen vollgültige Rechtspflichten vorliegen, kann nicht bezweifelt werden, ebensowenig steht aber auch in Frage, daß das pflichtmäßige Verhalten von keiner sittlichen Autorität geboten sein muß. Ist aber im Prinzip zuzugeben, daß der Exekution drohende Rechtssatz als solcher, ohne Rücksicht auf irgendeine andere Norm eine Rechtspflicht statuieren kann, dann ist nicht einzusehen, warum die verpflichtende Funktion einem derartigen Satze in jenen Fällen versagt bleiben soll, in denen das mit der Unrechtsfolge verknüpfte Verhalten zufällig auch von einer sittlichen Autorität gefordert wird, warum in diesen Fällen die normierende Funktion der Verpflichtung nur von dieser und nicht von dem Rechtssatze ausgehen darf.

| 336

In der Darstellung des gegenwärtigen Standes der Lehre von der Rechtspflicht wurde an erster Stelle eine Gruppe von Theoretikern erwähnt, die zwar die Rechtspflicht nicht schlechthin als besonders qualifizierte Moralpflicht gelten, die Statuierung der Rechtspflicht nicht von einer außerrechtlichen Autorität, sondern von der Rechtsordnung ausgehen²⁰⁸¹ lassen, die aber insoferne zwischen Rechts- und Moralpflicht nicht unterscheiden, als sie die innere Struktur der Rechtspflicht für die gleiche halten wie die der Moralpflicht, indem sie jene ebenso wie diese als einen Zustand realpsychischer Gebundenheit bezeichnen. Daß diese Auffassung, derzufolge auch die Rechtspflicht als Resultat einer Selbst-

²⁰⁸⁰ «alle zivilen Rechtspflichten»] A₁ «alle jene Rechtspflichten»; A₂ «alle jene zivilen Rechtspflichten».

²⁰⁸¹ «Autorität ... ausgehen»] A₁ «Autorität ausgehen»; A₂ «Autorität ... ausgehen».

verpflichtung erscheint, konsequenterweise zum Verzicht auf einen von der Moralpflicht selbständigen Rechtspflichtbegriff und somit zu dem Standpunkte jener Theoretiker führen²⁰⁸² muß, welche die Rechtspflicht nur als rechtlich geschützte Moralpflicht betrachten, wurde bereits oben angedeutet.²⁰⁸³ Hier ist nunmehr die gemeinsame Basis beider Gruppen zu untersuchen: die Auffassung der Rechtspflicht als realpsychischen Zustandes innerer Willensgebundenheit. Die Rechtspflicht erscheint hier als das Endresultat einer Motivation, die ausgeht von der Rechtsordnung. Der Verpflichtungsakt ist hier ein Prozeß psychischen Zwanges, dessen Vorgang sich die Juristen in gleicher Weise denken wie auf dem Gebiete der Moral. Bei *Kirchmann*¹⁾ und neuestens insbesondere bei *Hold von Ferneck*²⁾ findet sich eine Analyse dieses Verpflichtungsaktes.

| 337 Allein diese Anschauung ist eine unhaltbare, denn in Konsequenz derselben kann überall dort von keiner Rechtspflicht die Rede sein, | wo es an einem solchen Motivationsakte und daher an dem entsprechenden Zustande innerer Willensgebundenheit fehlt, während das unabweisliche Bedürfnis der Rechtswissenschaft auch in solchen Fällen, ja gerade in solchen Fällen die Existenz einer Rechtspflicht fordert und, dem zu Recht bestehenden Sprachgebrauche nach, auch annimmt.

Untersucht man die Rechtsordnung auf ihre motivierende Wirkung hin – die von der hier bekämpften Theorie mit der verpflichtenden Funktion identifiziert wird – so hat man zwischen zwei Gruppen von Subjekten zu unterscheiden: solchen, die ihre Rechtspflichten erfüllen, d. h. so handeln, daß die in der Rechtsordnung auf ein bestimmtes Verhalten gesetzten Unrechtsfolgen auf sie keine Anwendung finden, und solchen, die ihre Rechtspflichten verletzen, d. h. Handlungen oder Unterlassungen setzen, auf welche die Rechtsordnung Unrechtsfolgen in Aussicht stellt.

Was nun die erste Gruppe betrifft, so sei zunächst das rechtmäßige Verhalten dieser Personen in Bezug auf die Unterlassungspflichten geprüft, wie solche z. B. besonders durch das Strafgesetz auferlegt werden. Da muß denn mit Entschiedenheit darauf hingewiesen werden, daß von einem psychischen Zwange, Delikte zu unterlassen, normalerweise, d. h. in der Mehrzahl der Fälle, soweit davon überhaupt die Rede sein kann, keine Spur zu finden ist. Die Pflichterfüllung ist hier nicht so wie bei den Handlungspflichten ein einmaliger Akt, der sich positiv von dem Verhalten des Subjektes abhebt, sondern ein permanenter Zustand, der sich

| 336 |¹⁾ Vgl. oben S. 315 ff.²⁰⁸⁴

²⁾ Vgl. oben S. 319 ff.²⁰⁸⁵

²⁰⁸² «Rechtspflichtbegriff ... führen»] A₁ «Rechtspflichtbegriff führen»; A₂ «Rechtspflichtbegriff ... führen».

²⁰⁸³ Vgl. oben S. 437–454.

²⁰⁸⁴ Vgl. oben S. 440–444.

²⁰⁸⁵ Vgl. oben S. 444 f.

lediglich negativ – durch das Fehlen einer pflichtverletzenden Handlung – charakterisiert. In diesem bei jedem Menschen als regelmäßig anzunehmenden Zustand das Resultat eines dauernden psychischen Zwanges durch die Rechtsordnung zu erblicken, ist unsinnig. Denn die meisten Menschen unterlassen Mord, Diebstahl etc. nicht etwa unter dem Zwange, den die Vorstellung der Unrechtsfolge auf sie ausübt, sondern weil der Trieb zu diesen Delikten in ihnen gar nicht entsteht. Selbst bei verbrecherischen Naturen wird man wohl deliktische Tendenzen nicht als konstant oder der Zeit nach vorherrschend, sondern nur als ausnahmsweise, wenn auch nicht selten auftretend annehmen müssen. Ob nun das Fehlen von deliktischen Trieben, das bei dem einen mehr, bei dem anderen weniger vollständig zu konstatieren sein wird, ein Resultat der Erziehung, des Milieus, der angeborenen altruistischen Disposition u. ä. ist, bleibt hier ohne Bedeutung; es genügt zu konstatieren, daß der in Bezug auf Unterlassungspflichten bestehende Zustand der Pflichterfüllung, der nur mangelnde Pflichtverletzung ist, zum allergrößten Teile nicht auf einem psychischen Zwang der Rechtsordnung beruht, sondern lediglich auf dem Mangel der zum rechtswidrigen Verhalten führenden Triebe. In allen diesen Fällen bestehen aber Rechtspflichten zur Unterlassung und werden erfüllt, wenn auch nicht die geringste Neigung zu ihrer Verletzung gegeben ist. Subjekt der Rechtspflicht, Mord und Diebstahl zu unterlassen, ist auch derjenige, der keine derartige Handlung auch nur im entferntesten erwägt.

| 338

Nur wo der vorhandene Trieb zu einem bestimmten Tun von einem Gegentriebe unterdrückt wird, kann von einem psychischen Akte gesprochen werden, durch den die Unterlassung erzwungen wird; nur in diesem Falle kann ein Kausalzusammenhang von zwingender Ursache und notwendiger Wirkung in Betracht kommen.

Allein, in jenen Fällen, in denen ein derartiger Trieb zu deliktischer Tat faktisch entsteht, muß die Unterdrückung desselben und das damit zusammenhängende pflichtmäßige Verhalten durchaus nicht gerade auf einem Zwange beruhen, der von der Rechtsordnung ausgeht. Bei vielen Menschen werden moralische oder religiöse Motive jenen psychischen Zwang ausüben, der zu einem der Rechtsordnung gemäßen Verhalten führt. Ja, gerade solche Motive werden viel eher geeignet sein, das praktische Verhalten der meisten Menschen zu beeinflussen, da Religion und Moral, die Rücksicht auf die gesellschaftliche Wertschätzung und ähnliche sozialpsychische Momente dem Durchschnittsmenschen viel evidenter sind, als das ihm meist mehr oder weniger unbekannte Recht. Die Furcht vor der in der Rechtsordnung angedrohten Strafe ist sicherlich nur einer der möglichen Gründe rechtmäßigen Verhaltens, dessen tatsächliche Verbreitung vollständig unkontrollierbar ist. Dies als den einzigen Grund – oder überhaupt einen einheitlichen Grund für die Erfüllung der Rechtspflichten anzunehmen, ist schlechterdings unzulässig, wo es aber doch geschieht, eine grobe, nicht scharf genug zu verdamnende Fiktion in des Wortes schlechtesten Bedeutung; denn die bei Charakterisierung dieses Mittels juristischer Begriffsbildung aufgezeigten methodischen

Fehler¹⁾ kommen hier aufs deutlichste zum Ausdruck: In der unter dem Kausalgesetz zu betrachtenden Welt des Seins wird etwas als existent angenommen, was notorisch in diesem Sinne nicht besteht. Ganz abgesehen sei hier von der Tatsache, daß eine Fiktion, die das rechtmäßige Verhalten der Subjekte lediglich auf die Furcht vor den Nachteilen der Rechtsordnung (Strafe und Exekution) zurückführt, die Macht der nackten Rechtsordnung zweifellos überschätzt, wenn sie darauf²⁰⁸⁷ verzichtet, mit einem Faktor | zu rechnen, ohne den überhaupt keine gesellschaftliche Bildung möglich wäre: die angeborene altruistische Disposition des Menschen, sein sozialer Trieb, der ihn den Nebenmenschen fördern und nicht verletzen läßt, der ihn zum ζῶον πολιτικόν²⁰⁸⁸ macht und der mehr als die Rechtsordnung das friedliche Zusammenleben garantiert.

Der hier geschilderten Fiktion aber machen sich alle Theoretiker schuldig, die als Rechtspflicht den Zustand innerer Gebundenheit bezeichnen, der durch psychischen Zwang seitens der Rechtsordnung ausgeübt²⁰⁸⁹ wird.

Was nun die zweite Art von Rechtspflicht betrifft, jene zu einem positiven Tun, als deren Typus etwa die Leistungspflichten des Zivilrechtes gelten mögen, so muß dem Gesetze der Kausalität zufolge – und dieses ist hier bei der Betrachtung eines tatsächlichen Verhaltens von Belang – wie für jedes Tun, so auch für das rechtspflichtgemäße eine Ursache und zwar eine psychische Ursache gesucht werden. Aber auch hier kann sich die Beobachtung des Tatsächlichen nicht der Erkenntnis entziehen, daß es nicht ausschließlich oder nur regelmäßig die Rechtsordnung ist, deren Nachteilsdrohungen jenen psychischen Zwang hervorrufen, der zur Pflichterfüllung führt. Seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen kommt man sehr häufig nach, ohne überhaupt an das Gesetz zu denken, ja, ohne es zu kennen. Wer seine Schulden bezahlt, tut dies nicht immer, wahrscheinlich sogar nur sehr selten aus Furcht vor Exekution, sondern meist aus Furcht vor gesellschaftlicher Mißachtung, dem Bedürfnisse weiteren Kredites, aus Ehrgefühl, Ehrlichkeit. Man erfüllt so viele Verpflichtungen, die nicht rechtlicher Natur sind, die lediglich auf der Sitte, dem gesellschaftlichen Anstande beruhen; die Motive, die hier wirken, haben auch bei der Erfüllung von Rechtspflichten ihre Geltung.

Die Annahme einer motivierenden Kraft der Rechtsordnung setzt die Kenntnis der Rechtssätze voraus. Die allgemeine Rechtskenntnis ist als Fiktion längst erkannt und dieselbe Fiktion steckt in der Anschauung, derzufolge die mit dem Rechtssatze verbundene subjektive Rechtspflicht in dem Zustande innerer Wil-

| 338 |¹⁾ Vgl. oben S. 180 ff.²⁰⁸⁶

²⁰⁸⁶ Vgl. oben S. 291–293.

²⁰⁸⁷ «zurückführt ... darauf»] A₁ «zurückführt, darauf»; A₂ «zurückführt ... darauf».

²⁰⁸⁸ In seiner staatsphilosophischen Schrift „Πολιτικά“ (dt. „Politik“) bezeichnet Aristoteles (384–322 v. Chr.) den Menschen als ζῶον πολιτικόν (zoon politikón; *Aristoteles*, Pol. III, 6; 1278b 19), d. h. als im weitesten Sinne gemeinschaftsbildendes und gemeinschaftsbedürftiges Lebewesen.

²⁰⁸⁹ «Zwang seitens der Rechtsordnung ausgeübt»] A₁ «Zwang ausgeübt»; A₂ «Zwang seitens der Rechtsordnung ausgeübt».

lensgebundenheit zu erblicken ist, den die Vorstellung des Rechtssatzes zwingend hervorruft.

Faßt man die motivierende Funktion der Rechtsordnung im Verhältnis zu dem tatsächlichen rechtmäßigen Verhalten der Menschen ins Auge – es ist dies eine spezifisch soziologische und nicht juristische Betrachtungsweise – dann muß man konstatieren, daß der Präventionszweck der Rechtsordnung, der nur von diesem Standpunkte aus in Betracht kommt, nicht von so wesentlicher Bedeutung sein kann, als manche Juristen behaupten, die in Verkennung des rein sozialen Charakters dieses Zweckmomentes dasselbe sogar zum juristisch primären machen. Angesichts des Umstandes, daß der Zweck der Prävention nicht allein von der Rechtsordnung, ja, sogar in viel umfassenderer und wirksamerer Weise von anderen Faktoren verfolgt und erfüllt wird, muß das Wesen der Rechtsordnung nicht so sehr in dieser nur für die soziologische Betrachtung relevanten Funktion, als in der Reaktion gegen das erfolgte Unrecht erblickt werden.

| 340

Gerade die Tatsache des Unrechtes aber, die erfolgte Pflichtverletzung muß den heute herrschenden Pflichtbegriff ad absurdum führen. Denn in allen Fällen rechtswidrigen Verhaltens kann offenbar von einer motivierenden Kraft der Rechtsordnung, von einem durch sie ausgeübten psychischen Zwange keine Rede sein! Hier ist für die übliche Fiktion von vornherein kein Raum. Aber auch in diesen Fällen, ja gerade in diesen Fällen ist der Jurist genötigt, die Existenz von Rechtspflichten anzunehmen. Und obgleich ein Mensch, der einen Unrechtstatbestand setzt, durch sein Verhalten dokumentiert, daß jener durch die Vorstellung des Rechtssatzes herbeizuführende Zustand innerer Gebundenheit bei ihm fehlt, so kann dennoch nicht zweifelhaft sein, daß die Person rechtlich verpflichtet war, das rechtswidrige Verhalten zu unterlassen. Weil eine Rechtspflichtverletzung vorliegt, kann die Existenz einer Rechtspflicht nicht in Frage sein und wird auch vom Richter nicht in Frage gestellt. Wie der Begriff einer objektiven Rechtsnorm²⁰⁹⁰, deren Wesen in ihrer motivierenden Kraft erblickt wird, den Juristen gerade in dem für ihn wesentlichsten Fall des Unrechtes im Stiche läßt, so muß ein Begriff der subjektiven Rechtspflicht²⁰⁹¹, die als realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit betrachtet wird, gerade dann versagen, wenn er seinen formal-juristischen Zweck erfüllen soll: bei der Pflichtverletzung!

Die nicht abzuweisende Konsequenz der Lehre, daß der Akt der Rechtsverpflichtung²⁰⁹² Motivation (*Jellinek*)²⁰⁹³, daß die Rechtspflicht²⁰⁹⁴ „sozialpsychischer Zwang durch Drohung“ sei (*Hold von Ferneck*)²⁰⁹⁵, ist somit darin gelegen,

²⁰⁹⁰ «einer objektiven Rechtsnorm»] A₁ «einer Rechtsnorm»; A₂ «einer objektiven Rechtsnorm».

²⁰⁹¹ «der subjektiven Rechtspflicht»] A₁ «der Rechtspflicht»; A₂ «der subjektiven Rechtspflicht».

²⁰⁹² «Rechtsverpflichtung»] A₁ «Verpflichtung»; A₂ «Rechtsverpflichtung».

²⁰⁹³ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 15 – dazu ergänzend oben S. 444 in und bei Anm. 1984.

²⁰⁹⁴ «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «Rechtspflicht».

²⁰⁹⁵ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 80 – dazu ergänzend oben S. 445 in und bei Anm. 1994.

daß in allen Fällen, in denen ein solcher Zwang durch die Rechtsordnung nicht vorliegt, weil entweder mangels eines Motivs zum rechtswidrigen Verhalten überhaupt zum Zwang kein Anlaß gegeben ist oder²⁰⁹⁶ der Zwang von einer anderen Seite als der Rechtsordnung ausgeht, vor allem aber in den Fällen des erfolgten Unrechts, wo die motivierende Kraft der Rechtsordnung versagt, keine Rechtspflicht angenommen werden dürfte. Die Existenz einer Rechtspflicht müßte sich also auf den überaus seltenen Fall des rechtmäßigen Verhaltens aus Furcht vor dem in der Rechtsordnung angedrohten Nachteile beschränken.

|341 |Diese Konsequenz ist den Vertretern der hier bekämpften Lehre nicht²⁰⁹⁷ verborgen geblieben. Und es wurde auch versucht, ihre Bedeutung abzuschwächen. Insbesondere kommen hier die Darlegungen *Hold's von Ferneck* in Betracht, der überhaupt als einer der konsequentesten Vertreter der psychologisch-deterministischen Methode innerhalb der Jurisprudenz von Bedeutung ist.

Der Grundfehler dieser Methode wurde wiederholt schon hervorgehoben:²⁰⁹⁸ Sie bedeutet eine Betrachtung des Seins, ihr Ziel ist letztlich eine Erklärung tatsächlichen Geschehens, sie macht die Rechtswissenschaft zu einer explikativen Disziplin, während diese ihrer Natur nach eine normative ist, nicht das Sein, sondern das Sollen zum Gegenstande hat und niemals auf Erklärung des tatsächlichen Geschehens gerichtet sein darf. Die ganze Theorie des psychologischen Zwanges, die seit *Feuerbach* in den verschiedensten Gestalten auftritt, ist eine rein soziologische. Sie beantwortet Fragen, die niemals der Jurisprudenz gestellt werden dürfen, sie erklärt das tatsächliche Verhalten der Menschen, indem sie – in ihrer Anwendung auf den Pflichtbegriff z. B. – die Motive des rechtmäßigen Handelns und Unterlassens, der Pflichterfüllung darlegt. Die Motive des rechtmäßigen Verhaltens sind aber für die juristische Betrachtung irrelevant. Daß²⁰⁹⁹ sie dabei zur monströsesten Fiktion werden muß, ist hier wiederholt gezeigt worden, denn sie behauptet ein Sein und muß für ein Sollen auslangen, das mit dem Sein sehr häufig differiert, ja, im Grunde genommen, von ihm ganz unabhängig ist!

Wie sehr gerade *Hold von Ferneck* die methodisch wichtigste Unterscheidung zwischen Sein und Sollen, explikativer und normativer Disziplin außer acht gelassen, wurde an anderer Stelle durch einige Zitate dargetan.²¹⁰⁰ Seine Konstruktion der Rechtspflicht und insbesondere der Versuch, den Widerspruch zu lösen, daß sein Pflichtbegriff im Falle mangelnden Zwanges, insbesondere im Falle der Pflichtverletzung unanwendbar bleibt, sind nur durch seinen methodischen Synkretismus zu erklären, der ihn die richtige Grenze zwischen einer materiellen Soziologie und der formalen Jurisprudenz verlieren läßt.

²⁰⁹⁶ «Zwang ... oder»] A₁ «Zwang nicht vorliegt, weil entweder überhaupt kein Zwang vorliegt oder»; A₂ «Zwang ... oder».

²⁰⁹⁷ «der hier bekämpften Lehre nicht»] A₁ «der Lehre vom psychologische [bricht ab]»; A₂ «der hier bekämpften Lehre nicht».

²⁰⁹⁸ Vgl. oben S. 81–89, 100f., 104, 114f., 124, 127f., 130–132, 133–136, 141f. 153, 173, 210f., 218–222, 225f., 241f., 255–257, 264–266, 268, 289, 291, 307, 309, 312f., 330f., 338, 385f., 391f.

²⁰⁹⁹ «darlegt ... irrelevant. Daß»] A₁ «darlegt, daß»; A₂ «darlegt ... irrelevant. daß».

²¹⁰⁰ Vgl. oben S. 385f.

Nun behauptet wohl auch *Hold von Ferneck*, daß der Jurist die Rechtserscheinung nach ihrer *formalen* Seite hin zu erfassen habe, daß nur formale Konstruktion Aufgabe der Jurisprudenz sei. Allein er irrt in der Grenzziehung zwischen Form und Inhalt. Dieser Gegensatz ist ja, wie bereits früher bemerkt, kein absoluter, sondern nur ein relativer, und was von dem einen Standpunkte als Inhalt erscheint, mag sich vom anderen als Form darstellen. Inhalt und Form sind zwei Kategorien, unter die alle Gegensätze gebracht werden können, und die Einreihung des einen Elementes unter das Prinzip der Form, des anderen unter das Prinzip des Inhaltes bedeutet im Grunde nichts anderes als die Konstatierung eines vollständigen Gegensatzes zwischen beiden Elementen. Wenn nun hier behauptet wird, daß *Hold von Ferneck* die Grenze zwischen Form und Inhalt in Bezug auf die Rechtserscheinung falsch gezogen habe, so ist damit gemeint, daß er prinzipiell gegensätzliche Elemente – und eine Differenz in der Annahme einer Gegensatzlichkeit kann letzten Endes auf der Verschiedenheit der Weltanschauung beruhen – einer Kategorie zugewiesen hat.

| 342

Dies aber ist der Fall, wenn *Hold von Ferneck* seine gesamte Theorie auf dem Grundsatz aufbaut, daß für die *formale* Konstruktion das Recht als objektive Macht in Betracht kommt: Darunter versteht er einen realen, sozialpsychischen²¹⁰¹ Faktor, nämlich das Recht als motivierende, psychischen Zwang ausübende, in der Regel, wenn auch nicht ausnahmslos rechtmäßiges Verhalten der Subjekte bewirkende Gewalt, also ein dem Sein Angehöriges, kein bloß Sollendes. Den Gegensatz zum Recht als objektiver Macht konstruiert *Hold von Ferneck* im „Recht als subjektive Macht“. Während das erstere nur zu Tage tritt im rechtmäßigen Handeln des Widerstrebenden, der durch die motivierende Kraft der Rechtsordnung *bezwungen* werden muß, erscheint das Recht in der zweiten Bedeutung als „Rechtsgefühl“, „Rechtsbewußtsein“ im freiwillig rechtmäßig Handelnden¹⁾.

Allein, schon diese Unterscheidung zwischen freiwilliger und widerstrebender Pflichterfüllung ist unbrauchbar! „Freiwillig“ handelt jeder, auch der Widerstrebende; oder – nach deterministischer Auffassung – *keiner*, insofern seine Handlung stets auf ein *Motiv* – also notwendig – wenn auch immer auf ein *eigenes* Motiv zurückgeht. Der von *Hold* angenommene Gegensatz zwischen „freiwillig“ und „widerstrebend“ besteht nicht. Der Unterschied liegt höchstens im Mangel eines Gegenmotives beim Nichtwiderstrebenden. Aber dieser Mangel eines Gegenmotives muß durchaus nicht immer gegeben sein, wenn jemand nicht aus Furcht vor den in der Rechtsordnung angedrohten Nachteilen²¹⁰³ rechtmäßig handelt. Die

¹⁾ a. a. O. S. 12 ff.²¹⁰²

| 342

²¹⁰¹ «einen realen, sozialpsychischen»] A₁ «einen realpsychischen»; A₂ «einen realen, sozialpsychischen».

²¹⁰² *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 12–16.

²¹⁰³ «den in der Rechtsordnung angedrohten Nachteilen»] A₁ «den Nachteilen»; A₂ «den in der RO angedrohten Nachteilen».

Rücksicht auf andere Nachteile ist ebenso „zwingend“, und auch die angeborene altruistische Disposition, das „Rechtsgefühl“ kann feindliche Triebe zu überwinden haben! So daß auch dort, wo das Recht als subjektive Macht auftritt, ein „Widerstreben“ und damit das von *Hold* für das Recht als objektive Macht aufgestellte Kriterium gegeben²¹⁰⁴ sein mag.

Erweist sich somit das *Holdsche* „Recht als objektive“ und als „subjektive Macht“ von vornherein nicht als Gegensatz, so ist in diesem |Verhältnisse noch viel weniger die gegensätzliche Relation von Form und Inhalt zu erblicken. Vielmehr liegt hier nur eine Unterscheidung innerhalb des substantiellen Prinzipes selbst vor. An der Totalerscheinung, die in der Form des Rechtes erfaßt werden soll, ist alles Reale, in der Welt des Seins Wirkende, kurz, der psychische Vorgang – gleichgültig, ob als objektive oder subjektive Macht – ein rein inhaltliches²¹⁰⁵ Moment. Das Verhältnis zwischen dem *Holdschen* Recht als objektiver und dem Recht als subjektiver Macht ist – weil beides hier einen *psychischen* Vorgang beinhaltet – nicht der wesentliche, d. h. unter die Kategorien Form und Inhalt fallende Gegensatz an der mit der Form des Rechtes bekleideten Sozialerscheinung. Das Recht als objektive, wie das Recht als subjektive Macht sind ausschließlich Gegenstand der Sozialpsychologie oder Soziologie und wenn *Hold* mit bewußtem Nachdrucke immer wieder den psychischen Charakter des Rechtes betont, das Recht ausschließlich als eine Summe von Seelenvorgängen²¹⁰⁶, als psychische Macht betrachtet,²¹⁰⁷ dann ist schlechterdings nicht zu begreifen, wie die Rechtswissenschaft als eine von der Soziologie und Psychologie verschiedene Disziplin Bestand haben kann und warum nicht die Lösung juristischer Probleme lieber Psychologen vom Fache überlassen werden soll.

Legt man der juristischen Konstruktion die Betrachtung des tatsächlichen Geschehens zu Grunde, nimmt man also den für die Methode der explikativen Soziologie²¹⁰⁸ spezifischen Standpunkt ein, dann muß man zu der für den Juristen völlig unbrauchbaren Auffassung gelangen, derzufolge das Unrecht als eine Ausnahme von der Regel, als eine Anomalie, als etwas Pathologisches erscheint. Daß auch *Hold von Ferneck* diese Anschauung vertritt, ist nur eine Konsequenz seiner methodischen Grundlagen. Und sein Pflichtbegriff wird nur verständlich, wenn man seine Auffassung vom Wesen der Pflichtwidrigkeit berücksichtigt, die er als zu vernachlässigende Ausnahme von der Regel der Pflichterfüllung ansieht. Die absolute Unzulässigkeit eines derartigen Standpunktes für die juristische Methode

²¹⁰⁴ „Widerstreben“ ... gegeben] A₁ „Widerstreben“ gegeben; A₂ „Widerstreben“ ... gegeben».

²¹⁰⁵ «rein inhaltliches»] A «rein substantielles, inhaltliches»; F* «rein inhaltliches».

²¹⁰⁶ «Rechtes ... Seelenvorgängen»] A₁ «Rechtes, das Recht als eine Summe von psychischen Vorgängen»; A₂ «Rechtes ... Seelenvorgängen».

²¹⁰⁷ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), insb. S. 11–16, 73–97.

²¹⁰⁸ «der explikativen Soziologie»] A₁ «der Soziologie»; A₂ «der explikativen Soziologie».

wurde bereits früher¹⁾ eingehend dargetan. Die Konsequenzen dieses methodischen Grundfehlers für die Lehre vom Pflichtbegriffe liegen auf der Hand. Indem *Hold* der Jurisprudenz die Aufgabe gestellt glaubt, das der Welt des Seins angehörige faktische Geschehen, das tatsächliche Rechtsleben *zu erklären*, muß es ihm vor allem darum zu tun sein, einen *Kausalzusammenhang* zwischen der Rechtsordnung und dem Verhalten der Menschen aufzuzeigen. | Dieses Verhalten kann natürlich nur das rechtmäßige sein, denn nur dieses ist es ja, das im Wege der Motivation, des psychischen Zwanges durch die Rechtsordnung in der Vorstellung der Menschen bewirkt wird. Solcher Wirkung gegenüber kann das Unrecht nur als „Ausnahme“ fungieren. Da *Hold* das Wesen des Rechtes in seinem Präventionszwecke erblickt,²¹¹⁰ kann er überhaupt nur ein Verhältnis zwischen der Rechtsordnung und dem *rechtmäßigen* Verhalten der Menschen herstellen, das überdies ein *fingiertes* bleiben muß; denn er stempelt die bloß mögliche kausale Relation²¹¹¹ zwischen Rechtsordnung und rechtmäßigem Verhalten zu einer allgemein-notwendigen und das ohne jede empirische Basis, die bei Behauptung eines *psychologischen*, d. i. naturwissenschaftlichen Zusammenhanges unentbehrlich ist.

| 344

In der nur zur Erklärung des rechtmäßigen Verhaltens fingierten Formel des psychologischen Zwanges durch die Rechtsordnung kann die Rechts- oder Pflichtwidrigkeit keinen Platz haben, sie muß im Grunde zur Rechtsordnung ewig verhältnislos bleiben, mit anderen Worten: als „Ausnahme“ gelten.

Dieser explikativ soziologische, für die Jurisprudenz völlig unzulässige Standpunkt ist es, von dem aus *Hold von Ferneck* den Versuch machen kann, die Tatsache²¹¹² zu rechtfertigen, daß sein Pflichtbegriff in allen Fällen der Pflichtverletzung keine Anwendung findet. Denn er fordert von seinem Pflichtbegriffe von vornherein nur, daß er das *regelmäßige*, im Einklang mit der Rechtsnorm stehende Verhalten erkläre, das als Pflichterfüllung anzusehen ist.

Die Pflichtverletzung glaubt er bei der Konstruktion seines Pflichtbegriffes außer acht lassen zu dürfen, da sie nur eine Ausnahme von der Regel der Pflichterfüllung darstellt. Er verweist auf die „*generelle*“ Natur der Rechtsmacht, die sich nur regelmäßig, nicht ausnahmslos durchzusetzen vermag.²¹¹³

Darin liegt sein methodischer Grundfehler! Ihm ist die Rechtspflicht eine Erscheinung der Massenpsyche; er identifiziert Pflicht mit pflichtmäßigem Verhalten, er untersucht die sozialpsychischen Wirkungen der Rechtsordnung und begnügt sich, regelmäßige Wirkungen derselben auf die Masse der Menschen in einer

¹⁾ Vgl. oben S. 27 ff. u. 51 ff.²¹⁰⁹

| 343

²¹⁰⁹ Vgl. oben S. 109–116, 138–144.

²¹¹⁰ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), insb. S. 84, 89.

²¹¹¹ «er stempelt die bloß mögliche kausale Relation»] A₁ «er macht den [sic] bloß möglichen Relation»; A₂ «er stempelt die bloß mögliche kausale Relation».

²¹¹² «die Tatsache»] A «die ungeheuerliche Tatsache»; F* «die Tatsache».

²¹¹³ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), insb. S. 84, 88, 91, 94 – Hervorhebung von Kelsen.

durch nichts gerechtfertigten Fiktion festzustellen. Allein, ganz abgesehen davon, daß sein Resultat wegen der dabei unterlaufenen Fiktion: Die Rechtsordnung setze sich regelmäßig durch, weil das rechtmäßige Verhalten, die Pflichterfüllung *stets* auf ihre motivierende Kraft zurückzuführen sei, gerade von dem Standpunkte aus unhaltbar ist, den er selbst gewählt hat: dem psychologisch-soziologischen – ist vor allem die ganze Problemstellung für den Juristen irrelevant. Nicht: Warum die Masse der Menschen rechtmäßig handelt – eine Frage, die nur durch eine Fiktion einheitlich beantwortet werden kann – sondern lediglich: Wie sie gemäß der Rechtsordnung handeln sollen, steht für den Juristen in Frage. Die tatsächlichen Seelenvorgänge, welche durch die Rechtsordnung hervorgerufen werden, sind nicht Gegenstand einer normativen Disziplin, und die Aufzeigung ihres kausalen Zusammenhanges, ihre Erklärung ist nicht Sache der Jurisprudenz.

Der Begriff der Rechtspflicht²¹¹⁴, richtiger der Verpflichtungsakt ist nicht *genereller* Natur, d. h. er beinhaltet nicht einen regelmäßigen Kausalzusammenhang. Er ist durchaus *individueller* Natur; und das in mehrfachem Sinne. Denn nicht die Masse ist Subjekt der Rechtspflicht, sondern die Einzelperson. Das Recht kommt für den Juristen nicht in der generellen sozialpsychischen Massenwirkung, nicht in dem regelmäßigen rechtmäßigen Verhalten der meisten, sondern²¹¹⁵ gerade in der Reaktion gegen das Unrecht, in seinem formalen Verhältnisse zum einzelnen Falle der Rechtswidrigkeit in Betracht, wie dies im Rechtssatze im engeren Sinne, dem Willen des Staates, unter gewissen Bedingungen, nämlich im Falle des Unrechtes, über²¹¹⁶ eine bestimmte Person einen „Nachteil“ zu verhängen, zum Ausdruck kommt. Die Frage nach der Rechtspflicht ist für den Juristen gerade dann aktuell, wenn das Unrecht verübt, die Pflicht verletzt ist. Gerade für diesen Fall muß daher der Rechtspflichtbegriff Geltung haben.

Die vollständige Verkennung des normativen Charakters der Jurisprudenz kommt bei *Hold von Ferneck* deutlich in der Tatsache zum Ausdruck, daß er die Rechtspflicht ausdrücklich aus der Kategorie²¹¹⁷ des Sollens ausgeschieden haben will und sie unter die kausale, den explikativen Disziplinen eigentliche Form des „Müssens“ einreihet.²¹¹⁸ Bedenkt man, daß die Rechtspflicht durch die Rechtsnorm statuiert wird, und läßt man diese tatsächlich ein „Müssen“ beinhalten, dann wird sich die Grenze verwischen, die gegenüber dem Naturgesetze zu ziehen ist; denn „Müssen“ ist die Formel für einen kausalen, also notwendigen Zusammenhang, und der Ausdruck hierfür das Naturgesetz. Das „Sollen“ ist das Spezifikum der Norm und diese Unterscheidung das Um und Auf aller juristischen Methode. In ihrer Konsequenz muß eine derartige Anschauung zur Identifizierung von Natur-

²¹¹⁴ «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «Rechtspflicht».

²¹¹⁵ «Massenwirkung ... sondern»] A₁ «Massenwirkung, sondern»; A₂ «Massenwirkung ... sondern».

²¹¹⁶ «Bedingungen ... über»] A₁ «Bedingungen über»; A₂ «Bedingungen ... über».

²¹¹⁷ «die ... Kategorie»] A₁ «die Kategorie»; A₂ «die ... Kategorie».

²¹¹⁸ *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 76, vgl. oben S. 444f.

gesetzen und Rechtsgesetzen führen oder die Rechtspflicht als Resultat von Naturgesetzen erscheinen lassen. Und tatsächlich findet sich dieser Gedanke in der Literatur – so unglaublich es auch klingen mag. Er ist von *Heinze* ausgesprochen, der ja auch in anderer Hinsicht den psychologischen | Pflichtbegriff konsequent durchgeführt hat, und zwar an der bereits früher zitierten Stelle, wo er von den dem sozialen Verbanne innewohnenden *Lebensgesetzen*²¹¹⁹ – also zweifellosen Naturgesetzen – sagt, daß sie es seien, die jenen sittlichen Zwang ausüben, der als Rechtspflicht²¹²⁰ zu gelten habe.²¹²¹ Ein ärgeres Verkennen des Wesens von Norm und Naturgesetz ist wohl kaum denkbar. Die Anschauung, daß durch Naturgesetze Pflichten und gar Rechtspflichten geschaffen werden, bedarf wohl keiner näheren Widerlegung. Im übrigen kann hier auf die Ausführungen des ersten Buches hingewiesen werden.²¹²²

|346

²¹¹⁹ «*Lebensgesetzen*»] A₁ «*Gesetzen*»; A₂ «*LebensGesetzen*».

²¹²⁰ «*Rechtspflicht*»] A₁ «*Pflicht*»; A₂ «*RechtsPflicht*».

²¹²¹ *Heinze*, *Rechtsirrtum* (Anm. 2000), S. 430 – dazu ergänzend oben S. 448 in und bei Anm. 2014.

²¹²² Vgl. oben S. 80–116.

XII. Kapitel.

Die Anerkennungstheorie.

Die heute herrschende Lehre von der Rechtspflicht als einem realpsychischen Zustande innerer Willensgebundenheit, hervorgerufen durch die motivierende Kraft der Rechtsordnung, hat den Begriff der sittlichen Pflicht unverändert auf das Rechtsgebiet übertragen. Dabei wurde jedoch die große Verschiedenheit nicht berücksichtigt, die zwischen den verpflichtenden Normen²¹²³ des Rechtes und denen der Moral besteht. Während nämlich alle Moral ihrer innern Natur nach autonom ist – und nur für eine autonome Moral kann die Pflicht als ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit ausnahmslos aufrecht erhalten werden – ist alles Recht notwendig heteronom. Nur solange man den Grundsatz der Autonomie konsequent festhält und lediglich den eigenen Willen als verpflichtenden Gesetzgeber gelten läßt, kann man auch die Pflicht stets als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit erkennen. Und die Pflicht ist hier nichts anderes als diese Norm selbst, der bewußtgewordene sittliche Trieb, die moralische Willensrichtung.

Schon die Annahme einer heteronomen Moral, einer Summe von Normen, die unabhängig von dem Willen des einzelnen ihn auch gegen seinen Willen verpflichten, macht die Anerkennung einer Pflicht notwendig, die keine innere Willensgebundenheit des Subjektes ist. Inwieweit eine solche heteronome Auffassung der Moral zulässig ist, sei hier unerörtert. Die rein heteronome Natur des Rechtes steht jedenfalls außer Zweifel und kommt gerade darin zum Ausdruck, daß die Rechtssätze auch den verpflichten, der sie nicht befolgen will, ja auch den, der sie gar nicht kennt. Deutlich kommt dieser Unterschied zwischen dem heteronomen Recht und der autonomen Moral im Sprachgebrauche zum Ausdruck, demzufolge als | „unmoralisch“, als „sittenlos“ jener bezeichnet wird, dessen Gewissen keine sittlichen Imperative enthält, der sich außerhalb der Moralordnung gestellt hat, der keine sittlichen Pflichten anerkennt und daher nicht Subjekt solcher Pflichten ist, während der die Rechtsordnung negierende Anarchist niemals als „rechtlos“, das²¹²⁴ heißt frei von Rechtspflichten, außerhalb der Rechtsordnung stehend gilt. Weil das autonome Sittengesetz eine rein subjektive Existenz führt, weil die Moralnorm nichts anderes ist als die Stimme des Gewissens, die bewußte sittliche

²¹²³ «den verpflichtenden Normen»] A₁ «den Normen»; A₂ «den verpflichtenden Normen».

²¹²⁴ «„rechtlos“, das»] A₁ «„rechtlos“ gilt, d. h. daß die Gesetze für ihn die gleiche Geltung haben, wie für alle anderen ihr Soll ist auch auf ihn erstreckt, und der ganz selbstverständlich als Subjekt von Rechtspflichten behandelt wird das»; A₂ «„rechtlos“ das».

Willensrichtung, ist ohne diesen Zustand innerer Willensgebundenheit ein Verpflichtungsakt gar nicht denkbar. Die verpflichtende Rechtsnorm²¹²⁵ dagegen führt im Gesetze eine²¹²⁶ durchaus objektive, vom Innern der zu verpflichtenden Subjekte unabhängige Existenz. Der Verpflichtungsakt ist ein objektiver und nach objektiven Kriterien ist zu beurteilen, ob eine Rechtspflicht vorliegt oder nicht. Nur auf die sklavische Analogie zur Moralpflicht ist zurückzuführen, daß ernstlich auch von der Rechtspflicht behauptet wurde, was *Kant* als wesentliches Merkmal der sittlichen Pflicht aufstellt, daß ihre Erfüllung gegen die Neigung, gegen das natürliche Interesse des Subjektes erfolgen müsse!²¹²⁷ Wie *Kant* der Handlung aus Neigung die Handlung aus Pflicht entgegenstellt, das pflichtgemäße Verhalten also nur als Resultat eines Kampfes, einer Selbstüberwindung gelten läßt, so hat *Heinze* auch als Charakteristikum der *Rechtspflicht* „die gänzliche Ungleichartigkeit mit dem persönlichen Bedürfnis und Interesse“⁽¹⁾²¹²⁹ behauptet. Und nicht anders ist die Lehre *Hold*s zu beurteilen, daß Rechtspflicht nur der Zwang *im Widerstrebenden* sei; ja, *Hold* beruft sich hiebei ausdrücklich auf die *Kantsche* Auffassung von der Pflicht.²¹³⁰ Bedarf es wirklich besonderer Konstatierung, daß es zahlreiche Rechtspflichten gibt, deren Erfüllung durchaus dem Interesse, der Neigung und den Bedürfnissen des Subjektes entspricht? Von vielen nur eine: Die politische Wahlpflicht! Kann nicht jede konkrete Rechtspflicht auch im Interesse des Verpflichteten stehen und soll sie tatsächlich aufhören Rechtspflicht zu sein, wenn sie nicht mehr seiner Neigung widerspricht? In Wahrheit bedeutet solche Anschauung die Negierung einer selbständigen, von der sittlichen Pflicht unabhängigen Rechtspflicht.

Die kritiklose Übertragung des Moralpflichtbegriffes auf das Rechtsgebiet hat auch zu einer allgemein verbreiteten irrigen Ansicht über das Verhältnis zwischen Rechtsnorm und Rechtspflicht geführt; man ist nämlich gewohnt, beide als durch einen Kausalnexus verbunden anzusehen und betrachtet den Rechtssatz als Ursache, | die Rechtspflicht als dessen Wirkung. Nun zeigt sich zwar die autonome Moralnorm als identisch mit der bezüglichen sittlichen Pflicht. Es ist hier nicht möglich, Norm und Pflicht als zwei selbständige Tatsachen voneinander zu unterscheiden. Vielmehr beinhalten beide Bezeichnungen dasselbe, nur daß der Sprachgebrauch mit „Pflicht“ die Beziehung auf das einzelne Subjekt, mit „Norm“ das Postulat der allgemeinen Geltung zum Ausdrucke bringt. Doch sind Norm

| 348

¹⁾ Vgl. oben S. 322.²¹²⁸

| 347

²¹²⁵ «Die verpflichtende Rechtsnorm»] A₁ «Die Rechtsnorm»; A₂ «Die verpflichtende Rechtsnorm».

²¹²⁶ «führt im Gesetze eine»] A₁ «führt eine»; A₂ «führt im Gesetze eine».

²¹²⁷ Vgl. *Kant*, MdS (Anm. 1942), S. AA VI 379 – dazu ergänzend oben S. 437 bei Anm. 1942.

²¹²⁸ Vgl. oben S. 448 f.

²¹²⁹ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 430 – dazu ergänzend oben S. 448 in und bei Anm. 2014.

²¹³⁰ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 76, 96.

und Pflicht nur verschiedene Namen für den durch eine sittliche Willensrichtung charakterisierten Zustand innerer Gebundenheit. Bei der Rechtsnorm, die eine objektive Existenz führt, war die Identität mit der korrespondierenden Rechtspflicht – wenn man diese nach Analogie der Moral als Zustand innerer Willensgebundenheit auffaßte – nicht durchführbar. Die objektive Norm und die subjektive Pflicht waren etwas total Verschiedenes; wollte man überhaupt eine Relation zwischen beiden erblicken, konnte es nur die von Ursache und Wirkung sein. Daß solches lediglich im Wege einer Fiktion herzustellen ist, wurde bereits gezeigt.²¹³¹ Hat man jedoch den Fehler erkannt, der in der Auffassung der Rechtspflicht als eines realpsychischen Zustandes liegt, dann ist für eine richtige Erkenntnis des Verhältnisses zwischen Rechtssatz und Rechtspflicht und damit zugleich des Wesens der letzteren der Weg gebahnt. Von der Tatsache ausgehend, daß jeder Rechtssatz seinem Wesen nach eine Rechtspflicht statuiert und daß diese Eigenschaft ihm immer und ausnahmslos anhaften muß, ist Pflicht und Norm wie auf dem Gebiete der Moral, so auch auf dem des Rechtes als Einheit anzusehen. Damit ist insbesondere die Anschauung jener zurückgewiesen, welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand und kausale Wirkung des Rechtssatzes nur regelmäßig, nicht ausnahmslos mit dem letzteren verbunden sein lassen. *Von einer subjektiven Rechtspflicht kann neben dem objektiven Rechtssatze nur insoferne die Rede sein, als damit dessen Subjektivierungsfähigkeit, d. h. seine Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt zum Ausdrucke kommt. Dadurch wird der objektive, für alle geltende Rechtssatz zur subjektiven Rechtspflicht eines einzelnen: daß er auf diesen einzelnen angewendet werden, daß über den einzelnen, wenn er die im Rechtssatze ausgesprochenen Bedingungen setzt, jener Nachteil verhängt werden kann und soll, den der Rechtssatz als Willen des Staates beinhaltet. In dieser Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt, in dieser Fähigkeit zur Subjektivierung ist die Lösung des Problems gegeben: aus dem objektiven Rechtssatze die subjektive Rechtspflicht abzuleiten, genauer: den Rechtssatz als Rechtspflicht zu begreifen.*

|349

Nunmehr erhellt auch der innere Zusammenhang, der zwischen der Verpflichtungsfähigkeit und der logischen Form des Rechtssatzes besteht. Der Rechtssatz muß eine Anwendungsklausel enthalten! Und schon darum ist der nackte, das rechtmäßige Verhalten fordernde *Imperativ* eine durchaus ungeeignete Formel, denn ein: „Tötet nicht, zahlet eure Schulden“ usw. enthält wohl eine subjektive *Befolgungsmöglichkeit*, bietet²¹³² aber keine spezifische *Anwendungsmöglichkeit* und läßt somit das Problem ungelöst, wie aus der objektiven Rechtsnorm die subjektive Rechtspflicht werden kann. Diese Forderung erfüllt in befriedigender Weise allein jene Formel, derzufolge der Rechtssatz als hypothetisches Urteil erscheint, das den Willen des Staates enthält, über denjenigen, der einen bestimmten Tatbestand setzt, einen Nachteil zu verhängen.

²¹³¹ Vgl. oben S. 463–468, 471 f. und unten S. 541 f.

²¹³² «denn ein ... bietet»] A₁ «denn sie bietet»; A₂ «denn ein ... bietet».

Schon in einem vorangehenden Kapitel²¹³³ wurde gezeigt, daß die Lehre, der Rechtssatz sei Imperativ, darauf zurückzuführen ist, daß man die Form des Sittengesetzes ohne weiteres für die Rechtsnorm akzeptierte. Dieser Vorgang steht in innigem Zusammenhange mit der Identifizierung von Rechtspflicht und Moralpflicht und findet seinen Ausdruck in dem Grundsatz der Imperativtheorie: Ohne Imperativ keine Pflicht.²¹³⁴ Daß dieser Grundsatz für das Gebiet der Moral nicht unrichtig sein kann, ist zweifellos. Die Moralnorm findet im Imperativ ihre adäquate logische Ausdrucksform. Die Gründe hierfür wurden bereits des näheren dargetan.²¹³⁵ Tatsächlich ist es der sittliche Imperativ der Moral, der allein und an sich mit jenem Zustande der Willensgebundenheit auftritt, der auch als Pflicht bezeichnet wird. Doch dies ist nur deshalb der Fall, weil der Imperativ der Moralnorm ein autonomer, d. h. schon an und für sich nur der Ausdruck jener Willensrichtung ist, die man als Pflicht fälschlich für seine Wirkung hält. Nur darum ist auf dem Gebiete der Moral der Imperativ eine entsprechende Ausdrucksform für den Verpflichtungsakt, weil er hier von eben dem Subjekt ausgeht, an das er gerichtet ist. Ein²¹³⁶ heteronomer Imperativ jedoch, wie es die Rechtsnorm²¹³⁷ sein müßte, wäre der Imperativ tatsächlich ihre Sprachform, kann niemals imstande sein, für sich allein jenen Zustand innerer Willensgebundenheit herbeizuführen, der von der herrschenden Lehre und insbesondere den Imperativtheoretikern als Rechtspflicht bezeichnet wird. Denn selbst wenn man unter Außerachtlassung aller methodischen Bedenken schon ein allgemeines Bewußtsein von der Rechtsnorm präsumiert (richtiger fingiert), ohne welches ja eine Motivation – also im Sinne der herrschenden Lehre der Verpflichtungsakt – | seitens des Rechtsimperatives nicht²¹³⁸ möglich ist, ist noch immer kein zureichender Grund dafür gegeben, daß der vorgestellte „Wille“²¹³⁹ des Staates, der nichts anderes enthält als den nackten Befehl des rechtmäßigen Verhaltens, zum eigenen Willen des Adressaten, daß eine Unterordnung unter den „Willen“ des Staates herbeigeführt werden muß. Daß insbesondere auch die Berufung auf die spezifische Provenienz des Rechtsimperatives: die Autorität des Staates, keinen²¹⁴⁰ hinreichenden Grund schafft, wurde bereits dargelegt, indem gezeigt wurde, daß eine solche Antwort eine *petitio principii* bedeutet, da der²¹⁴¹ Begriff der Autorität das voraussetzt, was durch ihn begründet werden soll: die motivierende Wirkung, und daß somit die Frage nach dem Grunde der motivierenden Wirkung der Rechtsnorm (die den Staatswillen enthält) identisch ist mit der Frage nach dem Wesen der Staatsautorität.²¹⁴²

|350

²¹³³ Vgl. oben XI. Kapitel, S. 435–473.

²¹³⁴ «Pflicht.»] A «Pflicht.^{Fn}vgl. z B. Hold aaO S...^{Fn}»; F* «Pflicht.».

²¹³⁵ Vgl. oben S. 315–318.

²¹³⁶ «hält. ... Ein»] A₁ «hält. Ein»; A₂ «hält. ... Ein».

²¹³⁷ «die Rechtsnorm»] A₁ «der Rechtssatz»; A₂ «die Rechtsnorm».

²¹³⁸ «Verpflichtungsakt – seitens des Rechtsimperatives nicht»] A₁ «Verpflichtungsakt – nicht»; A₂ «Verpflichtungsakt – seitens des Rechtsimperatives nicht».

²¹³⁹ «vorgestellte „Wille“»] A₁ «vorgestellte (Imperativ) „Wille“»; A₂ «vorgestellte „Wille“».

²¹⁴⁰ «Rechtsimperativs: die Autorität des Staates, keinen»] A₁ «Rechtsimperativs keinen»; A₂ «Rechtsimperativs: die *Autorität* des Staates, keinen».

²¹⁴¹ «daß eine solche ... der»] A₁ «daß der»; A₂ «daß eine solche ... der».

²¹⁴² Vgl. oben S. 338–340.

Betrachtet man als die logische Form der Rechtsnorm den Imperativ, dann ist es unvermeidlich, zur Herbeiführung jenes Resultates, das man als Verpflichtung kennzeichnet, nämlich der inneren Willensgebundenheit des Subjektes, zur tatsächlichen Realisierung einer Motivation seitens der Rechtsnorm noch einen anderen Akt anzunehmen, durch welchen der im Imperativ enthaltene „Wille“ des Staates zum Willen des Subjektes wird, einen Akt, durch den sich das Subjekt dem Rechtssatze unterwirft. Dieser Akt ist die *Anerkennung der Rechtsnorm als solcher* und die Verwendung dieses Begriffes bei der Konstruktion der Rechtspflicht, des rechtlichen Verpflichtungsaktes²¹⁴³ ist – eben im Zusammenhange mit der Imperativtheorie – in der heutigen Jurisprudenz eine allgemeine. Die Imperativtheorie findet ihre notwendige Ergänzung in der Anerkennungstheorie.

In der „Anerkennung“ muß – faßt man die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit auf und betrachtet man den Rechtssatz als Imperativ – das Hauptmoment der Rechtsverpflichtung erblickt werden, da ohne dieselbe der – selbst vorgestellte – Imperativ nicht als verpflichtende Norm gelten kann. „Die Anerkennung des allgemeinen Willens“, sagt *Jellinek*¹⁾, „durch die Gemeinschaft ist sein letzter formaler Grund; und diese Anerkennung kann nur darin bestehen, daß man sich durch denselben verpflichtet hält.“ Da diese Anerkennung, wie immer man sie sich auch denken mag, vom Subjekte selbst ausgeht, ist der Verpflichtungsakt, der mit ihrer Vermittlung konstruiert wird, als²¹⁴⁵ Selbstverpflichtung zu betrachten. Damit ist aber für das Recht die²¹⁴⁶ vollkommenste Analogie | zur Moral hergestellt, auf deren Gebiet, wie bereits früher dargestellt, bei dem Verpflichtungsprozeß überall dort ein Anerkennungsakt zu konstatieren war, wo die Moralnorm objektiviert erfaßt wurde¹⁾. | 351

Die Anerkennungstheorie nimmt in der heutigen Rechtswissenschaft eine völlig unangefochtene Stellung ein. Es gibt kaum einen Theoretiker, der sich ihrer zum Zwecke juristischer Konstruktion nicht bei der einen oder anderen Gelegenheit bedienen würde. Von keinem wurde ihre juristische Berechtigung je in Frage gestellt, nur daß man mitunter als Bezeichnung für den spezifischen Akt des Subjektes an Stelle des Terminus „Anerkennung“ den der „Achtung“, „Billigung“, „Unterwerfung“ u. ä. wählte. Doch bleibt es für das Wesen der fraglichen Theorie bedeutungslos, ob sie als Anerkennungs-, als Achtungs-, Billigungs- oder Unterwerfungstheorie auftritt.

¹⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge. S. 13.²¹⁴⁴

¹⁾ Vgl. oben S. 314.²¹⁴⁷

| 350

| 351

²¹⁴³ «des rechtlichen Verpflichtungsaktes»] A₁ «des Verpflichtungsaktes»; A₂ «des rechtlichen Verpflichtungsaktes».

²¹⁴⁴ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 17f. – Fundstellenangabe Kelsens in A «18».

²¹⁴⁵ «Verpflichtungsakt, der mit ihrer Vermittlung konstruiert wird, als»] A₁ «Verpflichtungsakt, – ebenso wie für den Staat – als»; A₂ «Verpflichtungsakt, der mit ihrer Vermittlung konstruiert wird als».

²¹⁴⁶ «aber für das Recht die»] A₁ «aber die»; A₂ «aber für das Recht die».

²¹⁴⁷ Vgl. oben S. 439f.

Alle diese ihrer inneren Natur nach wesensgleichen Theorien, die hier schlechtweg unter dem Schlagworte der gangbarsten, der Anerkennungstheorie, abgehandelt werden sollen, bedeuten im Rahmen der Rechtswissenschaft einen der größten methodischen Irrtümer dieser an Irrungen nicht armen Disziplin.

Der Anlaß, die Anerkennungstheorie zur Anwendung zu bringen, ist – wie schon aus der bisherigen Darstellung hervorgeht – in der Konstruktion der Rechtspflicht gegeben. Allerdings ist es zumeist nicht das Problem in dieser juristischen Prägnanz und Begrenztheit, zu dessen Lösung die erwähnte Theorie herangezogen wird, und die strenge Beschränkung auf Feststellung dessen, was die Rechtspflicht ist, hätte möglicherweise manche Verirrung erspart. Die Frage, bei deren Beantwortung der „Anerkennungsakt“ heute eine scheinbar unvermeidliche Rolle spielt, ist regelmäßig auf den Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes oder den Geltungsgrund des Rechtes gerichtet²⁾.²¹⁵⁰

Um nun die Bedeutung zu würdigen, die der sogenannten Anerkennung zukommt, muß zunächst festgestellt werden, welchen Sinn die eben konstatierte Fragestellung haben kann. Gemäß der schon früher erwähnten Doppelbedeutung des Terminus „Geltung“,²¹⁵¹ zeigt auch das gegenständliche Problem einen Januskopf. Die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtssatzes oder dem Grunde der verpflichtenden Kraft der Rechtsordnung – die gleichbedeutend ist mit der Frage nach dem Wesen des Rechtes überhaupt – kann in einem zweifachen Sinne gestellt werden. Man kann damit fragen: Warum werden die Sätze des positiven Rechtes von den Subjekten der Rechtsgemeinschaft tatsächlich befolgt resp. angewendet? Oder²¹⁵² man kann fragen: Warum *sollen* die Rechtssätze befolgt, resp. angewendet werden?

[352] | Was die erste Fragestellung anlangt, so ist dieselbe, wie sofort zu erkennen, keine juristische. Denn sie richtet sich auf das Motiv des rechtmäßigen Verhaltens, hat kausale Erklärung zum Zwecke, ist somit psychologischer resp. soziologischer Natur. Nur wer den rein normativen Charakter der Jurisprudenz verkennt, kann von der Beantwortung einer solchen Frage ein juristisch relevantes Resultat erwarten. Denn die „Geltung“ einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrem tatsächlichen Befolgt- und Angewandtwerden; und nur wer die Rechtsnorm als Regel faktischen Geschehens erfaßt, mag das Bedürfnis nach einem derartigen „Grunde“ haben.

²⁾ So z. B. bei Bierling²¹⁴⁸ und Schlossmann²¹⁴⁹.

²¹⁴⁸ Zu Bierling oben S. 378 Anm. 1 und unten S. 484–486, 510f.

²¹⁴⁹ Zu Schlossmann oben S. 450–453, 460f.

²¹⁵⁰ «spielt, ist regelmäßig ... gerichtet.»] A «spielt, lautet regelmäßig nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes oder dem Geltungsgrunde des Rechtes.^{Fn}vgl. z B. Bierling Kritik der juristischen Grundbegriffe I S ; ferner: Schlossmann aaO S^{Fn} [bricht ab]»; F* «spielt, ist regelmäßig ... gerichtet.».

²¹⁵¹ Vgl. oben S. 93–95, 109–111, 376f.

²¹⁵² «befolgt resp. angewendet? Oder»] A «befolgt resp von den Organen des Staates angewendet? Oder»; F* «befolgt resp. angewendet? Oder».

Die Geltung der Rechtsnorm – und darin ist gerade ihr normativer Charakter gelegen – besteht darin, daß sie befolgt, resp. angewendet werden *soll*. Und insofern kann die eingangs erwähnte Fragestellung auch den Sinn haben: Warum *soll* der Rechtssatz befolgt und angewendet werden?²¹⁵³

Allein, diese Fragestellung scheint zunächst widersinnig zu sein. Denn im Begriffe der Rechtsnorm liegt von vornherein, daß sie befolgt, resp. angewendet werden *soll*. Die Vorstellung des Rechtssatzes als „Norm“ enthält schon diese Qualifizierung des Befolgt- und Angewendetwerden-*sollens*; so daß die Fragestellung etwa bedeutete: Warum soll ein Satz, der befolgt werden soll, befolgt werden?

Zu²¹⁵⁴ solchem Resultat kann man jedoch nur dann gelangen, wenn man den Normcharakter des Rechtssatzes voraussetzt, die Rechtsnorm keiner anderen höheren Norm unterstellt. Nimmt man aber den normativen Charakter des Rechtssatzes nicht als eine selbständige, unabhängige, nicht weiter ableitbare Qualität an, dann kann die Frage, warum ein Rechtssatz befolgt werden soll, die Bedeutung annehmen, daß nach der allgemeineren, höheren, dem Rechtssatze übergeordneten Norm gefragt wird, derzufolge das rechtssatzmäßige Verhalten geboten, gesollt erscheint. Eine solche Fragestellung muß von der Annahme einer über der Rechtsordnung stehenden, normativen Ordnung ausgehen: etwa der Moral oder Religion, und hat den Zweck, die ethische oder religiöse Rechtfertigung der Rechtsordnung²¹⁵⁵ zu bewerkstelligen. So widersinnig die Frage nach einem *Rechtsgrunde* der Rechtsordnung sein muß, so berechtigt ist eine solche nach dem *sittlichen* Grunde derselben. Und der Moralphilosoph mag eine solche Frage immerhin stellen; er ist bei ihrer Beantwortung nur an die Normen seiner Moral gebunden; es steht ihm völlig frei, von seinem Standpunkte aus die Frage, ob konkrete Rechtssätze²¹⁵⁶ befolgt werden sollen oder nicht, ob sie sittlich gerechtfertigt sind, mit²¹⁵⁷ Rücksicht auf ihre materielle Übereinstimmung mit den Sittengesetzen zu bejahen oder zu verneinen.

| Anders der Jurist. *Ihm* ist unverrückbare und außer aller Diskussion stehende Voraussetzung, was der Moralphilosoph erst kritisch zu entscheiden hat: die normative Natur des Rechtssatzes. Die Erkenntnis, daß ein Rechtssatz einem Sittengesetze widerstreitet, kann für den Juristen an der Tatsache nichts ändern, daß er auch diesen Satz als Norm anerkennt, d. h. sein Befolgt- und Angewendet-werden-sollen nicht bezweifelt. Ein gegenteiliges Verhalten hieße für den Juristen, den Zweig selbst absägen, auf dem er sitzt. Das Zurückgreifen auf eine höhere Moralordnung

| 353

²¹⁵³ «befolgt und angewendet werden?»] A₁ «befolgt werden.»; A₂ «befolgt und angewendet werden.».

²¹⁵⁴ «werden? [Zu]»] A₁ «werden? Allein die Frage, warum ein Rechtssatz befolgt werden soll, kann tiefer dringen, indem sie den Normcharakter des Rechtssatzes überhaupt in Diskussion stellt und die Bedeutung annimmt, daß nach einer [bricht ab]»; A₂ «werden? [Allein zu]».

²¹⁵⁵ «Rechtsordnung»] A₁ «Rechtssätze»; A₂ «Rechtsordnung».

²¹⁵⁶ «ob konkrete Rechtssätze»] A₁ «ob die Rechtsordnung»; A₂ «ob konkrete Rechtssätze».

²¹⁵⁷ «nicht, ob sie sittlich gerechtfertigt sind, mit»] A₁ «nicht eben mit»; A₂ «nicht ob sie sittlich gerechtfertigt sind eben mit».

bedeutete das Aufgeben einer selbständigen Rechtsordnung, den Verzicht auf eine unabhängige Rechtswissenschaft und deren spurloses Aufgehen in der Ethik. Nach dem *materiellen* Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf²¹⁵⁸ der Jurist nicht fragen. Nur *formal* kann die Frage sein, die der Jurist zu stellen befugt ist; nicht der Grund, das Warum, sondern nur das „Wie“ ist es, das der Jurist festzustellen hat. Seine Frage lautet: Welches sind die Sätze, die als Rechtssätze von den Organen des Staates angewendet, von den Untertanen befolgt werden sollen? Woran sind diese Sätze zu erkennen? Welches ist ihre logische Form?

So zeigt sich, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes in jeder der beiden möglichen Bedeutungen juristisch irrelevant ist. Denn sie ist entweder auf das Motiv rechtmäßigen Verhaltens gerichtet und als solche ein psychologisches, der Soziologie angehöriges Problem, oder sie bezweckt moralische Rechtfertigung und findet als solche nur in der Ethik Platz.

Dennoch wird diese Frage immer wieder von Juristen gestellt und immer wieder glaubt man die Rechtswissenschaft dazu berufen, diese Frage zu beantworten. Es ist selbstverständlich, daß die Jurisprudenz aus eigenen Mitteln diese Frage nicht beantworten kann, da ihr einerseits die naturwissenschaftliche Methode fehlt, zu erklären, warum etwas tatsächlich geschieht, und sie andererseits nicht imstande ist, sich gleichsam auf ihre eigenen Schultern zu stellen, um von einem höheren als ihrem eigenen Standpunkte aus ihre Normen zu beurteilen. Das Resultat, zu welchem die methodische Ungeheuerlichkeit führt, eine psychologische und eine ethische Frage im Rahmen der formalen Jurisprudenz zu beantworten, ist, wie wir in analogen Fällen schon so oft konstatieren konnten: eine Fiktion; und diese Fiktion ist die Anerkennung.

Ebenso doppelsinnig wie die Fragestellung nach dem Geltungsgrunde des Rechtes kann²¹⁵⁹ die Antwort darauf sein, welche die Theorie gibt, daß der Grund der Geltung, der verpflichtenden Kraft des Rechtssatzes in der Anerkennung derselben seitens der Rechtssubjekte | gelegen sei. Diese Theorie kann nämlich ein psychisches Motiv für das rechtmäßige Verhalten, das tatsächliche Befolgen der Rechtssätze aufzeigen wollen; sie kann aber auch den Zweck verfolgen, eine ethische Rechtfertigung der Rechtssätze zu liefern. Doch findet sich bei den Vertretern der Anerkennungstheorie keine scharfe Trennung des psychologischen und ethischen Momentes, was bei der üblichen Methodenlosigkeit nicht zu verwundern ist. Regelmäßig soll die Fiktion der Anerkennung sowohl der Erklärung als der Rechtfertigung dienen, ohne daß sich die Theoretiker der grundverschiedenen Bedeutung beider Operationen bewußt wären. Das hängt vor allem mit der herrschenden Vorstellung von der Pflicht zusammen, die man sich als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit denkt. Da soll dann die „Anerkennung“

²¹⁵⁸ «Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf»] A₁ «Geltungsgrunde darf»; A₂ «Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf».

²¹⁵⁹ «Rechtes kann»] A₁ «Rechtes eine psychologische und eine ethische Bedeutung hat, kann»; A₂ «Rechtes kann».

einerseits zwischen der Vorstellung der Rechtsnorm, die an sich keine motivierende Kraft hat, und dem Willen des zu verpflichtenden Subjektes vermitteln und so die kausale Verknüpfung zwischen der Rechtsordnung und dem als „Rechtspflicht“ geltenden Zustande der Willensgebundenheit herstellen, d. h. aber nichts anderes als den normgemäßen Willen und somit das rechtmäßige Verhalten *erklärend* auf die Rechtsordnung zurückführen. Andererseits geht man allgemein von der Vorstellung aus, daß nur die anerkannte Norm verbindlich sein könne, indem man der *Selbstbindung* des Willens, dem Prinzipie der Autonomie als solchem eine²¹⁶⁰ letzte, nicht mehr ableitbare normative Funktion zuschreibt, deren moralische Natur offenkundig ist.

Zur Illustration des Gesagten seien hier die bereits zitierten Ausführungen *Jellinek*¹⁾ ²¹⁶² über den Begriff der Rechtspflicht und seine Auffassung der Anerkennungstheorie herangezogen. Die geschilderte Verbindung des psychologischen und ethischen Momentes tritt hier deutlich zu Tage, wo der Akt der Rechtsverpflichtung²¹⁶³ als *Motivation* aufgefaßt und in ausdrücklich hervorgehobener Analogie zur Autonomie der Moral alle Verpflichtung nur²¹⁶⁴ als Selbstverpflichtung betrachtet wird. Der Akt der Anerkennung, „die das Recht zum Rechte macht“, die „der letzte formale Grund“²¹⁶⁵ der Rechtsordnung ist, gibt hier einerseits dem rechtlichen Verpflichtungsakt die *ethisch* allein verbindliche Form der Selbstverpflichtung und bildet andererseits ein notwendiges psychisches Mittelglied in dem Kausalnexus zwischen der vorgestellten Rechtsnorm und der als Rechtspflicht betrachteten Willensbindung.

Auch die bereits in anderem Zusammenhange zitierten Ausführungen *Schlossmann*²⁾ haben dargetan, daß die von ihm aufgeworfene Frage nach dem „Geltungsgrunde der Quellen des positiven Rechtes“²¹⁶⁷ vornehmlich auf eine ethische Rechtfertigung hinausläuft, wenn er sie ausdrücklich in der Form aufstellt, ob die in den positiven Rechtsquellen (Gesetz und Gewohnheit) enthaltenen Imperative auf Befolgung *rechtmäßigen Anspruch* haben, ob sie von einer Macht herühren, die befehlen und verbieten *darf*.²¹⁶⁸ Das subjektive Gefühl der Billigung

| 355

¹⁾ Vgl. oben S. 318 ff.²¹⁶¹

²⁾ Vgl. oben S. 324 ff.²¹⁶⁶

| 354

²¹⁶⁰ «solchem eine»] A₁ «solchem eine sittliche Verpflichtungskraft, eine»; A₂ «solchem eine».

²¹⁶¹ Vgl. oben S. 444–446.

²¹⁶² Anmerkung in F* eingefügt.

²¹⁶³ «Rechtsverpflichtung»] A₁ «Verpflichtung»; A₂ «RechtsVerpflichtung».

²¹⁶⁴ «zur Autonomie der Moral alle Verpflichtung nur»] A₁ «zur Moral alle Pflicht [bricht ab]»; A₂ «zur Autonomie der Moral alle Verpflichtung nur».

²¹⁶⁵ Beide Zitate *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 18.

²¹⁶⁶ Vgl. oben S. 450–453.

²¹⁶⁷ *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 175; Schlossmann setzt sich mit diesem Thema in den §§ 23 und 24 (S. 175–189) unter der Überschrift „Ueber den Geltungsgrund der Quellen des positiven Rechtes. (Gesetz, Gewohnheit, Wissenschaft.)“ auseinander.

²¹⁶⁸ Vgl. *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 175 f.

oder Mißbilligung, von dem *Schlossmann* die Entscheidung dieser Frage abhängig macht, ist nicht wesentlich verschieden von der „Anerkennung“. Und wenn er schließlich als eigentliche Quelle der Rechtspflicht das „Rechtsgefühl“ hinstellt,²¹⁶⁹ so ist das ethische und psychische Moment der Selbstverpflichtung wie bei der Anerkennungstheorie gegeben, nur daß der psychische Vorgang hier durch das Gefühl der Billigung vermittelt wird.

Wie sehr die „Achtungsgefühle“ *Kirchmanns* ihrem Wesen nach mit der „Anerkennung“ übereinstimmen, zeigen die früher angeführten Stellen¹⁾²¹⁷¹ auf den ersten Blick. Da diese „Achtung“ vor allem den Zweck hat, zwischen dem Ich und der von *Kirchmann* ursprünglich heteronom gedachten Autorität eine Identität herzustellen, sollen sie ebenso wie die „Anerkennung“ den rechtlichen Verpflichtungsakt als eine Selbstverpflichtung erscheinen lassen und somit ethisch rechtfertigen, dabei aber auch den psychischen Zustand der Willensgebundenheit erklären.

Als der hervorragendste Vertreter der Anerkennungstheorie, nicht etwa, weil er sie geschaffen, sondern weil er sie dogmatisch am gründlichsten entwickelt hat, ist *Bierling* anzusehen²⁾. Auch hier ist „der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes“²¹⁷³ das Problem, zu dessen Lösung die fragliche Theorie herangezogen wird.

Bierling erklärt, daß die Formel: Recht ist Staatswille, Gotteswille, Volksüberzeugung keine genügende Antwort auf die Frage nach dem Grunde der verpflichtenden Kraft des Gesetzes sein könne, daß vielmehr noch ein Faktor hinzukommen müsse. Faßt man, wie *Bierling*, die Rechtspflicht als Willensgebundenheit auf, dann ist tatsächlich mit der Formel: Staatswille noch durchaus nicht die Entstehung dieses psychischen Zustandes erklärt. Damit ist aber schon die juristisch irrelevante Problemstellung *Bierlings* erwiesen. Er sagt ausdrücklich – als Gegenargument gegen die Ansicht, daß der Begriff der Macht genüge, um die verpflichtende Funktion der Rechtsordnung zu konstruieren – daß dieser Begriff nicht zureiche, „um die Tatsache des Rechts- und Pflichtgefühles zu erklären“³⁾. | Das ist

| 356

| 355 |¹⁾ Vgl. oben S. 315 ff.²¹⁷⁰²⁾ Vgl. vor allem dessen Schrift: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I. ferner: Juristische Prinzipienlehre, I.²¹⁷²³⁾ Kritik S. 65.²¹⁷⁴²¹⁶⁹ Vgl. *Schlossmann*, Vertrag (Anm. 2024), S. 193–207, insb. 193.²¹⁷⁰ Vgl. oben S. 440–444.²¹⁷¹ Anmerkung in F* eingefügt.²¹⁷² *Ernst Rudolf Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1: Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts, Gotha 1877; *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br. und Leipzig 1894.²¹⁷³ So beginnt der Titel des ersten Bandes von *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172).²¹⁷⁴ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 65 – Hervorhebungen von Kelsen; Bierling behandelt den von Kelsen in Bezug genommenen Gedanken ausführlicher auf S. 64–67.

aber eine rein psychologische, auf *Erklärung* eines psychischen Geschehens gerichtete²¹⁷⁵ Fragestellung, wie solche in der normativen Jurisprudenz keinen Platz finden kann.

Diese von Grund aus verfehltete Fragestellung führt dann auch zu einem Resultate, das in seiner methodischen Unhaltbarkeit umso betrübender wirkt, als es von einem Autor herrührt, der auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre zu den bedeutendsten Erscheinungen der neueren Zeit gezählt werden muß. Was ist nämlich unter der Anerkennung zu verstehen, die zum objektiven Rechte hinzutreten muß, damit dieses seine verpflichtende Kraft erhalte?

Zunächst sei festgestellt, was der allgemeine Sprachgebrauch unter dem Worte „Anerkennen“ versteht. Ein Doppeltes: Es kann damit im ursprünglichen Sinne des Stammwortes „erkennen“ eine²¹⁷⁶ Tätigkeit des Intellekts bezeichnet werden, durch welche dem von einem anderen gefällten Urteil als einem richtigen *beigepflichtet* wird. So wird die „Anerkennung“ insbesondere im Sprachgebrauche des Rechtslebens als Erklärung aufgefaßt, daß die von einem anderen, dem Prozeßgegner z. B., aufgestellte Rechtsbehauptung richtig sei. In diesem Sinne ist die Anerkennung ein Urteil über die Wahrheit eines anderen Urteiles.

Doch kann unter Anerkennung auch eine Tätigkeit des Willens, ein Willensakt verstanden werden. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich auf einen an das Subjekt ergangenen Befehl, auf einen an seinen Willen gerichteten Appell bezieht. Sie bedeutet dann die Unterordnung des eigenen Willens unter einen fremden, sie ist der Beschluß, so zu handeln, wie das anerkannte Gebot es vorschreibt.

Dabei muß hervorgehoben werden, daß das „Anerkennen“ in jeder der beiden Bedeutungen stets²¹⁷⁷ ein Kennen dessen voraussetzt oder einschließt, das anerkannt werden soll. Es scheint mit Rücksicht auf manche Ausschreitungen der juristischen Anerkennungstheorie nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß es unmöglich ist, etwas anzuerkennen, ohne es zu kennen.

Sieht man nun näher zu, was die Vertreter der juristischen Anerkennungstheorie unter dem fraglichen Terminus verstanden wissen wollen, wird man sich vergeblich bemühen, eine positive, präzise Definition zu finden. Vielmehr erhält man – und das fällt auch insbesondere bei *Bierling* auf – meist nur Aufklärungen darüber, was alles unter Anerkennung *nicht* zu verstehen sei. Diese Negativität des Resultates erklärt sich leicht daher, daß irgendein positiver psychischer²¹⁷⁸ Akt, der eine Anerkennung der Rechtsordnung bedeutet, bei jedem zu verpflichtenden Subjekte umso schwerer nachzuweisen sein dürfte, je bestimmter dieser Akt qualifiziert ist, je deutlicher er sich als | ein individueller, konkreter Vorgang²¹⁷⁹ des

| 357

²¹⁷⁵ «Erklärung eines psychischen Geschehens gerichtete»] A «Erklärung gerichtete»; F* «Erklärung eines psychischen Geschehens gerichtete».

²¹⁷⁶ «damit ... eine»] A₁ «damit eine»; A₂ «damit ... eine».

²¹⁷⁷ «„Anerkennen“ ... stets»] A₁ «„Anerkennen“ stets»; A₂ «„Anerkennen“ ... stets».

²¹⁷⁸ «positiver psychischer»] A₁ «positiver bestimmt qualifizierter psychischer»; A₂ «positiver psychischer».

²¹⁷⁹ «Vorgang»] A «Akt»; F* «Vorgang».

Willens oder Intellektes darstellt. Die fiktive Natur dieses ganzen Prozesses²¹⁸⁰ zeigt sich schon in der Vagheit und Verschwommenheit des Bildes, das die Theoretiker von ihm geben. Als typisches Beispiel sei hier die Darstellung *Bierlings* angeführt. Er läßt wohl an einer Stelle¹⁾ den Leser vermuten, daß unter Anerkennung eines Subjektes ein Willensakt und zwar „ein nicht auf den einzelnen Fall beschränktes Indienststellen des Willens seitens des Willensinhabers unter den Willen des Dritten“ zu verstehen sei. Allein, das resümierende Endresultat, das *Bierling* zieht, läßt²¹⁸² diese Vermutung wieder als irrig erscheinen. Er sagt: „Ich habe mich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß bei dem Worte Anerkennung immer an ein ‚bewußtes Wollen‘ oder eine ‚Überzeugung‘ zu denken sei. Auch die unfreiwillige Anerkennung ist noch Anerkennung und zwar umfaßt dieselbe nicht nur die abgenötigte, erzwungene, sondern auch die unbewußte, unwillkürliche Anerkennung“⁽²⁾. Daß derartige Einschränkungen noch irgendeinen psychischen Vorgang seitens des anerkennenden Subjektes übrig lassen, muß stark bezweifelt werden. Denn die Anerkennung ist keine Tätigkeit des Willens – ausdrücklich wird eine ungewollte Anerkennung für zulässig erklärt –; auch eine Äußerung des Intellektes braucht sie nicht zu sein. Wie man sich aber diesen unbewußten und ungewollten Akt der Anerkennung dann noch zu denken hat, bleibt unerfindlich. Aber auch dagegen erklärt sich *Bierling* – und *Jellinek* hat sich ihm hierin angeschlossen²¹⁸⁴ – daß unter Anerkennung ein einmaliger vorübergehender Akt zu verstehen sei. Vielmehr will er dieselbe als ein „dauerndes, habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden Rechtsgrundsätze“²¹⁸⁵⁽³⁾ aufgefaßt wissen. Wie der psychische Zustand, der diesem habituellen Verhalten zu Grunde liegen muß, des näheren zu qualifizieren ist, aus welchen psychischen Einzelakten er sich zusammensetzt, das kann man von allen denen, die mit dem Schlagworte Anerkennung operieren, nicht erfahren.

Ob nun die Anerkennung als vorübergehender Einzelakt oder als dauernder, habitueller Zustand zu denken ist – jedenfalls muß sie als reale, psychische Tatsache gelten, die im Seelenleben der zu verpflichtenden Subjekte ihren Platz hat. Daß die Existenz einer derartigen, der Welt des Seins angehörenden Tatsache bei den die Rechtsgemeinschaft bildenden Menschen ebenso²¹⁸⁷ wie etwa das Vor-

| 357

¹⁾ a. a. O. S. 51. ²¹⁸¹

²⁾ a. a. O. S. 81/82. ²¹⁸³

³⁾ a. a. O. S. 82. ²¹⁸⁶

²¹⁸⁰ «Prozesses»] A «Vorganges»; F* «Prozesses».

²¹⁸¹ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 51.

²¹⁸² «Endresultat, das *Bierling* zieht, läßt»] A₁ «Endresultat läßt»; A₂ «Endresultat das Bierling zieht, läßt».

²¹⁸³ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 81 f.

²¹⁸⁴ Vgl. *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 17 f.

²¹⁸⁵ «Rechtsgrundsätze»] *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 82: «(Rechts-)Grundsätze».

²¹⁸⁶ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 82.

²¹⁸⁷ «Tatsache ... Menschen ebenso»] A₁ «Tatsache ebenso»; A₂ «Tatsache bei den die Rechtsgemeinschaft bildenden Personen ebenso»; F* «Tatsache ... Menschen ebenso».

kommen bestimmter körperlicher Eigenschaften bei gewissen Menschengruppen nur auf Grund empirischer Untersuchung behauptet werden kann ist selbstverständlich. Welches ist aber der Weg, den die Juristen | zum Beweise der von ihnen behaupteten „Anerkennung“ einschlagen? Es ist wiederum das Schulbeispiel einer Fiktion, das die übliche Methode in diesem Falle liefert.

| 358

Diese Fiktion wird deutlich zu Tage treten, wenn man an die Anerkennungstheorie eine Reihe von präzisen juristischen Fragen²¹⁸⁸ richtet, die über die näheren Umstände dieses tatsächlichen Vorganges Aufschluß fordern und zwar: Von wem geht die Anerkennung aus? Von allen Rechtssubjekten ohne Unterschied des Alters, Geschlechtes, der Willensfähigkeit? Ist die Anerkennung aller oder nur eines Teiles erforderlich? Wenn Majorität, welcher Art ist diese Majorität und wie kann sie konstatiert werden? Wie ist das Verhalten des Rechtsverletzers zu qualifizieren? Erfolgt das Unrecht mit oder ohne Anerkennung des verletzten Rechtssatzes? Worauf²¹⁸⁹ ist die Anerkennung gerichtet? Auf jeden einzelnen Rechtssatz, auf die Rechtsordnung als Ganzes oder auf andere Normen als die des positiven Rechtes? Wie verhält sich die Anerkennung zur Rechtskenntnis?

Was zunächst den Inhalt der Anerkennung betrifft, so erklärt *Bierling* – dessen Darstellung der Anerkennungstheorie in vieler Hinsicht als typisch gelten kann – daß dieselbe nicht auf jeden einzelnen Rechtssatz gerichtet sein müsse. Es genüge vielmehr die Anerkennung der allgemeinen Norm, daß Staatsgesetze binden sollen. „Ist nur der eine Satz anerkannt, daß Anordnungen gewisser Personen im Staate die Volksgenossen binden sollen, so sind eben damit alle nachfolgenden Anordnungen dieser Art solange mit anerkannt, als jener eine Satz anerkannt ist. Umgekehrt muß derjenige, der irgendeine einzige²¹⁹⁰ dieser Anordnungen als Recht in Anspruch nimmt, regelmäßig also auch²¹⁹¹ den Grund anerkennen, aus welchem er sie allein in Anspruch nehmen kann“⁽¹⁾ ²¹⁹³. Nun ist schon hier einzuwenden, daß, wenn überhaupt eine Anerkennung seitens des Subjizierten für nötig erachtet wird, um den Gesetzen verbindliche Kraft zuzuerkennen, eine Anerkennung des vorbezeichneten Inhaltes kaum ihren Zweck einer sittlichen Rechtfertigung erfüllen und auch faktisch niemals erfolgen dürfte. Denn diese Bianco-Anerkennung aller Staatsgesetze ist materiell tatsächlich keine Anerkennung mehr, hat nur eine rein *formelle* Bedeutung. Die bedingungslose, von vornherein erfolgende Zustimmung zu allen wie immer gearteten Normen des Staates bedeutet tatsächlich einen Verzicht auf jede Anerkennung. Die Notwendigkeit einer

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 135/136.²¹⁹²

| 358

²¹⁸⁸ «präzisen juristischen Fragen»] A₁ «präzisen Fragen»; A₂ «präzisen juristischen Fragen».

²¹⁸⁹ «wie kann sie ... Worauf»] A₁ «wie sie konstatiert werden kann. Worauf»; A₂ «wie sie konstatiert werden kann. ... Worauf».

²¹⁹⁰ «einzig»] *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 136: «einzelne».

²¹⁹¹ «regelmäßig also auch»] *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 136: «regelmäßig auch».

²¹⁹² *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 135 f.

²¹⁹³ Anmerkung in F* eingefügt.

|359 Anerkennung der Rechtsnorm seitens der zu Verpflichtenden kann doch nur den Sinn haben, daß sich Rechtsnormen gegen den Willen, die Überzeugung, das Rechtsgefühl etc. der Subjizierten nicht durchzusetzen vermögen. Wie darf dann aber durch die Anerkennung dem Staate eine Blankettermächtigung gegeben werden, alle Normen, also auch solche *verbindlich* zu erlassen, die²¹⁹⁴ gegen den Willen, die Überzeugung, das Rechtsgefühl etc. derjenigen sind, ohne deren Anerkennung diese Normen unverbindlich bleiben?

Eine²¹⁹⁵ solche Anerkennung, wie sie *Bierling* aus dem Grunde angenommen hat, weil er selbst die Unmöglichkeit einsah, das Prinzip der Anerkennung konsequent durchzuführen und die Anerkennung für jeden Rechtssatz zu fordern,²¹⁹⁶ ist ein innerer Widerspruch zum aufgestellten Prinzip. Und noch eine andere Schwierigkeit verbirgt sich in der *Bierlingschen* Formel. Die Anerkennung geht angeblich dahin, daß bestimmte Personen, Staatsorgane, rechtsverbindliche Normen erlassen dürfen. Diese Personen sind durch die Verfassung bestimmt.²¹⁹⁷ Wie verhält es sich nun bei gewaltsamen Verfassungsänderungen? Wenn in einer Republik die Anerkennung beispielsweise ausschließlich der²¹⁹⁸ gesetzgebenden Funktion des Parlamentes galt und durch Staatsstreich eine absolut monarchische Verfassung etabliert wird? Ändern die bezüglichlichen Subjekte dann ihre Anerkennung entsprechend den veränderten Machtverhältnissen ab? Wer fragt aber hier wohl nach der Anerkennung durch die Masse der Verpflichteten!

Was die Behauptung betrifft, daß jeder, der die durch die Rechtssätze eingeräumten *Rechte* in Anspruch nimmt, auch die *verpflichtende* Kraft dieser Normen anerkennen müsse, so ist das „muß“ einfach unbegründet. Ein Tor wäre, wer die praktische Möglichkeit, seine Interessen durchzusetzen, nicht auf²¹⁹⁹ jede sich bietende Weise gebrauchte, also auch durch eine Rechtsordnung, die er in Bezug auf seine Person oder auch alle anderen für höchst unverbindlich hält. Er mag dabei immerhin über die Narren lachen, die sich selbst für gebunden erachten und freiwillig leisten, was die unverbindlichen Normen fordern; und kommt es zur Exekution, so braucht er die Zwangsgewalt²²⁰⁰ des Staates nicht zu verschmähen, wenn sie nur in seinem eigenen Interesse tätig ist.

²¹⁹⁴ «solche *verbindlich* zu erlassen, die»] A₁ «solche die»; A₂ «solche *verbindlich* zu erlassen, die».

²¹⁹⁵ «Normen unverbindlich bleiben? [Eine]»] A «Normen [Eine]»; F* «Normen unverbindlich bleiben? [Eine]».

²¹⁹⁶ Vgl. *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), insb. S. 134 f.

²¹⁹⁷ Vgl. *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), insb. S. 6 f., 81–84, 136–138.

²¹⁹⁸ «Wenn ... der»] A₁ «Wenn die Anerkennung beispielsweise dem [bricht ab]»; A₂ «Wenn ... der».

²¹⁹⁹ «durchzusetzen, nicht auf»] A «durchzusetzen auf»; F* «durchzusetzen, nicht auf».

²²⁰⁰ «leisten ... Zwangsgewalt?»] A₁ «leisten; oder auf die Zwangsgewalt»; A₂ «leisten; Und kommt es zur Exekution, so braucht er die Zwangsgewalt»; F* «leisten ... Zwangsgewalt».

Ebenso unhaltbar ist, wie *Bierling* den Widerspruch zu lösen versucht, in den die Anerkennungstheorie gegenüber dem Unrechtstäter gerät, der mit seinem Verhalten deutlich zeigt, daß er durch die Rechtsnormen nicht gebunden ist, sich also doch noch viel weniger als durch sie für gebunden erachten kann, d. h. also die Rechtsnormen nicht anerkennt und dennoch als verpflichtet angesehen werden muß und zwar ganz besonders durch jene Rechtsnorm, die er verletzt hat, weil ja gerade diese auf ihn zur Anwendung kommt. *Bierling* erklärt ganz einfach, „daß in der ungeheuren Mehrheit der Fälle, in denen die oberflächliche Betrachtung ein Aufhören der Anerkennung | erblickt, nur ein Zuwiderhandeln, Zuwiderbehaupten usw. gegen gleichzeitig dennoch anerkannte Normen stattfindet“¹⁾ 2202.

| 360

Es ist schlechterdings unbegreiflich, wodurch man noch schärfer, noch unzweideutiger das Nichtanerkennen der Norm zum Ausdruck bringen kann, als gerade dadurch, daß man sie übertritt. Meint sich etwa *Bierling* dadurch salviert, daß er die Anerkennung nicht auf den konkreten Rechtssatz, sondern auf die allgemeine Norm, daß Gesetze verbindlich sein sollen, bezieht? So daß wohl diese allgemeine Norm unverletzt bleibt, während einzelne konkrete Rechtssätze übertreten werden können? Gegen solche Wortspielerei, der jeder Begriff fehlt, kann nur konstatiert werden, daß gerade die Tatsache des Unrechtes beweist, wie sinnlos es ist, eine Anerkennung anzunehmen, die für alle künftige Zeit verbindlich bleiben soll und von der man sich, obgleich man sie nur mit dem eignen Willen geleistet, doch niemals mehr befreien kann. Was ich heute anerkenne, dem kann ich morgen meine Anerkennung wieder entziehen. Dann fehlt eben meine Anerkennung, das ist keinesfalls zu bezweifeln. Ob diese Tatsache an meiner Verpflichtung etwas ändert, ist eine andere Frage; und wenn diese Frage zu verneinen ist, hat dies keine andere Bedeutung als die, daß meine Anerkennung für meine Verpflichtung irrelevant ist.

Den Höhepunkt der Fiktion erreicht aber die *Bierlingsche* Anerkennungstheorie, wenn sie die Antwort auf die Frage zu geben hat, wann und wie denn diese, der Welt des Seins angehörige Tatsache der Anerkennung seitens der einzelnen Rechtssubjekte erfolge. *Bierling* sagt nämlich, man müsse eine solche Anerkennung bei jedem einzelnen *Hausvater* annehmen, wenn man diesem nicht imputieren wolle, daß er mit einem Kriege gegen²²⁰³ alle einverstanden sei; und das hält *Bierling* für ausgeschlossen! „Wir behaupten daher kaum zu viel, wenn wir es für geradezu unmöglich erklären, in den Bereich eines Staates zu treten, ohne die in ihm geltenden Normen anzuerkennen, sofern der Eintretende nicht einen Krieg gegen alle will. Damit ist aber auch das Bedenken betreffs der Frauen und Kinder bereits im Grunde erledigt: die wirkliche Tatsache ihrer Anerkennung wird ähnlich

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 135.²²⁰¹

| 360

²²⁰¹ Vgl. *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 135.

²²⁰² Anmerkung in F* eingefügt.

²²⁰³ «Kriege gegen»] A «Kriege aller gegen»; F* «Kriege gegen».

wie bei den Männern unschwer nachzuweisen sein, zumal wenn man bedenkt, daß die Anerkennung des Familienhauptes, solange dieses selbst seine Rechtsstellung im eigenen Hause zu bewahren weiß²²⁰⁴, zugleich die Anerkennung aller Familienengenossen in sich begreift, die überhaupt als anerkennungsfähig gelten können^{(2) 2206}.

[361] Es sei von vornherein darauf verzichtet, auf die vielen kleinen | Blößen zu zeigen, die sich diese Theorie gibt, insbesondere mag man sich auch ersparen, die ein wenig komische rechtsphilosophische Rolle²²⁰⁷ zu kritisieren, zu deren Durchführung der längst verstorbene pater familias des römischen Rechtes wieder ins Leben gerufen wird. Es genügt, die Wurzel des Übels bloßzulegen, das die ganze Theorie durchsetzt. Und diese steckt darin, daß die Existenz der von *Bierling* selbst als „wirklich“ bezeichneten, d. h. der²²⁰⁸ Welt des Seins angehörigen Tatsache, des realpsychischen Aktes oder Zustandes der Anerkennung im Wege einer juristischen Präsumpcion behauptet wird. Denn das Dogma²²⁰⁹, man müsse eine Anerkennung seitens der Rechtssubjekte annehmen, weil man annehmen müsse, daß diese nicht den Kampf aller gegen alle wollen, hat den spezifischen Charakter einer praesumptio juris et de jure²²¹⁰.

Daß in Wirklichkeit die einzelnen Menschen tatsächlich irgend einen psychischen Vorgang aufzuweisen haben, der als Anerkennung der Rechtsnormen gelten kann, ist höchst unwahrscheinlich. Man wird in den Staat und seine Rechtsordnung hineingeboren und die allermeisten werden sich wohl über die Frage, ob der Staat rechtsverbindliche Anordnungen erlassen dürfe, kaum viel Gedanken machen. In²²¹¹ welchem Augenblicke sollte übrigens diese Anerkennung erfolgen, oder zu wirken beginnen? Jeder Zeitpunkt muß vollkommen willkürlich gewählt sein, wie jede Abgrenzung der Personen, von denen die Anerkennung gefordert wird, aus der Luft gegriffen ist. Ob nun eine Anerkennung tatsächlich möglich ist oder nicht – ihre Existenz ist jedenfalls bisher nicht bewiesen worden. Auch die *Bierlingsche* Theorie hat dies nicht getan, sondern dieselbe lediglich präsumiert. Dadurch ist aber die Anerkennung als Fiktion verurteilt. Denn mit den Mitteln der

2) Vgl. a. a. O. S. 136.²²⁰⁵

²²⁰⁴ «zu bewahren weiß»] *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 136: «zu bewahren im Stande ist».

²²⁰⁵ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 136.

²²⁰⁶ Anmerkung in F* eingefügt.

²²⁰⁷ «verzichtet ... Rolle»] A₁ «verzichtet, die vielen kleinen Blößen zu zeigen, die sich diese Theorie gibt, insbesondere auch die ein wenig komische Rolle»; A₂ «verzichtet ... Rolle».

²²⁰⁸ «daß die ... der»] A₁ «daß ein – von Bierling selbst als „wirkliche“ d h der»; A₂ «daß die ... der».

²²⁰⁹ «das Dogma»] A «die Behauptung»; F* «das Dogma».

²²¹⁰ Lat.: praesumptio juris et de jure; dt.: unwiderlegliche Rechtsvermutung.

²²¹¹ «machen. In»] A «machen. Auch dürften die Wenigsten so rechtsphilosophisch gebildet sein, um die Hobbessche Formel des bellum omnium contra omnes zu kennen oder auch nur ihrem Sinne nach erfasst. In»; F* «machen. In».

normativen Jurisprudenz wird eine dem Sein angehörige, reale Tatsache als existent behauptet, obgleich eine solche keineswegs besteht, zumindest nicht bewiesen ist. Der lediglich aus ethisch-juristischen Bedürfnissen vollzogenen *Konstruktion*, die nur in dem Bereiche des Sollens ihren Sitz hat – und²²¹² nichts anderes ist die Anerkennung – wird fälschlich wirkliches Sein angedichtet. Darin liegt der methodische Widersinn der ganzen Theorie, die einer verfehlten, die normative Natur der Jurisprudenz mißverstehenden Problemstellung ihre Entstehung verdankt und die sich unterfängt, das Seltsame²²¹³ zu unternehmen: mit einer Konstruktion die Welt des Seins kausal zu erklären.

Der schwere Fehler der Fiktion ist aber dadurch zu vermeiden, daß man die Geltung der juristischen Präsumption auf ihre natürlichen Grenzen beschränkt, dieses Mittel juristischer Konstruktion nicht seines normativen Charakters entkleidet und mittels desselben nicht die Lösung von Problemen vortäuscht, die der explikativen Methode vorbehalten bleiben müssen. Um derartigen methodischen Entgleisungen zu entgehen, braucht man sich nur den Sinn klar zu machen, den eine praesumptio juris et de jure gerade im Verhältnis zu der Wirklichkeit jener Tatsachen hat, die präsumiert werden. Die Präsumption bestimmter Tatsachen bedeutet vom Standpunkte einer auf das Sein gerichteten Betrachtung, daß die Frage, ob die bezüglichen Tatsachen im konkreten, der juristischen Beurteilung unterliegenden Falle existent sind oder nicht, für die juristische Konstruktion bedeutungslos ist; daß die Jurisprudenz aus irgendwelchen Gründen keinen Unterschied macht, ob bestimmte Tatsachen wirklich gegeben sind oder nicht, daß sie trotz des möglichen, nicht näher zu untersuchenden Mangels bestimmter Tatsachen ganz ebenso vorgeht, als ob diese Tatsachen vorhanden wären. Das Schulbeispiel des römischen Rechtes: die *fictio corneliana*²²¹⁴ zeigt dies zur Genüge. Der in Kriegsgefangenschaft verstorbene Römer wird ebenso beerbt, als ob er als Freier und zwar im Augenblicke der Gefangennehmung gestorben wäre. Die Frage, ob er *wirklich* frei war oder nicht, bleibt für die Entscheidung der Erbfrage irrelevant. Ja, die Präsumption setzt sich geradezu in einen Widerspruch zur Wirklichkeit. Zur Fiktion im hier gebrauchten Sinne würde diese juristische Konstruktion in Wahrheit erst dann, wenn jemandem beifiele, zu behaupten, der in Gefangenschaft

| 362

²²¹² «Konstruktion ... und»] A₁ «Konstruktion – und»; A₂ «Konstruktion, die nur in der Welt des Sollens ihren Sitz hat, – und»; A₃ «Konstruktion ... und».

²²¹³ «Seltsame»] A «unglaubliche»; F* «Seltsame».

²²¹⁴ Kelsen meint die *fictio Cornelianiana*, wie sie sich in den *Leges Corneliae* findet. Diese wurden 82–79 v. Chr. vom römischen Staatsmann Lucius Cornelius Sulla Felix (um 138/134 v. Chr.–78 v. Chr.) in der Spätphase der römischen Republik erlassen. In der Hauptsache regelten sie die Ämterlaufbahn und die Besetzung der Staatsämter sowie das Wahl- und das Strafrecht. Daneben ermöglichten sie Sulla – der erfolglos versuchte, die altrömische Adelsrepublik wiederherzustellen – die Verfolgung seiner politischen Gegner, enthielten aber auch erbrechtliche Bestimmungen. Zur von Kelsen in Bezug genommenen *fictio Cornelianiana* vgl. D.49.15.18 (Ulpianus libro 35 ad Sabinum): „In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.“; dt.: „Auf allen Rechtsgebieten wird der, der nicht vom Feind zurückgekehrt ist, so behandelt, als ob er zum Zeitpunkt seiner Gefangennahme gestorben sei.“

verstorbene Römer, der vom Recht so wie ein *liber civis Romanus*²²¹⁵ behandelt wird, sei tatsächlich als Freier gestorben, wenn man also mit einer juristischen Konstruktion wirkliche, der Welt des Seins angehörige Tatsachen oder Vorgänge behaupten wollte. Ganz analog liegt es bei der Lebenspräsumption, dem Institut der Verschollenheit und Todeserklärung. Ist jemand eine gewisse Zeit hindurch verschollen, dann wird er vom Rechte ebenso behandelt, als ob er verstorben wäre. Die Frage, ob er wirklich tot ist oder nicht, bleibt – weil meist gar nicht feststellbar – für die juristische Konstruktion irrelevant. Die Präsumierung des Todes hat vom Standpunkt der Seinsbetrachtung keinen anderen Sinn als eben den, daß der wirkliche Vorgang des Lebens oder Sterbens bis auf weiteres ignoriert wird. Eine unzulässige *Fiktion* aber wäre es, auf Grund der juristischen Präsumption den wirklichen Tod zu behaupten. Wenn²²¹⁶ die Präsumption keine unwiderlegliche ist, so ändert das an ihrem hier charakterisierten Verhältnis zur Wirklichkeit nichts. Dies hat nur die Bedeutung, daß die Präsumption keine dauernde ist und unter gewissen Umständen fallen gelassen wird. Solange man sie aber aufrecht erhält, bleibt auch ihr spezifisches Verhältnis zum Sein bestehen.

|363 |Die Tatsache, daß die Lehre von der Anerkennung auf²²¹⁷ einer juristischen Präsumption und nicht auf einer sozialpsychologischen Beobachtung des wirklichen Lebens beruht, läßt die eigentliche Bedeutung ersehen, die der Anerkennung vom Standpunkte einer auf das wirkliche Sein gerichteten Betrachtung zukommt. Weil präsumiert, kommt die Anerkennung als faktischer Vorgang gar nicht in Betracht. Für die juristische Konstruktion ist es gleichgültig, ob die präsumierte Anerkennung tatsächlich stattgefunden hat oder nicht. Das Subjekt wird aber immer und unter allen Umständen so behandelt, als ob es die Rechtsnorm anerkannt²²¹⁸ hätte. Die Juristen, die sich bemühen, in allen Fällen oder doch in der Mehrzahl derselben diese aus ethisch-juristischen Gründen vollzogene Konstruktion der Anerkennung als reale Tatsache nachzuweisen, fallen in den gleichen methodischen Fehler, wie er hier bei der Behandlung des Willensbegriffes nachgewiesen wurde¹⁾: in die Fiktion.

Die Annahme einer Anerkennung der Rechtsnormen durch die Rechtssubjekte zur Begründung der Rechtspflicht ist, soweit sie eine ethische Rechtfertigung bezweckt, juristisch überflüssig, soweit sie eine kausale Erklärung herbeiführen will, methodisch unmöglich.

|363 |¹⁾ Vgl. oben S. 177 ff.²²¹⁹

²²¹⁵ Lat.: *liber civis Romanus*; dt.: freier römischer Bürger.

²²¹⁶ «wird. ... Wenn»] A₁ «wird. Wenn»; A₂ «wird. ... Wenn».

²²¹⁷ «Anerkennung auf»] A₁ «Anerkennung als wesentlichen Vorgang für die verpflichtende Wirkung der Rechtsordnung auf»; A₂ «Anerkennung auf».

²²¹⁸ «es die Rechtsnorm anerkannt»] A₁ «es anerkannt»; A₂ «es die Rechtsnorm anerkannt».

²²¹⁹ Vgl. oben S. 288–300.

Man hat die Fiktion von der Anerkennung meist nicht so weit getrieben, daß man den tatsächlichen Vorgang ausnahmslos bei allen Subjekten behauptete. Insbesondere die Tatsache des vollzogenen Unrechtes hat manche Theoretiker veranlaßt, die Anerkennung nur als einen regelmäßigen, bei der Mehrzahl der Rechts-subjekte angeblich zu konstatierenden Akt oder Zustand, als Grundlage der verpflichtenden Kraft der Rechtsordnung anzunehmen. Dabei spielt wieder die so verfehlte Vorstellung von der *generellen* Natur der Rechtsbegriffe eine üble Rolle. So sagt z. B. *Jellinek*: „Wenn auch einzelne Widerstrebende durch die Macht der Gemeinschaft bezwungen werden können und ein Widerstand derselben unschädlich für das Recht ist, so ist ein Nichtanerkennen des Rechtes durch die *Gesamtheit* gleichbedeutend mit der Vernichtung desselben.“²⁾ Und *Hold von Ferneck*: „Dazu²²²¹, daß ein Komplex von Normen als ‚Recht‘ anzusehen ist, ist nicht erforderlich, daß die Normen von sämtlichen einzelnen Rechtsgenossen anerkannt werden. Als generelle Macht bedarf es lediglich der Anerkennung seitens²²²² der weitaus überwiegenden Zahl der Gebundenen“³⁾.

Nun kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Annahme einer Anerkennung seitens der Majorität – wie ließe sich übrigens eine solche konstatieren? – nicht auf empirischer Untersuchung beruht; vielmehr muß auch eine solche Annahme als Fiktion verworfen | werden. Die von den Juristen erfundene Anerkennung findet überhaupt nicht statt und die Frage nach dem Bestehen einer Rechtspflicht ist von der Existenz eines solchen Vorganges ganz unabhängig. Die formelle Richtigkeit dieser Auffassung würde allein²²²⁴ schon durch die Tatsache begründet, daß in allen jenen Fällen, in denen keine Gebundenheit durch den Rechtssatz und daher auch keine Anerkennung eines solchen besteht – nämlich in dem für die juristische Betrachtung maßgebenden²²²⁵ Falle des Unrechtes – dennoch eine Rechtspflicht angenommen werden muß. Demgegenüber kämen die noch so zahlreichen Fälle der Pflichterfüllung – selbst wenn sie mit einer Anerkennung verbunden wären – nicht in Betracht.

Im übrigen führt gerade eine „generelle“ Betrachtung die Anerkennungstheorie, deren²²²⁶ wichtigster Zweck die ethische Rechtfertigung ist, ad absurdum. Denn es müßte einen seltsam anmuten, wenn man die subjektive, individuelle

| 364

²⁾ Staatenverträge S. 18.²²²⁰

³⁾ a. a. O. S. 188.²²²³

²²²⁰ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 17 – Hervorhebung von Kelsen.

²²²¹ «*Ferneck*: „Dazu»] A «*Ferneck* (teilweise gegen *Jellinek*): „Dazu»; F* «*Ferneck*: „Dazu».

²²²² «lediglich der Anerkennung seitens»] A₁ «lediglich seitens»; A₂ «lediglich der Anerkennung seitens».

²²²³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 188.

²²²⁴ «unabhängig ... allein»] A₁ «unabhängig. Dazu wäre allein»; A₂ «unabhängig ... allein».

²²²⁵ «Betrachtung maßgebenden»] A «Betrachtung typischen (maßgebenden)»; F* «Betrachtung maßgebenden».

²²²⁶ «„generelle“ Betrachtung die Anerkennungstheorie, deren»] A «„generelle“ Behandlung der Anerkennung deren»; F* «„generelle“ Betrachtung die Anerkennungstheorie, deren».

Rechtspflicht eines einzelnen – und es gibt nur solche Rechtspflichten einzelner – auf die Anerkennung gründen wollte, die nicht von ihm selbst, sondern von der Majorität seiner Genossen, also von anderen ausgegangen ist. Dadurch mögen die Rechtspflichten aller Mitglieder der Mehrheit, nicht die der übrigen gerechtfertigt sein. Durch das juristische Majoritätsprinzip²²²⁷ kann wohl als Wille der Gesamtheit gelten, was nur die Zustimmung der mehreren hat; solche Konstruktion hat jedoch nur formale Bedeutung. Ein materiell-sittliches Majoritätsprinzip gibt es nicht. Faßt man gar die Rechtspflicht als Zustand der Willensgebundenheit im einzelnen und soll die Anerkennung die Verbindung zwischen diesem Zustand und der objektiven Rechtsordnung herstellen, dann bedeutet die Verwendung des Majoritätsprinzips die ärgste Fiktion. Die Anerkennung seitens der Majorität könnte immer nur eine Willensgebundenheit, also eine Rechtspflicht bei²²²⁸ den Mitgliedern derselben, niemals bei den Mitgliedern der Minorität zur Folge haben. Hier von einer Anerkennung der Gemeinschaft zu sprechen und dabei die Gesamtheit der Rechtssubjekte, also auch die Minorität einbegreifen, als Anerkennung der Gesamtheit gelten lassen, was nur Anerkennung eines, wenn auch des größeren Teiles ist, bedeutet die schon an anderer Stelle²²²⁹ zur Genüge charakterisierte Verwechslung von sozial-psychischer Gemeinschaft und juristischer Einheit.

Die Anerkennungstheorie – insbesondere in ihrer generellen Auffassung – dürfte, wie speziell die zitierten Ausführungen *Jellineks* zeigen,²²³⁰ hervorgerufen sein durch die Berücksichtigung der Tatsache, daß ein Rechtssatz infolge dauernder Nichtbefolgung und Nichtanwendung außer Geltung kommt, durch die Tatsache einer Zerstörung des Sollens durch das nicht entsprechende Sein. | Wie wenig gerade diese „metajuristische“ Tatsache²²³¹ geeignet ist, eine Grundlage für die juristische Konstruktion zu bilden, wurde schon wiederholt dargetan.²²³² Aber auch abgesehen davon, ist der Schluß, den man aus dieser Tatsache ziehen zu müssen glaubt, kein notwendiger. Daraus, daß ein Rechtssatz, der nicht mehr befolgt und angewendet wird, aufhört Rechtssatz zu sein, folgt nicht, daß er, um Rechtssatz zu sein, weil er dazu befolgt und angewendet werden muß, auch anerkannt werden müsse. Denn die Motive, aus denen ein Rechtssatz nicht verletzt wird, können – wie gezeigt²²³³ – die allerverschiedensten sein, und zahlreiche Rechtssätze werden befolgt, d. h. es wird ihnen gemäß gehandelt, ohne daß diese Rechtssätze als solche überhaupt²²³⁴ gekannt, geschweige denn anerkannt sind.

²²²⁷ «das juristische Majoritätsprinzip»] A₁ «das Majoritätsprinzip»; A₂ «das juristische Majoritätsprinzip».

²²²⁸ «Willensgebundenheit, also eine Rechtspflicht bei»] A₁ «Willensgebundenheit bei»; A₂ «Willensgebundenheit also eine Rechtspflicht bei».

²²²⁹ Vgl. oben S. 251–253, 273–293.

²²³⁰ Vgl. oben S. 444–446, 467, 479, 483, 493.

²²³¹ «diese „metajuristische“ Tatsache»] A₁ «diese Tatsache»; A₂ «diese „metajuristische“ Tatsache».

²²³² Vgl. oben S. 89, 132 f., 137 f., 461 f.

²²³³ Vgl. oben S. 130 f., 335–340, 464–466.

²²³⁴ «befolgt ... überhaupt»] A₁ «befolgt werden, ohne überhaupt»; A₂ «befolgt d. h. es wird ihnen gemäß gehandelt werden, ohne daß diese Rechtssätze als solche überhaupt».

Erblickt man die Anerkennung des Rechtssatzes in dem tatsächlichen rechtmäßigen Verhalten, dann ist darin für alle jene ein arger *circulus vitiosus* gelegen, die mit der Anerkennungstheorie die Verpflichtung „erklären“ wollen. Denn sie würden dann ernstlich die Ursache aus ihrer Wirkung abzuleiten versuchen, indem²²³⁵ die Anerkennung, die ja in dem rechtmäßigen Verhalten erblickt wird, den Zustand innerer Willensgebundenheit erklären sollte, als dessen Folge sie selbst erscheint. Da die Theorie, welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand²²³⁶ innerer Willensgebundenheit bezeichnet, letztlich auf eine Erklärung des rechtmäßigen Verhaltens hinausläuft, und dabei die Rechtspflicht auf der Anerkennung begründet, wird das seltsame Resultat gezeitigt, daß das pflichtmäßige Verhalten durch eben das pflichtmäßige Verhalten erklärt wird^{1) 2243}.

Daß die Anerkennungstheorie in dieser Auffassung für die Lehre vom positiven Recht schlechterdings unhaltbar ist, zeigt auch die Tatsache, daß ein neu erlassenes Gesetz nach dieser Theorie erst dann als positives Recht, als verbindlich angesehen werden könnte, wenn es durch dauerndes Befolgt- und Angewendetwerden, also durch das rechtmäßige Verhalten der Verpflichteten seine Anerkennung erhalten hätte. Daß allerdings selbst moderne Theoretiker um ihrer Anerkennungstheorie willen vor einer derartigen, den Gedanken des positiven Rechtes geradezu vernichtenden Konsequenz nicht ganz zurückgeschreckt sind, zeigt ein

| 366

¹⁾ Auf einen ähnlichen Widerspruch macht *Seligmann* a. a. O. S. 129²²³⁷ aufmerksam. Er bespricht die Lehre *Bremers* (Die authentische Interpretation, in: *Beckers*²²³⁸ u. *Muthers* Jahrbuch des gem. deutschen Rechtes Bd. II 1858 S. 284 ff.)²²³⁹, derzufolge der Begriff des Gesetzes nicht allein durch den Erlaß von Seiten bestimmter Organe erfüllt ist, sondern als fernerer Moment die *Aufnahme* jener hinzutreten muß, an welche das Gesetz sich richtet. Zur wirklichen Geltung genüge nicht, daß das Gesetz verfassungsmässig erlassen und verkündet werde, zur Rechtsbildung sei weder der Ausspruch der Gesetzgebung ausreichend, noch eine bloß leidende Mitwirkung derjenigen, deren Verhältnisse geregelt werden sollen; es müsse vielmehr dem Ausspruche der Staatsgewalt auch die Überzeugung der Untertanen von der Verbindlichkeit der aufgestellten Normen entgegenkommen.²²⁴⁰ Treffend bemerkt hierzu *Seligmann*: „Wie können die Untertanen von der Unverbrüchlichkeit überzeugt sein, wenn diese erst infolge der Überzeugung eintritt?“²²⁴¹

| 365

Von der Lehre, daß zur Geltung der Rechtssätze deren Befolgung gehöre, spricht *Seligmann* als von einem „ungeheuerlichen Resultate, daß die erfolgreiche Auflehnung der Untertanen gegen das Gesetz keinen Rechtsbruch involviere“ a. a. O. S. 131.²²⁴²

²²³⁵ «Wirkung abzuleiten versuchen, indem»] A₁ «Wirkung erklären wollen indem»; A₂ «Wirkung abzuleiten versuchen, indem».

²²³⁶ «welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand»] A₁ «welche als Rechtspflicht den Zustand»; A₂ «welche die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand».

²²³⁷ *Ernst Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 1: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin und Leipzig 1886, S. 128 f.

²²³⁸ Es handelt sich um Ernst Immanuel Bekker (1827–1916).

²²³⁹ *J. Bremer*, Die authentische Interpretation, in: Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 2 (1858), S. 241–299.

²²⁴⁰ Vgl. *Bremer*, Interpretation (Anm. 2239), insb. S. 284 f.

²²⁴¹ *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 129.

²²⁴² *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 130.

²²⁴³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

mit Lu 67 2^e

zu ziehen &... mind. +

→ Eine Copie des Buchs der Oberrhein-Universität in Basel im

19. Jhd. mit mir in originalen (Ausschnitt) von

Seeligmann von 18. 12. 1899 in Basel. & Kopie im

Prof. Brenner (Oe. authentische Interpretation in Basel

n. Mithras Jahrbuch 1889. deutsch. deuten. Bucher Bd. II

1856 d. 284 ff) In der Zeit der Schrift der 18. 12. 1899

und im Buch von Adam Böhmer in der 18. 12. 1899

1856 als Antwort. Mithras in der 18. 12. 1899

eingekommen ist, um ich die Schrift der 18. 12. 1899

aus der Zeit der 18. 12. 1899, dass die Schrift der 18. 12. 1899

schon mit mir in der 18. 12. 1899

1856 im Buch der 18. 12. 1899

Satz *Hold von Fernecks*¹⁾ 2245: „Mit dem Momente als das Recht in die Sphäre bewußter Satzung trat, hat es nicht aufgehört, Gewohnheitsrecht in dem Sinne zu sein, als es Recht nur ist, wenn es – wenn²²⁴⁶ auch nicht unmittelbar im Augenblicke²²⁴⁷ der Erlassung des Gesetzes – als bindend anerkannt wird. Und solche Anerkennung ist nur gegeben, wenn die Norm ihrem wesentlichsten²²⁴⁸ Inhalte nach bereits gegolten hat, oder wenn ihre Erlassung in den daran beteiligten Kreisen als Bedürfnis²²⁴⁹ empfunden wurde – eine Erscheinung, die zuletzt darin gründet, daß die Menschen das Seiende und nur das Seiende als das Sein Sollende betrachten“. Es ist nicht ganz klar, welchen Sinn die Parenthese: „wenn auch nicht unmittelbar im Momente der Erlassung des Gesetzes“ – hat; entweder soll damit von der Regel, daß Gesetze anerkannt werden müssen, um Recht zu sein, für den Augenblick der Gesetzterlassung eine Ausnahme gemacht werden, so daß das formell gültig erlassene Gesetz wohl verbindliches Recht auch ohne Anerkennung ist, jedoch diesen Charakter später mangels hinzutretender Anerkennung verliert. Dann ist aber von vornherein schon zugegeben, daß der Rechtssatz formell der Anerkennung nicht bedarf, daß der Satz: ohne Anerkennung kein verbindlicher Rechtssatz, falsch ist. Die Tatsache der Zerstörung der formell gültigen Rechtsnorm durch die dauernde Nichtbefolgung (Mangel der Anerkennung) kann daran nichts ändern, daß auch das noch nicht anerkannte Gesetz als verbindlich gelten muß. Und die Aufnahme der Anerkennung in den Begriff der Rechtsnorm hätte dann etwa denselben Sinn, als ob man zum Wesen irgendeines Dinges auch als Eigenschaft zählen würde, daß es nicht nachträglich vernichtet wird.

Oder aber die fragliche Parenthese bedeutet, daß das Gesetz im²²⁵⁰ Augenblicke der Erlassung noch nicht Recht sei und erst später durch die Anerkennung solches werde. Die Richtigkeit dieser Theorie dürfte sich am besten bei den Gerichten erweisen, wo jeder Richter eine arge Pflichtverletzung beginge, wenn er ein formell rechtskräftiges Gesetz mangels einer Anerkennung anzuwenden sich weigern würde! Wer ernstlich behauptet, daß ein neues Gesetz, | dessen Erlassung in²²⁵¹ den beteiligten Kreisen nicht als Bedürfnis empfunden wird, mangels Anerkennung kein Recht sei, dem kann nur mit der Frage geantwortet werden, ob denn wirklich die „beteiligten Kreise“ so einheitliche Bedürfnisse haben und nicht, was der einen Klasse als Bedürfnis scheint, der andern als gegen ihr Bedürfnis gerichtet

| 367

¹⁾ a. a. O. S. 32. 2244

| 366

2244 *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 32.

2245 Anmerkung in F* eingefügt.

2246 «es Recht nur ist, wenn es – wenn»] A₁ «es – wenn»; A₂ «es Recht nur ist, wenn es – wenn».

2247 «Augenblicke»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 32: «Momente».

2248 «wesentlichsten»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 32: «wesentlichen».

2249 «als Bedürfnis»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 32: «als ein Bedürfnis».

2250 «die fragliche Parenthese bedeutet, daß das Gesetz im»] A₁ «die Parenthese bedeutet, daß der Rechtssatz im»; A₂ «die fragliche Parenthese bedeutet, daß das Gesetz im».

2251 «ein neues Gesetz, dessen Erlassung in»] A₁ «ein Gesetz, das in»; A₂ «ein neues Gesetz, dessen Erlassung in».

gilt? Und ob es nicht zahlreiche ungerechte, gegen die Bedürfnisse großer Bevölkerungsschichten erlassene Gesetze gibt, an deren verbindlichem Rechtscharakter ein Theoretiker des positiven Rechtes nicht zweifeln darf, wenn er nicht von dem Praktiker den²²⁵² Einwand hören will, daß seine Theorie für die Rechtsanwendung nicht taugt; und doch hat seine Theorie gerade dieser Rechtsanwendung zu dienen, d. h. muß eine Theorie de lege lata und²²⁵³ weder eine Erklärung des tatsächlichen Lebens noch – wie es das Naturrecht war²²⁵⁴ – eine Sammlung von ethischen Postulaten an die Gesetzgebung, eine Theorie de lege ferenda sein.

Nach der Lehre, welche zum Wesen des verpflichtenden Rechtes den Hinzutritt der in der tatsächlichen Befolgung gelegenen Anerkennung fordert, kann die Frage, ob ein konkreter Rechtssatz vorliegt, nur rückschauend auf das dauernde Verhalten der Rechtssubjekte in Bezug auf den Rechtssatz beantwortet werden. Es ist eine durchaus *historische*, die Welt des Seins erfassende Betrachtungsweise, deren Unbrauchbarkeit und methodische Unzulässigkeit für die dogmatische Jurisprudenz hier schon gezeigt wurde.²²⁵⁵ Wenn *Hold von Ferneck* sagt: „Ist das Gesetz in formell gültiger Weise erlassen, dann gilt es ohne Rücksicht darauf, ob der einzelne ihm widerstrebt oder nicht, sofern es nur überhaupt wirkt und im allgemeinen als bindend anerkannt wird“⁽¹⁾, so kann unter dieser neben der *formellen* Gültigkeit noch geforderten materiellen „Geltung“ oder „Wirkung“ nur die von *Hold* stets als wesentlich betrachtete generelle – wenn auch nicht ausnahmslose – motivierende d. i. präventive Wirkung des Gesetzes²²⁵⁷ verstanden werden.²²⁵⁸ Dann muß man aber, um die Frage der Gültigkeit eines formell rechtskräftig erlassenen Gesetzes zu entscheiden, abwarten, ob es im Laufe der Zeit tatsächlich in der Regel motivierend gewirkt hat. Ganz abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit einer solchen Feststellung, ist ein solches Resultat für jede ehrliche Theorie des positiven Rechtes unannehmbar. Diese *historische* Erkenntnismethode steht im innigsten Zusammenhange damit, daß *Hold* das für das Moralgebiet bis zu einem gewissen Grade richtige Verhältnis von Sein und Sollen kritiklos auf das Rechtsgebiet übernimmt.

| 368 Wie bereits früher angedeutet, setzt die Fiktion der Anerkennung | eine andere Fiktion voraus, nämlich die der Kenntnis der Rechtsnormen.²²⁵⁹ Auch diese in der Theorie allgemein verbreitete Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis verdankt

| 367 |¹⁾ a. a. O. S. 49.²²⁵⁶

2252 «Praktiker den»] A₁ «Praktiker als ein Vertreter des Naturrechtes abgetan werden will den»; A₂ «Praktiker den».

2253 «dienen, d. h. muß eine Theorie de lege lata und»] A₁ «dienen hat und»; A₂ «dienen, d. h. eine Theorie de lege lata sein muß und»; F* «dienen, d. h. muß eine Theorie de lege lata und».

2254 «Naturrecht war»] A «Naturrecht seeligen Andenkens war»; F* «Naturrecht war».

2255 Vgl. insb. oben S. 127f.

2256 *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 49.

2257 «Gesetzes»] A₁ «Rechts»; A₂ «Gesetzes».

2258 Zur Rolle der (General-)Prävention bei *Hold von Ferneck* oben S. 471 in und bei Anm. 2110.

2259 Dazu insb. oben S. 487.

ihre Entstehung vornehmlich dem Bedürfnisse ethischer Rechtfertigung. Es erscheint unbillig, jemanden nach einer Norm zu verurteilen, die er gar nicht kennt, denn vom Standpunkte einer autonomen Moral kann gewiß niemand wegen Verletzung einer Norm zur Verantwortung gezogen werden, die überhaupt nicht in seinem Bewußtsein war. Insofern nun die ältere Jurisprudenz zwischen dem Norm- und Pflichtbegriffe²²⁶⁰ der Moral und dem des Rechtes nicht unterschied, glaubte²²⁶¹ sie dem Grundsatz der Moral, daß eine Norm- und Pflichtverletzung ohne Norm oder Pflichtbewußtsein nicht möglich sei, entsprechen und sich dem ethischen Postulate²²⁶² fügen zu sollen, daß ohne Normkenntnis keine rechtliche Zurechnung, d. h. also Rechtssatzanwendung stattfinden dürfe. So sagt z. B. *Kirchmann*¹⁾: „Zur Entstehung der Achtung und somit des Sittlichen gehört für den Untergebenen die Kenntnis des Gebotes an sich und die Kenntnis, daß dieses Gebot von einer Autorität ausgeht. Fehlt diese oder jene Kenntnis, so ist für das Recht eine *ignorantia juris*²²⁶⁴ vorhanden, welche an sich die Zurechnung aufhebt ...“ Diese Unterordnung unter sittliche Postulate mußte natürlich die Vertreter des positiven Rechtes in das ärgste Gedränge bringen. Denn die Gesetze schreiben eine Kenntnis der Rechtssätze als Voraussetzung für deren Anwendbarkeit in der Regel nicht vor. Schon deshalb, weil eine derartige Bestimmung in vielen Fällen praktisch die Bedeutung eines Freipasses zur Verübung des Unrechtes wäre. Denn die Behauptung der Rechtsunkenntnis dürfte kaum jemals eine widerlegbare sein. Auch²²⁶⁵ müßte eine derartige Bestimmung konsequenterweise verbunden sein mit²²⁶⁶ der Statuierung einer Rechtspflicht, die Gesetze kennen zu lernen, also nicht nur das Gesetzblatt²²⁶⁷, sondern im modernen Staate auch alle Verordnungsblätter zu lesen, kurzum das Recht zu kennen, einer Verpflichtung, die bei dem heutigen Stande der gesetzgebenden und verordnenden Tätigkeit kein²²⁶⁸ Berufsjurist voll zu erfüllen imstande wäre. Wie half sich nun die Theorie aus dieser Zwangslage, in die sie sich selbst überflüssigerweise gebracht hatte? Durch eine Fiktion! Man präsumierte einfach jene Kenntnis, von deren *tatsächlichen* Vorhandensein man juristischerseits unmöglich die Rechtsanwendung ab-

¹⁾ a. a. O. S. 71.²²⁶³

²²⁶⁰ «nun die ... Pflichtbegriffe»] A₁ «nun zwischen dem Pflichtbegriffe»; A₂ «nun die ... Pflichtbegriffe».

²²⁶¹ «unterschied, glaubte»] A₁ «unterscheidet, sondern beide auf einen Leisten schlägt, glaubte»; A₂ «unterschied, sondern beide auf einen Leisten schlug, glaubte»; F* «unterschied, glaubte».

²²⁶² «dem ethischen Postulate»] A₁ «dem Postulate»; A₂ «dem – ethischen – Postulate».

²²⁶³ *Kirchmann*, Grundbegriffe (Anm. 1952), S. 71.

²²⁶⁴ Lat.: *ignorantia juris*; dt.: Rechtsunkenntnis.

²²⁶⁵ «wäre. ... Auch»] A₁ «wäre. Auch»; A₂ «wäre. Denn die Behauptung der Unkenntnis dürfte kaum eine widerlegbare sein. Auch»; A₃ «wäre. ... Auch».

²²⁶⁶ «Bestimmung konsequenterweise verbunden sein mit»] A₁ «Bestimmung gleichbedeutend mit»; A₂ «Bestimmung konsequenter Weise verbunden sein mit».

²²⁶⁷ «Gesetzblatt»] A «Reichsgesetzblatt»; F* «Gesetzblatt».

²²⁶⁸ «Tätigkeit kein»] A₁ «Tätigkeit des Staates kein»; A₂ «Tätigkeit kein».

hängig machen konnte! D.h. die Theorie gab dem ihr nur durch methodische Irrtümer entstandenen Scheinproblem eine Scheinlösung. Da es keinem Richter der Welt beifallen konnte, eine bestehende Wucherstrafe nicht zu verhängen, weil der Wucherer vorgab, nicht gewußt zu haben, daß sein Verhalten mit Strafe bedroht sei – und das ist in zahlreichen Fällen keine unglaubwürdige²²⁶⁹ Behauptung – erklärte die Theorie, es sei jeder so zu behandeln, als ob er das Gesetz kennen würde, man müsse Kenntnis des Gesetzes unter allen Umständen annehmen. Eine solche allgemeine Präsumption²²⁷⁰ der Gesetzeskenntnis ist nun tatsächlich nichts anderes als die Eliminierung des ethischen Prinzips der Normkenntnis. Wie jede Präsumption bedeutet auch diese nur, daß es für die rechtliche Beurteilung auf die Existenz der präsumierten Tatsache, also im vorliegenden Falle der Gesetzeskenntnis *nicht*²²⁷¹ ankomme. Allein, dessen waren sich manche Theoretiker nicht bewußt und vermeinten nachweisen zu müssen, daß die präsumierte Tatsache stets auch wirklich bestehe, d.h. sie machten die Präsumption zur *Fiktion*. Nun war es wohl – ganz besonders für praktische Juristen²²⁷² – schlechterdings unmöglich, eine wirklich allgemeine Rechtskenntnis der Subjekte zu behaupten. Auch mußte die Tatsache berücksichtigt werden, daß der Stand der Gesetzgebung in jedem Staate ein anderer und das Betreten eines fremden Staatsgebietes zwar sofort mit dem Unterworfensein unter dessen Gesetze, jedoch unmöglich mit der intuitiven Erkenntnis derselben verbunden ist. Man beschränkte sich daher, gewissermaßen eine indirekte Rechtskenntnis zu behaupten, indem man es als selbstverständlich hinstellte, daß jeder Mensch doch im allgemeinen wissen müsse, was geboten und verboten sei. Nicht die Kenntnis der positiven Rechtssätze in ihrer besonderen Gestaltung sei²²⁷³ notwendig, sondern nur dessen, was durch diese angeordnet werde. Und diese Kenntnis sei jedermann gewiß, da sie ihm durch die Gebote der angeborenen Moral wie der gewohnheitsmäßig geübten Sitte, durch die Vorschriften seines besonderen Berufes, durch das ganze gesellschaftliche Zusammenleben vermittelt würden. Diese Annahme geht Hand in Hand mit der bereits früher gewürdigten Anschauung von der sekundären Natur der Rechtssätze, derzufolge die letzteren nur als Garantie gewisser anderer Normen der Moral, Sitte und sonstiger sozialer Faktoren erscheinen.²²⁷⁴

Und²²⁷⁵ diese Fassung der Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis hat eine Rückwirkung auf die Anerkennungstheorie geübt, indem man als Gegenstand der

²²⁶⁹ «ist in zahlreichen Fällen keine unglaubwürdige»] A₁ «ist bei der schwankenden Gesetzgebung in diesem Punkte nicht unglaubwürdige»; A₂ «ist bei der schwankenden Gesetzgebung in diesem Punkte keine unglaubwürdige»; F* «ist in zahlreichen Fällen keine unglaubwürdige».

²²⁷⁰ «solche allgemeine Präsumption»] A₁ «solche Präsumption»; A₂ «solche allgemeine Präsumption».

²²⁷¹ «Tatsache ... *nicht*»] A₁ «Tatsache *nicht*»; A₂ «Tatsache ... *nicht*».

²²⁷² «für praktische Juristen»] A «für Strafrjuristen»; F* «für praktische Juristen».

²²⁷³ «Rechtssätze in ihrer besonderen Gestaltung sei»] A₁ «Rechtssätze sei»; A₂ «Rechtssätze in ihrer besonderen Gestaltung sei».

²²⁷⁴ Vgl. oben S. 443–464.

²²⁷⁵ «würden. Diese ... »] Und»] A₁ «würden. »] Und»; A₂ «würden. Diese ... »] Und».

Anerkennung nicht den konkreten Satz des positiven Rechtes, sondern jene primären Normen der Moral, Sitte und sonstiger sozialer Mächte annahm, die den Rechtssubjekten auch ohne Kenntnis des positiven Rechtes evident sein müßten.

Schon bei *Heinze* wurde diese Fiktion der Kenntnis und Anerkennung von Normen, die sich aus der Natur der Dinge selbst ergeben, als ein Behelf zur Konstruktion seines Pflichtbegriffes konstatiert¹⁾. Eine umfassende Durchführung hat diese Anschauung neustens in der sogenannten Kulturnormentheorie *M. E. Mayers* erfahren, dessen hier im Zusammenhange mit jenen Theoretikern Erwähnung getan wurde, die wie *Heinze* die Rechtspflicht als die von der Rechtsordnung geschützte, nicht von dieser, sondern von anderen Autoritäten geschaffene²²⁷⁷ Pflicht auffassen.²²⁷⁸ Die Haltlosigkeit auch dieser Form der Anerkennungstheorie wird sich am besten an Hand der *Mayerschen* Lehre erweisen lassen, die einer Reihe von Anschauungen, welche in der heutigen Jurisprudenz mehr oder minder vage kursieren, präzisen Ausdruck verliehen hat. Diese²²⁷⁹ Lehre ist im wesentlichen die folgende:

„Die Rechtfertigung des Rechtes und in Sonderheit die Verbindlichkeit des Gesetzes²²⁸⁰ beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt“⁽²⁾. Unter Kulturnormen versteht *Mayer* „die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und Berufes an das Individuum herantreten“⁽³⁾ ²²⁸³. Da die Pflichten, deren Verletzung durch die Rechtsordnung geahndet werden, identisch seien mit jenen, die von der Kultur statuiert werden und die jeder Zurechnungsfähige kenne und anerkenne, so könne keiner sich beklagen, er werde nach Normen gerichtet, die ihm nicht mitgeteilt sind. „Vielmehr wird jeder nach Gesetzen beurteilt, deren Verbindlichkeit er anerkannt hat. Seine Anerkennung bezieht sich nur nicht auf die in Rechtsform gegossenen Normen²²⁸⁴, sondern auf die gleichlautenden²²⁸⁵, die er aus der Kultur²²⁸⁶ kennen gelernt hat“²²⁸⁷.

¹⁾ Vgl. oben S. 321 ff.²²⁷⁶

²⁾ a. a. O. S. 16.²²⁸¹

³⁾ a. a. O. S. 17.²²⁸²

²²⁷⁶ Vgl. oben S. 447–451.

²²⁷⁷ «dieser, sondern von anderen Autoritäten geschaffene»] A₁ «dieser geschaffene»; A₂ «dieser sondern von anderen Autoritäten geschaffene».

²²⁷⁸ Vgl. oben S. 453 f.

²²⁷⁹ «lassen ... Diese»] A₁ «lassen. Diese»; A₂ «lassen. die einer Reihe von Anschauung, die in der heutigen Jurisprudenz mehr oder minder vage kursieren, präzisen Ausdruck verliehen hat. Diese».

²²⁸⁰ «des Gesetzes»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 16: «der Gesetze».

²²⁸¹ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 16.

²²⁸² *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17.

²²⁸³ Anmerkung in F* eingefügt.

²²⁸⁴ «gegossenen Normen»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17: «gegossene Norm».

²²⁸⁵ «gleichlautenden»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17: «gleichlautende».

²²⁸⁶ «Kultur»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17: «Kultur, unter der er lebt».

²²⁸⁷ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17.

Die Lehre *Mayers* steht und fällt mit ihren Voraussetzungen, daß es überhaupt einheitliche Kulturnormen gibt, die von den Subjekten gekannt und anerkannt werden und daß die konkreten Rechtsnormen mit diesen Kulturnormen übereinstimmen.

Schon die erste Voraussetzung erweist sich als eine mit zahlreichen Tatsachen in Widerspruch stehende Fiktion. Denn alle jene, auf welche die Gesamtrechtsordnung nachsichtslos Anwendung findet, sind durchaus nicht im gleichen Maße mit den Normen der Kultur vertraut. Der Grad der Bildung, die Erziehung, das Milieu und vor allem auch die natürliche Veranlagung lassen den einen mehr, den anderen weniger teilhaftig werden. Und während die objektive Rechtsordnung²²⁸⁸ alle ausnahmslos beherrscht, führen die Kulturnormen nur in sehr verschiedenem Ausmaße bei den einzelnen Individuen ihre | subjektive Existenz. Es gibt kaum ein Gebiet, das so tiefgehende Gegensätze aufweist als gerade das der Kultur. Selbst wenn man nur die Normen einer ethischen Kultur ins Auge faßt und von denen einer ästhetischen und aller übrigen geistigen Kulturen absieht, kann man sich nicht des Eindruckes allerschärfster Differenziertheit innerhalb desselben Rechtsgebietes verschließen. Man muß nicht gleich an ein Land wie Rußland denken, wo sich die Gegensätze besonders schroff gestalten. Für kein Land der Welt wird man wohl ernstlich behaupten wollen, daß der letzte Packträger und Feldarbeiter, der von aller geistigen Bildung unberührte Analphabet die Kulturnormen im gleichen Ausmaße kennt und anerkennt, wie etwa nur der durchschnittlich Geschulte. Und doch kommt auf beide, die der Segnung der Kultur in so ungleichem Maße teilhaftig werden, die Rechtsordnung in gleicher Weise und in ihrer Totalität in Betracht. *Vor dem Gesetze, aber nicht vor der Kultur sind alle gleich.* Und selbst wenn eine vollkommene Gleichheit der äußeren Verhältnisse allen Menschen im gleichen Maße ermöglichte, die Normen der Kultur kennen zu lernen, würde sich vielleicht noch schärfer als heute zeigen, daß es derartige einheitliche Kulturnormen gar nicht gibt. Kultur ist immer nur eine individuelle Funktion, ein höchst Persönliches und die Anschauungen über sie so verschieden wie die Weltanschauungen. Es gibt keine einheitliche objektive Kultur so wie es eine einheitliche objektive Rechtsordnung gibt. Und was dem einen als Forderung der Kultur erscheint, wird von dem andern verdammt. Weil die *Mayersche* Kulturnorm nur ein Sammelbegriff für ethische, religiöse, ästhetische, wirtschaftliche und andere soziale Normen ist, muß sie sich in die Verschiedenheit der ethischen, religiösen, ästhetischen und sonstigen sozialen Anschauungen zersplittern. Beschränkt man sich aber auf die in der konkreten Rechtsordnung zum Ausdruck gelangten Kulturnormen, dann ist es erst recht ausgeschlossen, von einer allgemeinen Kenntnis *und Anerkennung* dieser durch alle oder nur die meisten Rechtssubjekte²²⁸⁹ zu sprechen. Man muß durchaus nicht

²²⁸⁸ «die objektive Rechtsordnung»] A₁ «die Rechtsordnung»; A₂ «die objektive Rechtsordnung».

²²⁸⁹ «einer ... Rechtssubjekte»] A₁ «einer Kenntnis *und Anerkennung* dieser durch alle Rechtssubjekte»; A₂ «einer ... Rechtssubjekte».

Marxist sein, um einzusehen, daß die in der jeweiligen Rechtsordnung zur Herrschaft gelangten Kulturnormen sich keinesfalls mit demjenigen vereinbaren lassen, was einer zahlreichen Klasse von Menschen als Kulturnorm erscheint. Die in der Rechtsordnung herrschende Kultur ist die Kultur der herrschenden Klasse und ihre Normen stehen im schärfsten Gegensatze zu denjenigen, die als Kulturnormen des Proletariats gelten müssen. Auf welchem Standpunkte immer man stehen mag, ob man in den Postulaten der einen oder der anderen sozialen Gruppe Kulturnormen erblicken will, dagegen darf man sich nicht verschließen, daß die in der geltenden Rechtsordnung | ausgedrückten Kulturnormen von einem großen Teile der Bevölkerung nicht nur nicht anerkannt, sondern geradezu aufs heftigste bekämpft werden! Und angesichts der Tatsache, daß die heutige Gesellschaft in zwei und noch mehr Lager gespalten ist, deren Welt- und Kulturanschauungen zum großen Teile divergieren, kann auch nicht von einer Durchschnittskultur und deren Normen gesprochen werden. Und schon darum ist falsch, was *Mayer* von seiner These, daß das Individuum die Kulturnormen kenne und anerkenne, behauptet: sie sei *in der Regel* richtig, das Prinzip bringe „in die Breite der Erscheinung²²⁹⁰ Licht und Einheit“⁽¹⁾ ²²⁹², Ausnahmen könnten vernachlässigt werden.

|372

Aber selbst wenn die vermeintliche Regel bestünde, wäre mit ihr für die Rechtswissenschaft nichts gewonnen. Denn diese nur die Regel der Fälle berücksichtigende, die Ausnahmen vernachlässigende Betrachtungsweise kann, wie schon früher gezeigt, für das Recht nicht in Anwendung kommen, dessen Methode eine individuelle, nicht generelle ist. Die Darstellung *Mayers* zeigt selbst die Unzulänglichkeit dieser „generellen“ Konstruktionsmethode. Während er auf der einen Seite sagt, daß *jeder* nach Gesetzen gerichtet werde, deren Verbindlichkeit er anerkannt habe, und dabei von der sittlichen Vorstellung ausgeht, daß es für das *Individuum* unbillig sei, nach Normen gerichtet zu werden, die es *selbst* nicht anerkannt hat, muß²²⁹³ er auf der anderen Seite²⁾ dieses Prinzip wieder aufgeben: „Wenn ein oder der andere sich lossagt von allgemein anerkannten Geboten, so weiß er doch, daß seine Privatmoral nicht anerkannt ist. Der Anarchist, der den Fürstenmord glorifiziert, weiß sehr wohl, daß er gegen die anerkannten Kulturnormen kämpft“. Gewiß, aber nicht gegen die von *ihm*, sondern von anderen anerkannten Kulturnormen! Der Standpunktwechsel, den *Mayer* vollzieht, ist zu

|¹⁾ a. a. O. S. 17.²²⁹¹|²⁾ a. a. O. S. 18.²²⁹⁴

|372

²²⁹⁰ «Erscheinung»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17: «Erscheinungen».

²²⁹¹ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 17.

²²⁹² Anmerkung in F* eingefügt.

²²⁹³ «habe, und ... hat, muß»] A₁ «habe, muß»; A₂ «habe, und dabei von der sittlichen Vorstellung ausgeht, das für das *Individuum* unbillig sei, nach Normen gerichtet zu werden, die es *selbst* nicht anerkannt hat muß».

²²⁹⁴ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 18.

98

"Kommende Schülervereine keine gl." gemacht,
 Neben mich am besten die von oben, sondern von unten
 durch unvollständigen Schülervereine! der Zweck
 geht nicht aus, der Mege nützlich, ist die Natur eine
 nicht unzufrieden! Wenn die Entwicklung eine
 Entwicklung der Geschlechter durch die Entwicklung sein
 soll, dann ist die eine individuelle Natur
 sein, dann die Entwicklung durch die eine
 politische Momente der Teilhaftigkeit, ist
 die Entwicklung in der Natur der Natur mit
 nicht die Entwicklung und der Natur der
 Entwicklung der Natur zu die eine die eine
 Entwicklung der politischen Entwicklung zu einer
 politischen Teilhaftigkeit, ist die Natur
 die Entwicklung der Entwicklung der Entwicklung mit
 die Entwicklung der Entwicklung der Entwicklung
 nicht wie ein ein eine Entwicklung die Entwicklung
 sondern, die Entwicklung der Entwicklung

klar, um nicht aufzufallen! Wenn die Anerkennung eine *Rechtfertigung* der verbindlichen Kraft des Gesetzes sein soll, kann sie dies nur im individuellen Sinne sein, denn die Rechtfertigung liegt dann in dem sittlichen Momente der Selbstverpflichtung, das der Anerkennung innewohnt. Als gerechtfertigt erscheint die Rechtsnorm, wenn man nicht nur konstatiert, daß sie ist, sondern auch, daß sie sein soll. Daß heißt aber nichts anderes, als daß sie einer höheren, der sittlichen Norm entspricht. Und diese sittliche Norm ist der autonome Imperativ des Subjektes an sich selbst, der in der Anerkennung gelegen ist, durch welche das Subjekt die Rechtsnorm zu seiner eigenen macht, sich selbst verpflichtet.²²⁹⁵ Nur der eigenen und nicht der Anerkennung anderer kommt dieser rechtfertigende Charakter zu, da nur die eigene Anerkennung die objektive | Rechtspflicht zu einer subjektiven Selbstverpflichtung macht! Das Moment, durch welches Mayer die Anwendung des Gesetzes auf den Anarchisten zu rechtfertigen versucht, ist in Wahrheit nicht – wie er glauben machen möchte – die Anerkennung, sondern die Tatsache, daß der Anarchist die zur Anwendung kommende Kulturnorm von anderen anerkannt weiß; darin ist jedoch keine Rechtfertigung gelegen.

| 373

Das von Mayer gewählte Beispiel des Anarchisten für einen, der die herrschenden Kulturnormen nicht anerkennt, kann auch insoferne zu Mißverständnissen Anlaß geben, als es den Anschein erweckt, daß die Zahl derer, welche die geltende Rechtsordnung nicht anerkennen, sich auf die Anarchisten beschränke und daher eine²²⁹⁶ verschwindend kleine sei. Allein, wie steht es um die in Deutschland und Österreich nach Millionen zählenden Vertreter des Sozialismus, die entschieden die Aufhebung des Privateigentums glorifizieren, dessen Schutz und Erhaltung die vornehmste jener „allgemein anerkannten“ Kulturnormen ist, die in der herrschenden Rechtsordnung zum Ausdrucke gelangen? Selbst eine die Ausnahmen vernachlässigende, *generelle* Betrachtungsweise kann hier wohl nicht nur von dem einen oder anderen sprechen, der sich von anerkannten Geboten losreißt, hier ist es keine Privatmoral, die als unbedeutende Ausnahme unberücksichtigt bleiben darf, hier steht die eine Welt- und Kulturanschauung der anderen gegenüber!

Faßt man die Anerkennung¹⁾ in einem generellen Sinne, begnügt man sich, zur Begründung der verpflichtenden Natur der Rechts|sätze eine regelmäßige Aner-

| 374

¹⁾ Es ist nicht genau festzustellen, welchen *psychischen* Vorgang eigentlich Mayer als Anerkennung verstanden haben will. S. 18²²⁹⁷ sagt er: „Pflichten kennen und anerkennen heißt noch nicht, sie befolgen wollen, geschweige denn sie befolgen. In dem Bewußtsein der Pflichten, von dem wir

| 373

²²⁹⁵ «Als gerechtfertigt ... selbst verpflichtet.»] drei Sätze in A₂ eingefügt.

²²⁹⁶ «anerkennen ... eine»] A₁ «anerkennen, eine»; A₂ «anerkennen ... eine».

²²⁹⁷ Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 18 f.

2008 898

Zwei Seiten 10. ... immer wieder
 + alle sprachliche Aufwind die (Bucht) waren, meine
 meine nicht mit Wohlstand daß bei 1/2, sondern mit
 daß für mich toll. Ich finde aber nicht uninteressant
 daß bei mir in diesem - die letzten Jahre (Bucht) noch
 spärlich. Und diese letzten (Bucht) ist schon die ersten
 meine (Bucht) das (Bucht) um bei (Bucht), die in
 die (Bucht) von (Bucht) ist, (Bucht) welche (Bucht) (Bucht)
 die (Bucht) wenn (Bucht) immer mehr (Bucht) (Bucht)
 (Bucht).

kennung der Mehrheit aller Rechtssubjekte zu behaupten, dann verliert – wie bereits früher bemerkt²²⁹⁸ – die Anerkennung ihren rechtfertigenden Charakter und wird entsprechend der generellen, das Sein erfassenden Betrachtungsweise zur kausalen Erklärung. Sie macht nur mehr begreiflich, warum die meisten Menschen sich rechtmäßig verhalten. Darum kann die *Mayersche* Anerkennungstheorie in ihrer schließlichen Gestaltung nicht als Rechtfertigung betrachtet werden, als welche sie allerdings gedacht ist.

Die Richtigkeit der zweiten Voraussetzung *Mayers*, daß die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen, ist schon durch die Tatsache widerlegt, daß von einem einheitlichen Kulturbegriffe keine Rede sein kann. Es ist unmöglich, von einer Übereinstimmung der Rechtsnormen mit Kulturnormen zu sprechen, wenn über den Inhalt der Kulturnormen die tiefgehendsten Meinungsverschiedenheiten bestehen. Eine derartige Übereinstimmung könnte höchstens von jener verhältnismäßig kleinen Gruppe behauptet werden, deren Kulturpostulate in der Rechtsordnung auf Grund der herrschenden Machtverhältnisse berücksichtigt wurden. Allein, auch in diesem beschränkten Umfange muß eine wesentliche Differenz zwischen Kulturnormen und Rechtssätzen stets bestehen. Denn einerseits sind gewisse Normen, insbesondere solche der Ethik, die in den Strafgesetzen garantiert werden, so überaus individueller Natur, daß selbst die Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen oder politischen Gruppe keine Uniformität begründet, andererseits gibt es eine große Anzahl von Rechtssätzen, die selbst bei der weitesten Auffassung des Kulturbegriffes als kulturell indifferent bezeichnet werden müssen. Zahlreiche Bestimmungen des Zivil- und Verwaltungsrechtes bringen keine „Kulturnormen“ zum Ausdrucke, sondern sind nur die konkrete Regelung irgendeines Verhältnisses, das auch ebensogut auf manche andere Weise normiert werden könnte, ohne irgendwie mit einem Postulate der Kultur in Konflikt zu geraten.

sprechen, liegt nichts von den moralischen Akzenten, unter denen das Pflichtbewußtsein steht. Die Seele als Wille und die Seele als Vorstellung, das sind zwei Welten. Die Grundlehre der hellenischen Ethik, die Tugend und Wissen gleichsetzt, hat der kritische Verstand längst als eine glückselige Naivität unter die unwiderbringlichen [sic] Illusionen eingereiht.“ Dem letzteren mag ja beigestimmt werden. Allein, wenn die Anerkennung kein Wollen ist, kann sie nur ein Wissen d. h. Vorstellen sein; dann bleibt aber der Unterschied unerfindlich, der zwischen Kennen und Anerkennen besteht und den *Mayer* stets ausdrücklich hervorhebt. Gibt er doch selbst das Beispiel des Anarchisten, der die Rechtsnormen wohl kennt, aber nicht anerkennt! Eine Norm anerkennen, kann doch wohl nur heißen, sich ihr unterwerfen, sie zu seiner eigenen machen, d. h. sie seinem *Willen* zur Richtschnur geben. Meint man, die Anerkennung läge in dem Urteile, die Rechtsnorm *solle* bestehen, so muß betont werden, daß ein solches Urteil, welches nur die Übereinstimmung einer Rechtsnorm mit einer Moralnorm beinhaltet, jene sittliche *Willensrichtung* zum Ausdrucke bringt, die als autonome Moralnorm bewußt wird.

²²⁹⁸ Vgl. oben S. 474–493, insb. 474–476, 480f., 482f., 490f., 492f.

Man denke z. B. an die prozeßrechtlichen Normen, die ein bestimmtes Verfahren regeln, ohne daß nach irgendeiner Kulturanschauung gerade diese Regelung gefordert wäre. In solchen Fällen muß die *Mayersche* Rechtfertigungsformel völlig versagen. Denn auch die kulturell indifferenten Rechtsnormen haben verpflichtende Natur und werden von den Staatsorganen angewendet²²⁹⁹, ohne daß ihnen von den Verpflichteten gekannte und anerkannte Kulturnormen zu Grunde liegen.

| 375 Eine Theorie, welche die verpflichtende Kraft des objektiven Rechtes auf dessen Übereinstimmung mit den subjektiven Normen einer Moral oder Kultur gründet, kann nicht – und schon die naturrechtliche Jurisprudenz ist hiefür ein Beispiel – bei einer Rechtfertigung des positiven Rechtes stehen bleiben, sondern muß konsequenterweise zu einer Kritik und damit unter Umständen zu²³⁰⁰ einer Negation des positiven Rechtes gelangen. Nichts anderes ist es, wenn z. B. *Mayer* durch die unleugbare Tatsache, daß Rechtssätze mit den Normen der²³⁰¹ Kultur, d. h. dessen, was nach der Ansicht des jeweiligen Beurteilers als Kultur erscheint, im Widerspruch stehen, veranlaßt wird, solche Rechtssätze als „schlechte Gesetze“[,] als „unrichtiges Recht“ zu bezeichnen.²³⁰² Daß eine solche Kritik für das positive Recht bedeutungslos sein muß, ist selbstverständlich, denn auch schlechte Gesetze haben verbindliche Kraft und sollen angewendet werden; zwischen „unrichtigem“ und „richtigem“ Rechte ist eine relevante, formal juristische Unterscheidung nicht zu finden.

Der naturrechtliche Grundzug in der heutigen Lehre von der Rechtspflicht, der sich in dem Fehlen der sonst streng geforderten Trennung von Recht und Moral, in der ausgesprochen ethisierenden Richtung dieser Partie der Rechtslehre manifestiert¹⁾, tritt ganz besonders charakteristisch und unzweideutig in den Fiktionen der Rechtskenntnis und Anerkennung zu Tage, die²³⁰⁵ ja vornehmlich zur Konstruktion des üblichen Rechtspflichtbegriffes aufgestellt werden. Wer das innere Wesen der Anerkennungstheorie, den Anlaß, dem ihre Entstehung zuzuschreiben

| 375 ¹⁾ Unter ausdrücklicher Berufung auf das Naturrecht konstruiert z. B. *Hold von Ferneck* seinen Rechtspflichtbegriff im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Begriffe der sittlichen Pflicht. Er sagt a. a. O. S. 37²³⁰³: „Bereits die Lehrer des Naturrechts haben das Recht nicht isoliert, sondern im Zusammenhange mit der Moral behandelt, indem sie den Rechtspflichten die Tugendpflichten zur Seite stellten und eine innere Konnexität der beiden Gebiete konstatierten²³⁰⁴.“

²²⁹⁹ «werden von den Staatsorganen angewendet»] A₁ «werden angewendet»; A₂ «werden von den Staatsorganen angewendet».

²³⁰⁰ «damit unter Umständen zu»] A₁ «damit zu»; A₂ «damit unter Umständen zu».

²³⁰¹ «mit den Normen der»] A₁ «mit der»; A₂ «mit den Normen der».

²³⁰² Vgl. *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 25 f. – beide Wendungen finden sich dort.

²³⁰³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 37.

²³⁰⁴ «konstatierten»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 37: «konstruierten».

²³⁰⁵ «Fiktionen der Rechtskenntnis und Anerkennung zu Tage, die»] A₁ «Fiktion der Kenntnis und Anerkennung der Rechtsnormen zu Tage, die»; A₂ «Fiktionen der Rechtskenntnis und Anerkennung, die».

ist, das theoretische Bedürfnis, dessen Befriedigung sie dient, durchschaut, dem muß sich die unabweisliche Erkenntnis aufdrängen, daß die Theorie, welche die Verbindlichkeit der Staatsgesetze auf der Anerkennung durch die Rechtsgenossen gründet, nur eine Spielart der alten, naturrechtlichen Vertragstheorie ist. Unter dem Namen der Anerkennungstheorie hat der längst totgeglaubte, von den Vertretern der modernen Rechtswissenschaft mit Recht so bekämpfte Gedanke²³⁰⁶ des *contrat social* fortgelebt. Es ist die gleiche Problemstellung, die zur Fiktion des Gesellschaftsvertrages und zu der der Anerkennung geführt hat. Die Frage nach dem Grunde der Staatsautorität, der verpflichtenden Kraft der staatlichen Normen, das mißverständlich an die Rechtswissenschaft gestellte Postulat einer materiellen *Rechtfertigung* statt einer bloß formalen Konstruktion der staatlichen Rechtsordnung hat²³⁰⁷ bei der naturrechtlichen Schule und bei den modernen Theoretikern²³⁰⁸ des positiven Rechtes die gleichen Theorien veranlaßt; und der gleiche Grundgedanke ist | es, der in beiden nur dem Namen nach verschiedenen Theorien das gestellte Problem löst. Von der ethischen Voraussetzung ausgehend, daß das Individuum nur durch das eigene Willensgebot verbunden werden kann, glaubte die naturrechtliche Schule auf eine Mitwirkung des Individuums bei der Begründung der Staatsautorität (die sich in den verpflichtenden Rechtssätzen äußert) nicht verzichten zu können. Die Idee der natürlichen Freiheit²³⁰⁹ des Menschen, die das Naturrecht beherrscht, muß notwendig zu dem Gedanken führen, daß alle Verpflichtung nur Selbstverpflichtung sein kann. Und wenn man z. B. die Gebote des absoluten Monarchen darum für das Individuum als verbindlich²³¹⁰ erklärt, weil zwischen beiden ein Vertrag stattgefunden habe, in welchem sich der Untertan dem Herrscher unterwirft, so geschah dies deshalb, weil man die fremde Norm nur durch den im Vertrage zum Ausdruck gelangenden eigenen und freien Willensakt²³¹¹ des Individuums für dieses verbindlich, die normsetzende Macht zur *legalen Autorität* werden ließ. Dies ist der eigentliche Sinn des naturrechtlichen Axioms, daß nur Verträge rechts- und pflichtbegründend seien. Das sittliche Prinzip²³¹² der Selbstverpflichtung ist das der Vertragstheorie ebenso wie der Anerkennungstheorie innewohnende rechtfertigende Moment.

| 376

Wenn auch die Vertreter der Anerkennungstheorie diesen Zusammenhang mit der Lehre vom *contrat social* möglichst zu verdunkeln trachten, indem sie dem

²³⁰⁶ «totgeglaubte ... Gedanke»] A₁ «totdtegglaubte Gedanke»; A₂ «totdtegglaubte ... Gedanke».

²³⁰⁷ «Konstruktion der staatlichen Rechtsordnung hat»] A₁ «Konstruktion hat»; A₂ «Konstruktion der staatlichen Rechtsordnung hat».

²³⁰⁸ «den modernen Theoretikern»] A₁ «den Theoretikern»; A₂ «den modernen Theoretikern».

²³⁰⁹ «der natürlichen Freiheit»] A₁ «der Freiheit»; A₂ «der natürlichen Freiheit».

²³¹⁰ «darum für das Individuum als verbindlich»] A₁ «darum für verbindlich»; A₂ «darum für das Individuum für verbindlich».

²³¹¹ «gelangenden eigenen und freien Willensakt»] A₁ «gelangenden Willensakt»; A₂ «gelangenden eigenen u freien Willensakt».

²³¹² «Das sittliche Prinzip»] A₁ «Das Prinzip»; A₂ «Das sittliche Prinzip».

Akte der Anerkennung alle jene Qualitäten zu nehmen bemüht sind, die ihn als Willensakt einem Vertragsschlusse ähnlich machten, wenn sie etwa in ausdrücklicher Opposition gegen die Vertragslehre¹⁾ die Anerkennung als habituellen Zustand erklären und in der Einschränkung des von ihnen gebrauchten Begriffes – nicht zum geringsten Teile aus Furcht vor dem Vorwurf der Vertragstheorie – so²³¹⁴ weit gehen, daß sich der Inhalt des Begriffes faktisch zu nichts reduziert, so müssen sie, wenn sie ihre Theorie nicht einfach aufgeben wollen, die²³¹⁵ Anerkennung als irgendeinen für die Verpflichtung des Individuums wesentlichen psychischen Akt²³¹⁶ oder Zustand desselben (auch ein Zustand stellt sich ja nur als eine Reihe von psychischen Akten dar) gelten lassen. Damit ist aber der Grundgedanke der Vertragstheorie gegeben: die Mitwirkung des Subjektes bei der Verpflichtung durch die staatliche Autorität. Und wenn man das Gesetz, die Rechtsnorm, als Wille des Staates auffaßt und die Anerkennung als die irgendwie erfolgte Zustimmung²³¹⁷ des Subjektes betrachten muß, dann ist der Tatbestand dessen gegeben, was die Jurisprudenz einen Vertrag nennt. Ob sich | dabei die Zustimmung oder Anerkennung auf den konkreten Rechtssatz selbst oder auf eine gedachte Norm, die alle möglichen Rechtssätze in sich begreift, oder aber auf die mit den Rechtsnormen angeblich übereinstimmenden, in der Natur der Dinge gelegenen oder angeborenen Kulturnormen bezieht, ist im Grunde genommen gleichgültig. Denn in allen diesen Fällen ist es der Inhalt oder Zweck des normierenden Staatswillens – wenn auch nicht die spezifische Form – der nach der üblichen Lehre gekannt und anerkannt werden muß, da die inhaltliche Übereinstimmung von Kulturnormen und Rechtsnormen die selbstverständliche Voraussetzung dafür ist, daß die Anerkennung der ersteren als Rechtfertigung der letzteren gelten kann.²³¹⁸

| 377

Wenn *Bierling*¹⁾ gegen die Vertragstheorie des Naturrechtes vorbringt, sie gründe die verbindliche Kraft des Gesetzes auf ein Postulat, das im Widerspruch stehe mit dem positiven Rechte selbst, indem sie eine Allgemeinverbindlichkeit der Verträge voraussetze, die das positive Recht gar nicht kennt, so trifft er mit diesem Vorwurf ebensogut seine eigene Anerkennungstheorie. Denn das positive Recht kennt auch keine Allgemeinverbindlichkeit der „Anerkennung“; allein, der Vertrag

| 376
| 377

¹⁾ Vgl. z. B. *Bierling* a. a. O. S. 68 ff.²³¹³

¹⁾ a. a. O. S. 76.²³¹⁹

²³¹³ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 68–80.

²³¹⁴ «Begriffes ... so»] A₁ «Begriffes so»; A₂ «Begriffes ... so».

²³¹⁵ «aufgeben wollen, die»] A₁ «aufgeben, dennoch niemals so weit gehen, die»; A₂ «aufgeben wollen, die».

²³¹⁶ «irgendeinen ... Akt»] A₁ «irgend einen Akt»; A₂ «irgend einen psychischen Akt»; A₃ «irgend einen ... Akt».

²³¹⁷ «die irgendwie erfolgte Zustimmung»] A₁ «die Zustimmung»; A₂ «die irgend wie erfolgte Zustimmung».

²³¹⁸ «Ob sich dabei ... gelten kann.» (51015–51025)] in A₂ eingefügt.

²³¹⁹ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 76.

der Naturrechtslehrer ist ebensowenig als Rechtsgrund der Verbindlichkeit der Staatsgesetze aufzufassen wie die Anerkennung; er ist für diese in erster Linie ein sittlicher Rechtfertigungsgrund. Auch ist der *contrat social* nicht etwa in einem historisch-realen, sondern in einem rein spekulativ-konstruktiven Sinne zu verstehen. Und wenn *Bierling* es geradezu für unmöglich erklärt, „in den Bereich eines Staates zu treten, ohne die in ihm geltenden Normen anzuerkennen, sofern der Eintretende nicht einen Krieg gegen alle will“²³²⁰, so meint man, wörtlich einen der so verspotteten Naturrechtslehrer zu hören, mit deren spezifischen Hilfsvorstellungen von dem „staatslosen Zustande“, dem *bellum omnium contra omnes*, dem Eintritt in den Staat *Bierling* hier selbst operiert²⁾ ²³²³.

[Daß die Anerkennungstheorie eine Konsequenz der Imperativtheorie ist, wurde bereits angedeutet¹⁾. Der vertragstheoretische Charakter einer Lehre, die den Rechtssatz als nackten Imperativ rechtmäßigen Verhaltens auffaßt, muß ganz besonders einleuchten, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Imperativ eine empfangsbedürftige Erklärung ist, daß er, ohne vernommen und angenommen zu werden, schlechterdings sinnlos ist. Damit ist der innere Zusammenhang von Imperativ-, Anerkennungs- und Vertragstheorie sowie der naturrechtliche Ursprung dieses Anschauungskomplexes erwiesen. Damit ist auch die innere Bedeutung der hier vertretenen formalen Auffassung²³²⁵ des Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteiles, das den bedingten Willen des Staates zu eigenem Verhalten beinhaltet, in eine neue Beleuchtung gerückt: Nur die Erkenntnis von der hier als richtig²³²⁶ erklärten logischen Form des Rechtssatzes führt zu einer vollständigen Überwindung der naturrechtlichen Vertragstheorie, da mit dem Imperativ auch die Fiktion der Anerkennung²³²⁷ vermieden wird.

| 378

²⁾ Den Vertragscharakter einer auf dem Gebiete des Strafrechtes früher üblichen Spielart der Anerkennungstheorie, der sogenannten Unterwerfungstheorie, hat schon *Heinze* richtig erkannt. A. a. O. S. 418/420:²³²¹ „Inwieferne ist die Strafbarkeit einer Handlung dadurch bedingt, daß der Handelnde die Strafbarkeit oder auch nur die Strafwürdigkeit seines Handelns kennt oder doch für möglich hält? Hauptsächlich zwei Gesichtspunkte werden bei Beantwortung dieser Frage geltend gemacht: die freiwillige Unterwerfung des Verbrechers unter die Strafgewalt des Staates und das Motiv für die Unterlassung der verbrecherischen Handlung, welches in der vor Augen schwebenden Strafe liegt.“ Gegen die Unterwerfungstheorie führt nun *Heinze* sehr treffende Argumente ins Feld, die im Wesen darauf hinauslaufen, diese Unterwerfung als Fiktion aufzuzeigen, die praktisch unhaltbar ist. Diese ganze Auffassung, sagt *Heinze*, „führt in ihren Konsequenzen zum *contrat social* ...“²³²²

| 378

¹⁾ Vgl. oben S. 350.²³²⁴

²³²⁰ *Bierling*, Grundbegriffe (Anm. 2172), S. 136.

²³²¹ *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 418 f.

²³²² *Heinze*, Rechtsirrtum (Anm. 2000), S. 420.

²³²³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²³²⁴ Vgl. oben S. 477–480.

²³²⁵ «vertretenen formalen Auffassung»] A₁ «vertretenen Auffassung»; A₂ «vertretenen formalen Auffassung».

²³²⁶ «als richtig»] A «als einzig richtig»; F* «als richtig».

²³²⁷ «die Fiktion der Anerkennung»] A₁ «die Anerkennung»; A₂ «die Fiktion der Anerkennung».

XIII. Kapitel.

Die Adresse der Rechtsnorm.

Die außerordentliche Bedeutung, welche die Lehre vom Rechtssatz und seiner logischen Form für das ganze System der Rechtsanschauung hat, derentwillen man den Begriff des Rechtssatzes und den mit ihm korrespondierenden der Rechtspflicht als das Zentralproblem der konstruktiven Jurisprudenz bezeichnen muß, diese Bedeutung zeigt sich in der Tatsache, daß die konkrete Formulierung der fraglichen Lehre eine Reihe weiterer Theorien und Konstruktionen zur Folge haben muß, deren Richtigkeit mit der akzeptierten Grundformel steht und fällt. So wurde hier nur als Konsequenz der Imperativtheorie die in der heutigen Jurisprudenz so verbreitete Anerkennungstheorie aufgezeigt: Und so ist es auch die Imperativtheorie, die den Anlaß zu einem Probleme gegeben, das unter dem Schlagworte: „Die Adresse der Rechtsnormen“ zu mehreren Lösungsversuchen und Konstruktionen geführt hat, die sich zwar untereinander unterscheiden, deren sich aber – sei es der einen oder der anderen – *jeder*, aber auch *nur jener* bedienen²³²⁸ muß, der die Formel akzeptiert, daß der Rechtssatz ein Imperativ sei.

|379

[Die Frage: An wen richtet sich die Rechtsnorm? ist dann unvermeidlich, wenn man den Rechtssatz als²³²⁹ einen Imperativ erklärt, der vernommen und angenommen werden muß. Die Beantwortung dieser Frage ist für die ganze auf Basis der Imperativtheorie zu vollziehende Konstruktion des Rechtspflichtbegriffes der Anerkennungstheorie von wesentlicher Bedeutung. Der „empfangsbedürftige“ Imperativ verlangt nach einer Person, die ihn vernimmt und annimmt; und ohne Feststellung eines solchen Subjekts bleibt diese ganze, ihrer inneren Natur nach *subjektive* Rechtsanschauung ein wertloses Fragment. Erst im Subjekt kommt der Imperativ zu seiner spezifischen „Geltung“; und diese erblickt die Imperativtheorie, deren den *Zweck* berücksichtigender, materiell-soziologischer Charakter hier ja wiederholt dargetan wurde,²³³⁰ in der Willensgebundenheit und der daraus folgenden tatsächlichen Befolgung der Norm durch das Subjekt. Zum Wesen der Norm, die befolgt werden muß, um zu „gelten“, gehört ein Vollzieher. *Merkel*, ein typischer Vertreter der Imperativtheorie, sagt: „Auch ist es zweifellos die Intention des Rechtes, diejenigen, deren Pflicht es normiert, direkt zur Erfüllung derselben zu bestimmen“. Und da er diesen *Zweck* des Rechtes zu seinem juristischen Wesen

²³²⁸ «*jeder*, aber auch *nur jener* bedienen»] A₁ «jeder bedienen»; A₂ «jeder aber auch nur jener bedienen».

²³²⁹ «man den Rechtssatz als»] A₁ «man diesen als»; A₂ «man den Rechtssatz als».

²³³⁰ Vgl. oben S. 313–325, 427 f.

rechnet, fährt er fort: „Folglich ist es eine ihm wesentliche Form, sich an diese Personen zu wenden. Wer Befehle ergehen läßt, der spricht zu denjenigen, welche diese Befehle vollziehen sollen ...“¹⁾,²³³² Der innige Zusammenhang der fraglichen Problemstellung mit der Imperativtheorie, das ist jener Anschauung, derzufolge die Rechtsnorm nur der nackte Befehl des rechtmäßigen Verhaltens ist, tritt bei allen Autoren deutlich zu Tage. So formuliert beispielsweise *Seligmann*²⁾ die Frage nach der Adresse mit den Worten: „An wen richtet sich der Befehl des Gesetzes“ und leitet ein so benanntes Kapitel mit den Worten ein: „Wie oben ausgeführt wurde, ist nur diejenige Willensäußerung ein Befehl, inhalts deren ein anderer als der Erklärende etwas tun, dulden oder unterlassen soll. Im materiellen Gesetze ist der Befehlende der Staat. Es fragt sich nun: An wen richten sich seine Imperative?“

Hat man die Imperativtheorie als irrig erkannt, dann erweist sich die ganze Problemstellung, die in der Frage nach der Adresse der Rechtsnormen gipfelt, als verfehlt. Das hypothetische Urteil, das den an gewisse Bedingungen geknüpften Willen des Staates zu einer eigenen Handlung beinhaltet, diese Regel des staatlichen Verhaltens bedarf keiner Adresse, an die sie gerichtet ist, weil sie nicht vernommen oder angenommen zu werden braucht. Auf dieser Grundlage kann die nach dem Subjekte gerichtete Frage nur lauten: Wer wird durch die Rechtssätze verpflichtet?

|380

Die methodische Unzulässigkeit der Fragestellung, die zu den verschiedenen Theorien von der wahren Adresse der Rechtsnormen führt, muß jede derselben von vornherein unhaltbar machen. Doch mögen dieselben schon wegen ihrer großen Verbreitung in der herrschenden Jurisprudenz und auch deshalb hier eine nähere Untersuchung und Widerlegung erfahren, weil ihre Kritik Gelegenheit bietet, zu einigen wichtigen prinzipiellen Fragen der Konstruktion und Methode Stellung zu nehmen.

Als die wahren Adressaten der Rechtsnormen haben die verschiedenen Theoretiker entweder die Untertanen oder die Staatsorgane oder den Staat selbst, mitunter auch den einen *und* den anderen bezeichnet.

Die Auffassung, daß die Untertanen die Adressaten sind, an welche sich die Rechtsnormen richten, muß als die der Imperativtheorie entsprechendste bezeichnet werden. Da die Lehre, daß die Rechtsnorm²³³⁴ ein das rechtmäßige Verhalten

¹⁾ a. a. O. S. 86.²³³¹

²⁾ a. a. O. S. 96.²³³³

|379

²³³¹ Beide Zitate: *Adolf Merkel*, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 5. Aufl., Leipzig 1899, S. 5–91, nachgedruckt in: *Adolf Merkel* (Hrsg.), Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Bd. 2, Straßburg 1889, S. 577–647 (587) – Kelsen gibt in A «S 586» an.

²³³² «Erst im Subjekt ... sollen ...» (51224–5133) in A₂ eingefügt.

²³³³ Beide Zitate: *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 95 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

²³³⁴ «die Rechtsnorm»] A₁ «der Rechtssatz»; A₂ «die Rechtsnorm».

fordernder Imperativ sei, wie schon früher bemerkt,²³³⁵ die Formulierung des im Rechtssatze gelegenen substantiellen Zweckmomentes bedeutet, kann die Frage nach dem Adressaten der Rechtsnorm nur den Sinn haben: Wer realisiert den Zweck der Rechtsnorm, nämlich das rechtmäßige Verhalten? Die Antwort darauf kann nur sein: Jene, deren Verhalten gefordert wird. Das sind in erster Linie die Untertanen. Wenn auch von den Staatsorganen in gewissen Rechtsnormen ein bestimmtes Verhalten – ihre Organtätigkeit – gefordert wird, also auch die Staatsorgane als Adressaten in Betracht kommen können, so ist – und darauf wurde ja schon als besonderen Mangel der Imperativtheorie hingewiesen¹⁾ – die Stellung der Staatsorgane gegenüber den ihre Organtätigkeit fordernden Imperativen auf Grund der konsequent durchgeführten Theorie keine andere als die der Untertanen gegenüber den anderen Rechtsnormen. Gerade die Imperativtheorie ist unfähig, zwischen der Rechtsstellung der Staatsorgane und der der Untertanen einen Unterschied zu finden. Beide *befolgen* Imperative. Und so kommen im Grunde auch die Staatsorgane gegenüber den Rechtsnormen nur als Untertanen in Betracht. Wer auf dem Boden der Imperativtheorie steht, der kann weder die Fiktion von der Kenntnis und Anerkennung der Rechtsnormen, noch auch die gleichfalls als Fiktion zu charakterisierende Auffassung von den Untertanen als den Adressaten der Rechtsnormen vermeiden. Dennoch | wurde gerade das letztere versucht. In Anschluß an *Ihering* hat neuestens *M. E. Mayer*²³³⁷ sich bemüht, die Lehre, der Rechtssatz sei ein Imperativ an die Untertanen, als falsch nachzuweisen. Die von ihm vorgeschlagene Rektifizierung bezieht sich jedoch lediglich auf die Adresse. Daß der Rechtssatz ein Imperativ sei, und die Rechtsnorm auch für den Juristen als Befehl rechtmäßigen Verhaltens in Betracht komme, stellt er nicht in Frage. Nur richte sich dieser Imperativ nicht an die Untertanen. „Alle Gesetze wenden sich an die Verwalter der Gesetze; die Organe des Staates, die berufen sind die Gesetze zu handhaben, sind die einzigen Adressaten der Befehle, die das Gesetz gibt“¹⁾.

Das Argument, mit welchem die Anschauung, der Gesetzesbefehl richte sich an die Untertanen, als „Fiktion“²³³⁹ verworfen wird, findet *Mayer* in der Tatsache, daß das Volk die Rechtssätze nicht kenne und sowohl wegen der unübersehbaren Menge derselben als auch ihrer Redigierung wegen gar nicht kennen zu lernen die Möglichkeit habe²⁾. „Kein vernünftiger Mensch“²³⁴¹ legt aber einem Befehl verbindliche Kraft bei, wenn es ihm bekannt ist, daß die Person, welcher der Befehl

| 380 |¹⁾ Vgl. oben S. 234f.²³³⁶

| 381 |¹⁾ a. a. O. S. 4.²³³⁸

²⁾ a. a. O. S. 6ff.²³⁴⁰

²³³⁵ Vgl. oben S. 342–344.

²³³⁶ Vgl. oben S. 350–352.

²³³⁷ Vgl. *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 4 Anm. 3.

²³³⁸ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 4.

²³³⁹ Vgl. etwa *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 6, 9, 11.

²³⁴⁰ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 6–13.

²³⁴¹ «Kein vernünftiger Mensch»] A₁ «Kein Mensch»; A₂ «Kein vernünftiger Mensch».

gilt, denselben nicht vernommen habe.“²³⁴² „Der Staat behandelt wider besseres Wissen jeden Untertanen, als ob er das Reichsgesetzblatt gelesen und verstanden habe! Wer wollte ernstlich diese ungeheure Annahme als Grundlage unserer ganzen Rechtspflege verteidigen?“²³⁴³ Daß die Annahme einer allgemeinen Gesetzeskenntnis eine grobe Fiktion ist, kann kein Zweifel sein. Freilich ist auch die Theorie von allgemeiner Kenntnis und Anerkennung der mit den Rechtssätzen inhaltlich übereinstimmenden Kulturnormen²³⁴⁴, die Mayer an die Stelle der ersteren setzen zu müssen glaubt – wie bereits früher gezeigt²³⁴⁵ – die gleiche Fiktion. In dem Satze: der Imperativ des Rechtssatzes richtet sich an die Untertanen, ist nicht so sehr die Adresse als die Voraussetzung eine falsche, nämlich die Auffassung des Rechtssatzes als Imperativ, als Befehl. Mayer ist auf dem halben Wege zur richtigen Erkenntnis stehen geblieben. Denn die Einsicht in die Verwerflichkeit der Fiktion einer allgemeinen Rechtskenntnis hätte zur Negierung der Imperativtheorie führen müssen.

Die richtigen, leider nicht konsequent durchgeführten Intentionen Mayers zeigen sich auch in seiner Auffassung von der *Gesetzespublikation*. Die Fiktion, das Gesetz sei ein Befehl an die Untertanen, werde gestützt durch die Auffassung, derzufolge die *Gesetzespublikation* eine *Bekanntmachung* der Gesetze sei. Allein, diese Bedeutung komme der Publikation nicht zu, denn „bekannt gemacht“ | werden die Gesetze ja faktisch nicht. „In Wahrheit liegt auch das Wesen der Verkündigung des Gesetzes nicht in der Bekanntmachung. Das geht schon daraus hervor, daß eine Bekanntmachung auf anderem als verfassungsmässigem Wege, auch wenn sie die Kenntnis des Gesetzes auf das wirksamste verbreiten würde, als Verkündigung staatsrechtlich ungültig wäre. Die Reichsgesetze können nur im Reichsgesetzblatte verkündigt werden²³⁴⁶. Jede andere Publikation ist staatsrechtlich null und nichtig. Die Verkündigung ist nichts anderes als der letzte Akt der Gesetzgebung, durch welchen ein authentischer Abdruck des Gesetzes geschaffen und veröffentlicht wird²³⁴⁷; der Minister trägt die Verantwortlichkeit für die Authentizität, durch die Herstellung dieses Gesetzestextes soll nicht das Gesetz d. h. nicht sein Inhalt gemeinkundig gemacht werden, vielmehr soll authentisch erklärt werden, welcher Gesetzesinhalt echt ist“²³⁴⁹.

| 382

¹⁾ a. a. O. S. 11.²³⁴⁸

| 382

²³⁴² Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 10.

²³⁴³ Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 11.

²³⁴⁴ «Anerkennung ... Kulturnormen»] A₁ «Anerkennung der Kulturnormen»; A₂ «Anerkennung ... Kulturnormen».

²³⁴⁵ Vgl. oben S. 453 f., 501–508.

²³⁴⁶ «werden»] Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 11: «werden (Art. 2 der Reichs-Verf.)».

²³⁴⁷ «geschaffen und veröffentlicht wird»] A₁ «geschaffen wird»; A₂ «geschaffen und veröffentlicht wird».

²³⁴⁸ Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 11.

²³⁴⁹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

Dieser Auffassung ist der Hauptsache nach zuzustimmen. Nur folgende Einschränkung muß gemacht werden. Es ist gewiß unrichtig, in Abrede zu stellen, daß der Zweck der heute üblichen Publikation durch die Gesetzblätter darin gelegen ist, das Gesetz *bekanntzumachen*. Historisch ist diese mit dem Konstitutionalismus entstandene Publikationsart²³⁵⁰ als bewußte Reaktion gegen die mangelnde Publizität der Rechtsnormen in der absoluten Monarchie zu erklären. Bloß um einen authentischen Gesetzestext zu schaffen, genügte eine vom Monarchen gefertigte, von den Ministern gegengezeichnete Urkunde. Die *Vervielfältigung* durch die Presse kann vernünftigerweise keinen anderen Zweck haben als den der Bekanntmachung und zwar: allen Interessenten die Möglichkeit zu geben, sich leicht die Kenntnis eines authentischen Gesetzestextes zu beschaffen. Mayer²³⁵¹ irrt also, wenn er vom Standpunkte des Zweckes – darin ist er freilich ein Schüler *Iherings* – das²³⁵² Wesen der Publikation erfassen will. Denn ob der Zweck der Bekanntmachung tatsächlich erfüllt wird, ja, welchen Zweck die Publikation überhaupt verfolgen mag, das ist für die *juristische* Qualifikation der Publikation gleichgültig. Das juristische Wesen der Publikation liegt nicht in dem *substantiellen* Momente ihres Zweckes, sondern in ihrer *formalen* Bedeutung als eine der wesentlichen Voraussetzungen für die Existenz eines Staatswillens, die Geltung eines Rechtssatzes. Darum ist das Endresultat *Mayers*, daß die Publikation als „letzter Akt der Gesetzgebung“²³⁵³ in Betracht kommt, ebenso richtig, wie seine Begründung falsch ist. Es ist unrichtig zu behaupten, daß das Wesen der Publikation darum nicht in der Bekanntmachung liege, weil dieser Zweck durch die Publikation nicht erfüllt würde und nicht erfüllt werden könne. Denn dies setzt voraus, daß das juristische Wesen der Publikation in ihrem Zwecke gelegen sei. Und das wäre von Grund aus falsch. Mayer hat mit sicherem juristischen Instinkte die formale Natur richtig erkannt, jedoch mit methodisch falschen Mitteln konstruiert.

Im übrigen sei noch hervorgehoben, daß es ungenau und irreführend ist, von der Publikation eines Gesetzes zu sprechen. Was publiziert wird, ist – im konstitutionellen Staate – der vom Monarchen sanktionierte Beschluß beider Häuser des Parlamentes, der erst durch die Publikation zum Gesetze wird. Gerade diese ungenaue Ausdrucksweise birgt die Gefahr in sich, die formale Bedeutung des Publikationsaktes zu verwischen, der für das Zustandekommen des „Gesetzes“ ebenso nötig ist und in dem Prozesse der Staatswillensbildung die gleiche Stellung einnimmt wie die Sanktion des Monarchen oder die Beschlüsse des Parlamentes.

²³⁵⁰ «diese ... Publikationsart»] A₁ «diese Publikationsart»; A₂ «diese ... Publikationsart».

²³⁵¹ «Bekanntmachung ... Mayer»] A₁ «Bekanntmachung. Meyer»; A₂ «Bekanntmachung. ... Meyer».

²³⁵² «Zweckes ... das»] A₁ «Zweckes das»; A₂ «Zweckes ... das».

²³⁵³ Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 11 – dazu ergänzend oben S. 515 bei Anm. 2348.

Die Lehre, der Gesetzesbefehl richte sich an die Staatsorgane, stammt von *Ihering*. In seinem Werke: „Der Zweck im Recht“ sagt dieser¹⁾: „Das Kriterium einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrer externen Wirksamkeit nach Seiten des Volkes, sondern in ihrer internen nach Seiten der staatlichen Behörden. Jene Wirksamkeit bleibt hinter dieser weit zurück und wir werden daher, wenn wir den Begriff der Rechtsnorm juristisch korrekt wiedergeben²³⁵⁵, nicht irre greifen, indem wir dieselbe nach Seiten ihrer Form dahin definieren: Sie enthält einen abstrakten Imperativ an die Organe der Staatsgewalt. Und die externe Wirkung, das ist die Befolgung derselben von Seiten des Volkes, soweit dazu Anlaß geboten ist, muß von diesem rein formal juristischen Standpunkte aus²³⁵⁶ (nicht vom teleologischen) jener primären gegenüber lediglich als sekundär²³⁵⁷ bezeichnet werden. Alle gesetzlichen Imperative ohne Ausnahme sind in erster Linie an die Behörden gerichtet. Das ganze Zivilgesetzbuch, das Strafgesetzbuch, alle Finanz-, Polizei-, Militär-²³⁵⁸ usw. Gesetze und -Verordnungen sind lauter Regulative für die Handhabung der staatlichen Zwangsgewalt. Aber soweit letztere aktiv der Privatperson für ihre Interessen zur Verwendung gestellt ist (Privatklage) oder passiv auf Grund eines solchen Antrages oder ohne denselben gegen sie in Vollzug gesetzt werden kann, erstreckt sie ihre Wirksamkeit auch auf diese: sie berechtigen sie, verpflichten oder binden sie. Mit Rücksicht auf den Zweck derartiger²³⁵⁹ mag man sagen, daß sie sich der Privatperson zukehren. Die obige Behauptung, daß sie ihrer Form nach lediglich an die Organe der Staatsgewalt ergehen, wird dadurch nicht alteriert.“ Diese Lehre *Iherings* hat *Mayer* vollinhaltlich übernommen und nur noch näher präzisiert. Er unterscheidet zwei externe Wirkungen des Rechtssatzes: Die „normierende Funktion“ des Gesetzes, die sich in der Befolgung des Rechtssatzes seitens des Volkes äußert. Und die „garantierende Funktion“ des Rechtssatzes.²³⁶⁰ „Die Garantie besteht darin, daß der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen und seine Macht zur Wahrung derselben zur Verfügung stellen. Der Rechtssatz ist also den Untertanen gegenüber so gut wie in seinem Verhältnis zu den Staatsorganen eine Willenserklärung des Staates; für den Untertanen ist diese²³⁶¹ Willenserklärung aber nicht Befehl²³⁶², sondern ein Versprechen, nicht eine Verhaltensmaßregel, sondern ein

| 384

¹⁾ a. a. O. I S. 337/338.²³⁵⁴

| 383

²³⁵⁴ *Rudolf von Ihering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1884, S. 337 f.

²³⁵⁵ «wiedergeben»] *Ihering*, Zweck I² (Anm. 2354), S. 337: «wiedergeben wollen».

²³⁵⁶ «Standpunkte aus»] *Ihering*, Zweck I² (Anm. 2354), S. 338: «Gesichtspunkt».

²³⁵⁷ «sekundär»] *Ihering*, Zweck I² (Anm. 2354), S. 338: «sekundäre».

²³⁵⁸ «Finanz-, Polizei-, Militär-»] A₁, «Finanz- Militär»; A₂, «Finanz- Polizei- Militär».

²³⁵⁹ «derartiger»] *Ihering*, Zweck I² (Anm. 2354), S. 338: «derartiger Normen».

²³⁶⁰ Zu diesen beiden Funktionen des Gesetzes vgl. *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 44–51.

²³⁶¹ «diese»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 49: «die».

²³⁶² «Befehl»] *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 49: «ein Befehl».

Garantieschein. Und gerade, weil die Rechtsnorm für die Staatsorgane Norm ist (Mayer identifiziert „Norm“ mit Imperativ oder Befehl)²³⁶³, ist sie Garantie für die Bürger. Der Staat befiehlt seinen Organen, bestimmte Interessen in bestimmter Weise zu schützen und somit die Erfüllung der den Interessen entsprechenden Pflichten zu betreiben; dieser Befehl an die Organe ist für den Interessenten eine Zusage. Die einheitliche Willenserklärung des Staates hat²³⁶⁴, weil sie sich nach zwei Seiten hin wendet, zwei Bedeutungen und weil sie *einen* Inhalt hat, zwei einander *entsprechende* Bedeutungen; sie befiehlt²³⁶⁵ den Verwaltern des Gesetzes und gibt gerade deswegen den Untertanen ein Versprechen ... ist für die Berechtigten eine Zusage ... für den Verpflichteten ... eine Drohung.“ „Die garantierende Funktion der Rechtssätze nimmt für die juristische Betrachtung die erste Stelle ein, sie ist recht eigentlich der Gegenstand der Jurisprudenz.“¹⁾

Die *Iheringsche* Konstruktion in der von Mayer ausgebildeten Form ist treffend, soweit sie das Verhältnis des Rechtssatzes zum Volke erfaßt. Ihre Bedeutung liegt in der unter Berufung auf die formale Natur der juristischen Betrachtung erfolgten entschiedenen²³⁶⁷ Ablehnung des Gedankens, daß der Rechtssatz juristisch ein Imperativ an das Volk sei. *Ihering*, der ja das sogenannte „Zwangsmoment“, d. h. die Nachteils- d. i. Straf- und Exekutionsdrohung als wesentlich für das objektive Recht erkannte, blieb vor dem Irrtume bewahrt, den Rechtssatz als Befehl des rechtmäßigen Verhaltens – der nur an das Volk gerichtet sein konnte – aufzufassen. Zuzustimmen ist auch der positiven Formulierung *Mayers*, derzufolge im Rechtssatze formell eine Willenserklärung des Staates zu erblicken ist, die materiell – was also für die juristische Betrachtung irrelevant ist – dem Verpflichteten gegenüber eine Drohung, dem Berechtigten²⁾ gegenüber eine Verheißung bedeutet.

| 385 So richtig die *Ihering-Mayersche* Theorie das Verhältnis des | Rechtssatzes zum Untertanen erfaßt hat, so von Grund aus verfehlt ist die Konstruktion des Verhältnisses zu den Staatsorganen. Mit Entschiedenheit muß die Auffassung verworfen werden, daß der Rechtssatz ein an die Staatsorgane gerichteter Imperativ sei. Denn die logische Form des Rechtssatzes ist nicht die des Imperatives, sondern, wie hier des näheren bewiesen wurde,²³⁶⁹ die eines hypothetischen Urteiles. Nur weil *Ihering* an der konventionellen Anschauung von der imperativischen Form

| 384 ¹⁾ a. a. O. S. 49/51.²³⁶⁶

²⁾ Das Verhältnis von Rechtssatz und subjektivem Rechte ist der 2. Abt. des 3. Buches dieser Untersuchungen vorbehalten.²³⁶⁸

²³⁶³ Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

²³⁶⁴ «des Staates hat»] A «des hat»; F* «des Staates hat».

²³⁶⁵ «befiehlt»] A₁ «behauptet»; A₂ «befiehlt».

²³⁶⁶ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 49f. (erstes Zitat), S. 50 (zweites Zitat).

²³⁶⁷ «der unter ... entschiedenen»] A₁ «der entschiedenen»; A₂ «der unter ... entschieden».

²³⁶⁸ Vgl. unten S. 720–878.

²³⁶⁹ Vgl. oben S. 342f., 369, 372–387, 477.

des Rechtssatzes festgehalten, weil er die Bedeutung unterschätzt hat, welche²³⁷⁰ der logischen Form des Rechtssatzes zukommt, hat er seine von vornherein richtigen Anschauungen über das formale Verhältnis des Rechtssatzes zu den Rechtssubjekten nicht zu richtigen Konsequenzen führen können.

Hält man an der logischen Form des Imperatives für den Rechtssatz überhaupt fest, so kann der Inhalt eines solchen Imperatives nur ein dem *Zwecke* der Rechtsordnung entsprechendes Verhalten von Menschen sein, denn der Imperativ ist stets nur der Ausdruck eines auf ein fremdes Verhalten gerichteten Wunsches oder Willens, ist die unmittelbare und direkte Formulierung eines durch einen anderen zu realisierenden *Zweckes*. Daß der *End-Zweck* der Rechtsordnung vor allem das rechtmäßige Verhalten der Untertanen ist, kann nicht bezweifelt werden und darum ist der nächstliegende Inhalt des Gesetzesimperatives dieses Verhalten der Untertanen, was natürlich denselben Sinn hat, wie daß der Gesetzesimperativ an die Untertanen gerichtet ist. Wenn *Ihering* seinem Gesetzesimperativ nicht diesen Inhalt geben wollte, so geschah dies hauptsächlich aus folgendem Grunde: Er erkannte, daß durch den bloßen Imperativ des rechtmäßigen Verhaltens keine Rechtspflichten statuiert, die Untertanen nicht gebunden werden können, daß hiezu die Nachteilsdrohung der Strafe oder Exekution nötig sei. Darum nahm er in den Rechtssatz die an einen bestimmten Tatbestand bedingte Nachteilsdrohung auf, gab jedoch auch dieser Drohung die Form eines Imperatives an die Staatsorgane. Der Rechtssatz hätte demnach die Form: Ihr Staatsorgane sollt unter bestimmten Umständen strafen oder exequieren. Allein, damit hat *Ihering* nur scheinbar das Problem gelöst. Denn die an die Staatsorgane gerichteten Imperative weisen genau dieselben Mängel auf, die man²³⁷¹ den an die Untertanen gerichteten vorzuwerfen hat: Sie sind nackte Imperative, die ein von der Rechtsordnung bezwecktes Verhalten von Menschen ohne jede Nachteilsdrohung fordern. Wenn der Rechtssatz überhaupt Imperativ sein, wenn er bestimmten Menschen ein Verhalten vorschreiben kann, warum sollte er es dann nicht *allen* Menschen gegenüber können? Wenn der an Menschen gerichtete Befehl²³⁷², zu strafen oder zu exequieren ein Rechtssatz ist, warum sollte es nicht der Befehl irgendeines anderen Verhaltens sein? Darin liegt ein unlöslicher Widerspruch, denn den an die Staatsorgane gerichteten Befehl kann man als Rechtssatz wohl nur mit Rücksicht auf die Autorität des Befehlenden – nämlich des Staates – qualifizieren, eine Eigenschaft, die auch den an die Untertanen gerichteten Befehlen irgendeines Verhaltens nicht abgeht. Und dem Imperativ des Staates steht das Organ ebenso gegenüber wie der Untertan: Es kann ihn befolgen oder auch *verletzen*.

| 386

²³⁷⁰ «die Bedeutung unterschätzt hat, welche»] A₁ «die tiefe Bedeutung, welche»; A₂ «die tiefe Bedeutung nicht erkannt hat, welche»; F* «die Bedeutung unterschätzt hat, welche».

²³⁷¹ «man»] A₁ «Ihering»; A₂ «man».

²³⁷² «der an Menschen gerichtete Befehl»] A₁ «der Befehl»; A₂ «der an Menschen gerichtete Befehl».

Nur wegen der letzteren Möglichkeit kann der Rechtssatz, der den Untertanen verpflichtet, kein bloßer Imperativ rechtmäßigen Verhaltens sein; ganz ebenso liegt es aber bei den Staatsorganen. Nur der die Staatsperson selbst verpflichtende Rechtssatz kann der Nachteilsdrohung entbehren, aber nur deshalb, weil – wie ja schon dargetan²³⁷³ – der Staat überhaupt nicht unrecht handeln kann. Und auch hier ist der Imperativ nicht die entsprechende Form. Vom Standpunkte des *Zweckes* – und dieser Standpunkt ist mit Akzeptierung der imperativischen Form notwendig verbunden – ist das Strafen²³⁷⁴ und Exequieren der Staatsorgane erst in zweiter Linie, nämlich für den Fall beabsichtigt, als das in erster Linie durch die Rechtsordnung bezweckte rechtmäßige Verhalten der Untertanen nicht erzielt wird; und darum muß die Konstruktion jener Imperativtheoretiker als konsequenter anerkannt werden, die neben den an die Untertanen gerichteten Gesetzesimperativen rechtmäßigen Verhaltens die an die Staatsorgane unter der Bedingung der Verletzung der ersteren gerichteten Straf- und Exekutionsimperative²³⁷⁵ aufstellen. In diesem Sinne sind die Einwände *Merkels* gegen *Ihering* – die Voraussetzung der Imperativtheorie außer Frage gelassen – nicht unzutreffend, wenn er sagt¹⁾: „Man hat angenommen, daß die Rechtsnormen ihrer juristischen Form nach lediglich an die Organe der Staatsgewalt ergingen²³⁷⁷. Hiernach würde die Norm, welche den Darlehensempfänger verpflichtet, das Empfangene zurückzuerstatten, und würden überhaupt die primären Gebote, so wie sie sich an den einzelnen wenden, Rechtsnormen an sich nicht sein; nur die Anweisung an die Organe der Staatsgewalt, im Falle des Ungehorsams nötigend einzugreifen, würde die kennzeichnende Form der Rechtsvorschriften haben. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Sie macht das Sekundäre, das bloße Bekräftigungsmittel zur Hauptsache. Jene Anweisung an die Organe der Staatsgewalt soll nur wirksam werden, sofern die Verletzung einer Rechtsvorschrift bereits vorliegt, daher wir das primäre Gebot, um dessen Verletzung es sich handelt, wohl als eine solche Vorschrift gelten | lassen müssen. Pflichten und Befugnisse des Staatsangehörigen gehen direkt aus den primären Vorschriften hervor und sollen unmittelbar aus denselben entnommen werden können. Auch ist es zweifellos die Intention des Rechtes, diejenigen, deren Pflicht es normiert, direkt zur Erfüllung derselben zu bestimmen. Folglich ist es eine ihm wesentliche Form, sich an diese Personen zu

| 387

| 386 |¹⁾ a. a. O. S. 586.²³⁷⁶

²³⁷³ Vgl. oben. S. 362–367.

²³⁷⁴ «nicht abgeht. ... ist das Strafen» (51935–5208)] A₁ «nicht abgeht. Vom Standpunkte des Zweckes – und dieser ist mit Akzeptierung der Imperativischen Form notwendig verbunden – ist das Verhalten der Staatsorgane nichts anderes bezweckt wie das rechtmäßige der Untertanen. Und wenn [bricht ab]»; A₂ «nicht abgeht. ... ist das Strafen».

²³⁷⁵ «gerichteten Straf- und Exekutionsimperative»] A₁ «gerichteten Imperative»; A₂ «gerichteten Straf u ExekutionsImperative».

²³⁷⁶ *Merkel*, Elemente (Anm. 2331), S. 586 f. – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

²³⁷⁷ «ergingen»] *Merkel*, Elemente (Anm. 2331), S. 586: «ergingen (Ihering)».

wenden. Wer Befehle ergehen läßt, der spricht zu denjenigen, welche diese Befehle vollziehen sollen, und wer erlaubt, ermächtigt, gewährleistet, zu denjenigen, um deren Freiheit und Willensbetätigung es sich handelt. Dem Rechte gegenüber aber sind alle in dieser Lage, denn jedem liegt es ob, Befehle des Rechtes zu befolgen, und jeder hat teil an der Freiheit, welche das Recht gewährleistet. Daher existiert niemand, zu dem das Recht *seiner Intention nach* (sic!) nicht spräche.“

Gegen die Konstruktion des Rechtssatzes als eines Imperativs an die Staatsorgane erheben sich sofort alle jene Einwände, die gegen die Imperativtheorie im allgemeinen bestehen und hier des näheren dargelegt wurden¹⁾. Vor allem aber das eine: daß der den *Staatswillen* darstellende Rechtssatz jenen Inhalt gar nicht haben kann, der durch einen Imperativ zum Ausdrucke kommt, nämlich das Verhalten eines anderen als des Befehlenden. Der Staat kann kraft der Natur seines spezifischen Willens, der kein realpsychischer Akt, sondern juristische Konstruktion ist, nur sein eigenes Verhalten wollen, niemals das anderer Personen, sei es seiner Untertanen oder seiner Staatsorgane. Wendet man hier ein, daß ja die Person des Staates von der seiner Organe²³⁷⁹ nicht verschieden, der an die Organe gerichtete Imperativ also faktisch an den Staat selbst gerichtet sei, so kann hier vorläufig nur konstatiert werden, daß die Annahme der Identität von Staatsperson und Staatsorgan logisch unhaltbar und daher, wie später noch genauer bewiesen werden wird,²³⁸⁰ zu verwerfen ist. Gerade die Auflösung der Rechtsordnung in²³⁸¹ eine Reihe von Imperativen, die alle an die Staatsorgane gerichtet sind, macht die Konstruktion einer einheitlichen Staatsperson völlig unmöglich. Denn auf Grund einer solchen Rechtsordnung müssen als einzige Pflicht- und Rechtssubjekte – d. h. eben als Personen – nur die Staatsorgane, nicht aber der Staat selbst erscheinen. Da alle Imperative an die Staatsorgane gerichtet sind, gibt es – im Sinne der Imperativtheorie – nur Pflichten der Staatsorgane, für Rechtspflichten des Staates ist kein Raum und daher zur Konstruktion einer Staatsperson weder ein Anlaß noch eine Möglichkeit. Die Staatsperson ist nach dieser Formulierung der Imperativtheorie restlos in eine Reihe von Organpersonen aufgelöst.

[Dann müssen aber insbesondere auch jene Einwände gegen die *Ihering-Mayersche* Adresse des Rechtssatzes vorgebracht werden, die *Mayer* selbst gegen die Annahme der Untertanen als Adressaten geltend gemacht hat. Wenn er ausführt, die Gesetzesimperative können nicht an das Volk gerichtet sein, denn das Volk kenne sie nicht, die Annahme einer allgemeinen Rechtskenntnis sei eine Fiktion, und wenn er zur Begründung der *Iheringschen* Konstruktion sich auf den Grundsatz

| 388

¹⁾ Vgl. oben S. 189 ff.²³⁷⁸

| 387

²³⁷⁸ Vgl. oben S. 301–361.

²³⁷⁹ «Organe»] A₁ «Untertanen»; A₂ «Organe».

²³⁸⁰ Vgl. unten S. 629 f., 676–687.

²³⁸¹ «die Auflösung der Rechtsordnung in»] A₁ «die Formulierung des Rechtssatzes [bricht ab]»; A₂ «die Auflösung der Rechtsordnung in».

beruft: *jura novit curia*,^{2382, 2383} so muß festgestellt werden, daß auch die Annahme, die Staatsorgane – es kommen ja nicht nur Gerichte in Frage – kennen das Gesetz, eine Fiktion ist, die sich nur um ein Haar unterscheidet von der einer allgemeinen Rechtskenntnis. Wie diese reduziert sie sich in Wirklichkeit – und was in Wirklichkeit ist, will ja der von Mayer herangezogene Grundsatz sagen – auf das Postulat: Die Staatsorgane sollen das Gesetz kennen. Ob sie es wirklich kennen, ist *quaestio facti*, die nur in jedem Einzelfalle zu entscheiden ist (und sehr häufig wohl wird negativ beantwortet werden müssen). Widrigenfalls²³⁸⁴ wird die juristische Präsump­tion zur Fiktion. Die Rechtskenntnis der Staatsorgane ist aus keinem anderen Grunde postuliert als die Rechtskenntnis der Untertanen. Die einen sollen das Gesetz kennen, weil sie es anwenden, die anderen, weil sie es befolgen sollen. Daß die Annahme der Rechtskenntnis – des Vernehmens der Befehle – eine für die Imperativtheorie unentbehrliche *Fiktion* ist, wurde schon gezeigt und aus der Natur des Imperativs als einer empfangsbedürftigen Erklärung deduziert.²³⁸⁵ Es ist daher ganz selbstverständlich, daß eine Theorie, welche den Gesetzesimperativ an die Staatsorgane gerichtet sein läßt, die gleiche Fiktion bei der Person dieser Adressaten vornimmt, die eine Konstruktion des Rechtssatzes als eines Imperativs an die Untertanen bei der Person der letzteren erfordert.

Und wenn Mayer argumentiert: Das Gesetz könne kein Imperativ an die Untertanen sein, denn die Publikation sei keine Bekanntmachung,²³⁸⁶ dann richtet sich dieser Einwand auch gegen seine eigene Anschauung, denn er bedeutet nichts anderes, als daß die rechtlich relevante Empfangsbedürftigkeit²³⁸⁷ der staatlichen Willenserklärung geleugnet wird. Läßt Mayer aber den Rechtssatz doch wieder als Imperativ an die Staatsorgane gelten,²³⁸⁸ muß auch die Publikation als eine Bekanntmachung angesehen werden, eine Bekanntmachung nicht für die Untertanen, sondern für die Staatsorgane!

Daß sich der Gesetzesimperativ an den Richter wende, sucht Mayer auch dadurch darzutun, daß er¹⁾ darauf hinweist, daß der | Richter bei Fehlurteilen als Übertreter der Gesetze erscheine, das Gesetz aber nur von demjenigen übertreten werden könne, der es zu befolgen habe und an den es daher gerichtet sei. Allein, das Gesetz, das der Richter verletzt, ist nicht dasjenige, das er gerade anzuwenden hat! Mayer unterscheidet hier nicht zwischen „Befolgen“ und „Anwenden“ eines

| 389 | 388 |¹⁾ a. a. O. S. 30/31.²³⁸⁹

²³⁸² Lat.: *jura novit curia*; dt.: Das Gericht kennt das Recht.

²³⁸³ Vgl. Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 31.

²³⁸⁴ «ist ... Widrigenfalls»] A₁ «ist. Widrigenfalls»; A₂ «ist ... Widrigenfalls».

²³⁸⁵ Vgl. oben S. 498–501, 511.

²³⁸⁶ Vgl. Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 9–13.

²³⁸⁷ «die rechtlich relevante Empfangsbedürftigkeit»] A₁ «die Empfangsbedürftigkeit»; A₂ «die rechtlich relevante Empfangsbedürftigkeit».

²³⁸⁸ Vgl. Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 30–36.

²³⁸⁹ Mayer, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 31 f.

Rechtssatzes. Wesentlich verschieden voneinander sind der Rechtssatz, den das Staatsorgan²³⁹⁰ anwendet und jener, der ihm diese Anwendung zur Pflicht macht. Nur den letzteren kann das Organ in seiner Amtstätigkeit verletzen. Der Strafrichter z. B., der²³⁹¹ seinem Urteile nicht das Strafgesetzbuch zu Grunde legt, verletzt nicht den Rechtssatz betreffend Diebstahl, Mord etc., den er hätte anwenden sollen, nicht die Rechtspflicht, die ja der *Angeklagte* verletzt hat, sondern ausschließlich seine²³⁹² Amtspflicht und den dieselbe statuierenden Rechtssatz. Treffend sagt schon *Binding*¹⁾ – mit Unrecht von *Mayer* angegriffen²³⁹⁴ –: „Ein Richter, der ein gültiges Gesetz vorsätzlich seinem Urteile nicht zu Grunde legt, verletzt nicht das von ihm vernachlässigte Gesetz, bald das wider den Mord, bald das wider den Hochverrat, bald das wider den Betrug, bald das, welches die Pflichten des Käufers regelt, bald ein Verwaltungs-, bald ein Prozeßgesetz, sondern immer ein und dieselbe Pflicht: seinen Urteilen das geltende Recht zu Grunde zu legen. Diese Pflicht aber erwächst ihm unmittelbar weder aus dem nicht angewandten Strafgesetze, noch aus der vielleicht mißachteten Bestimmung des Handelsgesetzbuches, sondern aus dem Rechtsgeschäfte seiner Anstellung.“ Der letzteren Behauptung kann allerdings nicht beigepflichtet werden, da eine Rechtspflicht niemals durch ein Rechtsgeschäft, sondern stets nur durch einen Rechtssatz statuiert werden kann. Das Rechtsgeschäft ist nur der Tatbestand, an den in einem Rechtssatze die Entstehung der Pflicht geknüpft wird. So werden die Amtspflichten des Richters auch nicht durch das „Rechtsgeschäft“ der Anstellung, sondern durch die Organisations- und Disziplinarvorschriften geschaffen. Darin muß ein Hauptmangel der *Ihering-schen* Konstruktion erblickt werden, daß sie aus demselben Rechtssatze, der die Rechtspflicht des Untertanen zu einem bestimmten rechtmäßigen²³⁹⁵ Verhalten statuiert, zugleich die Rechtspflicht des Staatsorganes zur Handhabung dieses Rechtssatzes ableitet. Wenn die Rechtspflicht der Untertanen aus dem Rechtssatze stammt, der Strafe oder Exekution anordnet, dann ist es unbedingt Forderung der Konsequenz, die Rechtspflicht zur Anwendung des Rechtssatzes, d. h. Strafe oder Exekution zu verhängen – Tätigkeiten, die sich ebenfalls als recht- und pflichtmäßiges Verhalten darstellen – von einem anderen als dem anzuwendenden, und zwar von einem analog gebauten Rechtssatze abzuleiten²³⁹⁶. Da sowohl das Ver-

| 390

¹⁾ Normen I. 2. Aufl. S. 15.²³⁹³

| 389

²³⁹⁰ «das Staatsorgan»] A₁ «der Richter»; A₂ «das Staatsorgan».

²³⁹¹ «Der Strafrichter z. B., der»] A₁ «Der Richter, der»; A₂ «Der Strafrichter zb., der».

²³⁹² «sondern ausschließlich seine»] A₁ «sondern seine»; A₂ «sondern ausschließlich seine».

²³⁹³ *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1890, S. 15 f.

²³⁹⁴ Vgl. *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 32–34.

²³⁹⁵ «zu einem bestimmten rechtmäßigen»] A₁ «zu rechtmäßigen»; A₂ «zu einem bestimmten rechtmäßigen».

²³⁹⁶ «gebauten Rechtssatze abzuleiten»] A «gebauten abzuleiten»; F* «gebauten Rechtssatze abzuleiten».

halten des Organes als das des Untertanen in gleicher Weise Inhalt von Rechtspflichten ist, die Struktur der Rechtspflicht aber eine einheitliche sein muß, liegt ein Widerspruch vor, wenn nach der *Iheringschen* Konstruktion wohl die Rechtspflicht des Staatsorgans, nicht aber die des Untertanen auf einem an das verpflichtete Subjekt gerichteten Imperativ beruht. Da *Ihering* den Rechtssatz als Imperativ konstruiert, müßte er konsequenterweise, um überhaupt Rechtspflichten der Untertanen begründen zu können, auch an diese letzteren Imperative ergehen lassen. Da er jedoch *alle* Rechtsimperative an die Staatsorgane adressiert, müßte er eigentlich – bei der gegenseitigen Relation von Rechtssatz und Rechtspflicht – die Statuierung von Rechtspflichten der Untertanen durch das objektive Recht leugnen. Diese Konsequenz hat nun *Ihering* selbst freilich nicht gezogen. Er sagt ausdrücklich, daß die Rechtssätze – das sind seine an die Staatsorgane gerichteten Imperative – insofern sie gegen die Untertanen in Vollzug gesetzt, d. h. auf sie angewendet werden können, dieselben verpflichten¹⁾, konstruiert somit die Rechtspflicht der Untertanen nach einem ganz anderen Prinzip als die Rechtspflicht der Staatsorgane. Während die letztere subjektiv mit dem an die Person des Verpflichteten gerichteten, von dieser vernommenen und wohl auch angenommenen Imperativ statuiert wird, besteht die erstere in der objektiven Anwendbarkeit des Rechtssatzes auf das Subjekt. Beide Prinzipien schließen einander aus und tatsächlich steht nichts im Wege, wie ja die hier vertretene Lehre zeigt, das richtige Prinzip, das *Ihering* nur für die Rechtspflicht der Untertanen verwendet hat, auch bei der Konstruktion der Organpflicht zu verwenden.

Nimmt man die Imperativtheorie mit ihrem Grundsatz: „ohne Imperativ keine Pflicht“ beim Wort, dann muß die Konstruktion aller Rechtssätze als Imperative an die Staatsorgane die Annahme von Rechtspflichten der Untertanen, die durch die Rechtsordnung statuiert sind, unmöglich machen. Und vor dieser Konsequenz ist auch *Mayer* in seiner Fortsetzung der *Iheringschen* Theorie nicht zurückgeschreckt. Schon früher wurde ja *Mayer* als zur Gruppe jener Theoretiker gehörig angeführt, welche die Rechtspflicht nicht aus dem Rechtssatz des objektiven Gesetzes, sondern aus den Normen der Moral, Sitte, der Kultur und sonstigen sozialen Faktoren herleiten, denen die Rechtspflicht keine durch das Recht geschaffene, sondern vom Rechte bloß geschützte Pflicht erscheint.²³⁹⁸ Auf die Parallele dieses Pflichtbegriffes zu dem *Iheringschen* Begriff des subjektiven Rechtes als eines rechtlich geschützten Interesses, die Gleichstellung von Pflicht | und „Interesse“ wurde bereits hingewiesen. Sie findet sich in dem bereits zitierten Satze *Mayers* über die garantierende Funktion des Rechtssatzes bestätigt: „daß der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte *Interessen* und *Pflichten* als solche aner-

| 391

| 390 |¹⁾ Vgl. das oben S. 383 angeführte Zitat.²³⁹⁷

²³⁹⁷ Vgl. oben S. 517 bei Anm. 2354.

²³⁹⁸ Vgl. oben S. 453 f., 462, 501–508.

kennen ...“²³⁹⁹ und kommt vollends zum Ausdruck in den schon in anderem Zusammenhange wiedergegebenen Worten: „Die Rechtssätze legen nur den Staatsorganen Pflichten auf, die Pflichten der Untertanen sind Produkte aus den Begebenheiten des Lebens (Handlungen, Ereignisse, Zustände) und der auf dieselben anwendbaren Kulturnormen, sie sind Rechtspflichten, weil und soferne sie nach geltendem Rechte vom Staate, speziell von den Gerichten des Staates als Pflichten behandelt werden. Rechtspflichten sind rechtlich erhebliche Pflichten“.²⁴⁰⁰

Zur Kritik dieser Anschauung kann dem bereits früher Gesagten nichts hinzugefügt werden.

In der Konstruktion der Rechtsordnung als einer Summe von ausschließlich an die Staatsorgane gerichteten Imperativen erblickt *Mayer* den entsprechenden Ausdruck für die Tatsache, daß die Staatsgewalt im modernen Staate durch rechtliche Schranken gebunden sei. Er sagt¹⁾²⁴⁰²: „Die Rechtsnormen sind ein Mittel, die Willkür der Staatsorgane und hiermit die Allgewalt des Staates zu beschränken.“ Aus diesem Zwecke der Rechtsnorm geht hervor, daß sie ein Befehl an das Staatsorgan sein müsse. Allein, auch diese Auffassung ist eine unrichtige. Es geht nicht an, den Rechtssatz in erster Linie als eine *Einschränkung* der Staatsgewalt²⁴⁰³ zu betrachten. Denn die Staatsgewalt reicht *rechtlich* nicht weiter als der Staatswille und dieser kommt im modernen Staate im Gesetze und nur im Gesetze zur Existenz. Insoferne *schafft* das Gesetz vor allem die Staatsgewalt, daß es sie beschränkt, ist eigentlich ein sekundäres Moment und kommt nur indirekt zur Geltung, denn das Gesetz beschränkt die Staatsgewalt nur in dem Sinne, daß es ihr tatsächlich keinen größeren Umfang gibt, als der im Rechtssatz ausgedrückte Staatswille eben hat. Nach konstitutioneller Theorie bedarf jede Handlung, jede Machtäußerung, soll sie als solche des Staates gelten, einer gesetzlichen Basis; ohne diese bleibt sie rechtlich irrelevante Willkür von Einzelpersonen. Gäbe es keine Rechtssätze, so gäbe es – rechtlich²⁴⁰⁴ – überhaupt keinen Staat und keine Staatsgewalt. Die Vorstellung, daß durch die Gesetze die Staatsgewalt – die unabhängig von diesen besteht und ohne sie unbegrenzt wäre – nur²⁴⁰⁵ beschränkt, nicht geschaffen werde, liegt dem absoluten Staate zu Grunde, dessen Macht der unbeschränkte Wille der physischen Person des Herrschers ist. Diese von vornherein unbegrenzte Staatsgewalt mag wohl eine Einschränkung erfahren, wenn | der Herrscher ein

| 392

¹⁾ a. a. O. S. 34.²⁴⁰¹

| 391

²³⁹⁹ Vgl. oben S. 517f. bei Anm. 2366.

²⁴⁰⁰ Vgl. oben S. 453f. bei Anm. 2049.

²⁴⁰¹ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 34.

²⁴⁰² Anmerkung in F* eingefügt.

²⁴⁰³ «der Staatsgewalt»] A₁ «des Staatswillens»; A₂ «der Staatsgewalt».

²⁴⁰⁴ «rechtlich»] A «nach konstitutioneller Theorie»; F* «rechtlich».

²⁴⁰⁵ «besteht und ohne sie unbegrenzt wäre – nur»] A₁ «besteht – nur»; A₂ «besteht und ohne sie unbegrenzt wäre – nur».

bestimmtes Gebiet durch Gesetze regelt und so seine – das ist des Staates – Gewalt durch die mit den Rechtssätzen statuierten Pflichten rechtlich²⁴⁰⁶ bindet. Im konstitutionellen Staate dagegen kann die Exekutive mit dem Monarchen an der Spitze nicht überall dort unbehindert walten, wo keine gesetzlichen Schranken bestehen, denn sie kann ohne Gesetze rechtlich überhaupt nicht tätig werden und nur insoweit sich rechtlich äußern, als die Gesetze es vorschreiben. Jede Kompetenz der Staatsgewalt bedarf einer gesetzlichen Basis. Darum ist jedes neue Gesetz (im materiellen Sinne) eine Erweiterung, keine Beschränkung der Staatsgewalt. Inwieweit²⁴⁰⁷ dieses konstitutionelle Prinzip in den einzelnen Staaten, die ja *historisch* zumeist aus absoluten Monarchien entstanden²⁴⁰⁸ sind, tatsächlich verwirklicht ist, muß quaestio facti bleiben. Falsch ist jedenfalls, das reine Prinzip der absoluten Monarchie als²⁴⁰⁹ allgemein gültig zu behaupten. Und darum ist es unrichtig, wenn *Mayer* sagt: „Es mag wohl sein, daß in dem einen oder andern Falle der Staat seine Interessen nachdrücklicher, kraftvoller, besser wahren könnte, wenn er sich nicht an seine Rechtsnormen gebunden hätte“⁽¹⁾, denn der moderne d. i. konstitutionelle Staat kann *rechtlich* ohne²⁴¹¹ Rechtsnormen seine Interessen überhaupt nicht wahren.

Die Lehre, daß sich die Gesetzesimperative nicht an die Untertanen richten, sondern an die Staatsorgane und nur diese verpflichten, findet bei *Mayer* ihre notwendige Ergänzung in der bereits früher dargestellten Kulturmentheorie²⁴¹²: Nicht die Rechtssätze, sondern die Normen der Kultur sind an das Individuum gerichtet, werden von diesem gekannt und anerkannt, verpflichten das Subjekt und rechtfertigen die Rechtsgesetze, sofern diese mit ihnen übereinstimmen. Nun²⁴¹³ wurde schon anlässlich der Kritik dieser Theorie auf die Tatsache hingewiesen, daß es eine große Zahl von Rechtssätzen gibt, die deshalb mit keiner Kulturnorm übereinstimmen können, weil sie kulturell indifferent sind. Wenn auch diese als Imperative aufgefaßt werden müssen, die nicht an die Untertanen gerichtet sind, dann kann von ihrer Verbindlichkeit überhaupt nicht die Rede sein. Wie verhält sich nun *Mayer* zu dieser Tatsache? Er kann natürlich nicht in Abrede

| 392 |¹⁾ a. a. O. S. 61.²⁴¹⁰

²⁴⁰⁶ «Gewalt ... rechtlich»] A₁ «Gewalt rechtlich»; A₂ «Gewalt ... rechtlich».

²⁴⁰⁷ «Basis ... Inwieweit»] A₁ «Basis. Inwieweit»; A₂ «Basis ... Inwieweit».

²⁴⁰⁸ «absoluten Monarchien entstanden»] A «absoluten entstanden»; F* «absoluten Monarchien entstanden».

²⁴⁰⁹ «der absoluten Monarchie als»] A «des absoluten Staates als»; F* «der absoluten Monarchie als».

²⁴¹⁰ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 61.

²⁴¹¹ «kann *rechtlich* ohne»] A «kann ohne»; F* «kann *rechtlich* ohne».

²⁴¹² Vgl. oben S. 453 f., 501–508.

²⁴¹³ «Kulturmentheorie: ... Nun»] A «Kulturmentheorie, derzufolge es die Normen der Kultur sind, die an das Individuum gerichtet sind, von diesem gekannt und anerkannt werden, die das Subjekt verpflichten, und dem inhaltliche Übereinstimmung mit den Rechtsgesetzen dieselben rechtfertigen. Nun»; F* «Kulturmentheorie: ... Nun».

stellen, daß zahlreiche Rechtsnormen inhaltlich zu keiner Kulturnorm in irgendeinem Verhältnisse stehen. Als solche sieht *Mayer* die²⁴¹⁴ Sätze des Verwaltungsstrafrechtes an: „Somit erkennen wir in den Rechtsnormen, deren Gebote und Verbote kulturell indifferent sind, die Normen des Verwaltungsstrafrechtes. Und das Verwaltungsdelikt ist dadurch charakterisiert, daß es bloß einer durch Strafdrohung sanktionierten Rechtsnorm, nicht aber einer Kultur|norm widerspricht“⁽¹⁾. Eine Rechtfertigung der Normen des Verwaltungsstrafrechtes erscheint somit vom Standpunkte der Kulturnormentheorie aus unmöglich. Da findet *Mayer* folgenden Ausweg: Er erklärt die Normen des Verwaltungsstrafrechtes als Imperative an das Volk! „Die Normen des (materiellen) Verwaltungsstrafrechtes sind die einzigen Rechtsnormen²⁴¹⁶, die nicht nur für die mit der Handhabung betrauten Organe, sondern auch für das Volk (für die Interessenten) Normen sind. Ihre verpflichtende Kraft beruht somit darauf, daß sie als abstrakte Befehle des Staates denjenigen, die die Norm angeht, wirksam bekanntgegeben werden. Die unmittelbare Erteilung des Befehles (also nicht etwa die Publikation) rechtfertigt das Verwaltungsstrafrecht“⁽²⁾. Und in Konsequenz dieser Auffassung erklärt er: „Wenn man zugibt, daß das Verwaltungsstrafgesetz verbindlich ist, weil es ein Befehl an den Bürger ist, *darf* man den nicht bestrafen, der den Befehl nicht hat vernehmen können. Der Grundsatz: *ignorantia legis nocet*²⁴¹⁸ *darf* auf dem Gebiete des Verwaltungsstrafrechtes nicht gelten.“²⁴¹⁹

Mit dieser Ausnahme hat *Mayer* seine Kulturnormentheorie selbst aufgegeben!

Abgesehen davon, daß die Normen des Verwaltungsstrafrechtes nicht die einzig kulturell indifferenten Rechtssätze sind – wenn Rechtssätze auch ohne Übereinstimmung mit den Kulturnormen verpflichten²⁴²⁰ können, dann ist das ganze Kriterium der Übereinstimmung mit den Kulturnormen, das sich ja ohnedies als arge Fiktion erwiesen hat,²⁴²¹ überflüssig! Es ist bei *Mayer* der gleiche Vorgang wie schon bei *Heinze* zu konstatieren, dessen Konstruktion der *Mayers* sehr ähnlich ist. Auch *Heinze* begründet die Rechtspflicht auf den aus der Natur der Dinge fließenden Normen und muß doch dort, wo die Rechtsordnung ganz „neue“ Normen setzt, diesen Rechtssätzen als solchen verbindliche Kraft zusprechen!²⁴²² Es ist schlechterdings unbegründet, warum gerade die Sätze des Verwaltungsstrafrechtes

¹⁾ a. a. O. S. 115.²⁴¹⁵

²⁾ a. a. O. S. 122.²⁴¹⁷

²⁴¹⁴ «*Mayer* die»] A «*Meyer* – so weit sie Strafnormen sind – die»; F* «*Mayer* die».

²⁴¹⁵ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 115f.

²⁴¹⁶ «Rechtsnormen»] A₁ «Normen»; A₂ «RechtsNormen».

²⁴¹⁷ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 122.

²⁴¹⁸ Lat.: *ignorantia legis nocet*; dt.: Rechtsunkenntnis schadet.

²⁴¹⁹ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 128 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁴²⁰ «Übereinstimmung mit den Kulturnormen verpflichten»] A₁ «Übereinstimmung verpflichten»; A₂ «Übereinstimmung mit den Kulturnormen verpflichten».

²⁴²¹ Vgl. oben S. 501–508.

²⁴²² Vgl. oben S. 456–458.

sich an die Untertanen richten und nicht auch alle übrigen! Die Adresse ist doch ein formales Element und müßte, wenn sie juristisch überhaupt relevant sein soll, in der Formel des betreffenden Rechtssatzes²⁴²³ zum Ausdruck kommen. Warum soll der Rechtssatz, durch welchen der Wille des Staates zum Ausdruck kommt, jeden, der stiehlt, durch seine *Gerichte* mit Arrest zu bestrafen, an Gerichte und jener, durch welchen der Wille des Staates zum Ausdruck kommt, jeden, der durch eine Ortschaft zu schnell fährt, durch die *Verwaltungsbehörde* mit Geldstrafe zu belegen, an die Untertanen gerichtet sein? Wenn man den letzteren als Imperativ an die Untertanen, etwa: Fahret nicht zu schnell, formulieren zu müssen glaubt, muß man auch den ersteren in den Imperativ auflösen: Stehlet nicht. Daß auch eine Kulturnorm so lautet, kann gewiß kein Grund sein, diese Formulierung zu unterlassen! Die Bedeutung, die der *Mayerschen* Konstruktion für eine Theorie des positiven Rechtes zukommt, zeigt sich deutlich in der Art und Weise, wie die Rechtspflicht aus der Norm des Verwaltungsstrafrechtes abgeleitet wird. Der betreffende Rechtssatz²⁴²⁴ – sagt *Mayer*²⁴²⁵ – müsse tatsächlich gekannt werden, um verbindlich zu sein. Nur dann bestehe eine Rechtspflicht zum entsprechenden Verhalten! Auffallend ist schon, daß auf eine Anerkennung des Rechtssatzes verzichtet wird, die doch bei der Kulturnorm ein wesentliches Requisite der Verpflichtung ist! Aber schon die Forderung der bloßen Kenntnis steht mit dem positiven Rechte im stärksten Widerspruch! Denn wo sie nicht ausdrücklich als Voraussetzung für die Anwendung des Rechtssatzes, als Merkmal des strafbaren Tatbestandes aufgestellt ist – und das dürfte aus den bereits erwähnten Gründen nur selten der Fall sein – ist die Kenntnis des Rechtssatzes eine für die juristische Beurteilung irrelevante Tatsache. Die Rechtspflicht, das mit Strafe bedrohte Verhalten zu unterlassen, besteht unbedingt auch ohne diese Kenntnis! Das positive Recht hat es durchaus in seiner Macht, die Kenntnis eines Rechtssatzes als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit – und somit seiner verpflichtenden Funktion – festzusetzen oder nicht. Und hat es das getan, dann ist der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtssatzes nicht die Kenntnis, denn diese ist nur ein Tatbestandsmerkmal wie jedes andere, sondern die formelle Gültigkeit des Gesetzes. Auch wäre die Aufnahme der Kenntnis des Rechtssatzes in den Unrechtstatbestand durchaus kein Anlaß, um die logische Form des Rechtssatzes als Imperativ an den Verpflichteten anzunehmen! Die Behauptung *Mayers*, der Grundsatz *ignorantia legis nocet* „darf“ auf dem Gebiete des Strafrechtes nicht gelten, ist ein frommer Wunsch, ein ethisches Postulat, aber keinesfalls eine Konstruktion des positiven Rechtes! Und wenn *Mayer* seine Erklärung der verpflichtenden²⁴²⁶ Kraft der Verwaltungsstrafrechts-

²⁴²³ «des betreffenden Rechtssatzes»] A₁ «des Rechtssatzes»; A₂ «des betreffenden Rechtssatzes».

²⁴²⁴ «Der betreffende Rechtssatz»] A₁ «Der Rechtssatz»; A₂ «Der betreffende Rechtssatz».

²⁴²⁵ Vgl. oben S. 527 bei Anm. 2419.

²⁴²⁶ «verpflichtenden»] A₁ «rechtfertigenden»; A₂ «verpflichtenden».

sätze eine Forderung *de lege ferenda* nennt¹⁾, so hat er eigentlich selbst das Urteil gesprochen, daß sie *de lege lata* wertlos ist. Aber auch ein künftiges Gesetz, dessen Redakteure den ethischen Standpunkt *Mayers* teilten, könnte niemals bewirken, daß der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes die Kenntnis desselben wäre.

So erweist sich auch die Lehre, daß es die Staatsorgane seien, an welche die Rechtsnormen sich richten, als²⁴²⁸ unhaltbar.

[Die Staatsperson selbst als Adressat der Rechtsnorm ist eine Konstruktion, die in der Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates gebräuchlich ist. Die²⁴²⁹ Untersuchung dieser für das Staatsrecht grundlegenden Theorie ist dem folgenden Kapitel vorbehalten.²⁴³⁰ Mit der Ablehnung der imperativischen Form des Rechtssatzes ist man der Notwendigkeit enthoben, die Staatsperson stets als Adressat eines an sie gerichteten Imperatives zu betrachten, wenn man sie als Subjekt einer Rechtspflicht gelten lassen will. Erkennt man den Rechtssatz als hypothetisches Urteil, dann ist eine Frage nach seiner Adresse überhaupt nicht möglich. Darin gleicht das Rechtsgesetz – *äußerlich* – dem Naturgesetze, das an niemanden gerichtet ist und ohne Rücksicht darauf, ob es gekannt oder anerkannt wird, gilt. Der als hypothetisches Urteil konstruierte Rechtssatz läßt allein die Frage zu: Wer wird durch den Rechtssatz verpflichtet? Und diese Frage ist hier im Prinzip bereits beantwortet. Jeder Rechtssatz verpflichtet den Staat; gewisse Rechtssätze – nämlich die, welche den staatlichen Willen zu einer Unrechtsfolge beinhalten – auch die übrigen Rechtssubjekte, innerhalb welcher zu unterscheiden sind die Staatsorgane und die Untertanen.

| 395

Die Konstruktion der Staatspflicht, die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates, die Rechtspflichten der Staatsorgane im Zusammenhang mit der Lehre von der Organpersönlichkeit, die Natur der die Rechtspflichten der Staatsorgane statuierenden organisatorischen Rechtssätze, endlich²⁴³¹ das Verhältnis von Organpflicht und Untertanenpflicht ist Gegenstand der folgenden Untersuchungen.

¹⁾ a. a. O. S. 123.²⁴²⁷

| 394

²⁴²⁷ *Mayer*, Rechtsnormen (Anm. 2043), S. 125 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

²⁴²⁸ «Lehre ... richten, als»] A₁ «Lehre daß die Staatsorgane die Adressaten der Rechtsnormen seien, als»; A₂ «Lehre ... richten, als».

²⁴²⁹ «Staates gebräuchlich ist. Die»] A₁ «Staates notwendig wurde Die»; A₂ «Staates gebräuchlich ist Die».

²⁴³⁰ Vgl. unten S. 530–548.

²⁴³¹ «mit der ... endlich»] A₁ «mit der Rechtsstellung der Staatsorgane, der Lehre von der Organpersönlichkeit, endlich»; A₂ «mit der ... endlich».

B. Die Rechtspflichten des Staates.

XIV. Kapitel.

Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates.

396 Faßt man den Staat als Persönlichkeit auf, dann muß man ihn als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten nachweisen. Gründet man aber das öffentliche Recht auf dieser Basis, dann ist das Problem zur Lösung gestellt wie die Rechte und insbesondere die Pflichten des Staates neben denen der Untertanen zu konstruieren sind. Die außerordentlichen Schwierigkeiten, die sich der Lösung dieses Problems in der neueren Literatur entgegenzustellen scheinen, sind vornehmlich darauf zurückzuführen, daß die Theorie unter dem Banne einer Unterscheidung steht, die das Staatssubjekt als von den übrigen Subjekten, den Untertanen, wesentlich verschieden erscheinen läßt, indem die letzteren als Menschen und „physische“ Personen gleichsam als natürliche, geborene Rechtssubjekte betrachtet werden, während man dem Staate als einer „juristischen“ Person nur eine künstliche Rechtssubjektivität zuzusprechen geneigt ist. Dazu kommt noch, daß man den Staat auch rechtlich als das den übrigen Subjekten übergeordnete „Herrschaftssubjekt“ erkennen zu müssen glaubt, das kraft seiner – in der motivierenden Wirkung auf die Untertanen sich äußernden – *Autorität* die letzteren verpflichtet. Dieses für die Verpflichtung der „physischen“ Untertans-Personen charakteristische Unterordnungsverhältnis zu der Autorität der motivierenden, d. h. verpflichtenden „juristischen“ Staatsperson²⁴³² kann für die letztere nur schwer oder gar nicht nachgewiesen²⁴³³ werden; und damit ist die Konstruktion von Rechtspflichten einer Staatsperson zu einer höchst problematischen geworden, wenn das was bei der Staatsperson als Rechtspflicht zu gelten hat, auch nur das geringste mit jener Erscheinung gemeinsam haben soll, die den gleichen Namen bei den Untertanen, d. i. den übrigen Subjekten führt.

Daß die Unterscheidung von „physischen“ und „juristischen“ Personen keine Berechtigung hat, indem die Rechtssubjektivität niemals etwas mit dem „Menschen“ Gegebenes, Natürliches oder Angeborenes, sondern stets etwas Künstliches, ausschließlich durch die Rechtsordnung Statuiertes ist, und der Staat daher in keinem anderen Sinne „Person“ sein kann als irgendein physischer Mensch, ist ja in der Literatur nicht unausgesprochen geblieben; allein, die mangelnde Einsicht in die Natur des Willens oder desjenigen, was für die Jurisprudenz als Wille und als Substrat der Persönlichkeit in²⁴³⁴ Betracht kommt, der Aberglaube, daß es sich

²⁴³² «verpflichtenden „juristischen“ Staatsperson»] A₁ «verpflichtenden Staatsperson»; A₂ «verpflichtenden „juristischen“ Staatsperson».

²⁴³³ «schwer oder gar nicht nachgewiesen»] A₁ «schwer nachgewiesen»; A₂ «schwer oder gar nicht nachgewiesen».

²⁴³⁴ «Wille und als Substrat der Persönlichkeit in»] A₁ «Wille in»; A₂ «Wille und als Substrat der Persönlichkeit in».

hierbei um ein psychisches Phänomen²⁴³⁵ handelt, hat die richtig geahnte Erkenntnis der Gleichheit von juristischer und physischer Person niemals zur theoretischen Durchführung kommen lassen. Die Untersuchungen des 2. Buches dieser Arbeit haben versucht, dieses Hindernis der juristischen Konstruktion des Staatsrechtes im allgemeinen und der Rechtspflicht des Staates im besonderen wegzuräumen.²⁴³⁶

Aber auch die zweite angedeutete Besonderheit des Staatssubjektes gegenüber den anderen Subjekten, seine Überordnung, seine autoritäre Herrschaftsqualität, die eine Konstruktion von Rechtspflichten desselben erschwert, ist hier als ein für die juristische Konstruktion nicht in Betracht kommendes Moment zurückgewiesen worden.²⁴³⁷ Herrschafts- und Machtverhältnisse sind tatsächliche, der Welt des Seins angehörige, im Kausalverhältnisse der psychischen Motivation | stehende Beziehungen, aber niemals juristische Relationen, keine²⁴³⁸ Rechtsverhältnisse. Will man den Staat als Rechtssubjekt²⁴³⁹ erkennen, dann muß man diese Beziehungen zwar nicht leugnen, aber man muß von ihnen bei der Konstruktion der Staatsperson abstrahieren, man muß den Staat als den übrigen Subjekten koordiniert betrachten.

| 397

Diese allgemeinen, schon früher des näheren erörterten Voraussetzungen staatsrechtlicher Konstruktion müssen hier rekapituliert werden, bevor an die besonderen Bedingungen des Problems der Staatspflicht herangetreten wird.

Bei der Lehre von den Rechtspflichten des Staates hat nicht so sehr die Annahme Streit und Widerspruch hervorgerufen, daß der Staat überhaupt rechtlich gebunden, d. h. Subjekt von Rechtspflichten sei, als vielmehr die Frage, *wie* er gebunden *werde*. Es ist insbesondere die Lehre, daß der Staat sich selbst verpflichte, daß die Rechtspflicht des Staates das Resultat eines Verpflichtungsaktes sei, der von dem Staate selbst ausgehe, in der Literatur stark angegriffen worden und zwar auch von Theoretikern, die in keiner Weise die Existenz staatlicher Rechtspflichten in Frage stellten. So sagt *Seidler*¹⁾: „Da es das Wesen des Rechtes ist zu binden, so kann der gleichzeitig mit dem Rechte und im Rechte entstehende und fortdauernd lebende Staat gar nicht anders als rechtlich gebunden gedacht werden“; und erklärt zugleich, man könne unmöglich, wie *Jellinek* dies tut,²⁴⁴¹ in der rechtlichen Gebundenheit Selbstbindung des Staates erblicken.

¹⁾ Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905. S. 44.²⁴⁴⁰

| 397

²⁴³⁵ «ein psychisches Phänomen»] A₁ «ein so bezeichnete Phänomen»; A₂ «ein so bezeichnete psychisches Phänomen»; F* «ein psychisches Phänomen».

²⁴³⁶ Vgl. oben S. 191–432.

²⁴³⁷ Vgl. oben S. 339–343.

²⁴³⁸ «Beziehungen, aber niemals juristische Relationen, keine»] A₁ «Beziehungen, und keine»; A₂ «Beziehungen, aber niemals juristische Relationen, keine».

²⁴³⁹ «Rechtssubjekt»] A₁ «Subjekt»; A₂ «RechtsSubjekt».

²⁴⁴⁰ *Gustav Seidler*, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905, S. 44.

²⁴⁴¹ Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., Berlin 1900, S. 331–337.

Daher²⁴⁴² ist schon jetzt bei der Lehre von den Staatspflichten das²⁴⁴³ größte Gewicht auf eine richtige Problemstellung zu legen. Und mit Nachdruck sei deshalb die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, daß Eingangs dieser dem Begriffe der Staatspflicht gewidmeten Untersuchung nicht gefragt wurde: Wie *entsteht* die Rechtspflicht des Staates, sondern: Wie ist die Rechtspflicht der Staatsperson zu konstruieren? Ihre Rechtfertigung wird diese Ablehnung einer dynamischen und die Akzeptierung einer statischen Methode an entsprechender Stelle erfahren.^{2444, 2445}

Das Grundpostulat, das an die Konstruktion der Staatspflicht gestellt ist, geht dahin, daß sich die Rechtspflicht des Staatssubjektes nur als ein Spezialfall des allgemeinen Pflichtbegriffes²⁴⁴⁶ darstelle. Das ist das Wesen des Gedankens eines Staatsrechtes, daß *auch der Staat* als Person erkannt werde und zwar als ebendieselbe Person wie die anderen Subjekte, daß auch der Staat Rechtspflichten habe und | zwar ebensolche Rechtspflichten wie die übrigen Subjekte. Eine Konstruktion, welche die Staatsperson als etwas wesentlich verschiedenes von den übrigen Personen, welche die Rechtspflicht des Staates als etwas durchaus anderes als die übrigen Rechtspflichten aufzeigt, die Staatsperson und Staatspflicht als etwas „sui generis“ gelten lassen *muß*, hat das ihr gestellte Problem nur dem Scheine nach gelöst und die Tatsache, daß sie den Staat nicht als wesensgleich mit den Rechtssubjekten, d. h. *auch* als Rechtssubjekt oder Person erfassen und beim Staate etwas den Rechtspflichten völlig analoges nachweisen kann, mit einer irreführenden Nomenklatur verdeckt, indem sie zwei völlig verschiedene Erscheinungen – nichts anderes beweist das Eingeständnis des „sui generis“ – mit dem gleichen Worte: Person und Rechtspflicht belegt.

²⁴⁴² «erblicken. [Daher] A₁ «erblicken. Nun könnte man solcher Anschauung entgegenhalten: Wenn der Staat verpflichtet ist, durch wen anderen könnte er verpflichtet werden als durch jene Autorität, welche alle anderen Subjekte verpflichtet: durch den Staat? Und welcher anderen Namen könnte dieser Vorgang, bei welchem der Staat den Staat verpflichtet, verdienen, als den der Selbstverpflichtung, da doch der verpflichtende und der verpflichtete Staat identisch sind? Und dieser Gedankengang hätte einen Schein von Berechtigung, wenn seine Voraussetzungen richtig wären, daß die Rechtspflicht das konkrete Resultat in einer Kette von Ursachen und Folgen ist, daß die Verpflichtung ein tatsächlicher „Vorgang“ ein dem Sein und Werden angehöriger Mutationsprozeß ist, an dessen Anfangspunkt der Staat resp dessen Befehl und an dessen Endpunkt die Rechtspflicht, [ein Wort unlesbar] als Zustand psychischer Willensgebundenheit steht – wie das wohl die übliche Vorstellung ist. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates geht von der Frage aus: Wie „entsteht“ die Staatspflicht, sie operiert mit einem „Werden“ muß daher notwendig auf die Welt des Seins und somit auf eine „Erklärung“ gerichtet sein. Sie ist nur eine selbstverständliche Konsequenz jener Anschauung, die die Rechtspflicht aus der Rechtsnorm „entstehen“ läßt, wie die Wirkung aus einer Ursache, die einen Verpflichtungsvorgang annimmt, und nur in dieser Richtung ist sie einer Kritik zu unterziehen. Nicht in der Annahme der „Selbst“verpflichtung liegt ihre Anfechtbarkeit sondern in der viel allgemeineren einer Verpflichtung – im Sinne eines kausalen Vorganges überhaupt. Daher»; A₂ «erblicken. Daher».

²⁴⁴³ «jetzt bei der Lehre von den Staatspflichten das»] A₁ «jetzt das»; A₂ «jetzt bei der Lehre von den Staatspflichten das».

²⁴⁴⁴ «Und mit Nachdruck ... Stelle erfahren.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

²⁴⁴⁵ Vgl. unten S. 540–542.

²⁴⁴⁶ «Pflichtbegriffes»] A «Rechtspflichtbegriffes»; F* «Pflichtbegriffes».

Es ist daher für die Möglichkeit der Konstruktion von Staatspflichten von ausschlaggebender Bedeutung, wie man die Rechtspflicht der Untertanen auffaßt, von der ja die Konstruktion gewöhnlich ausgeht. Betrachtet man die Rechtspflicht als realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit – wie dies bei fast allen Theoretikern mehr oder weniger ausdrücklich geschieht – dann²⁴⁴⁷ ist eine Rechtspflicht der Staatsperson schlechterdings undenkbar. Denn eine solche Rechtspflicht setzt eine Individualpsyche voraus und ist daher nur beim Einzelmenschen möglich. Und selbst, wenn man im Sinne der modernen Völkerpsychologie die Möglichkeit einer Gesamtpsyche und insbesondere eines Gesamtwillens zugibt, so könnte doch dieser niemals jene²⁴⁴⁸ Gebundenheit aufweisen, welche das Wesen der nach Analogie der Individualpflicht zu konstruierenden Gesamtpflicht sein müßte. Denn wie schon früher¹⁾ nachgewiesen, kann der Gesamtwille der Völkerpsychologie nie und nimmer dasjenige sein, was unter Staatswillen zu verstehen ist. Und ganz besonders im vorliegenden Falle, wo der Staatswille als Substrat der Staatspflicht in Betracht kommt, müßte eine Identifizierung von Staatswillen und Gesamtwillen zu einem geradezu grotesken Resultate führen. Denn jeder Rechtssatz verpflichtet auch den Staat, bindet seinen Willen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Anschauung zufolge der Staat den Inhalt seiner Rechtssätze permanent will. In dieser Permanenz des staatlichen Wollens sieht²⁴⁵⁰ z. B. *Jellinek*²⁾ ein wesentliches Charakteristikum gegenüber den natürlichen Willensakten der Menschen und eine Gewähr für die *Dauer* der staatlichen Selbstbeschränkung, Selbstverpflichtung. Nimmt man nun ernstlich den Staatswillen als einen Gesamtwillen im völkerpsychologischen Sinne, darf man nicht vergessen – was im Sinne der Völkerpsychologie als selbstverständlich besteht – daß der Gesamtwille nur ein Ausdruck für die Übereinstimmung vieler menschlicher Einzelwillen ist. Er kann somit, wenn überhaupt von diesem *Verhältnis* der Übereinstimmung vieler Einzelwillen wiederum als von einem „Willen“ die Rede ist und diesem „Willen“ irgendeine Eigenschaft zugesprochen wird – jedenfalls keine anderen Eigenschaften haben als die Einzelwillen, deren Übereinstimmung

| 399

¹⁾ Vgl. oben S. 163 ff.²⁴⁴⁹

| 398

²⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge, S. 27:²⁴⁵¹ „Der natürliche Wille des Individuums ist als solcher durch die Vollendung eines Willensaktes nicht weiter gebunden ... Beim Staatswillen dauert das Wollen des einmal für den Willen als Inhalt Gesetzten so lange fort, bis ein zweiter Willensakt erfolgt, durch welchen der Fortdauer des früheren Willensaktes ein Ende gemacht wird. *Der Staat hört nicht auf zu wollen, was er einmal als Inhalt seines Willens gesetzt hat.*“

| 399

²⁴⁴⁷ «Willensgebundenheit ... dann»] A₁ «Willensgebundenheit, dann»; A₂ «Willensgebundenheit ... dann».

²⁴⁴⁸ «niemals jene»] A₁ «niemals das Substrat jener „Gesamtpflicht“ sein, jene»; A₂ «niemals jene».

²⁴⁴⁹ Vgl. oben S. 272–300.

²⁴⁵⁰ «Wollens sieht»] A₁ «Wollens gegenüber dem der Einzelmenschen sieht»; A₂ «Wollens sieht».

²⁴⁵¹ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 27 – Hervorhebungen von Kelsen.

er bezeichnet. Dann²⁴⁵² muß man aber, um die Existenz eines Gesamtstaatswillens und somit der Gesamtstaatspflichten aufrecht erhalten zu können, konsequenterweise annehmen, daß diejenigen Menschen, welche die staatliche Gemeinschaft bilden, permanent die gesamte Rechtsordnung wollen.

Es wäre²⁴⁵³ ein zu billiges Vergnügen, das Ungeheuerliche dieser Konsequenz breiter darzulegen. Wenn irgendein Argument, so ist sicherlich dieses geeignet, die schon im 2. Buche aufgestellte Behauptung zu bestätigen, daß die Identifizierung von Staatswillen und Gesamtwillen eine nicht scharf genug zu verdammende Fiktion ist.²⁴⁵⁴

Der Staatswille ist aber keine wie immer geartete individual- oder sozialpsychische Tatsache. Faßt man daher die Rechtspflicht als realpsychische Willensgebundenheit, gibt es keine Rechtspflicht des Staates – auch nicht im bildlichen Sinne – sondern nur Rechtspflichten von Einzelmenschen und keine Dialektik der Welt kann darüber hinwegtäuschen; ganz ebenso wie es keine Staatsperson geben kann, wenn man den Willen im psychologischen Sinne als Substrat der Persönlichkeit betrachtet¹⁾.

Mit Rücksicht darauf, daß in der gegenwärtigen Literatur die Rechtspflicht fast ausnahmslos in mehr oder weniger klarer Weise als realpsychischer Zustand aufgefaßt wird, was ja auch mit der Tatsache zusammenhängt, daß die wahre Natur des juristischen Willensbegriffes allgemein verkannt wird, ist die außerordentliche Verworrenheit und Unklarheit nicht zu verwundern, welche die Lehre von den Rechtspflichten des Staates aufweist. Alle Lösungsversuche müssen an der Tatsache scheitern, daß der Staat kein Mensch ist und keine nur für den menschlichen Willen möglichen Pflichten haben kann. Das gilt insbesondere auch von jener Theorie, welche die Rechtspflichten des Staates in der Weise konstruiert, daß sie dieselben als Resultat eines Selbstverpflichtungsaktes darstellt. *Jellinek*, der hervorragendste Vertreter der Selbstverpflichtungslehre, erklärt, wie bereits oben¹⁾ dargelegt wurde, die Verpflichtung als einen Motivationsakt und faßt die Rechtspflicht als Gebundenheit des psychischen Willens auf. Wenn man objektiv die

¹⁾ Vgl. oben S. 173.²⁴⁵⁵

¹⁾ Vgl. oben S. 318 ff.²⁴⁵⁶

²⁴⁵² «Einzelwillen ist. ... Dann»] A₁ «Einzelwillen ist, dann»; A₂ «Einzelwillen ist ... dann».

²⁴⁵³ «wollen.]Es wäre»] A₁ «wollen. Die Fiktion springt ins Auge, und da im völkerpsychologischen Sinne eine Gemeinschaft nur insoweit besteht als tatsächli[che] Übereinstimmung gegeben ist, und jede[r] nicht mehr zur Gemeinschaft gehört, der dissentiert, m. a. W. und juristisch ausgedrückt, da hier nicht Majoritätsprinzip sondern einhelligkeit Organisationsmaxime ist, so wäre – um nur einen kurzen Augenblick die Absurdität dieser Identifizierung von Staatswillen und Gesamtwillen auszukosten – nicht nur jeder Unrechtstäter als außerhalb der Staatsgemeinschaft stehend zu betrachten [bricht ab]]Es wäre»; A₂ «wollen.]Es wäre».

²⁴⁵⁴ Vgl. insb. oben S. 289–293.

²⁴⁵⁵ Vgl. oben S. 284.

²⁴⁵⁶ Vgl. oben S. 443–447.

Darstellung prüft, die *Jellinek* in der für seine Selbstverpflichtungslehre grundlegenden Arbeit²⁾ von dem Prozesse gibt, wie er sich nach seiner Ansicht bei jeder Verpflichtung abspielen muß, gleichgültig ob es sich um eine Rechts- oder Moralpflicht handelt – und *Jellinek* hält ja den Pflichtbegriff für einen beiden Gebieten gemeinsamen³⁾ – dann muß es unbegreiflich bleiben, wie sich dieser Vorgang anders als in der Individualpsyche eines Einzelmenschen abspielen, wie es auf Grund eines solchen Vorganges zu anderen als Menschenpflichten kommen kann. Wie sollte wohl eine Verpflichtung des Staates vor sich gehen, wenn dieser Prozeß darin besteht, daß an den Willen des Subjektes die Anforderung gestellt wird, „ein bestimmtes *Motiv*²⁴⁵⁹ als das absolut stärkste *anzusehen*“, wenn dieses Motiv als „Vorstellung“²⁴⁶⁰ bezeichnet wird. Wo gibt es aber neben dem Staatswillen Staatsvorstellungen bei *Jellinek*, der doch Jurist genug ist, um der Staatsperson nur Willen und nichts als Willen zuzuerkennen, und die Vorstellung von der Realität der Staatsperson der organischen Staatslehre, die allein neben dem Gesamtwillen auch ein Gesamtgefühl und eine Gesamtvorstellung annimmt, mit Recht ablehnt? Nun sagt wohl auch *Jellinek*, daß ein psychischer Wille nur in den Einzelmenschen vorhanden ist und nur in ihnen sich alle psychischen Vorgänge abspielen können. Aber wie aus dem im Innern der einzelnen Menschen sich abspielenden Verpflichtungsvorgängen, die doch nichts anderes sein können als Selbstverpflichtungen der Menschen, Pflichten des Staates werden können, wie eine im Innern der *Menschen* sich vollziehende Verpflichtung des *Staates* nun gar *Selbstverpflichtung* des Staates sein soll, diese Hauptfrage läßt *Jellinek* ungelöst. Er beweist lediglich, daß Selbstverpflichtung möglich ist, aber nicht, daß die Rechtspflicht des Staates das Resultat einer solchen sei. Wenn wirklich, wie *Jellinek* behauptet, Staatswille Menschenwille ist⁴⁾, wie kann dieser Staatswille andere Eigenschaften haben als der Menschenwille, nämlich jene oben schon erwähnte Dauer und Permanenz, die *Jellinek* bei dem „natürlichen“ Willen des Menschen vermißt. Und wenn wirklich alle bestehenden Staatspflichten – und | nach *Jellinek* statuiert jeder Rechtssatz eine solche – im Wege des von *Jellinek* geschilderten Motivations- und Selbstverpflichtungsprozesses entstehen, wo sind die Menschen, die sich in ihrem Innern zu jenem Verhalten permanent verbinden²⁴⁶³, das durch die *gesamte* Rechtsordnung

| 401

²⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge. S. 14 ff.²⁴⁵⁷

³⁾ Vgl. z. B. System der subj. öffent. Rechte. S. 196.²⁴⁵⁸

⁴⁾ Vgl. oben S. 172.^{2461, 2462}

²⁴⁵⁷ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 14–45.

²⁴⁵⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 196.

²⁴⁵⁹ «ein bestimmtes *Motiv*»] A₁ «ein *Motiv*»; A₂ «ein bestimmtes *Motiv*».

²⁴⁶⁰ Beide Zitate: *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 15 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁴⁶¹ «Vgl. oben S. 172.»] A «vgl aaO S 16»; F* «Vgl. oben S. 172.».

²⁴⁶² Vgl. oben S. 282 f.

²⁴⁶³ «Verhalten permanent verbinden»] A₁ «Verhalten verbinden»; A₂ «Verhalten permanent verbinden».

dauernd vom²⁴⁶⁴ Staate gewollt, als Inhalt von Staatspflichten statuiert ist? Sind es alle dem Staate zugehörigen Menschen²⁴⁶⁵, deren Willen den Staatswillen bilden, wird man wohl niemandem ernstlich zumuten wollen, zu glauben, daß sich²⁴⁶⁶ diese wirklich zu all dem verpflichtet fühlen, was als Pflicht des Staates zu gelten hat? Und ist es nur der Wille der menschlichen Staatsorgane, der den staatlichen Willen ausmacht – was als Ansicht *Jellineks* anzusehen ist¹⁾ – dann wird man wohl vergeblich fragen, welche Staatsorgane eigentlich mit ihrem psychischen Willen den Inhalt der²⁴⁶⁸ vielen hundert und aberhundert Rechtssätze wollen, durch welche Staatspflichten statuiert werden. Denn jeder Rechtssatz bedeutet – auch nach *Jellinek*²⁴⁶⁹ – vom Augenblicke seiner Geltung, das ist vom Augenblicke, da das bezügliche Gesetz formell in Kraft tritt, bis zu dem Augenblicke, da es formell aufgehoben²⁴⁷⁰ wird, ein dauerndes, ununterbrochenes Wollen des Staates, unter bestimmten Umständen zu strafen, zu exequieren, Eisenbahnen zu bauen, Stimmzettel entgegenzunehmen etc. Es ist geradezu ungeheuerlich anzunehmen, daß dieses dauernde, tausendfältige Wollen des Staates in der Rechtsordnung das psychische Wollen von Menschen sei, gleichsam aus psychischen Willensakten von Menschen zusammengesetzt werde. Dem Staatsorgane kommt doch der Rechtssatz erst ins Bewußtsein, wenn er ihn anzuwenden, d. h. das Wollen des Staates zu realisieren hat, und doch besteht der Rechtssatz und damit das Wollen des Staates vorher und nachher ununterbrochen weiter!²⁴⁷¹ Nur wenn erkannt ist, was der Willensbegriff für die Jurisprudenz bedeutet, sind wie mit einem Schlage all diese künstlichen Schwierigkeiten hinweggeräumt.

Die Konstruktion der staatlichen Selbstverpflichtung stützt *Jellinek* in erster Linie auf die Analogie zur autonomen Moral.²⁴⁷² Doch ist diese Analogie aus mehr als einem Grunde wertlos, so plausibel sie auf den ersten Blick zu sein scheint. Der sich seinem eigenen Gebot unterwerfende Mensch scheint tatsächlich ein Ebenbild des Staates zu sein, den seine eigenen Gesetze verpflichten. Aber selbst wenn dieser Vergleich ein in den wesentlichsten Punkten zutreffender wäre, so könnte er nichts beweisen, wenn man behaupten will, daß die Rechtspflicht etwas anderes als eine
 |402 sittliche | Pflicht sei. Treffend bemerkt *Hold von Ferneck* gegen die *Jellineksche* Analogie: „In der Tat kann die Entlehnung des Begriffes aus der autonomen Ethik

|401 |¹⁾ Vgl. Allgem. Staatslehre. 2. Aufl. S. 526.²⁴⁶⁷

2464 «Rechtsordnung dauernd vom»] A₁ «Rechtsordnung vom»; A₂ «Rechtsordnung dauernd vom».

2465 «dem Staate zugehörigen Menschen»] A «den Staat bildenden Menschen»; F* «dem Staate zugehörigen Menschen».

2466 «bilden ... daß sich»] A₁ «bildet, fühlen sich»; A₂ «bildet ... daß sich».

2467 Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 526.

2468 «Willen den Inhalt der»] A₁ «Willen der»; A₂ «Willen den Inhalt der».

2469 Vgl. insb. oben S. 533 bei Anm. 2451.

2470 «es formell aufgehoben»] A₁ «es aufgehoben»; A₂ «es formell aufgehoben».

2471 «Sind es alle ... weiter!» (5361–53620)] in A₂ eingefügt.

2472 Vgl. *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 14.

nicht bescheinigen, daß eine Rechtspflicht entsteht. Wer sich ganz nach den Methoden²⁴⁷³ der autonomen Ethik bindet, für den entsteht eben allemal eine²⁴⁷⁴ autonom-moralische, nicht aber eine Rechtspflicht⁽¹⁾. Allein, der Vergleich der Staatspflicht mit²⁴⁷⁶ der Pflicht der autonomen Moral ist gerade in den wesentlichsten Punkten unzutreffend. Denn das Subjekt moralischer Selbstverpflichtung ist immer nur der Einzelmensch, da die verpflichtende Moralnorm²⁴⁷⁷ eine Individualpsyche und einen Individualwillen voraussetzt. Faßt man die Pflicht als Zustand der psychischen Willensgebundenheit auf – und damit identifiziert man schon die Rechtspflicht mit der Pflicht autonomer Moral – dann kann man zeigen, daß alle Pflichten der *Menschen* nur im Wege einer Selbstverpflichtung entstehen. Das und nicht mehr hat *Jellinek* bewiesen; für Rechtspflichten des *Staates* ist damit gar nichts gewonnen, wenn er sagt: „Ja, man kann noch weitergehen und sogar behaupten, daß gewissermaßen jede Verpflichtung Selbstverpflichtung ist, insofern die fremde Vorstellung, welche mich verpflichten soll, erst meine eigene Vorstellung sein muß, ehe sie als Motiv auf den Willen einwirken kann. Nur durch das Medium meines Intellektes kann eine andere Person meinen Willen bestimmen. Nur meine Vorstellungen können mich bestimmen und das Gesetz, das einer fremden Macht entstammt, kann Leben und Kraft erst dann gewinnen, wenn ich es selbst meinem Willen zur Richtschnur vorgeschrieben habe⁽²⁾. Und²⁴⁷⁹ für die Rechtspflicht der Menschen – Person oder Rechtssubjekt ist nach dieser Anschauung mit „Mensch“ zu identifizieren – ist damit im Grunde nur bewiesen, was schon von vornherein von ihr angenommen worden war: daß sie ein realpsychischer²⁴⁸⁰ Zustand innerer Willensgebundenheit ist²⁴⁸¹; nichts anderes sagt diese ganze Schilderung des Verpflichtungsaktes aus.

Wenn *Jellinek* den Verpflichtungsakt als Motivationsprozeß bezeichnet, dann ist die Analogie zur autonomen Moralpflicht²⁴⁸² auch aus diesem Grunde unzutreffend. Denn gerade die Verpflichtung durch die autonome Moralnorm kann nicht als Motivation angesehen werden. Dieser Motivationsprozeß muß offenbar

¹⁾ a. a. O. S. 192.²⁴⁷⁵

²⁾ Staatenverträge S. 15.²⁴⁷⁸

²⁴⁷³ «den Methoden»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 192: «der Methode».

²⁴⁷⁴ «allemal eine»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 192: «allemal nur eine».

²⁴⁷⁵ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 192.

²⁴⁷⁶ «Vergleich der Staatspflicht mit»] A₁ «Vergleich mit»; A₂ «Vergleich der Staatspflicht mit».

²⁴⁷⁷ «die verpflichtende Moralnorm»] A₁ «die Moralnorm»; A₂ «die verpflichtende Moralnorm».

²⁴⁷⁸ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 15.

²⁴⁷⁹ «habe². Und»] A «habe² Was ist mit all diesen Konstatierungen für die Rechtspflicht des *Staates* gewonnen? Und»; F* «habe². Und».

²⁴⁸⁰ «vornherein ... realpsychischer»] A₁ «vornherein als realpsychischer»; A₂ «vornherein ... realpsychischer».

²⁴⁸¹ «Willensgebundenheit ist»] A₁ «Willensgebundenheit kann die Rechtspflicht gar nicht an [bricht ab]»; A₂ «Willensgebundenheit ist».

²⁴⁸² «zur autonomen Moralpflicht»] A₁ «zur Moralpflicht»; A₂ «zur autonomen Moralpflicht».

in einer Kausalreihe verlaufen, die mit der Norm als Ursache beginnt und mit dem als Pflicht bezeichneten realpsychischen Zustand innerer Willensgebundenheit endet. Und bei einem derartigen Pflichtbegriffe mag für das heteronome Recht immerhin die Auffassung, gemäß welcher die Pflicht als kausale Folge der Norm zu gelten hat, am Platze sein; allein gerade vom Standpunkte einer autonomen Moral, innerhalb einer psychologisierenden Ethik, für welche die Norm eine innerpsychische Tatsache, die „Stimme des Gewissens“ u. ä. ist, kann jenes kausale Verhältnis zwischen Norm und Pflicht, das allein die Verpflichtung als Motivation erscheinen läßt, nicht gegeben sein. Gerade hier besteht zwischen Norm und Pflicht das Verhältnis der Identität, denn die Norm ist von allem Anfange schon jene Tatsache, welche – nur in einer besonderen Beziehung – als Pflicht in Betracht kommt: die sittliche Willensrichtung oder Willensgebundenheit, die kausal nicht weiter abgeleitet wird oder, was dasselbe bedeutet, der sittlichen Disposition des Individuums entspringt. Das²⁴⁸³ Bewußtsein einer Norm ist zugleich schon das Bewußtsein einer Pflicht. Der Grundgedanke der moralischen Autonomie besteht gerade in der Abweisung einer von außen erfolgenden Bindung des menschlichen Willens und somit der Motivation; der von innen, d. h. „sich selbst bindende Wille“ ist nur eine Formulierung für den *freien Willen*, was die Unanwendbarkeit jeder Form des Satzes vom Grunde bedeutet. Ob die Annahme einer Willensfreiheit in diesem Sinne berechtigt ist oder nicht, ob die Behauptung, daß der Wille nicht durch von außen herantretende vernünftige Vorstellungen, sondern nur durch sich selbst gebunden werden könne, konsequent durchgedacht, zu einer Negierung der Moral überhaupt führe, wie dies *Jellinek* meint¹⁾, bleibe dahingestellt. Hier muß nur betont werden, daß autonome Moral und Willensfreiheit innig zusammengehören – was freilich *Jellinek* nicht einsieht – und daß eine deterministische Anschauung eine Selbstbindung des im allgemeinen Kausalzusammenhange stehenden Willens nicht zugeben kann²⁾.

403 |¹⁾ a. a. O. S. 16.²⁴⁸⁴

²⁾ Welches die Stellung dieser Untersuchungen zum Probleme des Willens überhaupt und insbesondere zu dem der Willensfreiheit ist, wurde im 2. Buche des näheren auseinandergesetzt.²⁴⁸⁵ Vom Standpunkte des hier verworfenen psychologischen Willensbegriffes, der ja auch der *Jellineks* ist, muß allerdings die *Holdsche* Polemik gegen *Jellinek* als stichhaltig bezeichnet werden. *Hold* muß als konsequenter Determinist – auch *Jellinek* bezeichnet sich als solchen²⁴⁸⁶ – jede Selbstbindung des Willens leugnen. Da *Hold* gerade in der Auffassung des juristischen Willensbegriffes mit *Jellinek* im Wesen übereinstimmt, gewinnt sein Nachweis, daß die *Jellineksche* Selbstbindungstheorie sich selbst widerspreche, an Bedeutung. Er sagt a. a. O. S. 188:²⁴⁸⁷ „Wer der Möglichkeit der Selbstverpflichtung das Wort redet, muß den Begriff der Norm so fassen, daß sie etwas bloß von innen Kommendes ist, andernfalls sie ja doch – wenigstens zum Teile – Zwang

²⁴⁸³ «oder ... Das»] A₁ «oder Das»; A₂ «oder ... Das».

²⁴⁸⁴ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 16.

²⁴⁸⁵ Vgl. oben S. 191–432, insb. 191–300, zur Willensfreiheit S. 214f., 266–268, 302–305, 311f., 329f.

²⁴⁸⁶ Vgl. dazu *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 14–19.

²⁴⁸⁷ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 188.

- Verpflichtung ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen,
 die Rechtsgeschäft Rechtsgeschäft Rechtsgeschäft Rechtsgeschäft

Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen sind ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen sind ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen sind ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen sind ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

nicht gesetzliche Normen sind ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

aber ein Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft

Seite aus dem Autographen (53826-53827; 53829-53834; 5401-5405)

|404 | Der Widerspruch innerhalb der *Jellinekschen* Konstruktion, derzufolge die Verpflichtung ein Motivationsakt und zugleich Selbstverpflichtung ist, kommt denn auch deutlich in den Worten zum Ausdruck: „Ein sich selbst Verpflichten ist möglich, niemals aber ein sich selbst Zwingen“¹⁾. Denn daß Motivation nichts anderes als psychischer Zwang sein kann, bedarf wohl kaum näherer Erörterung²⁾.

Gerade die Analogie zur Pflicht der autonomen Moral wäre geeignet gewesen, den Grundfehler der *Jellinekschen* Selbstverpflichtungslehre, der zugleich der Grundfehler der herrschenden Lehre von der Rechtspflicht überhaupt ist, zu vermeiden. Es ist dies die Anschauung, daß das Verhältnis von Norm und Pflicht das von Ursache und Wirkung sei, während – wie bereits oben bemerkt²⁴⁹⁵ – gerade die autonome Moral eine Identität von Norm und Pflicht aufweist. Nur muß man sich bei einer solchen Analogie vor Augen halten, daß die Norm des heteronomen Rechtes keine innerpsychische Tatsache sein kann wie bei der autonomen Moral und daß daher – ein analoges Verhältnis von Norm und Pflicht vorausgesetzt – auch die Rechtspflicht nicht als ein realpsychischer Zustand innerer Willensgebundenheit angesehen werden darf wie die Moralpflicht. Was an der Selbstverpflichtungslehre falsch ist, das ist eben diese allgemeine Vorstellung von der Verpflichtung als einem der Welt des Seins und Werdens angehörigen tatsächlichen „Vorgang“, als einem Ablaufen von Ursache und Wirkung. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates geht von der Frage aus: Wie „entsteht“ die Staatspflicht? Sie operiert mit einem „Werden“, muß daher notwendig auf die Welt des

|404 wäre. Da *Jellinek* dies jedoch nicht behauptet, | befindet er sich mit sich selbst im Widerspruche. *Jellinek* sagt nur: „Norm ist niemals etwas bloß von außen Kommendes, sondern muß stets die auf einer Eigenschaft des Subjektes ruhende Fähigkeit besitzen, von diesem als berechtigt anerkannt zu werden“ (Staatslehre 361)^{2488, 2489}. Wenn die Norm nicht etwas bloß von außen Kommendes ist, muß sie doch mindestens etwas *auch* von außen Kommendes sein, widrigenfalls sie ja etwas bloß von innen Kommendes wäre. Es kann also ein Befehl, der ausschließlich vom Verpflichteten ausgeht, auch nach *Jellinek*, eine²⁴⁹⁰ Norm sein und nicht eine Pflicht auferlegen. *Jellinek* negiert also selbst die Selbstbindung.“²⁴⁹¹

¹⁾ Staatenverträge S. 33.²⁴⁹²

²⁾ Vgl. die treffenden Bemerkungen *Hold's* a. a. O. S. 186²⁴⁹³. *Hold* ist in der Durchführung der – hier allerdings vollständig abgelehnten – explikativ-psychologischen Methode und²⁴⁹⁴ insbesondere des mit Auffassung des Willens als eines psychischen Aktes notwendig verbundenen Determinismus innerhalb der herrschenden Theorie, die heute ganz allgemein auf diesem prinzipiellen Standpunkte steht, der einzig Konsequente.

²⁴⁸⁸ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 361.

²⁴⁸⁹ «(Staatslehre 361)»] A «(Staatslehre I 332)»; F* «(Staatslehre 361)».

²⁴⁹⁰ «eine»] *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 188: «nicht eine».

²⁴⁹¹ «Da *Hold* gerade ... Selbstbindung.“» (53834–54029)] in A₂ eingefügt.

²⁴⁹² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 33.

²⁴⁹³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 186.

²⁴⁹⁴ «abgelehnten ... und»] A₁ «abgelehnten – psychologischen Methode in der Jurisprudenz und»; A₂ «abgelehnten ... und».

²⁴⁹⁵ Vgl. oben S. 536–538.

Seins und somit auf eine Erklärung des Geschehens gerichtet²⁴⁹⁶ sein. Damit bedeutet sie einen argen Verstoß gegen die ausschliesslich normative Methode der Jurisprudenz, die sich – wie früher dargelegt | wurde¹⁾ – gerade durch die Möglichkeit und Notwendigkeit einer rein normativen Betrachtung²⁴⁹⁸ von der Ethik einer *autonomen* Moral unterscheidet, bei welcher die Norm eine innerpsychische Tatsache ist, die dem Sein angehört, wodurch von vornherein eine scharfe Ausscheidung aller explikativen Gesichtspunkte, wenn nicht unmöglich, so doch nicht zweckmäßig ist. Nicht²⁴⁹⁹ in der Annahme einer „Selbst“verpflichtung liegt somit die Anfechtbarkeit der *Jellinekschen* Theorie, sondern in der allgemeinen Anschauung, daß die Rechtspflicht – auch die des Staates – im Wege eines Kausalprozesses entsteht und daher etwas der Welt des Seins Angehöriges sein muß, was nichts anderes bedeutet, als daß diese Theorie eine „Erklärung“ gewisser, als Rechtspflicht bezeichneter psychischer Bewegungen sein²⁵⁰⁰ will und somit keine juristische Konstruktion mehr ist. Es²⁵⁰¹ ist daher weniger paradox, als es auf den ersten Blick scheinen mag, wenn man behauptet, es gebe rechtlich zwar Pflichten aber keine „Verpflichtung“, wohl ein „verpflichtet sein“, nicht aber einen rechtlich relevanten Vorgang, der zu einem solchen Resultate führt. Hat man erkannt, daß die Rechtspflicht nicht eine von der Rechtsnorm verschiedene, selbständige Tatsache, sondern die Rechtsnorm selbst im Verhältnis der Subjektivierung ist, dann wird die Frage nach der „Entstehung“ der Rechtspflicht zur Frage nach der Entstehung der Rechtsnorm, das heißt des Rechtes überhaupt, eine Frage, die nicht mehr in die Grenzen der Rechtswissenschaft fällt.

| 405

Um das für die Konstruktion der Rechtspflicht grundlegende Verhältnis zum Rechtssatze, der als Urteil über einen Willen des Staates aufzufassen ist, ganz klar zu legen, bedarf²⁵⁰² es – insbesondere, wenn es sich um die Rechtspflicht des Staates handelt – einer Untersuchung über das Verhältnis von Staat und Rechtsordnung. Erst die Analyse dieser Beziehung kann das hier behandelte Problem der Konstruktion von Staatspflichten zu einer widerspruchslosen Lösung führen.

Wenn die Verpflichtung als ein vom Staate resp. dessen Befehl ausgehender Kausal-Vorgang zu denken ist, dann muß notwendigerweise der²⁵⁰³ Staat als Schöpfer des Rechtes vorgestellt werden. Diese Vorstellung des Staates als des

¹⁾ Vgl. oben S. 33 ff.²⁴⁹⁷

| 405

²⁴⁹⁶ «Erklärung des Geschehens gerichtet»] A «Erklärung gerichtet»; F* «Erklärung des Geschehens gerichtet».

²⁴⁹⁷ Vgl. oben S. 117–144.

²⁴⁹⁸ «Betrachtung»] A «Methode»; F* «Betrachtung».

²⁴⁹⁹ «Gesichtspunkte ... Nicht»] A «Gesichtspunkte nicht angeht. Nicht»; F* «Gesichtspunkte ... Nicht».

²⁵⁰⁰ «„Erklärung“ ... sein»] A «„Erklärung“ der Rechtspflicht sein»; F* «„Erklärung“ ... sein».

²⁵⁰¹ «ist. Es»] A «ist. (zur Fiktion wird) Es»; F* «ist. Es».

²⁵⁰² «ist, ganz klar zu legen, bedarf»] A₁ «ist, bedarf»; A₂ «ist, ganz klar zu legen bedarf».

²⁵⁰³ «notwendigerweise der»] A₁ «notwendigerweise der Staat als dem Recht vorangehend, der»; A₂ «notwendigerweise der».

Erzeugers oder der Quelle des Rechtes – wenn auch nicht als der einzigen und ausschliesslichen Quelle – ist in der heutigen Literatur eine überaus verbreitete. Ganz allgemein wird zumindest das Gesetzes-Recht als eine „Schöpfung“ des Staates betrachtet. So teilt *Jellinek* „alles Recht im modernen Staate²⁵⁰⁴ in *staatlich geschaffenes* und staatlich zugelassenes Recht“²⁾. So spricht *Anschütz* ausdrücklich von der „Vorstellung des Staates als | Schöpfer und Erhalter der Rechtsordnung“⁴⁰⁶ und definiert das Gesetz als „die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtsatzes, das Produkt der staatlichen Rechtssetzungsfunktion“¹⁾. Daß der Staat, wenn er der Schöpfer des Rechtes ist, historisch betrachtet, dem letzteren als Ursache der Wirkung zeitlich²⁵⁰⁷ vorangehen müßte, ist nur die notwendige, freilich meist nicht ausgesprochene Konsequenz jener Anschauung, welche die Rechtserzeugung als Funktion des Staates betrachtet²⁾. Ein derartiges Verhältnis von Staat und Recht, demzufolge der erstere das prius, das letztere das posterius²⁵⁰⁹ ist, muß jedoch mit Entschiedenheit abgelehnt werden, da ein Staat ohne Recht ebenso wenig denkbar ist wie ein Recht ohne Staat und die historische Forschung die Anfänge des Rechtes und der staatlichen Organisation nicht voneinander getrennt aufzeigen kann. Staat und Recht müssen zweifellos als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden³⁾.

Die Ablehnung der Ansicht, die den Staat als *Schöpfer* des Rechtes bezeichnet, darf jedoch durchaus nicht mit der Lehre für unvereinbar gehalten werden, daß das Recht der Wille des Staates ist! Daß der Staat *Träger* des Rechtes ist, wird damit in keiner Weise in Frage gestellt. Zweifellos hat aber gerade die an und für sich richtige Anschauung vom Rechte als dem Willen des Staates zu dem irrigen Schlusse geführt, daß der Staat es sei, der das Recht schaffe, da man es für

²⁾ Staatslehre 2. A. S. 356.²⁵⁰⁵

¹⁾ Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatze und formellen Gesetze, Inauguraldissertation, Leipzig 1891. S. 1.²⁵⁰⁶

²⁾ Vgl. *Hold von Ferneck* a. a. O. S. 186.²⁵⁰⁸

³⁾ Vgl. darüber *Jellinek*, Staatslehre 359ff., *Gierke* im 30. Bd. der Tübinger Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft S. 179ff., *Seidler* a. a. O. S. 44. *R. Schmidt*, Staatslehre I. S. 106.²⁵¹⁰

²⁵⁰⁴ «alles Recht im modernen Staate»] *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 356: «im modernen Staate alles Recht».

²⁵⁰⁵ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 356 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁵⁰⁶ *Gerhard Anschütz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, S. 1.

²⁵⁰⁷ «betrachtet ... zeitlich»] A₁ «betrachtet zeitlich»; A₂ «betrachtet als Ursache der Folge zeitlich»; F* «betrachtet ... zeitlich».

²⁵⁰⁸ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 186.

²⁵⁰⁹ Lat.: prius; dt.: das (zeitlich) frühere; lat.: posterius; dt.: das (zeitlich) spätere.

²⁵¹⁰ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 359–368; *Otto Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 30 (1874), S. 153–198, 265–335 (179–184); *Seidler*, Kriterium (Anm. 2440), S. 44; *Richard Schmidt*, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901, S. 166–175 – Kelsen gibt in A «S 166» an.

selbstverständlich hielt, daß der Staat seinen eigenen Willen²⁵¹¹ erzeuge. Diese letztere Vorstellung ist nun von Grund aus verfehlt. Sie entspringt dem falschen Willensbegriffe, der in der heutigen Jurisprudenz der herrschende ist und auch auf diesem Gebiete, dem Probleme der Rechtserzeugung und Gesetzgebung, zu den krassesten Widersprüchen geführt hat; insbesondere die Analogie zwischen der Staatsperson und dem Menschen, der seinen eigenen Willen in seinem Innern selbst erzeugt, hat die Lehre von der Gesetzgebung, der sogenannten staatlichen Willensbildung, in unheilvoller Weise beeinflußt.

Es ist im Grunde dieselbe Erkenntnis, die vom Standpunkte historischer Betrachtung den Staat nicht als Schöpfer des Rechtes nicht als eine dem Rechte vorangehende²⁵¹² Erscheinung gelten lassen und²⁵¹³ die unter dem Gesichtspunkte dogmatischer Spekulation auch im |Gegenwartsstaate bei jedem einzelnen Rechtssatze nicht die Staatsperson als „Erzeuger“ jenes Willens nachweisen will²⁵¹⁴, der im Gesetze zum Ausdruck kommt. Man vergegenwärtige sich vor allem, daß der Terminus „Erzeugung des Staatswillens“ nur ein eminent bildlicher sein kann. Von einem „Erzeugen“ darf wörtlich nur als von einem der Welt des Seins angehörigen Kausalprozesse die Rede sein, dessen Resultat eine reale, d. h. physische oder psychische Tatsache sein muß.

Wird nun wirklich etwas derartiges in jenem Prozesse „erzeugt“, den man als den der staatlichen Willensbildung bezeichnet? Gewiß nicht! Denn der Staatswille, das sogenannte Resultat dieses Prozesses ist keine reale, sei es materielle oder psychische Tatsache, die als Endprodukt eines Kausalvorganges gedacht werden kann. Die entgegengesetzte Anschauung wäre nur dann richtig, wenn der Staatswille wirklich jener reale Gesamtwille sein könnte, als welchen ihn die organische Staatstheorie irrümlich ausgibt. Was unter dem Worte Staatswille tatsächlich verborgen ist, wurde versucht, im 2. Buche dieser Untersuchungen festzustellen.²⁵¹⁵ Eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion, der gemeinsame Zurechnungspunkt für gewisse Tatbestände kann überhaupt nicht im Wege eines Kausalprozesses entstehen, „erzeugt werden“, geschweige denn vom Staate selbst, der nichts anderes ist als dieser Zurechnungspunkt selbst. Für die juristische Betrachtung ist Person und Wille vollkommen identisch; die Person und insbesondere auch die „juristische“ Person des Staates hat nichts als Willen, wie²⁵¹⁶ ja allgemein zugegeben wird – mit Ausnahme der organischen Staatstheorie, die konsequenterweise²⁵¹⁷ auch Staatsgefühl und Staatsvorstellungen behaupten

| 407

²⁵¹¹ «seinen eigenen Willen»] A₁ «seinen Willen»; A₂ «seinen eigenen Willen».

²⁵¹² «Staat ... vorangehende»] A₁ «Staat nicht als eine dem Recht vorangehende»; A₂ «Staat ... vorangehende».

²⁵¹³ «lassen und»] A «lassen will, und»; F* «lassen und».

²⁵¹⁴ «will»] A «kann»; F* «will».

²⁵¹⁵ Vgl. oben S. 272–300.

²⁵¹⁶ «hat nichts als Willen, wie»] A₁ «hat, wie»; A₂ «hat nichts als Wille, wie».

²⁵¹⁷ «konsequenterweise»] A₁ «möglicherweise»; A₂ «konsequenterweise».

muß²⁵¹⁸. Das heißt aber richtiger ausgedrückt: Die Person im Rechtssinne *ist* nur Wille. Es ist somit ein offenkundiger Trugschluß, von einer Erzeugung des Staatswillens durch die Staatsperson zu sprechen, da dies nichts anderes bedeutete, als daß die Staatsperson sich selbst „erzeugt“ oder, historisch betrachtet, sich selbst vorangeht.

Die gesamte Tätigkeit, die als Gesetzgebung bezeichnet wird, das Beschlußfassen des Ober- und Unterhauses, die Sanktion des Monarchen, die Publikation des sanktionierten Beschlusses steht zu dem, was man Willen des Staates nennen kann, nicht im Verhältnisse der Ursache zur Wirkung. Dieser gesamte Tatbestand ist lediglich die Voraussetzung, die Bedingung, an welche die Existenz eines Rechtsatzes, das ist einer Zurechnungsregel geknüpft ist, ist nur die Summe der Umstände²⁵¹⁹, unter denen ein Urteil darüber, daß der Staat bei bestimmten Bedingungen etwas Bestimmtes *will*, genauer: daß unter bestimmten Bedingungen bestimmte Handlungen gewisser Personen (der Staatsorgane) nicht²⁵²⁰ ihnen, sondern | dem „Staate“ zuzurechnen sind, *wahr ist*. Seinem logischen Charakter nach ist der Gesetzgebungstatbestand im Verhältnis zu dem Urteile, das einen Willen des Staates behauptet – zum Pflicht statuierenden Rechtssatze also –: *Erkenntnisgrund*.²⁵²¹ Der Tatbestand der Gesetzgebung verhält sich zum Staatswillen ebenso wie der Unrechtstatbestand zur Unrechtsfolge: Ersterer ist nicht die Ursache des letzteren; der Mord nicht die Ursache der Todesstrafe, sondern nur eine Bedingung, an welche der Wille des Staates, zu strafen, geknüpft ist.

Nun könnte man ja vielleicht in einem gewissen übertragenen und ungenauen Sinne die Erfüllung des Gesetzgebungstatbestandes als „Erzeugung“ des Staatswillens bezeichnen und es wäre dann kein allzu großer Fehler, den Staat als „Erzeuger“ seines Willens zu betrachten, wenn es wirklich die Staatsperson wäre, die als Subjekt jener Gesetzgebungstätigkeit²⁵²² in Betracht kommen könnte, d. h. wenn der Staatsperson jene Akte zugerechnet werden könnten, aus denen sich die Gesetzgebung zusammensetzt. Dies ist aber durchaus nicht der Fall! Kein einziger der zur Gesetzgebung gehörigen Akte, noch auch der Prozeß in seiner Gesamtheit kann als Funktion des Staates gelten. Das drückt sich schon im Sprachgebrauche aus. Man kann unmöglich sagen, daß der Staat im Abgeordnetenhouse abstimmt oder daß der Staat es ist, der einen Gesetzentwurf beschließt; sondern nur der Abgeordnete stimmt ab und das Parlament ist es, das eine Vorlage zum Beschlusse erhebt. Und noch viel weniger geht es an, zu behaupten, der Staat sanktioniere den Parlamentsbeschluß, sondern es ist ausschließlich und allein der Monarch, der für seine

²⁵¹⁸ «muß»] A₁ «kann»; A₂ «muß».

²⁵¹⁹ «geknüpft ist, ist nur die Summe der Umstände»] A «geknüpft ist, d. h. eben nichts anderes ist als: die Umstände»; F* «geknüpft ist, ist nur die Summe der Umstände».

²⁵²⁰ «Personen (der Staatsorgane) nicht»] A₁ «Personen als nicht»; A₂ «Personen (der Staatsorgane) nicht».

²⁵²¹ «Seinem logischen ... Erkenntnisgrund.»] Satz in A₂ eingefügt.

²⁵²² «Gesetzgebungstätigkeit»] A₁ «Tätigkeit»; A₂ «GesetzgebungsTätigkeit».

Person und nicht namens des Staates die Sanktion erteilt. Während es ohneweiters angeht zu sagen, der Staat bestraft den Übeltäter, der Staat baut Eisenbahnen, der Staat nimmt den Stimmzettel in Empfang und konstatiert das Wahlresultat! Alle die zur Gesetzgebung gehörigen *Akte* rechnet schon der naive Sprachgebrauch nur den einzelnen Menschen²⁵²³ oder Korporationen zu, welche diese *Akte* vollziehen, und nicht dem Staate, wie er dies bei jenen Tatbeständen tut, für die als Organhandlungen nicht der physische Täter, sondern die juristische Staatsperson rechtlich als Subjekt gilt.

Und der Sprachgebrauch trifft hier zweifellos das Richtige! Wollte man tatsächlich dem Staate alle einzelnen Akte des Gesetzgebungsprozesses zurechnen, m. a. W. als vom Staate gewollt ansehen, müßte²⁵²⁴ man zu dem Resultate kommen, daß der Staat zugleich Entgegengesetztes wollen könne! Denn er könnte im Unterhause für und im Oberhause gegen einen Gesetzesvorschlag beschließen, er könnte im Monarchen *nicht* sanktionieren *wollen*, was er im Parlament als künftiges Gesetz²⁵²⁵ beschlossen, d. h. gewollt hat! Von | einem einheitlichen Staatswillen – dieser Grundvoraussetzung einer Staatspersönlichkeit – könnte keine Rede mehr sein! Die Zurechnung zum Staate hätte keinen Sinn, wäre geradezu unmöglich, weil es einen gemeinsamen einheitlichen Zurechnungspunkt gar nicht gäbe.

| 409

Erklärt man die Gesetzgebungsakte als Funktionen des Staates, dann müssen alle die zahlreichen Handlungen, welche von den zur Gesetzgebung berufenen Personen im Verlaufe jenes Prozesses vollzogen werden, der mit einem Gesetze abschließt, als *Handlungen* des Staates gelten. Als Handlung des Staates kann aber irgendein konkreter Tatbestand (der äußerlich sich²⁵²⁶ als Handlung eines Menschen darstellt) *rechtlich* nur auf Grund einer bestehenden Zurechnungsregel, d. h. eines Rechtssatzes qualifiziert werden, durch welchen das Urteil ausgesprochen wird, daß ein Wille des Staates besteht, unter²⁵²⁷ bestimmten Umständen diesen Tatbestand zu setzen, d. h. daß gewisse Handlungen bestimmter Personen unter festgesetzten Bedingungen als Handlungen des Staates zu gelten haben. An einer solchen Zurechnungsregel, an einem derartigen Rechtssatze fehlt es jedoch bei jenen Handlungen vollkommen, aus denen sich der Gesetzgebungsprozeß zusammensetzt. Denn ein solcher Rechtssatz müßte – wenn er schon in anderer Hinsicht nicht unmöglich wäre – den Willen des Staates beinhalten, Gesetze zu machen, das heißt aber nichts anderes als: zu wollen. Es läge die absurde Konstruktion eines „Willens zu wollen“ vor! Daß der Wille – im psychischen oder juristischen Sinne – nicht sich selbst zum Inhalte haben kann, bedarf nicht näherer Erörterung. Eine solche Konstruktion gliche dem berühmten Versuche²⁵²⁸, sich am eigenen Zopfe

²⁵²³ «den einzelnen Menschen»] A₁ «den Menschen»; A₂ «den Einzelnen Menschen».

²⁵²⁴ «zurechnen ... müßte»] A₁ «zurechnen, müßte»; A₂ «zurechnen ... müßte».

²⁵²⁵ «als künftiges Gesetz»] A₁ «als Gesetz»; A₂ «als künftiges Gesetz».

²⁵²⁶ «der äußerlich sich»] A₁ «der sich»; A₂ «der äußerlich sich».

²⁵²⁷ «daß ein Wille des Staates besteht, unter»] A₁ «daß der Staat unter»; A₂ «daß ein Wille des Staates bestehe unter».

²⁵²⁸ «berühmten Versuche»] A «berühmten Münchhausenschen Versuche»; F* «berühmten Versuche».

aus dem Sumpfe zu ziehen. Sie bedeutete eine ganz überflüssige Verdoppelung und keine Lösung²⁵²⁹ des Problems, da die Erzeugung des fraglichen Rechtssatzes, um als Tätigkeit des Staates zu erscheinen, auf einen analogen Rechtssatz zurückgeführt werden müßte usw. ad infinitum!

Einer nicht an der Oberfläche haftenden Betrachtung²⁵³⁰, die nicht einfach jede mit dem Staatsleben irgendwie zusammenhängende Tätigkeit gleich als solche des Staates erklären zu müssen glaubt, wird die Erkenntnis nicht so fern zu liegen scheinen – ja, es muß sich bei einem gründlicheren Einblick in das Wesen von Staat und Recht geradezu als Selbstverständlichkeit erweisen, daß der ganze Vorgang, der bildlich als Erzeugung des Staatswillens in Betracht kommt, noch außer die Rechtssphäre fällt, da diese erst nach seiner Vollendung beginnt. Nur der perfekte Staatswille kann rechtlich relevant sein^{1) 2532}; solange nicht die Publikation erfolgt und die *vacatio legis*²⁵³³ abgelaufen ist, ist rechtlich noch ein Nichts vorhanden. Alle bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens sich vollziehenden Akte sind mit Beziehung auf das im Werden begriffene Gesetz juristisch unqualifizierbar. Der Gesetzgebungsprozeß ist nicht eine Funktion des Staates oder des Rechtes, er ist eine Voraussetzung beider, die außerhalb ihrer Grenzen liegt. Man vergewärtige sich nur immer wieder, daß die Staatsperson rechtlich nichts anderes ist als Staatswille (wie das Recht nur ein Urteil über diesen Willen ist). Der Staat ist nur insoferne existent, als er „will“. Er ist nicht vor seinem Willen noch außerhalb desselben und alles, was noch nicht perfekter Wille ist, liegt jenseits seiner Grenze, die mit der Sphäre des Rechtes zusammenfällt. Wenn schon der ungenaue Vergleich des Gesetzgebungsprozesses mit einer „Erzeugung“ des Staatswillens festgehalten werden soll, dann kann in demselben Sinne der Gesetzgebungsakt als eine Wiedergeburt der Staatsperson selbst bezeichnet werden. Die Erzeugung des Rechtes – sei es die historisch erste, sei es die in der Gegenwart bei jeder Gesetzwerdung sich immer wiederholende – oder die²⁵³⁴ Geburt der Staatsperson steht ebenso außerhalb des Rechtsbereiches und somit der juristischen Konstruktion, wie die Urzeugung und die immer wieder sich wiederholende Entstehung neuen Lebens

| 410 |¹⁾ *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887 S. 312:²⁵³¹ „Auch der Wille der juristischen Person gewinnt rechtliche Bedeutung erst dann, wenn er perfekt und geäußert ist.“ Allein auf derselben Seite ist zu lesen: „Damit gewinnt der Prozeß der (staatlichen) Willensbildung selbst juristische Bedeutung.“

²⁵²⁹ «Verdoppelung und keine Lösung»] A₁ «Verdoppelung des Willens und nicht einmal eine und [bricht ab]»; A₂ «Verdoppelung und keine Lösung».

²⁵³⁰ «Betrachtung»] A₁ «Erkenntnis»; A₂ «Betrachtung».

²⁵³¹ *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg i. Br. 1887, S. 312.

²⁵³² Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁵³³ Lat.: *vacatio legis*; dt.: die Zeitspanne zwischen der Kundmachung und dem Inkrafttreten eines Gesetzes.

²⁵³⁴ «Rechtes ... die»] A₁ «Rechtes die»; A₂ «Rechtes – sei es die historisch erste, sei es die in der Gegenwart sich immer wiederholende die»; A₃ «Rechtes – sei es die historisch erste, sei es die in der Gegenwart bei jeder Gesetzwerdung sich immer wiederholende die».

aus Leblosem außerhalb die Sphäre explikativer Seinsbetrachtung, außerhalb die Naturwissenschaft fällt²⁵³⁵. Die Staats-Willensbildung als Tätigkeit des Staates charakterisieren, heißt²⁵³⁶ aber gerade sie rechtlich zu konstruieren versuchen.

Wenn die Gesetzgebung auch nicht als Tätigkeit des Staates qualifiziert werden kann, so muß sie doch zweifellos als *soziale* Funktion erkannt werden. Der eigentümliche Gegensatz von Gesellschaft und Staat, welcher letzterer sich als besondere Organisationsform der Gesellschaft darstellt, tritt hier in eine spezielle Erscheinung. Es wäre verfehlt, wollte man sich dieses Verhältnis von Staat und Gesellschaft in der Weise denken, daß jede der beiden Gemeinschaften als völlig selbständige Organisationen einander schroff gegenüberstehen. Der Staat ist nur eine *Form* der Gesellschaft, die als das substantielle Element, als der Inhalt dieser Form zu denken ist. Doch ist die starre Hülle – Recht und Staat sind nur Erstarrungsprodukte im Flusse des sozialen Lebens – nicht allseitig geschlossen. Es muß einen Punkt geben, an dem der Strom sozialen Lebens | immer wieder in den Staatskörper eindringt, eine²⁵³⁷ Übergangsstelle, wo die amorphen Elemente der Gesellschaft in die festen Formen des Staates und Rechtes übergehen. Es ist dies die Stelle, wo Sitte und Moral, wo wirtschaftliche und religiöse Interessen zu Rechtsätzen, zum Inhalt des Staatswillens werden: im Gesetzgebungsakte. So ist der Prozeß der staatlichen Willensbildung gleichsam die Nabelschnur, die das Staatsgebilde dauernd an den Mutterleib der Gesellschaft bindet! Es ist das große *Mysterium* von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakte vollzieht, und darum mag es gerechtfertigt sein, daß nur in unzulänglichen Bildern das Wesen desselben veranschaulicht wird.

| 411

Selbst wenn man sich der richtigen Erkenntnis von der wahren Natur des juristischen Willensbegriffes verschließt und den Willen auch im Rechtssinne mit der so bezeichneten psychischen Tatsache identifiziert, kann man zu keinem anderen Resultate kommen, als daß die *Willensbildung* ein rechtlich irrelevanter Vorgang ist. Faßt man zunächst die sogenannte physische Person ins Auge, so muß man berücksichtigen, daß der „Mensch“ als biologische Einheit verschieden sein muß von der „Person“ als juristischer Einheit; denn die letztere – und daran kann auch diese Anschauung des Willens nichts ändern – hat²⁵³⁸ nur eine einzige Qualität: Willen, während für die naturwissenschaftliche Betrachtung eine solche „Abstraktion“ gar nicht möglich ist (daß sie auch für die Jurisprudenz ein Unding ist, bleibt hier, wo der Gegner von seinem eigenen Standpunkte aus widerlegt werden

²⁵³⁵ «außerhalb die Sphäre explikativer Seinsbetrachtung, außerhalb die Naturwissenschaft fällt»] A₁ «außerhalb der Sphäre explikativer Seinsbetrachtung fällt»; A₂ «außerhalb der Sphäre explikativer Seinsbetrachtung außerhalb der Naturwissenschaft fällt».

²⁵³⁶ «Die Staats-Willensbildung als Tätigkeit des Staates charakterisieren, heißt»] A₁ «Die Willensbildung als Tätigkeit des Staates erklären heißt»; A₂ «Die Staats-Willensbildung als Tätigkeit des Staates charakterisieren heißt».

²⁵³⁷ «Lebens ... eine»] A₁ «Lebens in den Staatskörper dringt, um dort zu festen Formen zu erstarrten, ein»; A₂ «Lebens ... eine».

²⁵³⁸ «letztere ... hat»] A₁ «letztere hat»; A₂ «letztere ... hat».

soll, dahingestellt). Die Bildung des psychischen Willens ist nun zweifellos ein Vorgang, der ohne die übrigen psychischen und physischen Qualitäten²⁵³⁹ des Menschen, Vorstellung und Gefühl, mechanische Nerventätigkeit usw. nicht gedacht werden kann! Die Erzeugung des Willens vollzieht sich im „Menschen“ der Biologie, nicht in der „Person“ der Jurisprudenz! Und der „Mensch“ ist juristisch nur Objekt, nicht Subjekt, d. h. er ist lediglich Gegenstand des rechtlichen Schutzes wie Tiere und leblose Objekte. Erst wenn der Wille das Stadium des Werdens verlassen, ja, erst wenn er bereits *geäußert* wurde, kann er juristisch relevant werden. Der ganze Bildungsprozeß ist ein rein psychologischer, rechtlich vollkommen gleichgültiger und Träger dieses Vorganges ist nicht die juristische „Person“, sondern der physisch-psychische Mensch. Überträgt man nun diese Ergebnisse auf die juristische Person des Staates – und nur im Wege einer solchen höchst zweifelhaften Analogie läßt sich bei einer derartigen juristischen Willenstheorie Staatsperson und Staatswille konstruieren – dann kann man in dem Gesetzgebungsvorgange nur das Analogon zu dem psychophysischen | Willensbildungsprozesse im Innern des Menschen sehen. Wie dieser muß er rechtlich als irrelevant gelten, denn auch bei der juristischen Person kann nur der perfekte und geäußerte Wille von Bedeutung sein. Und auch hier kann es nicht die juristische „Person“, sondern nur ein dem physischen Menschen Analoges sein, innerhalb dessen sich der Willensbildungsprozeß abspielt. Tatsächlich sind es denn auch die zur Gesetzgebung berufenen Menschen, in denen und durch welche die Bildung des staatlichen Willens vorgestellt werden muß; und zwar alle diese im *Gegensatz* zum Staate und nicht als dessen Repräsentanten gedacht; sie müssen als Organe der *Gesellschaft* betrachtet werden, die bei dieser Analogie im Verhältnis zum Staate die gleiche Stellung einnimmt wie der „Mensch“ zur „Person“. So ist auch vom Standpunkte der psychologischen Willenstheorie wie bei der physischen Person so auch bei der juristischen Person des Staates der Willensbildungsprozeß ein rechtlich irrelevanter; ist er dort ein rein psychischer, nur psychologisch erklärbarer, ist er hier ein *sozialer*, soziologisch qualifizierbarer – jedenfalls kein rechtlicher Vorgang. Und wie dort die Erzeugung des Willens sich nicht in der Person, sondern im Menschen vollzieht, so ist hier nicht der Staat, sondern die Gesellschaft Erzeuger des Staatswillens; der Staat kann auch nach dieser Willenstheorie nur als Träger des Staatswillens in Betracht kommen!

²⁵³⁹ «übrigen psychischen und physischen Qualitäten»] A₁ «übrigen Qualitäten»; A₂ «übrigen psychischen und physischen Qualitäten».

XV. Kapitel. Der Gesetzgebungsprozess.

Die Lehre, daß die Erzeugung des Staatswillens nicht eine Funktion der Staatsperson selbst sei, bedarf noch einer gewissen Korrektur. Sie betrifft die Natur des Publikationsaktes. Bevor diese ins rechte Licht gesetzt wird, müssen einige kurze Bemerkungen vorausgeschickt werden, durch welche die Stellung vorliegender Untersuchungen zur Lehre von der Gesetzgebung im allgemeinen präzisiert wird.

Die im modernen, konstitutionellen Staate regelmäßig geforderten *Voraussetzungen* für ein gültiges Gesetz, einen perfekten Staatswillen sind ein übereinstimmender Beschluß beider Häuser des Parlamentes, die Sanktion des Monarchen, die Publikation des sanktionierten Parlamentsbeschlusses und unter Umständen auch der Ablauf einer gewissen *vacatio legis*. Da jede einzelne dieser Voraussetzungen erfüllt sein muß, damit von einem Gesetze die Rede sein könne, damit ein Rechtssatz bestehe, d. h. damit das Urteil über einen bedingten Staatswillen *wahr* sei, da das Fehlen *jeder* einzelnen dieser²⁵⁴⁰ Voraussetzungen in *gleicher Weise* das Zustandekommen eines Gesetzes unmöglich macht, müssen von diesem rein formalen Standpunkte aus alle aufgezählten Voraussetzungen als in gleicher Weise wesentlich für die Bildung des Staatswillens erkannt werden. Es ist schlechterdings unmöglich, von dem einen oder dem anderen Erfordernis zu sagen, es sei *das* wesentlichste oder wichtigste, ebensowenig wie es möglich wäre – um einen Vergleich zu gebrauchen, und nur ein *Vergleich*, nicht eine Identität liegt hier vor – von mehreren gemeinsamen Ursachen *einer* Wirkung die eine oder andere als *Hauptursache* herauszuheben. Tatsächlich findet sich jedoch in der heutigen Literatur sehr häufig die Ansicht vertreten, daß gewissen Akten innerhalb des Gesetzgebungsprozesses eine besondere oder wesentliche Bedeutung vor den anderen zukomme. Insbesondere ist es die Sanktion des Monarchen, der man geneigt ist, eine hervorragende Stellung zuzuerkennen¹⁾. Diese Ansicht stützt sich unter

| 413

¹⁾ Vgl. *Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches. Graz 1901, S. 46 ff.²⁵⁴¹

| 413

²⁵⁴⁰ «*jeder* einzelnen dieser»] A₁ «*jeder* dieser»; A₂ «*jeder* einzelnen dieser».

²⁵⁴¹ *Josef Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre, Graz 1901, S. 46–51.

anderem²⁾²⁵⁴² auch auf den Wortlaut der Gesetzesformel, die in den konstitutionellen Staaten meist derart²⁵⁴³ gestaltet ist, daß der ganze Gesetzesinhalt²⁵⁴⁴ als Wille oder Befehl des Monarchen erscheint. So z. B. in Österreich: „Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt: ...“. Dieser Wortlaut hat auch Veranlassung gegeben, das Gesetz in den monarchisch konstitutionellen Staaten geradezu als den Willen des Monarchen aufzufassen, der nur durch die Zustimmung gewisser Faktoren beschränkt sei. So sagt *Jellinek*³⁾: „In der auf dem monarchischen Prinzipie beruhenden konstitutionellen Monarchie in Deutschland und Österreich, sowie in dem überwiegend aus monarchischen Staaten gebildeten und daher auf gleicher Basis ruhenden Deutschen Reiche ist das Gesetz als perfekter Staatswille nur Wille des Souveräns: des Monarchen“. Diese Lehre kann vom formal juristischen Standpunkte nicht akzeptiert werden! Wenn der Staat – und auch der monarchisch konstitutionelle – eine juristische Person sein soll – | und *Jellinek* vertritt ja diese Ansicht²⁵⁴⁶ – dann kann der Wille dieser Person nicht mit dem eines einzigen ihrer zahlreichen Organe identifiziert werden! Welchen Sinn könnte es auch haben, die physische Person des Monarchen den Inhalt der ganzen Rechtsordnung, d. h. aller Gesetze (des Staatswillens) wollen zu lassen? Daß damit nicht der wirkliche psychische Wille des Monarchen gemeint sein kann, ist selbstverständlich; wie sollte dieser einen solchen ungeheuren Inhalt dauernd fassen²⁵⁴⁷ können? Es kann also nur die juristische Konstruktion²⁵⁴⁸ eines Zurechnungsprozesses vorliegen. Warum erfolgt nun diese Zurechnung gerade zu der physischen Person des Monarchen? Sie könnte ebensogut zu einem der beiden Häuser des Parlamentes erfolgen, wenn die Stellung beim Gesetzgebungsvorgange maßgebend sein soll. Denn der Beschluß eines dieser beiden Häuser ist nicht um ein Haar notwendiger als die Sanktion des Monarchen; und darum ist der Wortlaut des Gesetzestextes ein für die juristische Konstruktion bedeutungsloses historisches Requisite, das aus der Zeit des Absolutismus aus politischen Gründen zurückgeblieben ist¹⁾. Die gleiche Formel wäre auch in einer Verfassung

2) Die verschiedenen Argumente, die für die Ansicht geltend gemacht werden können, daß dem Monarchen im Gesetzgebungsprozesse eine ausschlaggebende Stellung zukomme, das Parlament jedoch nur eine untergeordnete Rolle spiele, sind in der erwähnten Arbeit von *Lukas* ausführlich dargestellt und mit scharfer Kritik widerlegt worden.

3) Gesetz und Verordnung, S. 314.²⁵⁴⁵

| 414 |¹⁾ Vergl. dazu *Lukas* a. a. O. S. 217.²⁵⁴⁹

²⁵⁴² Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁵⁴³ «Staaten meist derart»] A₁ «Staaten derart»; A₂ «Staaten meist derart».

²⁵⁴⁴ «der ganze Gesetzesinhalt»] A₁ «das ganze Gesetz»; A₂ «der ganze Gesetzesinhalt».

²⁵⁴⁵ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 314.

²⁵⁴⁶ Vgl. insb. *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 192–195.

²⁵⁴⁷ «Inhalt dauernd fassen»] A₁ «Inhalt fassen»; A₂ «Inhalt dauernd fassen».

²⁵⁴⁸ «die juristische Konstruktion»] A₁ «die Konstruktion»; A₂ «die juristische Konstruktion».

²⁵⁴⁹ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 217.

denkbar²⁵⁵⁰, die dem Monarchen nur ein suspensives Veto oder überhaupt keinen aktiven Anteil an der Gesetzgebung, sondern nur die *Pflicht* der Promulgation²⁵⁵¹ und Publikation²⁵⁵² einräumt²⁾. Wenn die Rechtsordnung Wille des Monarchen ist, welche Notwendigkeit ist dann überhaupt gegeben, eine Staatsperson und einen Staatswillen zu konstruieren, wo doch die physische Person des Herrschers eine viel bequemere *Einheit* darstellt!

Diese hier verworfene Anschauung ist es auch, welche schon der *Labandschen* Theorie von der Unterscheidung zwischen Feststellung des Gesetzesinhaltes und Erteilung des Gesetzesbefehls²⁵⁵³ zu Grunde liegt.²⁵⁵⁴ Dieser zufolge soll der Inhalt des Gesetzes zwar im Wege einer Vereinbarung zwischen Monarch und Parlament zustandekommen, der Gesetzesbefehl jedoch ausschließlich vom Monarchen ausgehen.²⁵⁵⁵ Auf die Tätigkeit des²⁵⁵⁶ Monarchen muß im Gesetzgebungsprozesse eine hervorragende, ja, die einzig ausschlaggebende Bedeutung gelegt werden, wenn das Gesetz, der Staatswille, entsprechend der Gesetzgebungsformel als ein Befehl des Monarchen aufgefaßt werden soll, dem durch die übrigen Akte der Gesetzgebung nur ein konkreter Inhalt gegeben wird³⁾ ²⁵⁶¹. In diesem Sinne | interpretiert auch *Seligmann*¹⁾ die *Labandsche* Lehre. Er meint, die Ausführungen *Labands* seien vielfach mißverstanden worden und zwar infolge eines nicht ganz genauen Ausdruckes. *Laband* sage nämlich: Man verschließe sich jeder Möglichkeit einer wissenschaftlichen Erkenntnis der Lehre von der Gesetzgebung, wenn

| 415

²⁾ In Österreich und den konstitutionellen Monarchien des deutschen Reiches ist eine solche Rechtspflicht des Monarchen allerdings nicht anzunehmen.

³⁾ Die *Labandsche* Konstruktion hat *Lukas* a. a. O. S. 102 ff.^{2557, 2558} treffend widerlegt. Insbesondere weist *Lukas* auch auf den Widerspruch hin, in den | sich *Laband* verstrickt, wenn er die Erteilung des Gesetzesbefehles in dem Akte der Sanktion erblickt und dennoch für die Gesetzgebung des deutschen Reiches die²⁵⁵⁹ Sanktion der Bundesrate, die Erteilung des Gesetzesbefehles dem Kaiser zuschreibt. Vgl. a. a. O. S. 194 ff.²⁵⁶⁰

| 415

¹⁾ a. a. O. S. 131 ff.²⁵⁶²

²⁵⁵⁰ «in einer Verfassung denkbar»] A₁ «in einem Staate denkbar»; A₂ «in einer Verfassung denkbar».

²⁵⁵¹ Die Promulgation ist die Kundmachung eines Gesetzes durch öffentliche Verlesung.

²⁵⁵² «Pflicht der Promulgation und Publikation»] A₁ «Pflicht der Publikation»; A₂ «Pflicht der Promulgation u Publikation».

²⁵⁵³ «zwischen ... Gesetzesbefehls»] A₁ «zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl»; A₂ «zwischen ... Gesetzesbefehl».

²⁵⁵⁴ Vgl. *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 3–8.

²⁵⁵⁵ «Dieser zufolge ... ausgehen.»] Satz in A₂ eingefügt.

²⁵⁵⁶ «die Tätigkeit des»] A₁ «die Funktion seitens des»; A₂ «die Tätigkeit des».

²⁵⁵⁷ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 102–133.

²⁵⁵⁸ «Lukas a. a. O. S. 102 ff.»] A₁ «Lukas»; A₂ «Lukas aaO S 102 ff».

²⁵⁵⁹ «für die Gesetzgebung des deutschen Reiches die»] A₁ «für das deutsche Reich die»; A₂ «für die Gesetzgebung des deutschen Reiches die».

²⁵⁶⁰ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 194–218.

²⁵⁶¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁵⁶² *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 131 f.

man das Wesen der Gesetzgebung in der „Schaffung eines Rechtssatzes“ erblicke. Gesetzgebung sei vielmehr lediglich die Ausstattung eines Rechtssatzes mit verbindlicher Kraft, ihr Kernpunkt sei daher allein in der *Sanktion* zu finden.²⁵⁶³ Diese Behauptungen *Labands* haben nach der Ansicht *Seligmanns* aus dem Grunde eine Polemik hervorgerufen, weil das Wort Rechtssatz im streng juristischen Sinne ganz allgemein die Bedeutung einer *verbindlichen* Vorschrift hat, welche demnach bereits mit äußerer Autorität begabt ist und nicht noch einmal mit derselben ausgestattet werden kann. *Seligmann* schlägt nun an Stelle des Wortes „Rechtssatz“ den Terminus Rechtsregel vor. *Laband* – und mit dieser Modifikation schließt sich *Seligmann* diesem an – habe nur sagen wollen, daß in der Gesetzgebung *Rechtsregeln* mit Verbindlichkeit ausgestattet werden. Die in der vom Parlament beschlossenen Gesetzesvorlage enthaltenen Sätze seien noch nicht Rechtssätze, sondern unverbindliche Rechtsregeln; durch die Sanktion erst werden sie mit Verbindlichkeit ausgestattet und dadurch zu Rechtssätzen. Darum sei auch ausschließlich in der *Sanktion* der Kernpunkt der Gesetzgebung zu erblicken²⁾.

Dagegen muß zunächst bemerkt werden, daß die Unterscheidung von Rechtsregel und Rechtssatz vom terminologischen Standpunkte aus keine sehr glückliche ist. Eine unverbindliche Rechtsregel ist eine *contradictio in adjecto*. Der Charakter der Verbindlichkeit ist durch den *ersten* Teil des Wortes: „Rechts“ und nicht durch den zweiten: „Satz“ oder „Regel“ ausgedrückt. Rechtssatz und Rechtsregel sind tatsächlich Synonyma und haben beide den Sinn der verbindlichen Norm. Der Gesetzentwurf, der nur vom Parlamente beschlossen ist, enthält weder Rechtsregeln noch Rechtssätze; sein Inhalt ist eine Summe von Sätzen im grammatischen Sinne, die *rechtlich* gar keine Qualifikation haben. Daß sie ihrem Inhalte nach Rechtssätze sein könnten, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt wären, hat für ihre juristische Beurteilung ebensoviel oder ebensowenig Bedeutung, | wie für die künstlerische Qualifikation von Bedeutung ist, daß ein Marmorblock eine Statue werden könnte, wenn ihn ein Bildhauer bearbeitete, aber solange dies nicht geschieht, keine Statue, sondern ein Marmorblock ist.

Gewiß hat *Laband* recht, wenn er betont, daß durch die Gesetzgebung nicht Rechtssätze „geschaffen“ werden.²⁵⁶⁵ Rechtssätze sind Urteile über einen Staatswillen, d. h. Zurechnungsregeln und schon früher wurde mit Nachdruck darauf hingewiesen,²⁵⁶⁶ daß der Gesetzgebungsvorgang nur in einem sehr ungenauen *Vergleiche* als „Erzeugung“ des Staatswillens bezeichnet wird. Urteile sind logische

2) Vgl. a. a. O. S. 127 und 132.²⁵⁶⁴

²⁵⁶³ Vgl. *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1. Aufl., Tübingen 1878, S. 5 – Kelsen zitiert hier Laband mittelbar, indem er die Seligmannschen Ausführungen übernimmt, die sich ihrerseits auf die 1. Aufl. des Labandschen „Staatsrecht“ beziehen.

²⁵⁶⁴ Vgl. *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 127 und 132.

²⁵⁶⁵ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II¹ (Anm. 2563), S. 5.

²⁵⁶⁶ Vgl. oben S. 542–548.

Gebilde und die als Gesetzgebung bezeichneten sozialen Vorgänge²⁵⁶⁷ können zweifellos nicht „Urteile erzeugen“. Das Verhältnis der Gesetzgebung zu den Rechtssatzurteilen wurde schon früher angedeutet:²⁵⁶⁸ Die Gesetzgebung schafft die Voraussetzungen, unter denen das Urteil über einen bedingten Staatswillen *wahr* ist. Denn auf Wahrheit macht dieses Rechtssatzurteil wie jedes andere Anspruch. Wahr ist aber das den Rechtssatz darstellende hypothetische Urteil – oder was dasselbe ist: perfekt ist der bedingte Staatswille, der in dem Rechtssatze ausgesagt²⁵⁶⁹ wird, erst dann, wenn *alle* für das Zustandekommen eines formellen Gesetzes erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Für die Wahrheit des Rechtssatzurteiles sind aber alle Voraussetzungen, ist jeder einzelne Akt der Gesetzgebung von gleicher Bedeutung! Insbesondere muß die *Laband-Seligmannsche* Konstruktion zurückgewiesen werden, die das Wesen der Gesetzgebung in der Ausstattung einer Regel mit Verbindlichkeit erblickt und *darum* die Sanktion als den Kernpunkt hinstellt. Denn, wenn schon die Unterscheidung zwischen Feststellung des Gesetzesinhaltes d. i. der grammatischen Formulierung der Rechtssätze und der Erteilung des Gesetzesbefehles, d. i. der Ausstattung mit Verbindlichkeit, aufrecht erhalten werden soll, so muß betont werden, daß beide Akte von gleicher Bedeutung sind, da für die Gesetzgebung eines²⁵⁷⁰ ohne das andere nicht sein kann. Zudem hat *Lukas* treffend nachgewiesen, daß die Feststellung des Gesetzesinhaltes seitens des Parlamentes in dem Beschluß über die Gesetzesvorlage, seitens des Monarchen in der Sanktion dieses Beschlusses gelegen ist und daß beide Akte, in denen die Vereinbarung des Gesetzesinhaltes zwischen²⁵⁷¹ Parlament und Monarch zustandekommt, zugleich auch die Erteilung des Gesetzesbefehles sein müssen¹⁾.

*Nur*²⁵⁷³ die *historisch-politische* und nicht die *formal-juristische Betrachtung* kann der Sanktion des Monarchen im | Gesetzgebungsvorgange eine wesentlichere

| 417

¹⁾ a. a. O. S. 172 ff.²⁵⁷²

| 416

²⁵⁶⁷ «bezeichneten sozialen Vorgänge»] A₁ «bezeichneten Vorgänge»; A₂ «bezeichneten sozialen Vorgänge».

²⁵⁶⁸ Vgl. oben S. 543–545, 549f.

²⁵⁶⁹ «der bedingte ... ausgesagt»] A₁ «der Staatswille der mit ihm ausgesagt»; A₂ «der bedingte ... ausgesagt».

²⁵⁷⁰ «da für die Gesetzgebung eines»] A₁ «da eines»; A₂ «da für die Gesetzgebung eines».

²⁵⁷¹ «Vereinbarung des Gesetzesinhaltes zwischen»] A₁ «Vereinbarung zwischen»; A₂ «Vereinbarung des Gesetzesinhaltes zwischen».

²⁵⁷² *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 172–174.

²⁵⁷³ «nicht sein kann ... [*Nur* » (55319–55325)] A₁ «nicht sein kann. Vor allem aber muß festgestellt werden, daß diese Unterscheidung durchaus nicht die Tätigkeit des Parlamentes im Verhältnis zu der des Monarchen bei der Gesetzgebung charakterisiert! Denn sowohl die eine wie die andere ist beides! Die Ausstattung mit Verbindlichkeit kommt der Sanktion des Monarchen nicht mehr zu wie dem Parlamente. Denn beiden liegt bei dem Akte der Sanktion resp der Abstimmung der bereits formulierte Text vor. Beider Funktion ist im Wesen die gleiche: Zustimmung oder Ablehnung. Die Feststellung des Gesetzesinhaltes ist nun durchaus nicht das Spezifi-

Bedeutung als den übrigen Voraussetzungen²⁵⁷⁴ der sogenannten Staatswillensbildung zuerkennen. Und wenn es das monarchische Prinzip ist, das in dieser Stellung der Sanktion sich geltend machen soll, dann muß betont werden, daß das monarchische Prinzip ein politisches, kein rechtliches ist und juristisch nicht formuliert werden kann, weil es in der Rechtsordnung nicht zum Ausdruck kommt; ebenso wie die Unterscheidung von konstitutioneller und parlamentarischer Monarchie eine politische ist, die sich rechtlich, d. h. in der Verfassung nicht zeigt oder doch nicht zeigen muß. Politisch mag die Stellung des Monarchen die des Parlamentes überragen, politisch mag die Sanktion des Monarchen der weitaus wichtigste Akt in der Gesetzgebung sein, historisch mag immerhin die Publikationsformel auf den ehemaligen Zustand im absoluten Regime hindeuten, da alle Gesetze, der gesamte Wille des Staates nur als Wille des Monarchen gelten mußte, somit der Staat der Monarch war; formal-juristisch ist diese Klausel bedeutungslos, die Sanktion so erforderlich wie die Beschlüsse des Parlamentes. In diesem Vorwurfe einer unzulässigen Verquickung von formal-juristischer mit historisch-politischer Betrachtung gipfelt auch die scharfe Kritik, die *Lukas* an der herrschenden Lehre über das Verhältnis zwischen Parlament und Monarch im Gesetzgebungsprozesse geübt hat¹⁾. Dieser Kritik ist durchaus zuzustimmen.²⁵⁷⁶

| 417 ¹⁾ a. a. O. S. 224:²⁵⁷⁵ „Juristische Koordination von Parlament und Monarch und politische Überlegenheit des Monarchen sind Dinge, die miteinander sehr wohl verträglich sind. Das scheinen die Vertreter der herrschenden Lehre zu verkennen, und so kommt es, daß sie, um die politische Überlegenheit des Monarchen zu retten, es für nötig halten, auch in seine juristische Stellung gegenüber dem Parlamente ein Plus hineinzukonstruieren.“

sche der Parlamentstätigkeit? Ganz abgesehen davon, daß die grammatische Formulierung von Sätzen niemals Sache einer Korporative sondern stets nur eines Einzelmenschen sein kann – die Majorität kann immer nur ja oder nein sagen, und unter mehreren Vorschlägen Einzelner wählen – die tatsächliche Formulierung des Gesetzes erfolgt doch in zahlreichen Fällen durch die Regierung, an deren Spitze der Monarch steht – also von Seiten der Krone und nicht des Parlamentes. Und selbst wenn die Initiative von einem der beiden Häuser des Parlamentes ausgeht, so hat doch zumindest das andere Haus dem Gesetzesvorschlage gegenüber keine andere Stellung als der Monarch: es kann – durch Beschluß – zustimmen oder ablehnen. Daß es Abänderungen machen kann ist nur ein scheinbarer Einwand. Denn das heißt nichts anderes als einen Teil des Vorschlages ablehnen und an dessen Stelle einen ändern – von einem Einzelnen gemachten – Vorschlag annehmen kann [sic]. Das steht aber auch der Regierung zu. Vollends parlamentarische Körperschaften älterer Art, die nicht das Recht der Initiative hatten, sondern ledig über den von der Regierung vorgelegten Entwurf abzustimmen hatten, deren Tätigkeit kann in Bezug auf die Gesetzgebung gewiß überhaupt nicht als Feststellung des Gesetzesinhaltes bezeichnet werden, sondern lediglich als Ausstattung mit Verbindlichkeit, und so wäre nach der Labandschen Formel zweifellos in ihrer Funktion der Kernpunkt des Gesetzgebungsvorganges zu erblicken. Sie hätten also eine weit wichtigere Stellung als die modernen Parlamente obgleich diese mehr Rechte haben! \lceil *Nur*»; A₂ «nicht sein kann. ... \lceil *Nur*».

²⁵⁷⁴ «Voraussetzungen»] A₁ «Akten»; A₂ «Voraussetzungen».

²⁵⁷⁵ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 224.

²⁵⁷⁶ «In diesem Vorwurfe ... zuzustimmen.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

Auch *Haenel*²⁵⁷⁷ ist beizupflichten, wenn er²⁾ energisch betont, daß die Stellung des Parlamentes und die des Monarchen bei dem Prozesse der Staatswillensbildung eine vollkommen gleiche ist. Allein, seine Motivierung kann nicht akzeptiert werden. Denn daß die Verfassungstexte²⁵⁷⁹ eine Übereinstimmung von Parlament und Krone fordern, sich gerade des Wortes „Übereinstimmung“ bedienen, ist – wie überhaupt der Wortlaut des Gesetzestextes bei einer *Theorie* der Gesetzgebung – gleichgültig. Und die *Beurteilung* des Verhältnisses zwischen Sanktion und Parlamentsbeschluß ist eine theoretische Ansicht des Gesetzesredakteurs. Übrigens bedient sich z. B. die österreichische Verfassung gar nicht des Wortes „Übereinstimmung“. § 13 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 141 RGB.²⁵⁸⁰ lautet: „Zu jedem Gesetz ist die Übereinstimmung beider Häuser | und die Sanktion des Kaisers erforderlich.“ Das Wort Übereinstimmung bezieht sich also nur auf das Verhältnis beider Parlamentsbeschlüsse. Die Introduktionsformel für Gesetze lautet aber: „Mit *Zustimmung* beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt.“ Gerade die Berufung auf diesen Wortlaut¹⁾²⁵⁸¹ hätte hier zur Folge, daß

| 418

²⁾ Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Studien zum deutschen Staatsrecht, 1888, II. S. 149.²⁵⁷⁸

¹⁾ Nebenbei bemerkt sei, daß dieser zwar tatsächlich stets wiederkehrende Wortlaut der Einleitungsformel von der österreichischen Verfassung nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und nicht notwendig aus deren Bestimmungen hervorgeht. Der hier in Betracht kommende Art. 10 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 145 RGB., über die Ausübung der Regierung- und der Vollzugsgewalt²⁵⁸² lautet: „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt *im Namen des Kaisers* mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmässigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“ Daraus muß keineswegs geschlossen werden, daß das Gesetz dem Wortlaute nach als Wille oder Befehl des Kaisers erscheinen soll. Ja, es muß sogar als fraglich erscheinen, ob die gegenwärtige Praxis tatsächlich verfassungsmässig ist; denn nicht der Kaiser soll die Gesetze kundmachen, wie dies in der üblichen Publikationsformel geschieht, sondern die Gesetze sollen im „Namen des Kaisers“ kundgemacht werden. „Im Namen“ einer Person

| 418

²⁵⁷⁷ Albert Haenel, auch: Hänel (1833–1918), Staatsrechtslehrer und Politiker; 1858 habilitiert in Leipzig; 1860 a. o., 1862 o. Professor in Königsberg, ab 1863 lehrte er in Kiel. 1874 wurde er zum Vizepräsidenten des Reichstags gewählt; ab 1876 war er Vizepräsident im Abgeordnetenhaus. Wichtige Werke: Studien zum Deutschen Staatsrechte, 2 Bde., Leipzig 1873–1888; Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892.

²⁵⁷⁸ *Albert Haenel*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888, S. 149.

²⁵⁷⁹ Kelsen meint die beiden folgenden, von *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 149, zitierten Verfassungsnormen: § 5 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches. Vom 16. April 1871, Bundesgesetzblatt des Deutschen Bundes, Nr. 16, S. 63 („Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrath und den Reichstag. Die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend.“); Artikel 62 Abs. 1 und 2 [Revidierte] Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, vom 31. Januar 1850, Preußische Gesetz-Sammlung, S. 17 („Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt. Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich.“).

²⁵⁸⁰ § 13 Abs 2 Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141.

²⁵⁸¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁵⁸² Art 10 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145 – Hervorhebungen von Kelsen.

der Stellung des Monarchen und seiner Sanktion bei der Gesetzgebung die größere Bedeutung zugeschrieben würde. Allein, das Gesetz, das von einer „Zustimmung“ des Parlamentes spricht, könnte ebensogut von einer Zustimmung der Krone zu den Beschlüssen des Parlamentes sprechen, ohne im geringsten an dem Tatbestande etwas zu ändern, der am korrektesten, weil ganz farblos, d.h. ohne jede Beurteilung, in dem zitierten § 13 in der Weise ausgedrückt wird, daß zu einem Gesetze sowohl der gleichlautende Beschluß beider Häuser als auch die Sanktion des Monarchen notwendig ist. Daß sich für die formal-juristische Betrachtung des Gesetzgebungsprozesses die Funktionen des Monarchen und des Parlamentes als einander *koordinierte, gleichbedeutende* Komponenten darstellen müssen, geht schon daraus hervor, daß die juristische Konstruktion gar nicht die Maßstäbe hat, um die möglicherweise zwischen beiden Funktionen bestehenden *Wert- oder Machtdifferenzen* zu erfassen. Der richtige Instinkt für diese Grenze juristischer Methode erklärt daher auch die Opposition, die gegen die herrschende, von *Laband* vertretene Lehre in der neueren Literatur einsetzt und der die *Lukassche* Kritik den klarsten Ausdruck verleiht.

| 419 | So sehr nun deren negativem Resultate hier beigepflichtet werden muß, das in der Ablehnung einer dem Monarchen gegenüber dem Parlamente eingeräumten juristisch qualifizierbaren Vorzugsstellung²⁵⁸⁵ besteht, so entschieden muß dagegen das positive Element in der Formulierung verworfen werden, mit der *Lukas* den Gesetzgebungsprozeß juristisch zu charakterisieren versucht. Als Vertreter der Imperativtheorie hält *Lukas* – und in diesem Punkte ist er auch mit der von ihm bekämpften herrschenden Lehre einig – den Gesetzgebungsakt für einen staatlichen Befehlsakt. Der in demselben zum Ausdruck gelangte staatliche Wille hat das rechtmäßige Verhalten der Untertanen zum Inhalte¹⁾. Damit ist der prinzipielle Gegensatz seines Standpunktes zu dem dieser Untersuchungen aufgezeigt, in denen der Nachweis erbracht wurde, daß der Wille des Staates, der in der Rechtsordnung erklärt ist und der im Gesetzgebungsprozesse „erzeugt“ wird, diesen In-

handelt aber zunächst nur eine andere, nicht diese selbst. Wie ein Akt aussehen muß, der „im Namen des Kaisers“ zu vollziehen ist, das zeigen z. B. die richterlichen Urtheile die gemäß Art. 1 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 RGB. über die richterliche Gewalt,²⁵⁸³ ebenfalls „im Namen des Kaisers“ verkündigt²⁵⁸⁴ und ausgefertigt werden müssen. Diese erscheinen nicht als Befehl oder Wille des Kaisers, sondern stellen sich ihrem Wortlaute nach als *vom Gerichte* unter Voraussetzung der Worte: „Im Namen S.M. des Kaisers“ ausgesprochen dar.

| 419 | ¹⁾ Vergl. a. a. O. S. 120.²⁵⁸⁶

²⁵⁸³ Art 1 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBI 1867/144: „Alle Gerichtsbarkeit wird im Namen des Kaisers ausgeübt. Die Urtheile und Erkenntnisse werden im Namen des Kaisers ausgefertigt.“

²⁵⁸⁴ «Gewalt ... verkündigt»] A₁ «Gewalt verkündigt»; A₂ «Gewalt ... verkündigt».

²⁵⁸⁵ «eingeräumten juristisch qualifizierbaren Vorzugsstellung»] A₁ «eingeräumten Vorzugsstellung»; A₂ «eingeräumten juristisch qualifizierbaren Vorzugsstellung».

²⁵⁸⁶ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 120.

halt gar nicht haben, somit gar kein an die Untertanen gerichteter Befehl²⁵⁸⁷ rechtmäßigen Verhaltens sein kann. Was aber die *Lukasschen* Resultate vollends von den Ergebnissen dieser Untersuchungen trennt, ist die hier gewonnene Erkenntnis, daß der Gesetzgebungsakt – diese Summe aller für den Bestand eines Gesetzes notwendigen Voraussetzungen – nicht nur kein staatlicher Befehlsakt, sondern überhaupt kein staatlicher Akt, keine Funktion des Staates, kein der Staatsperson zuzurechnender Handlungskomplex, sondern ein Vorgang sozialer Natur ist, dessen rechtliche Konstruktion, als einer Voraussetzung des Rechtes, als einer Vorbedingung der Rechtsordnung, nicht möglich ist.^{2588, 2589}

Der Ansicht, daß die Sanktion durch den Monarchen der wesentlichste Akt im Gesetzgebungsprozesse ist, entspricht durchaus die überaus allgemein verbreitete Vorstellung, daß der Staatswille schon mit erfolgter Sanktion perfekt und die nun folgende Publikation nur eine Verkündung des bereits vollendeten Gesetzes sei²⁾ ²⁵⁹¹. Schon früher²⁵⁹² wurde auf das Inkorrekte einer Terminologie hingewiesen, die von der „Publikation eines Gesetzes“ spricht, da doch die Publikation selbst noch zu jenem Tatbestande gehört, nach dessen Erfüllung erst von einem Gesetze gesprochen werden kann; was publiziert wird, ist kein Gesetz, sondern ein sanktionierter Parlamentsbeschluß, der durch die Publikation erst zum Gesetze wird. Das ist u. a. *Gierke* entgegenzuhalten, wenn er in seiner Kritik | *Labands*¹⁾ | 420 zwischen der Bildung des Staatswillens und dem gehörigen Ausspruch des gesetzgeberischen Willens unterscheidet. Eine solche Terminologie ist das Resultat einer Analogie zwischen der Bildung und Äusserung des psychischen menschlichen Willens und dem Gesetzgebungsvorgange als dem Prozesse staatlicher Willensbildung und Äußerung. Daß solche Analogie unzulässig ist, wurde schon früher gezeigt.²⁵⁹⁴ Sie ist noch aus anderen Gründen unmöglich als gerade deshalb, weil der Staatswille erst durch seine Äußerung – wenn man die Publikation überhaupt so nennen dürfte – gebildet wird. Daß diese Analogie zwischen Menschenwillen

²⁾ Die Ansicht *Lukas*’, daß die Sanktion erst dann als vorhanden angesehen werden könne, wenn auch schon die Publikation erfolgt sei (a. a. O. S. 191),²⁵⁹⁰ kann nicht akzeptiert werden.

¹⁾ Das Staatsrecht des deutschen Reiches, besprochen von *Gierke* in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. II. S. 229.²⁵⁹³ | 420

²⁵⁸⁷ «kein an die Untertanen gerichteter Befehl»] A₁ «kein Befehl»; A₂ «kein an die Untertanen gerichteter Befehl».

²⁵⁸⁸ Vgl. oben S. 546–548.

²⁵⁸⁹ «Daß sich für die formal-juristische ... nicht möglich ist» (5568–5579)] in A₂ eingefügt.

²⁵⁹⁰ *Lukas*, Parlament (Anm. 2541), S. 191.

²⁵⁹¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁵⁹² Vgl. oben S. 516.

²⁵⁹³ *Otto Gierke*, [Buchbesprechung:] Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Von Dr. Paul Laband. Zweiter Band. Tübingen 1878. Verlag der H. Laupp’schen Buchhandlung. SS. VI und 490, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 6 (1879), S. 221–235 (229).

²⁵⁹⁴ Vgl. oben S. 547 f.

und Staatswillen bei der Charakterisierung des Gesetzgebungsvorganges lieber zu vermeiden wäre, hat wohl schon *Haenel*²⁾ ausgesprochen. Er sagt: „In jeder Willenshandlung, d. h. in jenem als Einheit gedachten Vorgange, der Veränderung als durch menschlichen Willen verursacht und der menschlichen Willen als in einer Veränderung wirksam darstellt, unterscheiden sich zwei besondere Momente: die inneren psychologischen Vorgänge, die in der Willensbildung oder Willenssetzung, in dem Entschlusse oder Beschlusse als der nicht weiter erklärbaren Erregungsursache psychischer oder psychophysischer Bewegungen oder Hemmungen bestehen²⁵⁹⁶, und die Handlung, das sind²⁵⁹⁷ die durch den Beschluß als der vorhergehenden, rein geistigen Tatsache verursachten psychischen, psychophysischen oder mechanischen Veränderungen. Allein, die analogische Übertragung dieser individual-psychologischen Vorgänge und Unterscheidungen auf die *Funktion des Staates* ist unmöglich. Jeder Akt der Gesetzgebung ist im psychologischen Sinne bereits Handlung“. Allein *Haenel* setzt folgendermaßen fort: „Allerdings, wenn in dem Gange der Gesetzgebung nur das erste Stadium ins Auge gefasst wird, welches mit der Sanktion des Gesetzes am auffälligsten abschließt, dann liegt in ihm das Analogon des Entschlusses oder Beschlusses klar zu Tage. Dieses Stadium gehört rein der inneren staatlichen Willensbildung an. Aber der Gesetzgebung ist das zweite Stadium: der sich nach aussen an alle, die es angeht richtende Befehl, kurz das Stadium der Promulgation und Publikation nicht minder wesentlich. Dieses zweite Stadium gehört²⁵⁹⁸ durchaus dem Begriffe Handlung an. Der verkündete Gesetzesbefehl ist nichts anderes als die durch die Willenssetzung verursachte psychophysische Bewegung, welche eine bestimmte psychische Einwirkung auf diejenigen und ein dementsprechendes Verhalten derer, an die er ergeht, | ins Werk setzt“. Wer den ersten und zweiten Teil dieser *Haenelschen* Ausführungen vergleicht, kann wohl kaum zu einem anderen Urteile kommen, als daß *Haenel* die von ihm anfänglich feierlich verworfene Analogie zwischen Menschenwillen und Staatswillen schließlich bedingungslos durchführt. Nur daß er sich stets bewußt bleibt, daß es eine Analogie ist, die vorliegt, und daher in gewissen Punkten Differenzen bestehen müssen. *Omne simile claudicat!*²⁵⁹⁹ Wäre die Übereinstimmung eine vollständige, hätte man es mit einer Identität, nicht mit einer Analogie zu tun. Aber auch eine „analogische Übertragung“ ist es gerade, die *Haenel* ursprünglich als „unmöglich“ bezeichnet. Seltsamerweise ist es übrigens gar nicht die von *Haenel* betonte Differenz zwischen der menschlichen und staatlichen Willensbildung, die eine Analogie erschwert oder unmöglich macht. Denn daß alle Ein-

2) a. a. O. 187 ff.²⁵⁹⁵

²⁵⁹⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 187 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁵⁹⁶ «bestehen»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 187: «ihren Abschluss finden».

²⁵⁹⁷ «sind»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 187: «ist».

²⁵⁹⁸ «Stadium gehört»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 188: «Stadium aber gehört».

²⁵⁹⁹ Lat.: *Omne simile claudicat*; dt.: Jeder Vergleich hinkt.

zelakte der Gesetzgebung als „Handlungen“ d. h. als Veränderungen der materiellen Außenwelt erscheinen, macht ihren Vergleich mit der psychischen Willensbildung beim Einzelmenschen nicht unmöglich; vollzieht sich doch auch diese unter mechanischen Bewegungen des Gehirns, zumindest in Begleitung von solchen Veränderungen in der materiellen Sphäre des Menschen. Was *Haenel* den – schließlich ja doch akzeptierten – Vergleich so erschwert, ist die Tatsache, daß er diese Gesetzgebungshandlungen als Handlungen des *Staates* auffaßt. Das ist freilich unmöglich, den Willen des Staates durch Handlungen desselben erzeugen zu lassen, noch dazu, wenn man unter Staatswillen ein psychisches Faktum und zwar einen kausalen, die Handlung verursachenden Willen versteht! Das wäre etwa so verkehrt, wie wenn man die oben erwähnten mechanischen Gehirnvorgänge bei der psychischen Willensbildung „Handlungen“ (i. e. Willenshandlungen) des Menschen nennen wollte, und hieße faktisch die Ursache aus der Wirkung ableiten! Gerade der aus anderen Gründen unzulässige Vergleich mit dem menschlichen Willen der Psychologie hätte zur Erkenntnis führen müssen, daß die Gesetzgebung – zumindest bis zum Stadium der Publikation – nicht Handlung des Staates selbst sein kann, was *Haenel* allerdings als selbstverständlich voraussetzt.

Trotzdem sich *Haenel* gegen die analogische Anwendung der Vorgänge bei der menschlichen Willensbildung auf den Gesetzgebungsprozeß ausspricht, hat er dennoch gerade den größten Fehler nicht vermieden, der in dieser Analogisierung gelegen ist. Obgleich er ausdrücklich anerkennt, daß das Stadium der Promulgation und Publikation für die Gesetzgebung, d. i. also das Zustandekommen eines Staatswillens ebenso wesentlich ist wie das Stadium der parlamentarischen Beschlußfassung und die Sanktion seitens der Krone, so erklärt er | dennoch, fast möchte man sagen gegen besseres Wissen, die Promulgation und Publikation als eine Verkündigung des Gesetzesbefehles, als „eine durch die Willenssetzung verursachte psychophysische Bewegung“²⁶⁰⁰. Er betrachtet somit den staatlichen Willen mit der Sanktion für perfekt, schließt sich gerade in diesem Punkte der Analogie zum menschlichen Willen an, der auch unmittelbar vor seiner Äußerung als vollendet zu denken ist; ja, er stellt die Publikation in engster Parallele zu dieser Äußerung des menschlichen Willens geradezu als durch den perfekten Staatswillen „verursacht“ dar. Ganz unzweideutig kommt diese Vorstellung *Haenels* in folgenden Worten zum Ausdruck¹⁾: „Damit der *rechtsgültig entstandene* Wille rechtliche Wirksamkeit auch über den Kreis der konstitutionellen Faktoren hinaus erlange, damit er die durch seinen Inhalt geforderte ‚Rechtsverbindlichkeit‘ in diesem engeren Sinne gewinne, müssen nach Maßgabe des positiven Rechtes zwei weitere formale Bedingungen erfüllt werden: die Promulgation und die Publikation.“ Die Auffassung, daß der Staatswille schon mit der Sanktion perfekt sei, daß

| 422

¹⁾ a. a. O. S. 159.²⁶⁰¹

| 422

²⁶⁰⁰ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 188.

²⁶⁰¹ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 159 – Hervorhebungen von Kelsen.

aber zu seiner vollen Wirksamkeit doch noch Promulgation und Publikation gehören, zwingt zu der immerhin bedenklichen Annahme einer Art von halbwirksamem Staatswillen! Worin soll eigentlich das Wesen dieses rechtsgültig entstandenen aber noch nicht ganz rechtswirksamen, nicht rechtsverbindlichen Staatswillens bestehen? In dem „*rechtswirksamen Beschlusse des Staates*, daß ein bestimmtes Gesetz zu erlassen sei“²⁶⁰², sagt *Haenel*: Also ist der sanktionierte Parlamentsbeschluß doch „*rechtswirksam*“²⁶⁰³! Ganz abgesehen davon fordert diese Konstruktion, in dem Gesetzgebungsprozesse eigentlich zwei völlig verschiedene Staatswillen zu erblicken, und mutet einem ernstlich zu, den Inhalt des sanktionierten Parlamentsbeschlusses für einen anderen zu halten als den des publizierten Gesetzes! Es gibt also einen Willen des Staates, dessen Inhalt das Gesetz ausmacht, und einen Willen des Staates, daß dieses Gesetz erlassen werde, das heißt wohl, einen Staatswillen, der seinen eigenen Willen zum Inhalte hat! Genauer gesprochen: Es entstünde mit der Sanktion ein Wille des Staates, seinen Willen zu äußern! Die überflüssige Verdoppelung, die diese Konstruktion bedeutet, springt ins Auge! Und wenn Parlamentsbeschluß mit Sanktion nur einen formalen Willen²⁶⁰⁴ zur Willensäußerung entstehen läßt, woher kommt dann der zu äußernde Wille mit seinem konkreten Inhalte? Der im künftigen Gesetze²⁶⁰⁵ ausgedrückte Wille des Staates, z. B. unter bestimmten Umständen zu strafen, ist jedenfalls ein anderer als der, diesen Willen auszusprechen, wie mein Wille, bei schönem Wetter morgen spazieren zu gehen, verschieden ist von dem Willen, die Worte zu sprechen: „Ich will morgen bei schönem Wetter spazieren gehen!“ Auch hier ist ein Punkt, wo die – von *Haenel* stillschweigend durchgeführte – Analogie zwischen der Willensbildung beim Staate und beim Menschen vollständig versagt! Während beim Menschen diese beiden Willensakte wohl zu unterscheiden sind, zeigt der staatliche Willensbildungsprozeß bis zum Augenblicke der erfolgten Sanktion – das Bild einer Willens„erzeugung“ überhaupt als zulässig vorausgesetzt – jedenfalls nur *einen* Willensakt, dessen Inhalt, dem Wortlaute des sanktionierten Gesetzentwurfes entsprechend, kein anderer sein kann als der des künftigen Gesetzes!²⁶⁰⁶ Darum ist es vollständig unbegreiflich, wie nach *Haenel* als Inhalt des sanktionierten Parlamentsbeschlusses zu denken sein soll: „daß ein bestimmtes Gesetz zu erlassen sei“²⁶⁰⁷, wie durch den Abdruck im Reichsgesetzblatte aus dieser hohlen Formel konkrete Rechtssätze werden sollen, wie der sanktionierte Parlamentsbeschluß, der doch wörtlich mit dem publizierten Gesetze übereinstimmt und sich von diesem nur durch die *Form* (das Moment der Publikation) unterschei-

²⁶⁰² *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 159 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁶⁰³ „*rechtswirksam*“] A₁ «*wirksam*»; A₂ „*rechtswirksam*“.

²⁶⁰⁴ «*einen formalen Willen*»] A₁ «*einen Willen*»; A₂ «*einen formalen Willen*».

²⁶⁰⁵ «*im künftigen Gesetze*»] A₁ «*im Gesetze*»; A₂ «*im künftigen Gesetze*».

²⁶⁰⁶ «*Genauer gesprochen ... künftigen Gesetzes!*» (56013–56029)] in A₂ eingefügt.

²⁶⁰⁷ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 159.

det²⁶⁰⁸, inhaltlich etwas anderes sagen kann als das publizierte Gesetz! Dazu kommt noch, daß dieser Konstruktion zufolge in der Publikation der wesentliche Gesetzgebungsakt zu erblicken wäre! Denn mit der Sanktion ist nichts weiter gewonnen, als der Beschluß, daß das Gesetz – künftig – zu erlassen sei. Die Erlassung des eigentlichen Gesetzes könnte somit nur durch Publikation geschehen!

In den zitierten Ausführungen *Haenels* findet sich – nur angedeutet – ein Gedanke,²⁶⁰⁹ der in der heutigen Literatur stark vertreten ist. Es ist die Theorie, daß der sanktionierte Parlamentsbeschluß wohl die „konstitutionellen Faktoren“²⁶¹⁰, nicht aber die Untertanen verpflichte; seine Rechtswirksamkeit beschränke sich auf das innere Verhältnis der gesetzgebenden Organe.²⁶¹¹ Sehr deutlich spricht *Jellinek*¹⁾ diesen Gedanken aus: „Es gibt in dem Leben des Gesetzes einen Zeitraum, wo es noch nicht die Untertanen verpflichtet trotzdem es schon den Willen des Gesetzgebers gebunden hat, und zwar ist dieser Zeitpunkt²⁶¹³ zwischen der Sanktion und Publikation oder noch genauer dem Momente, von dem angefangen die Untertanen, an welche sich das Gesetz wendet, an dasselbe gebunden, sind ... In der Zeit ... ist das Gesetz bereits Bestandteil der Rechtsordnung, aber nur insoferne, als es einseitig verpflichtende Norm ist, die ausschliesslich den Gesetzgeber bindet. Der Gesetzgeber kann | vom Momente der Sanktion bis zu dem des Inkrafttretens des Gesetzes, trotzdem noch keiner der Untertanen daran gebunden ist, das Gesetz nicht anders aufheben als auf verfassungsmässigem Wege, er ist also unzweifelhaft durch dasselbe bereits ebenso verbunden, als ob es schon für die Untertanen in Kraft getreten wäre.“ Dieser Anschauung kann nicht beigepflichtet werden. Wenn die Publikation tatsächlich eine wesentliche²⁶¹⁴ Voraussetzung für das Gesetz im formellen Sinne und somit für die Existenz eines Staatswillens ist, dann ist durchaus nicht einzusehen, warum diese Voraussetzung nur gegenüber den Untertanen und nicht auch den übrigen Rechtssubjekten, der Staatsperson, oder gewissen Staatsorganen gelten soll. Jedenfalls fehlt es an irgendeiner Bestimmung des positiven Rechtes, die eine derartige Konstruktion rechtfertigte. Zu einem Verpflichtetsein der Staatsperson oder irgendeines Staatsorganes bedarf es ebensosehr eines vollkommenen und perfekten Rechtssatzes und daher eines ebenso vollkommenen und perfekten Staatswillens wie zum Verpflichtetsein irgendeines Rechtssubjektes überhaupt. Die Zurechnungsregel, als welche

| 424

¹⁾ Staatenverbindungen S. 35.²⁶¹²

| 423

²⁶⁰⁸ «Form (das Moment der Publikation) unterscheidet»] A₁ «Form unterscheidet»; A₂ «Form (das Moment der Publikation) unterscheidet».

²⁶⁰⁹ Vgl. insb. oben S. 558 bei Anm. 2595.

²⁶¹⁰ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 159.

²⁶¹¹ «sich auf ... Organe.»] A «sich „auf das innere Verhältnis der gesetzgebenden Organe“.^{Fn}Haenel aaO S^{Fn}»; F* «sich auf ... Organe.».

²⁶¹² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 35f. – Kelsen nennt irrtümlich als Quelle *Georg Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882.

²⁶¹³ «dieser Zeitraum»] *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 35: «dies der Zeitraum».

²⁶¹⁴ «wesentliche»] A₁ «formelle»; A₂ «wesentliche».

der Rechtssatz erkannt wurde, dieses hypothetische Urteil über einen bedingten²⁶¹⁵ Staatswillen, kann in keinem Falle früher auf Wahrheit Anspruch machen, als bis *alle* Voraussetzungen erfüllt sind, an welche die Rechtsordnung die Existenz eines Gesetzes knüpft. Es ist insbesondere unmöglich, einen Staatswillen zu denken, der *einseitig* nur den Staat selber bände und für die Untertanen nicht vorhanden wäre. Denn besteht der Wille und somit die Pflicht des Staates, unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren (nur der Rechtssatz im engeren Sinne ist hier in Betracht gezogen), dann²⁶¹⁶ bestehen notwendigerweise auch die entsprechenden Rechtspflichten der Untertanen; denn diese Rechtspflichten sind gar nichts anderes als dieser Staatswille in seiner subjektiven Anwendbarkeit auf die Untertanen oder Staatsorgane. Besteht aber dieser Wille und daher eine Rechtspflicht für die Untertanen nicht, dann ist er überhaupt nicht vorhanden. Es ist *derselbe* Rechtssatz, der den Staat und die Untertanen oder Staatsorgane verpflichtet und *derselbe* Staatswille ist sein Inhalt. Und darum ist eine einseitige Bindung gar nicht denkbar. Nur die vollkommen unrichtige und schon oben widerlegte Auffassung²⁶¹⁷ von der Publikation als einer *Bekanntmachung* oder Verkündigung des Gesetzesbefehles an die Untertanen, die an die Theorie des *contrat social* gemahnende Vorstellung, daß der Untertan nicht gebunden ist, solange er nicht den Imperativ des Gesetzes vernommen oder gar anerkannt hat, konnte die Publikation in diese schiefe Stellung eines lediglich zur Verpflichtung der *Untertanen* notwendigen Aktes bringen.

425 | Die Behauptung, daß der „Gesetzgeber“ an den sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß²⁶¹⁸ ebenso gebunden sei, als ob dieser als Gesetz für den Untertanen bereits in²⁶¹⁹ Kraft getreten wäre, begründet *Jellinek* damit, daß ein derartiger sanktionierter, aber noch nicht publizierter Parlamentsbeschluß nur in verfassungsgemäßer Form, d. h. offenbar durch ein formelles, also auch publiziertes Gesetz aufgehoben werden könne.²⁶²⁰ Allein, dies kann kein Beweis sein, denn eine derartige Behauptung entbehrt jeder positivrechtlichen Basis und bedürfte selbst erst eines Beweises, wie jene, zu deren Begründung sie angeführt wird und mit der sie – genau betrachtet – identisch ist. Denn die Annahme, daß auch der noch nicht publizierte, wenn nur schon sanktionierte Parlamentsbeschluß bereits Bestandteil der Rechtsordnung sei, heißt doch nichts anderes, als daß dieser Bestandteil alle formellen Eigenschaften habe wie die bereits publizier-

²⁶¹⁵ «über einen bedingten»] A₁ «über die Existenz eines bedingten»; A₂ «über einen bedingten».

²⁶¹⁶ «Wille und ... dann»] A₁ «Wille des Staates, zu strafen, zu exequieren, oder sonst eine Handlung vorzunehmen, dann»; A₂ «Wille u somit die Pflicht des Staates, unter gewissen Umständen zu strafen, zu exequieren, oder sonst eine Handlung vorzunehmen, dann»; F* «Wille und ... dann».

²⁶¹⁷ Vgl. oben S. 508–511, 515f.

²⁶¹⁸ «sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß»] A₁ «sanktionierten Parlamentsbeschluß»; A₂ «sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß».

²⁶¹⁹ «Untertanen bereits in»] A «Untertanen in»; F* «Untertanen bereits in».

²⁶²⁰ Vgl. *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 36.

ten Stücke, also auch nur auf die gleiche Weise außer Kraft gesetzt werden könne wie ein perfekter Rechtssatz. Aber das eine ist so unrichtig wie das andere. Ein nicht publizierter Parlamentsbeschluß ist, auch wenn er sanktioniert ist, formell kein²⁶²¹ Gesetz – vorausgesetzt, daß die positive Rechtsordnung die Publikation als wesentliche Prämisse für die Existenz eines formellen Gesetzes bezeichnet. Und was nicht Gesetz ist, bedarf keines formellen Gesetzes, um aufgehoben zu werden, schon weil es gar nicht aufgehoben werden kann, da es ein rechtliches Nichts ist. Es müßte übrigens ein seltsames Bild abgeben, wenn im Gesetzblatte die Aufhebung eines konstitutionellen Gesetzes²⁶²² ¹⁾ publiziert würde, das selbst nirgends im Reichsgesetzblatte zu finden wäre. Ein solcher Vorgang ist nicht nur theoretisch sinnlos, er hätte auch praktisch gar keine Bedeutung. Denn welchen Zweck könnte das Postulat verfolgen, einen nicht publizierten, aber sanktionierten Parlamentsbeschluß in Gesetzesform aufzuheben? Nicht einmal den, das Interesse des Parlamentes an der Gesetzwerdung seiner Beschlüsse zu wahren! Denn was wäre die Folge, wenn das Parlament sich weigerte, den Aufhebungsbeschluß zu fassen? Damit wäre die mangelnde Publikation, die je²⁶²³ nach geltendem Rechte ausschließlich der Exekutive, mit dem Monarchen an der Spitze, zukommt, weder²⁶²⁴ ersetzt, noch um einen Schritt weiter gebracht!²⁶²⁵

Die von so vielen angesehenen Theoretikern angenommene relative Verbindlichkeit²⁶²⁶ des sanktionierten Parlamentsbeschlusses muß vollends in nichts zerfallen, wenn man fragt, *wozu* eigentlich dieser noch nicht ganz perfekte Staatswille den „Gesetzgeber“, die „konstitution|nellen Faktoren“²⁶²⁷ oder sonst irgendein mysteriöses Rechtssubjekt, das²⁶²⁸ man nicht bei seinem rechten Namen: Staatsperson oder Staatsorgan, zu nennen wagt, verpflichtet. Die Antwort kann offenbar hierauf nicht lauten: zu jenem Verhalten des Staates oder der Staatsorgane, das den Inhalt der durch das Gesetz statuierten Rechtssätze ausmacht. Denn wenn der Staat schon jetzt, d. h. noch vor erfolgter Publikation unter den im sanktionierten Parlamentsbeschlüsse angegebenen Bedingungen z. B. zu strafen oder zu exequieren verpflichtet wäre, dann wären ja – wie oben bemerkt – auch die Untertanen zu dem entsprechenden Verhalten verpflichtet, bei dessen Nichtbeobachtung sie

| 426

¹⁾ Die Aufhebung eines vorkonstitutionellen, also nicht notwendigerweise publizierten Gesetzes im Gesetzblatte ist immerhin möglich.

| 425

²⁶²¹ «ist, formell kein»] A₁ «ist, kein»; A₂ «ist, formell kein».

²⁶²² «eines konstitutionellen Gesetzes»] A₁ «eines Gesetzes»; A₂ «eines konstitutionellen Gesetzes».

²⁶²³ «je»] wohl richtig: «ja».

²⁶²⁴ «Publikation ... weder»] A₁ «Publikation des früh [bricht ab]»; A₂ «Publikation ... weder».

²⁶²⁵ «Die Behauptung, daß der „Gesetzgeber“ ... weiter gebracht!»] Absatz in A₂ eingefügt.

²⁶²⁶ «angenommene relative Verbindlichkeit»] A₁ «angenommene Verbindlichkeit»; A₂ «angenommene relative Verbindlichkeit».

²⁶²⁷ Haenel, Gesetz (Anm. 2578), S. 159.

²⁶²⁸ «Faktoren“ oder sonst irgendwie mysteriöses Rechtssubjekt, das»] A₁ «Faktoren“ oder wie man sonst bemüht ist das»; A₂ «Faktoren“ oder sonst irgendein mysteriöses Rechtssubjekt das».

gestraft oder exequiert würden. Wenn der Staat resp. seine Organe verpflichtet²⁶²⁹ sind, das Gesetz, die Rechtssätze *anzuwenden*, sind die Untertanen (resp. auch die Organe) verpflichtet, es zu *befolgen*, da doch beide Arten von Rechtspflichten nur verschiedene Seiten desselben Rechtssatzes sind²⁶³⁰. Wenn *Jellinek*¹⁾ im Anschluß an die *Labandsche* Theorie²⁶³² sagt²⁶³³: „Durch die Sanktion verpflichtet sich nun zuvörderst der Gesetzgeber selbst. Durch diesen Akt erklärt er, daß ein bestimmter Rechtsgedanke Inhalt seines Willens sein soll, es ist wesentlich die Selbstbindung²⁶³⁴ des gesetzgeberischen Willens, den die Sanktion zum Ausdrucke bringt,“ so kann darunter doch nur verstanden werden, daß durch die Sanktion der Wille des Staates – das ist wohl unter dem Willen des „Gesetzgebers“ hier zu verstehen – einen bestimmten Inhalt bekommen hat, nämlich den des vom Parlamente beschlossenen Gesetzentwurfes – daß somit vom Augenblicke der Sanktion der Gesetzgeber d. i. der Staat alles das will und zu all dem verpflichtet ist, was²⁶³⁵ das noch zu publizierende Gesetz als Verhalten des Staates beinhaltet. Die Unhaltbarkeit dieser Anschauung ist im Vorhergehenden schon dargetan worden.²⁶³⁶

Die durch den sanktionierten, aber noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß angeblich statuierte²⁶³⁷ Rechtspflicht kann somit nur darin bestehen – und *Haenel* hat dies ja, wie aus dem oben Zitierten hervorgeht, ausdrücklich ausgesprochen²⁶³⁸ – den sanktionierten Parlamentsbeschluß zu *publizieren*.

Nun kann die Möglichkeit einer solchen Publikationspflicht von vornherein zugegeben werden. Allein, es ist schlechterdings ausgeschlossen, diese Rechtspflicht zur Publikation aus jedem erst zu publizierenden, sanktionierten Parlamentsbeschlusse abzuleiten! Wie könnte man auch den Inhalt dieser konkreten Pflicht²⁶³⁹ etwa aus einem Gesetze – richtiger Gesetzentwürfe – herauslesen, der nichts anderes enthält als z. B. die Bestimmungen über die Vergütungen, die der Staat an ungerecht Verurteilte zu leisten hat, oder neue strafrechtliche Vorschriften, durch welche der Staat den bis dahin straffreien Elektrizitätsdiebstahl mit

| 427
| 426 |¹⁾ Staatenverträge S. 35.²⁶³¹

²⁶²⁹ «Staat resp. seine Organe verpflichtet»] A₁ «Staat verpflichtet»; A₂ «Staat resp seine Organe verpflichtet».

²⁶³⁰ «desselben Rechtssatzes sind»] A₁ «desselben sind»; A₂ «desselben Rechtssatzes sind».

²⁶³¹ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 35 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁶³² Kelsen bezieht sich hier auf *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 35 Anm. 60, der seinerseits Bezug nimmt auf *Laband*, Staatsrecht II¹ (Anm. 2563), S. 1–58.

²⁶³³ «Wenn *Jellinek* im Anschluß an die *Labandsche* Theorie sagt»] A₁ «Wenn *Jellinek* sagt»; A₂ «Wenn *Jellinek* im Anschluß an die *Labandsche* Theorie sagt».

²⁶³⁴ «Selbstbindung»] *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 35: «Selbstbestimmung».

²⁶³⁵ «will und zu all dem verpflichtet ist, was»] A₁ «will, was»; A₂ «will und zu all dem verpflichtet ist, was».

²⁶³⁶ «Wenn *Jellinek* ... dargetan worden.» (5644–56415)] in A₂ eingefügt.

²⁶³⁷ «noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß angeblich statuierte»] A₁ «noch publizierten Parlamentsbeschluß statuierte»; A₂ «noch nicht publizierten Parlamentsbeschluß angeblich statuierte».

²⁶³⁸ Vgl. oben S. 560 bei Anm. 2602.

²⁶³⁹ «dieser konkreten Pflicht»] A₁ «dieser Pflicht»; A₂ «dieser konkreten Pflicht».

Arreststrafe bedroht? Wie kann überhaupt ein noch nicht perfektes, weil noch nicht publiziertes Gesetz irgend jemanden zu irgend etwas verpflichten? Die Rechtspflicht, die Publikationshandlungen vorzunehmen, kann, wenn eine solche Rechtspflicht besteht, wie jede andere Rechtspflicht nur auf einem Rechtssatze beruhen und dieser kann nur in einem formell perfekten, also auch publizierten Gesetze zu finden sein. Und ein solches Gesetz wird in den einzelnen Verfassungen unschwer gefunden werden: Es kann nur das – natürlich selbst schon publizierte – einen Grundbestandteil der Verfassung bildende Gesetz über die Publikation von Gesetzen sein; jene gesetzlichen Bestimmungen, durch welche der *Staat*²⁶⁴⁰ die Gesetzes-Publikation als eigene Funktion übernimmt, indem er sie zu seiner Pflicht macht, deren Realisierung wiederum als Rechtspflicht bestimmter Staatsorgane der Exekutive statuiert wird. Tatsächlich haben alle konstitutionellen Verfassungen dem Staate, d. h. der sogenannten Exekutive²⁶⁴¹, die Gesetzespublikation übertragen, obgleich ein anderer Modus, z. B. die Publikation durch das Parlament, die zweifellos nicht *staatlichen* Charakter hätte¹⁾ ²⁶⁴⁶, möglich und viel-

¹⁾ Daß die Organe der Legislative, das Parlament und der Monarch als Gesetzgeber, d. h. als Erzeuger des Staatswillens nicht Staatsorgane und ihre Tätigkeiten nicht als die der Staatsperson gelten können, daß nur die Organe der Exekutive die Bezeichnung Staatsorgane verdienen und nur ihre Funktionen der Staatsperson zuzurechnen sind, das geht aus der bisher entwickelten Theorie schon insoferne hervor, als ja eine Zurechnung zur Staatsperson – und nur mittels eines solchen Gedanken-Prozesses²⁶⁴² kann die Handlung einer physischen Person als Staatshandlung erkannt, kann überhaupt eine juristische Staatsperson konstruiert werden – nur auf Grund einer gültigen Zurechnungsregel, d. h. auf Grund eines Rechtssatzes erfolgen kann, der einen schon existenten, bedingten Staatswillen zu jenem Verhalten konstatiert, das durch die Tätigkeit des erwähnten Menschen realisiert²⁶⁴³ wird, der infolge der besonderen Qualifikation²⁶⁴⁴ seines Verhaltens, nämlich dessen Zurechenbarkeit zur Staatsperson, Staatsorgan ist. Als Staatsfunktion kann somit nur jene Tätigkeit erkannt werden, die auf Grund, d. h. in Ausführung eines bereits perfekten Staatswillens erfolgt, und nicht jene, die erst in der Erzeugung des Staatswillens besteht, da es für letztere an jeder Zurechnungsregel und daher Zurechnungsmöglichkeit mangelt. Ebenso kann als Staatsorgan nur jene Person gelten, die Staatswillen realisiert, d. h. ausführt und nicht eine solche, die Staatswillen erzeugt. Darum kann nur die Exekutive, nicht aber die Legislative als Staatsfunktion angesehen werden. Die nähere Durchführung dieses Gedankens gehört in die später zu behandelnde Lehre von der Rechtsstellung des Staatsorgans und dessen Verhältnis zum Rechtssatze.²⁶⁴⁵

²⁶⁴⁰ «durch welche der *Staat*»] A₁ «durch welche die Publikation eines Gesetzes für dessen Verbindlichkeit gefordert wird, zB. in Österreich das Gesetz vom ... (andre Beispiele) Ob im übrigen durch diese Bestimmungen *immer* auch eine Rechtspflicht des Staates zur Publikation statuiert wird, das muß quaestio facti bleiben, und hängt sehr von dem Sinne ab, der den fraglichen Verfassungsbestimmungen über die Publikation von Gesetzen innewohnt. Eine Rechtspflicht [bricht ab]; A₂ «durch welche *der Staat*».

²⁶⁴¹ «der sogenannten Exekutive»] A₁ «der Exekutive»; A₂ «der sogenannten Exekutive».

²⁶⁴² «solchen Gedanken-Prozesses»] A₁ «solchen Prozesses»; A₂ «solchen Gedankenprozesses».

²⁶⁴³ «Menschen realisiert»] A₁ «Menschen der Staatsorgane realisiert»; A₂ «Menschen realisiert».

²⁶⁴⁴ «der besonderen Qualifikation»] A₁ «der Qualifikation»; A₂ «der besonderen Qualifikation».

²⁶⁴⁵ Vgl. unten S. 592–719, insb. 626–628 und 659–662.

²⁶⁴⁶ Anmerkung in A₂ eingefügt.

leicht sogar politisch nicht bedeutungslos wäre. Man vergegenwärtige sich nur, daß die tatsächliche Unterlassung | der Publikation oder die falsche Publikation die gesamte Parlamentstätigkeit illusorisch machen kann. Auch wenn – nach Maßgabe der positiven Rechtsordnung – eine Pflicht des Staates und bestimmter Staatsorgane gegeben ist, einen vom Monarchen sanktionierten Parlamentsbeschluß zu publizieren, so ist deshalb durchaus nicht gerade der *Monarch* verpflichtet, die Publikation zu veranlassen. Inwieweit, ja, ob überhaupt die Person des Monarchen Subjekt von Rechtspflichten sein kann, wird später zu erörtern sein.²⁶⁴⁷ Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß der konstitutionelle Monarch, wie er zur Sanktion nicht verpflichtet ist, auch nicht zur Erteilung des Publikationsauftrages verbunden sein kann! Was könnte es auch für Sinn haben, den Monarchen zur Erteilung des Publikationsauftrages zu verpflichten, die Sanktion jedoch in sein freies Belieben zu stellen, da er doch durch Verweigerung der letzteren die Pflicht zur erstern illusorisch machen könnte! Doch muß²⁶⁴⁸ formell zwischen beiden Akten unterschieden werden und die Sanktion, das ist die Erteilung der Unterschrift auf die den authentischen Parlamentsbeschluß beinhaltende Urkunde, ist nicht ohne weiteres schon als stillschweigender Publikationsauftrag anzusehen. Es ist durchaus als zulässig zu betrachten, daß der Monarch, auch nachdem er die sanktionierende Unterschrift gegeben hat, die Publikation des sanktionierten Beschlusses zurückhält, ja, aus irgendwelchen Gründen die erteilte Sanktion wieder vernichtet, wenn nicht nach positivem Rechte eine Handhabe dafür gegeben ist, dem Monarchen diese Rücktrittsmöglichkeit zu versagen. Wenn²⁶⁴⁹ eine Rechtspflicht des Staates zur Publikation der sanktionierten Parlamentsbeschlüsse angenommen werden muß, dann kann eine solche Pflicht auch nur unter der Voraussetzung des stillschweigend oder ausdrücklich erteilten Publikationsbefehles angenommen werden. Zur Realisierung dieser staatlichen Publikationspflicht sind verpflichtet das Ministerium oder ein einzelner Minister oder ein anderes Staatsorgan, je nach den positiven Bestimmungen der jeweiligen Verfassung²⁶⁵⁰. Wie die gesamte Regierungstätigkeit des Monarchen, so kann auch der Publikationsbefehl nicht als Inhalt einer Rechtspflicht des Monarchen angesehen werden, da – wie später noch näher auszuführen sein wird²⁶⁵¹ – die Verfassungen der konstitutionellen Staaten keinen die Person des Monarchen verpflichtenden Rechtssatz aufweisen. Vielmehr muß der Publikationsbefehl, ebenso wie die übrigen Regierungsakte des Monarchen – soweit sie den Verwaltungsapparat in Bewegung setzen – als

²⁶⁴⁷ Vgl. unten S. 851–860.

²⁶⁴⁸ «kann! Was ... Doch muß!» A₁ «kann! Zuvor muß»; A₂ «kann! Was ... Doch muß».

²⁶⁴⁹ «vernichtet ... versagen. Wenn»] A «vernichtet. Es ist nach positivem Rechte durchaus keine Handhabe dafür gegeben, dem Monarchen diese Rücktrittsmöglichkeit zu versagen. Wenn»; F* «vernichtet ... versagen. Wenn».

²⁶⁵⁰ «positiven Bestimmungen der jeweiligen Verfassung»] A₁ «positiven Verfassung»; A₂ «positiven Bestimmungen der jeweiligen Verfassung».

²⁶⁵¹ Vgl. unten S. 853 f.

Voraussetzung für das Existentwerden der Rechtspflichten der übrigen Verwaltungsorgane (mit Ausnahme der richterlichen Organe) gelten.²⁶⁵²

[Dadurch, daß aber die Gesetzespublikation Pflicht des Staates ist und die sie darstellenden Handlungen: der Druck und die Ausgabe des Gesetzesblattes auf Grund eines perfekten (auch publizierten) Gesetzes erfolgen, unterscheidet sich dieser Akt von den übrigen Akten der sogenannten Staatswillensbildung! Denn er ist, im Gegensatz zu der Sanktion und den Parlamentsbeschlüssen, tatsächlich Handlung des Staates. Er ist *Handlung* des Staates, weil er in Ausführung eines zeitlich vorangehenden, perfekten *Staatswillens* erfolgt, weil die Rechtsordnung einen Rechtssatz²⁶⁵³, d. i. eine Zurechnungsregel enthält, auf Grund deren die Publikationshandlungen als Handlungen des Staates zu gelten haben. Und diese Staatshandlung der Publikation erfolgt²⁶⁵⁴ *nicht* – wie immer wieder gegenüber der irrigen herrschenden Lehre betont werden muß – in Ausführung des durch diese Publikation erst zu wollenden Staatswillens, des durch diese Publikation erst zu perfektuierenden Gesetzes, sondern auf Grund eines anderen, durch Publikation bereits existent gewordenen Staatswillens, des Gesetzes über die Publikation von Gesetzen, durch welches der Staat zu dieser Funktion verpflichtet wird.

In den beiden Verhältnissen, in denen die Publikation einerseits zum Publikationsgesetze, andererseits zu dem durch sie selbst erst zu perfektuierenden Gesetze steht, spiegelt sich die *Doppelnatur* dieses juristisch überaus schwierig zu erfassenden Aktes. In der ersteren Richtung – und nur in dieser – ist sie *Ausführung* von Staatswillen, Realisierung von Staatspflicht und²⁶⁵⁵ als solche *Staatshandlung*; in der letzteren Richtung dagegen, in Bezug auf ihren eigenen Inhalt, ist sie – bildlich gesprochen – *Erzeugung* von Staatswillen, keine staatliche, sondern lediglich *soziale Funktion* und steht hier auf gleicher Stufe wie die Parlamentsbeschlüsse und die Sanktion des Monarchen.

| 429

²⁶⁵² «Auch wenn – nach Maßgabe ... Organe) gelten.» (5663–5672)] in A₂ eingefügt.

²⁶⁵³ «weil die Rechtsordnung einen Rechtssatz»] A₁ «weil einen Rechtssatz»; A₂ «weil die RO einen Rechtssatz».

²⁶⁵⁴ «Staatshandlung der Publikation erfolgt»] A₁ «Staatshandlung erfolgt»; A₂ «Staatshandlung der Publikation erfolgt».

²⁶⁵⁵ «Staatswillen, Realisierung von Staatspflicht und»] A₁ «Staatswillen und»; A₂ «Staatswillen, Realisierung von Staatspflicht und».

XVI. Kapitel.

Staatspflicht und Untertanenpflicht.

Die Anschauung, daß der Staat es ist, der die Rechtsordnung schafft, daß die „Erzeugung“ des Rechtssatzes und der Verpflichtungsprozeß staatliche Funktionen²⁶⁵⁶ sind, wird bei der Konstruktion von Staatspflichten notwendigerweise zu der Lehre von der staatlichen Selbstverpflichtung führen. Gerade in dieser Anwendung aber muß die Grundanschauung unmöglich werden! Von den Gegnern der | Selbstverpflichtungslehre ist immer wieder ein Argument geltend gemacht worden, das tatsächlich die Möglichkeit von Rechtspflichten²⁶⁵⁷ des Staates auf Grundlage der Selbstverpflichtung in Frage stellt. Man hat nämlich behauptet, daß eine Selbstverpflichtung des Staates dadurch jede Bedeutung verliere, daß der Staat seine eigene Pflicht, die er selbst schaffe, doch jederzeit aufheben könne, daß die „Selbstbefreiung“ des Staates die Selbstverpflichtung illusorisch mache¹⁾. Man kann sich nicht verhehlen, daß dieser Einwand bisher von den Vertretern der Selbstbindungstheorie nicht wirksam widerlegt wurde. Der zur Verteidigung der fraglichen Lehre so beliebte Hinweis auf die Selbstverpflichtung der autonomen Moral ist hier darum wirkungslos, weil die Rechtspflichten eben wegen der streng heteronomen Natur des Rechtes sich im allgemeinen, d. h. bei allen Subjekten mit Ausnahme des Staates, als Resultat einer Fremdverpflichtung charakterisieren und ihr Wesen gerade in der Unmöglichkeit²⁶⁵⁹ einer Selbstbefreiung gelegen ist. Die im Wege einer Selbstverpflichtung entstandene Staatspflicht erscheint somit – und darin liegt die methodische Bedeutung des Argumentes – als etwas völlig anderes als die übrigen Rechtspflichten; und diese Verschiedenheit ist eine so wesentliche, daß mit Recht bezweifelt werden muß, ob dasjenige, was als Staatspflicht zu gelten hat, mit den Pflichten der übrigen Subjekte die gleiche Bezeichnung verdient, ob die Theorie das ihr gestellte Postulat: *Rechtspflichten* des Staates zu konstruieren, auch tatsächlich erfüllt hat.

| 430 |¹⁾ Vgl. *Jellinek*, Staatenverträge S. 38.²⁶⁵⁸

²⁶⁵⁶ «Verpflichtungsprozeß staatliche Funktionen»] A₁ «Verpflichtungsprozeß Funktionen»; A₂ «Verpflichtungsprozeß staatliche Funktionen».

²⁶⁵⁷ «Rechtspflichten»] A₁ «Pflichten»; A₂ «RechtsPflichten».

²⁶⁵⁸ *Jellinek*, Staatenverträge (Ann. 1979), S. 38.

²⁶⁵⁹ «der Unmöglichkeit»] A₁ «dem Mangel»; A₂ «der Unmöglichkeit».

41,
XII. Kapitel.
Uhlmann
41,
XIII. Zusammenfassung, daß der Staat in der Praxis nicht ein
einziges Wesen ist, daß die "Zusammenfassung des Staatsthatungs als ein"

Seite aus dem Autographen (5681-5684)

Auch *Jellinek*, der bedeutendste Vertreter der Selbstverpflichtungslehre, hat das obenerwähnte Gegenargument von der Möglichkeit der Selbstbefreiung²⁶⁶⁰ nicht entkräften können. Seine bezüglichen Ausführungen²⁾ geben mehr als andere der fraglichen Theorie gewidmete Argumentationen zu Widerspruch Veranlassung. Schon daß er, um seine Lehre zu verteidigen, den formal-juristischen Standpunkt verläßt, muß Bedenken erregen. Was ist auch damit bewiesen, wenn *Jellinek* von einer obersten Pflicht des Staates „zur Schaffung von Recht, welches den sozialen Zwecken des Rechtes genügt“²⁶⁶², ausgeht und zu dem Resultate kommt, daß jeder Akt des Staatswillens die Klausel: *rebus sic stantibus*²⁶⁶³ in sich trägt, daß die Selbstverpflichtung des Staates nur für die Zeit, in welcher die objektiven Verhältnisse, zu deren Normierung das betreffende Gesetz bestimmt ist, unverändert bleiben, für den Staat absolut bindende Kraft hat? Eher das Gegenteil dessen, was zu beweisen gewesen wäre, nämlich daß die Selbstbindung trotz der Möglichkeit der Selbstbefreiung eine dauernde und praktisch wirksame sei!

|431 | Was ist für die juristische Bedeutung²⁶⁶⁴ der Selbstverpflichtung gewonnen, wenn *Jellinek* vor dieser obersten Pflicht des Staates zur Schaffung zweckmäßigen Rechtes – einer Pflicht, die doch zweifellos nur sittlicher und nicht rechtlicher Natur sein kann, da sie auf keinem Rechtssatze beruht, sondern aus natürlichen Zwecken des Staates abgeleitet ist – jede²⁶⁶⁵ konkrete, durch einen positiven Rechtssatz geschaffene Rechtspflicht des Staates zurücktreten läßt? „Wenn ein bestimmter Rechtssatz dem Staatszweck nicht mehr genügt, so erlischt für den Staatswillen die selbstgesetzte Verpflichtung, ihn aufrecht zu erhalten, durch die höhere Verpflichtung dem Staatszwecke zu genügen.“²⁶⁶⁶ Und wenn *Jellinek* die Ansicht vertritt, daß hier ein Fall von Pflichtenkollision vorliegt, bei der die niedere Pflicht durch die höhere erlischt, dann hat er eigentlich den rein sittlichen Charakter seiner staatlichen Selbstpflichten indirekt zugegeben oder auf ihren Pflichtcharakter überhaupt verzichtet. Denn eine derartige Pflichtenkollision, bei welcher die eine Pflicht die andere vernichtet, eine Unterscheidung von höheren und niederen Pflichten, kommt nur innerhalb von Pflichten vor, die von Seiten *derselben Autorität* statuiert werden. Pflichtgebote verschiedener Autoritäten sind – wie diese selbst, die ja ihrem Begriffe nach *höchste* Instanzen sind – inkommensurable Größen. Kann die Pflicht der einen nur erfüllt werden bei Verletzung der

²⁾ a. a. O. S. 38 ff. ²⁶⁶¹

²⁶⁶⁰ «obenerwähnte Gegenargument von der Möglichkeit der Selbstbefreiung»] A₁ «obenerwähnte Argument von der Selbstbefreiung»; A₂ «obenerwähnte Gegenargument von der Möglichkeit der Selbstbefreiung».

²⁶⁶¹ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 38–42.

²⁶⁶² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 39.

²⁶⁶³ Lat.: *rebus sic stantibus*; dt.: unter der Bedingung gleichbleibender Verhältnisse.

²⁶⁶⁴ «die juristische Bedeutung»] A₁ «die Bedeutung»; A₂ «die juristische Bedeutung».

²⁶⁶⁵ «beruht ... jede»] A₁ «beruht – jede»; A₂ «beruht ... jede».

²⁶⁶⁶ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 39.

einer anderen Autorität, dann²⁶⁶⁷ bleibt dennoch diese andere fortbestehen, wenn auch unbefolgt. Von einer Verdrängung derselben kann nicht die Rede sein. Daß eine Pflicht trotz ihrer Verletzung bestehen bleibt, das Soll durch ein widersprechendes Sein nicht aufgehoben wird, bedarf hier nicht mehr näheren Beweises.²⁶⁶⁸ Wer gegen die Gebote seiner Religion der staatlichen Militärpflicht Folge leistet, der hat die religiöse Norm darum noch nicht geleugnet, er hat sie nur, wenn auch ungern, verletzt²⁶⁶⁹. Wenn aber jemand, der sittlichen Pflicht Genüge leistend, sein Leben für das Gemeinwohl opfert, so *verletzt* er nicht seine *gleichfalls sittliche* Pflicht, für Frau und Kind zu sorgen, denn diese letztere besteht gar nicht mehr, sobald die erstere *höhere* existent wird und die niedere verdrängt. Wenn aber ein zum Christentum bekehrter Heide seine alte religiöse Pflicht des Menschenopfers nicht mehr erfüllt, weil sie gegen die neue Lehre verstößt, so negiert er die Autorität seiner alten Götter und damit den verpflichtenden Charakter ihrer Gebote überhaupt. Wenn somit *Jellinek* die im Wege der gesetzlichen Selbstverpflichtung entstandene Bindung des Staates an seinen in einem konkreten Rechtsatze ausgesprochenen Willen durch eine zweifellos rein moralische Pflicht aufheben läßt, dann stellt er die erstere ihrer Natur nach der letzten gleich. Wenn er den Staat²⁶⁷⁰ irgendeinem | Sittengebote unterwirft, nimmt er ihm das wesentliche Kennzeichen der normativen Souveränität und somit die Eigenschaft der verpflichtenden Autorität, seinen²⁶⁷¹ Rechtssätzen aber den Charakter selbständiger Normen.

| 432

Was bei den *Jellinekschen* Ausführungen noch besonders auffällt, das ist die hier deutlich zu Tage tretende anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson. Es wird von einer „Einsicht des Staates“²⁶⁷² gesprochen, von „vernünftigen Motiven“ und „launischen Einfällen“²⁶⁷³ des Staates, die dessen Willen leiten oder nicht leiten sollen. Die Staaten seien es, die angeblich den Satz „anzuerkennen haben und auch tatsächlich anerkennen, daß sie durch ihre Natur zur Schaffung von Recht, welches den sozialen Zwecken des Rechts genügt, verpflichtet sind.“²⁶⁷⁴ Die Darstellung macht ganz den Eindruck, als ob die juristische Person des Staates selbst²⁶⁷⁵ über ihre natürlichen Zwecke spekulierte und diese nach vernünftiger Überlegung festsetzte. Dabei wird wiederholt die so überaus vieldeutige und ge-

²⁶⁶⁷ «Verletzung der einer anderen Autorität, dann»] A «Verletzung der anderen, dann»; F* «Verletzung der einer anderen Autorität, dann».

²⁶⁶⁸ Vgl. dazu insb. oben S. 83–102, 133–138.

²⁶⁶⁹ «auch ungern, verletzt»] A «auch blutenden Herzens, verletzt»; F* «auch ungern, verletzt».

²⁶⁷⁰ «er den Staat»] A₁ «er die Autorität des Staates»; A₂ «er den Staat».

²⁶⁷¹ «Souveränität und somit die Eigenschaft der verpflichtenden Autorität, seinen»] A₁ «Souveränität [sic] und seinen»; A₂ «Souveränität und somit die Eigenschaft der verpflichtenden Autorität und seinen».

²⁶⁷² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 39.

²⁶⁷³ Beide Zitate: *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 38.

²⁶⁷⁴ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 38.

²⁶⁷⁵ «ob die juristische Person des Staates selbst»] A₁ «ob der Staat selbst»; A₂ «ob die juristische Person des Staates selbst».

heimnisvolle Person des „Gesetzgebers“ mit der Person des Staates identifiziert und beide Termini promiscue²⁶⁷⁶ im selben Sinne gebraucht. Das ist entschieden zu verwerfen; denn es handelt sich hier nicht bloß um eine ungenaue Ausdrucksweise; diese Vermenschlichung der juristischen Staatsperson²⁶⁷⁷ hat für die Konstruktion die weittragendsten Folgen, indem mit Hilfe einer derartigen schwankenden Terminologie der Staatsperson leicht Fähigkeiten und Funktion zugeschrieben werden können und tatsächlich auch zugeschrieben werden, die ihr der juristischen Natur nach niemals zukommen! Von größter Wichtigkeit ist, nicht zu vergessen, daß es ausschließlich und allein physische Menschen sind, die denken oder sonstige seelische Tätigkeiten realisieren können, und²⁶⁷⁸ daß es nie und nimmer die in der realen Welt nirgends auffindbare juristische Konstruktion²⁶⁷⁹ der Staatsperson ist, die ihren natürlichen oder vernünftigen Zweck feststellt und zur Erreichung sich vorsetzt, sondern daß physische Menschen nach ihren höchst subjektiven und veränderlichen Meinungen dem Staate seine Zwecke setzen, richtiger: durch die staatliche Organisation *ihre* Zwecke verfolgen. Für diese außer- oder vor-rechtlichen geistigen Tätigkeiten ist jene Zurechnung zur Staatsperson ausgeschlossen, die gewisse *Handlungen* von Menschen als solche des Staates erscheinen läßt. Denn es fehlt die hiezu erforderliche Zurechnungsregel, die nur in der positiven Gesetzgebung zu finden wäre. Was schon so oft in diesen Untersuchungen betont wurde,²⁶⁸⁰ muß auch jetzt wieder ausgesprochen werden: Der Staat kann nicht denken oder fühlen, er kann nur wollen, und dieses Wollen ist nicht die so bezeichnete psychische Funktion, sondern nur der Ausdruck für die Zurechnung | von Handlungen. Die Verkennung der wahren Natur des Staatswillens ist letztlich die Ursache jener Konstruktionsentgleisungen, die zu der juristisch ganz unhaltbaren anthropomorphistischen Staatsauffassung führen.

Die Erkenntnis des Zurechnungsprinzips und dessen, was diesem Prinzip entsprechend der Staatsperson zugerechnet werden kann und was als²⁶⁸¹ nicht staatliche, soziale oder individuelle Funktion, als bloße Voraussetzung für die Staatstätigkeit gelten muß, löst mühelos die bei der Konstruktion der Staatspflichten der Selbstbindungslehre entstandene Schwierigkeit: Da es auf Grund richtiger Erkenntnis nicht die Staatsperson ist, die als „Erzeugerin“ der gesamten Rechtsordnung wie des einzelnen verpflichtenden Rechtssatzes zu gelten hat, da die Bildung des Staatswillens nur als soziale, nicht staatliche Funktion betrachtet werden

²⁶⁷⁶ Lat.: promiscue; dt.: vermengt, durcheinander.

²⁶⁷⁷ «der juristischen Staatsperson»] A₁ «der Staatsperson»; A₂ «der juristischen Staatsperson».

²⁶⁷⁸ «denken ... können, und»] A₁ «denken und Zwecke setzen können, und»; A₂ «denken oder sonstige seelische Tätigkeiten [bricht ab]»; F* «denken ... können, und».

²⁶⁷⁹ «der realen ... Konstruktion»] A₁ «der Welt nirgends auffindbare Konstruktion»; A₂ «der realen ... Konstruktion».

²⁶⁸⁰ Vgl. insb. oben S. 272–300, 312 f., 320–322, 367 f.

²⁶⁸¹ «Erkenntnis ... was als»] A₁ «Erkenntnis dessen was der Staatsperson zugerechnet werden darf und was nicht als»; A₂ «Erkenntnis des Zurechnungsprinzips und dessen was auf Grund desselben der Staatsperson zugerechnet werden kann und was als»; F* «Erkenntnis ... was als».

muß, kann es auch nicht die Staatsperson sein, die sich selbst von der durch einen konkreten Rechtssatz statuierten Rechtspflicht befreit. Es ist – wenn in dieser, wie immer betont werden muß, rein bildlichen und zum Teile unzutreffenden Ausdrucksweise²⁶⁸² fortgefahren werden soll – nicht der Staat, sondern die *Gesellschaft*, die zur Gesetzgebung berufenen Menschen, die des Staates Pflichten schaffen und wieder aufheben; und wie es in diesem Sinne keine Selbstverpflichtung des Staates gibt, so²⁶⁸³ kann es auch keine Selbstbefreiung des Staates geben. Die²⁶⁸⁴ Staatsperson wird nicht verpflichtet, wann und wozu es *ihr* beliebt, sondern wann und wozu es den²⁶⁸⁵ zur Gesetzgebung berufenen Menschen gutdünkt; und sie muß in diesen Rechtspflichten solange verharren, bis diese Menschen nach ihrem völlig freien Ermessen diese Pflichten aufheben. Gerade in diesem Punkte unterscheidet sich die Rechtspflicht des Staates durch nichts von der aller übrigen Subjekte. Nur wenn man – was allerdings sehr problematisch erscheint – Staat und Gesellschaft zu einer höheren Einheit zusammenfaßt und den Gegensatz zwischen beiden, etwa vom Standpunkte einer soziologischen Betrachtung, vernachlässigt, dann mag von einer Selbstverpflichtung und Selbstbefreiung des Staates gesprochen werden, dann mag die vollkommene Analogie zu einer autonomen Moral gegeben sein; dann hat man aber die juristische Betrachtung verlassen; die Einheit, die sich von solchem Standpunkte bietet, ist eine ganz andere als die der juristischen Staatsperson und alle weiteren Resultate sind *juristisch* irrelevant.

Die Erkenntnis, daß der *Staat* nicht Schöpfer der *Rechtsordnung* ist, daß der einzelne Rechtssatz nicht als kausales Produkt einer staatlichen Funktion angesehen werden kann, darf jedoch nicht etwa zur Annahme einer vollen Identität zwischen beiden Begriffen | führen. Wenn es einerseits auch zweifellos richtig ist, daß Staat und Rechtsordnung nur zwei verschiedene Seiten desselben sind, so muß man sich doch stets vergegenwärtigen, daß es zwei durchaus verschiedene Beobachtungspunkte sind, von denen sich bald der Staat, bald die Rechtsordnung als Aspekt bietet. Vor allem ist der Staat juristische *Persönlichkeit* und als solcher Wille. Die Rechtsordnung ist etwas *Unpersönliches*, sie ist eine Summe von Urteilen und zwar hypothetischen Urteilen über diesen Willen, der Inbegriff der Rechtsätze. Als Persönlichkeit, das ist als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten, kann der Staat im Verhältnis zur Rechtsordnung – auch wenn deren Sätze nur seinen eigenen Willen beinhalten – nicht anders gedacht werden als alle übrigen Subjekte und ebenso wie es unzulässig wäre irgendeine Person mit der Rechtsordnung zu identifizieren, muß auch die Staatsperson ideell stets von der Rechtsordnung geschieden werden. Die von vielen Autoren zu Unrecht vorge-

| 434

²⁶⁸² «bildlichen und zum Teile unzutreffenden Ausdrucksweise»] A₁ «bildlichen Ausdrucksweise»; A₂ «bildlichen und zum Teile unzutreffenden Ausdrucksweise».

²⁶⁸³ «Selbstverpflichtung des Staates gibt, so»] A₁ «Selbstverpflichtung so»; A₂ «Selbstverpflichtung des Staates gibt so».

²⁶⁸⁴ «Staates geben. Die»] A₁ «Staates. Die»; A₂ «Staates geben. Die».

²⁶⁸⁵ «sondern wann und wozu es den»] A «sondern den»; F* «sondern wann und wozu es den».

nommene Identifizierung der Rechtsordnung mit dem Staate bedeutet – wie schon in anderem Zusammenhange hervorgehoben wurde^{1) 2687} – eine *Personifizierung* dieser unpersönlichen Vielheit von hypothetischen Urteilen²⁶⁸⁸ und bei der so häufigen anthropomorphistischen Staatsauffassung geradezu eine Vermenschlichung. Dies zeigt sich in der überaus gebräuchlichen Terminologie, derzufolge die Rechtsordnung „gebietet“ und „verbietet“, „anerkennt“, „strafft“, „verpflichtet“, „berechtigt“ u. ä. Man hat es bei einer solchen Auffassung eigentlich mit einer doppelten Staatspersönlichkeit zu tun: einmal mit dem Staate als Rechts- und Pflichtsubjekt und das andere Mal mit dem Staate als Rechtsordnung!

Erwägt man, daß es die Rechtsordnung ist, von der man sich die Verpflichtung ausgehend denkt, kann man leicht den Grund dieser Personifizierung erkennen. Denn man stellt sich für gewöhnlich den Verpflichtungsakt als einen Motivationsprozeß vor. Man erblickt in dem „Verpflichten“ ein „Befehlen“ oder „Herrschen“. Solche Relation setzt allerdings im landläufigen Sinne zwei Subjekte voraus, ein über- und ein untergeordnetes, und die verpflichtende Rechtsordnung wird bei einer derartigen Auffassung nur eine Erscheinungsform für das Machtsubjekt. Dem²⁶⁸⁹ Staate als Rechts- und Pflichtsubjekt gegenüber bedeutet dies – wie ja schon aus dem bisher Gesagten hervorgeht – einen *circulus vitiosus*, der durch die beiden verschiedenen Bezeichnungen desselben – bald Staat, bald Rechtsordnung – nur verdeckt wird. Gerade bei der Konstruktion von Staatspflichten muß sich erweisen, daß die sogenannte Verpflichtung, d. i. das Verhältnis von Rechtssatz²⁶⁹⁰ und Rechtspflicht | nicht ein substantieller, der Welt des Seins angehöriger Kausalprozeß sondern eine rein formale Relation sein muß. *Die Rechtspflicht ist nichts anderes als der Rechtssatz in seiner Subjektivierung.* Jeder objektive Rechtssatz, der ein hypothetisches Urteil darstellt über einen Willen des Staates, ist eine Rechtspflicht des *Staates*, weil und insoferne es eben ein Wille der Staatsperson ist, den er beinhaltet. Er kann aber auch – nicht jeder Rechtssatz *muß* es – Rechtspflicht eines anderen Subjektes sein, wenn er noch eine zweite Subjektivierungsmöglichkeit bietet; und diese besteht allen übrigen Personen gegenüber darin, daß der Rechtssatz auf ein Subjekt *angewendet* werden kann. Die Einheitlichkeit des Rechtspflichtbegriffes für die Staatsperson wie für alle übrigen Sub-

| 434 |¹⁾ Vgl. oben S. 233.²⁶⁸⁶

²⁶⁸⁶ Vgl. oben S. 348 f.

²⁶⁸⁷ Anmerkung in F* eingefügt.

²⁶⁸⁸ «diesen ... Urteilen»] A₁ «dieser Summe von Urteilen»; A₂ «dieser Mehrheit von Urteilen»; A₃ «diesen ... Urteilen».

²⁶⁸⁹ «eine Erscheinungsform für das Machtsubjekt. Dem»] A₁ «ein anderes Wort für das Machtsubjekt Staat. Dem»; A₂ «ein anderes Wort für das Machtsubjekt. Dem»; F* «eine Erscheinungsform für das Machtsubjekt. Dem».

²⁶⁹⁰ «von Rechtssatz»] A₁ «von Rechtssatz»; A₂ «von Rechtsordnung resp von Rechtssatz»; F* «von Rechtssatz».

jekte – die Erfüllung dieses²⁶⁹¹ Grundpostulates der juristischen Konstruktion – kommt in der Tatsache zum Ausdruck, daß es *derselbe Rechtssatz* ist, der als Pflicht des Staates *und* als Pflicht der übrigen Subjekte fungiert.

Die Verschiedenheit des Subjektivierungsprinzipes, das den objektiven Rechtssatz als subjektive Rechtspflicht²⁶⁹² der Staatsperson zeigt, von jenem, das ihn als subjektive Rechtspflicht eines anderen Subjektes erscheinen läßt, bringt es mit sich, daß die Rechtspflicht des Staates und die der übrigen Subjekte – trotz der prinzipiellen Einheit im Kardinalpunkte: der Identität des pflichtstatuierenden Rechtssatzes – in vieler Hinsicht von einander differieren.

Zunächst fällt auf, daß das Verhalten, welches den Inhalt der Rechtspflicht des Staates bildet²⁶⁹³, im Rechtssatze selbst als Wille des Staates direkt ausgesprochen²⁶⁹⁴ ist, während als Rechtspflicht der übrigen Subjekte ein Verhalten erscheint, das nur durch die gedankliche Umkehrung des im bedingenden Tatbestande des Rechtssatzes enthaltenen Verhaltens in das kontradiktorische Gegenteil, also nur indirekt erkannt²⁶⁹⁵ wird. Der Rechtssatz: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn strafen – statuiert die Rechtspflicht des Staates, zu strafen, und die Rechtspflicht der übrigen Subjekte, *nicht* zu stehlen. Der dem pflichtmäßigen kontradiktorisch entgegengesetzte Tatbestand bildet im Rechtssatze die ausdrücklich ausgesprochene Voraussetzung, an die sich ein Wille des Staates zur Unrechtsfolge und somit die staatliche Pflicht dazu knüpft.

Damit hängt zusammen, daß die Rechtspflicht des Staates – wie der Rechtssatz – stets bedingt ist und erst durch den Eintritt der im Rechtssatze ausgesprochenen Umstände in das Stadium der Unbedingtheit tritt, während die Rechtspflicht der übrigen Subjekte – trotz der ausnahmslosen Bedingtheit des Rechtssatzes – nicht immer bedingt ist. Was bereits an früherer Stelle konstatiert wurde¹⁾, sei hier | 436
der Übersicht halber wiederholt: Es gibt²⁶⁹⁷ zahlreiche unbedingte Rechtspflichten der Untertanen. Zu ihnen gehören regelmäßig die Unterlassungspflichten. Zum Nichtmorden, Nichtbetrügen, Nicht-Eigentumverletzen ist der Untertan im Prinzip unter allen Umständen und ununterbrochen verpflichtet, während die Pflicht,

¹⁾ Vgl. oben S. 262 ff.²⁶⁹⁶

| 435

²⁶⁹¹ «Subjekte – die Erfüllung dieses»] A₁ «Subjekte zeigt sich – dieses»; A₂ «Subjekte – die Erfüllung dieses».

²⁶⁹² «Rechtssatz als subjektive Rechtspflicht»] A₁ «Rechtssatz eine Rechtspflicht»; A₂ «Rechtssatz als subjektive Rechtspflicht».

²⁶⁹³ «Rechtspflicht des Staates bildet»] A₁ «Rechtspflicht bildet»; A₂ «Rechtspflicht des Staates bildet».

²⁶⁹⁴ «Staates direkt ausgesprochen»] A₁ «Staates ausgesprochen»; A₂ «Staates positiv ausgesprochen»; A₃ «Staates direkt ausgesprochen».

²⁶⁹⁵ «Gegenteil, also nur indirekt erkannt»] A₁ «Gegenteil erkannt»; A₂ «Gegenteil, also nur indirekt erkannt».

²⁶⁹⁶ Vgl. oben S. 381–387.

²⁶⁹⁷ «bedingt ist. ... Es gibt»] A «bedingt ist; es gibt»; F* «bedingt ist. ... Es gibt».

ein Darlehen zurückzuzahlen, von der Voraussetzung abhängt, ein solches empfangen zu haben, und mit der Rückerstattung oder auch durch andere Umstände erlischt. Die Lehre, welche auch die oben erwähnten Unterlassungspflichten²⁶⁹⁸ als bedingt erklärt, weil die Pflicht zur Unterlassung des Handlungsdeliktes²⁶⁹⁹ z. B. erst in dem Augenblicke aktuell würde, wenn der Trieb zur Verübung des Deliktes im Individuum entsteht, und somit die Entstehung der verbrecherischen Triebe die Voraussetzung für die Entstehung der Unterlassungspflicht ist – ist²⁷⁰⁰ lediglich eine Konsequenz des hier verworfenen psychologischen Pflichtbegriffes; hat man die Unhaltbarkeit der Ansicht erkannt, derzufolge die Rechtspflicht²⁷⁰¹ in einem tatsächlichen Zustande realpsychischer Gebundenheit besteht,²⁷⁰² kann der Behauptung einer ausnahmslosen Bedingtheit auch der erwähnten Unterlassungspflichten nicht beigestimmt werden. Es widerstrebt übrigens dem allgemeinen Sprachgebrauche und dem innersten Wesen einer negativen Verpflichtung²⁷⁰³, diese ihrer Konstruktion nach einer positiven Pflicht gleichzusetzen. Denn zu einem bestimmten *positiven* Verhalten kann man unmöglich permanent und bedingungslos verbunden sein, da es physisch *unmöglich*²⁷⁰⁴ wäre, eine solche Pflicht zu erfüllen. *Ultra posse nemo tenetur*.²⁷⁰⁵ Ein Unterlassen dagegen ist dauernd und voraussetzungslos gleichzeitig nach²⁷⁰⁶ den verschiedensten Richtungen hin durchaus möglich und daher als Inhalt einer Verpflichtung ohne weiteres denkbar. Und selbst wenn man – im Sinne der hier verworfenen Theorie eines sogenannten „Situations“- oder „Kollisions-Rechtes“⁽¹⁾ – mit einem Schein von Berechtigung sagen könnte: Die Verpflichtung zur Unterlassung eines Mordes entsteht in dem Augenblicke des verbrecherischen Triebes, so wird jedenfalls in der konsequenten Fortsetzung dieses Gedankens dessen innere Unmöglichkeit ins Auge springen, wenn man hört, daß mangels eines verbrecherischen Triebes alle zur Unterlassung eines Mordes *nicht* verpflichtet seien.

Was für die Untertanen-Pflicht gilt, daß sich die einfache Bedingtheit derselben in einer *doppelten* Bedingtheit des betreffenden Rechtssatzes äußert, so daß z. B. die durch den Empfang eines Darlehens bedingte Rechtspflicht zur Rückerstattung

| 436 |¹⁾ Vgl. oben S. 264 ff.²⁷⁰⁷

²⁶⁹⁸ «Unterlassungspflichten»] A₁ «Unterlassungsdelikte»; A₂ «Unterlassungspflichten».

²⁶⁹⁹ «Handlungsdeliktes»] A₁ «Deliktes»; A₂ «HandlungsDeliktes».

²⁷⁰⁰ «entsteht ... ist»] A₁ «entsteht, ist»; A₂ «entsteht ... ist».

²⁷⁰¹ «die Unhaltbarkeit ... Rechtspflicht»] A₁ «die Rechtspflicht [bricht ab]»; A₂ «die Unhaltbarkeit ... Rechtspflicht».

²⁷⁰² Vgl. oben S. 463–468, 533–541.

²⁷⁰³ «Wesen einer negativen Verpflichtung»] A₁ «Wesen aller Verpflichtung»; A₂ «Wesen einer negativen Verpflichtung».

²⁷⁰⁴ «es physisch *unmöglich*»] A₁ «es *unmöglich*»; A₂ «es physisch *unmöglich*».

²⁷⁰⁵ Lat.: *Ultra posse nemo tenetur*, auch: *Ultra posse nemo obligatur*; dt.: Über das Können hinaus wird niemand verpflichtet.

²⁷⁰⁶ «voraussetzungslos gleichzeitig nach»] A₁ «voraussetzungslos nach»; A₂ «voraussetzungslos gleichzeitig nach».

²⁷⁰⁷ Vgl. oben S. 383–387.

desselben mit einem Rechtssatze statuiert wird, dessen²⁷⁰⁸ Konditionalsatz deutlich in zwei selbstständige Teile zerfällt: 1. wenn jemand ein Darlehen empfangen hat und 2. wenn er dieses Darlehen nicht zurückerstattet, dann will der Staat etc. etc. – dies alles trifft nicht für die Rechtspflicht des Staates zu; denn²⁷⁰⁹ die Bedingtheit der Staatspflicht und die Bedingtheit des Rechtssatzes stimmen stets vollkommen überein.

| 437

Die Möglichkeit *unbedingter* Staatspflichten – und somit eines nicht hypothetischen Rechtssatzes – wäre nicht ausgeschlossen, wenn der Staat nicht bloß zu einem positiven Handeln, sondern auch zu einem Unterlassen verpflichtet sein könnte. Allein, dem inneren Wesen des den Staat verpflichtenden Rechtssatzes entsprechend, kann es keine Unterlassungspflichten des Staates geben. Die Rechtspflicht des Staates zu dem Unterlassen einer bestimmten Handlung müßte in einem Satze statuiert werden, der den *Willen* des Staates beinhaltet, diese Handlung zu unterlassen. Bei der reinen Zurechnungsnatur des Willens hätte das keine andere Bedeutung, als daß der eben charakterisierte negative Tatbestand als Verhalten des Staates zu betrachten, dem Staate zuzurechnen wäre, das hieße jedoch tatsächlich nichts anderes, als daß dem Staate im konkreten Falle eben *nichts* zuzurechnen wäre, m. a. W. kein staatlicher Wille und somit kein Rechtssatz vorläge. Damit soll – um Mißverständnissen vorzubeugen – nicht etwa gesagt sein, daß das Wollen eines Nicht-Handelns *rechtlich* gleichbedeutend sei mit einem Nichtwollen! Schon an einem früheren Punkte wurde darauf hingewiesen, daß im *psychologischen* Sinne das Wollen eines Nichthandelns nur dann kein Nichtwollen ist, wenn es als Unterdrücken eines Handelns auftritt, dann aber als Wollen eines *positiven* – wenn auch nur inneren Handelns erscheint. Gerade im ethisch-juristischen Sinne – und nur in diesem – wurde das Wollen einer Unterlassung als Zurechnung dieses negativen Tatbestandes für möglich²⁷¹⁰ erkannt.²⁷¹¹ Allein, die Zurechnung eines solchen negativen Tatbestandes¹⁾, die Feststellung, daß eine

¹⁾ Nicht auch die Zurechnung eines positiven Tatbestandes, denn die Zurechnung eines *Handelns* kann auch aus anderen Gründen erfolgen als wegen der Verknüpfung mit einer Unrechtsfolge.

| 437

²⁷⁰⁸ «verpflichtet seien. [Was für die ... dessen] A₁ «verpflichtet seien. [Die Bedingtheit einer Subjektpflicht – mit Ausnahme der Staatspflicht – äußert sich in einer *doppelten* Bedingtheit des betreffenden Rechtssatzes. Die durch den Empfang des Darlehens bedingte Rechtspflicht zur Rückerstattung desselben, wird mit einem Rechtssatze statuiert, dessen»; A₂ «verpflichtet seien. [Die einfache Bedingtheit einer Subjektpflicht – mit Ausnahme der Staatspflicht – äußert sich in einer *doppelten* Bedingtheit des betreffenden Rechtssatzes. Die durch den Empfang eines Darlehens bedingte Rechtspflicht zur Rückerstattung desselben, wird mit einem Rechtssatze statuiert, dessen»; F* «verpflichtet seien. [Was für die ... dessen».

²⁷⁰⁹ «etc. ... denn»] A «ec. [sic] doch gilt dies alles eben nur für die Rechtspflicht der Untertanen, nicht die des Staates, denn»; F* «etc. ... denn».

²⁷¹⁰ «als Zurechnung dieses negativen Tatbestandes für möglich»] A₁ «als möglich»; A₂ «als Zurechnung dieses negativen Tatbestandes für möglich».

²⁷¹¹ Vgl. oben S. 211, 216–222.

bestimmte Person etwas nicht getan habe, nicht habe tun *wollen*, hat²⁷¹² nur dann einen Sinn, wenn diese Person die unterlassene Handlung hätte tun *sollen* und zu *Unrecht* nicht getan hat. Nur als Unrechtstatbestand kommt die Unterlassung *rechtlich* in Zurechnung. Und darum ist es vollkommen bedeutungslos festzustellen, der *Staat* sei es, der dies oder jenes unterlassen habe, ist es sinnlos, das²⁷¹³ Unterlassen eines bestimmten Organes dem *Staate* zuzurechnen, da es ja kein Unrechts-, sondern geradezu ein Rechts-, weil Pflichttatbestand ist, den das bezügliche Unterlassen | darstellte, und ein entgegengesetztes *Handeln* der Organperson niemals dem Staate zugerechnet werden könnte, weil dieser nicht Unrecht setzen kann; ein Punkt, auf den noch später zurückzukommen sein wird.²⁷¹⁴

Es ist das Wesen des Rechtsstaates, daß²⁷¹⁵ keine Rechtspflicht irgendeines Subjektes bestehen kann ohne Rechtssatz. In der Terminologie der Imperativtheorie: „Der Staat kann von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, er kann ihnen nichts befehlen und nichts verbieten als auf Grund eines Rechtssatzes“⁽¹⁾. Darum kann auch die Staatsperson selbst zu nichts verpflichtet sein, was nicht durch Rechtssatz statuiert ist. Als *juristische* Person kann sie aber nur soweit sie überhaupt verpflichtet ist, tätig werden. Der Staat des Juristen kann²⁷¹⁷ nichts tun, was nicht als Realisierung einer seiner Rechtspflichten erscheint, er hat außerhalb des Rechtes gar keine Existenz. Denn nur soweit eine Zurechnungsregel, also ein Rechtssatz vorhanden ist, kann ein Tatbestand als staatliches Verhalten gelten. Darum ist die Verpflichtung des Staates zu einem negativen Verhalten, zu einem Unterlassen zweck- und sinnlos, da ja die Nichtverpflichtung zu einem bestimmten Verhalten, das Fehlen eines bezüglichen Rechtssatzes jedes derartige Handeln des Staates unmöglich macht. Die Rechtsordnung, die einen Rechtssatz enthielte, durch welchen der Staat zum Unterlassen einer bestimmten Handlung verpflichtet wird, unterschiede sich durch nichts von jener, in welcher ein Rechtssatz, durch den der Staat zu dem betreffenden Handeln positiv verpflichtet wird – *fehlt*; durch den die Unterlassungspflicht des Staates statuierenden Rechtssatz wird die Rechtsordnung, die keinen den Staat zum entgegengesetzten²⁷¹⁸ Handeln verpflichtenden Rechtssatz bisher enthielt, in keiner Weise verändert. Es ist nichts Neues hinzugekommen und nichts Altes aufgehoben worden. Der die Unterlassungspflicht statuierende Satz ist somit gar kein Rechts-

| 438 |¹⁾ Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches II. S. 202.²⁷¹⁶

²⁷¹² «Tatbestandes ... tun *wollen*, hat»] A₁ «Tatbestandes hat»; A₂ «Tatbestandes ... tun *wollen* hat».

²⁷¹³ «habe, ist es sinnlos, das»] A «habe, das»; F* «habe, ist es sinnlos, das».

²⁷¹⁴ Vgl. unten S. 586–591, 674f., 681.

²⁷¹⁵ «Rechtsstaates, daß»] A «Rechtsstaates im Gegensatze zur Despotie, daß»; F* «Rechtsstaates, daß».

²⁷¹⁶ Laband, Staatsrecht II¹ (Anm. 2563), S. 202.

²⁷¹⁷ «Staat des Juristen kann»] A₁ «Staat kann»; A₂ «Staat des Juristen kann».

²⁷¹⁸ «entgegengesetzten»] A₁ «positiven»; A₂ «entgegengesetzten».

satz, er ist eine theoretische Erklärung²⁷¹⁹ der gesetzgebenden Personen darüber, wozu der Staat nicht verpflichtet ist, und gehört zu den praktisch sehr zahlreichen rechtlich irrelevanten Bestandteilen der Rechtsordnung.

Tatsächlich hält jedoch die herrschende Theorie an der Annahme von Unterlassungspflichten des Staates fest. Die in den Verfassungen fast aller konstitutionellen Staaten paradiierenden sogenannten „Freiheitsrechte“ hat man als Verpflichtungen des Staates, gewisse Eingriffe in die Freiheitssphäre des Individuums zu *unterlassen*, zu konstruieren versucht. Und gerade in der Existenz dieser²⁷²⁰ Freiheitsrechte hat man ein Argument für die Selbstverpflichtungslehre gesehen. So sagt *Gerber* in Beziehung auf die Grundgesetze, es habe „in ihrer Erteilung, Abänderung, Ergänzung die Staatsgewalt sich selbst zum Gegenstande“¹⁾. Und *Jellinek* erklärt im Anschlusse an dieses Zitat: „Die staatsbürgerlichen Rechte in ihrer rein negativen Natur als Erklärungen der Staatsgewalt, die Freiheit der Untertanen in gewissen Beziehungen nicht zu hemmen, beruhen wesentlich auf Einengung des Herrschaftsgebietes der Staatsgewalt durch diese selbst und *Gerber* konnte sie daher ganz gut in der imperativen Form verpflichtender Normen oder als verneinende Rechtssätze formulieren: der Staat soll nicht die religiöse Überzeugung seiner Volksglieder beherrschen, er soll nicht die wissenschaftliche Überzeugung seiner Volksglieder beherrschen wollen, der Staat kann die freie Meinungsäußerung durch die Presse nicht von seiner vorherigen Genehmigung, Zensur abhängig machen, usw.“²⁾. Allein, eine solche Konstruktion beruht auf völlig unrichtiger Auffassung des Verhältnisses zwischen Staatsgewalt und Recht im Rechtsstaate. Was für den absoluten Staat wohl Geltung hätte, das ist für den konstitutionellen ganz unzutreffend: daß die Staatsgewalt von vornherein zu allem kompetent und nur insoweit beschränkt ist, als ihr durch das Recht positive Grenzen gezogen sind. Wäre es so, dann bedürfte es im konstitutionellen Staate überhaupt keiner anderen als der verneinenden Rechtssätze, die feststellen, was der Staat *nicht* zu tun habe; zu jedem positiven Verhalten des Staates wäre²⁷²³ kein besonderes Gesetz nötig, da der Staat hiezu mangels eines entgegenstehenden Rechtssatzes ohnehin schon berechtigt und somit auch verpflichtet wäre. Die Unhaltbarkeit einer solchen Anschauung springt ins Auge. Gerade das Umgekehrte ist richtig! Die Staatsgewalt reicht im Rechtsstaate nicht weiter als der Staatswille, das heißt: als die Rechtssätze es aussprechen. Der Staat kann nicht anders handeln, als

| 439

¹⁾ *Gerber*, Grundzüge S. 13, 14.²⁷²¹

²⁾ a. a. O. S. 20.²⁷²²

| 439

²⁷¹⁹ «eine theoretische Erklärung»] A₁ «eine Erklärung»; A₂ «eine theoretische Erklärung».

²⁷²⁰ «in der Existenz dieser»] A₁ «in dieser»; A₂ «in der Existenz dieser».

²⁷²¹ *Carl Friedrich von Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869, S. 13 f. – das Zitat lautet dort: „In ihrer Ertheilung, Abänderung, Ergänzung hat sich die Staatsgewalt selbst zum Gegenstande.“

²⁷²² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 20.

²⁷²³ «Verhalten des Staates wäre»] A₁ «Verhalten wäre»; A₂ «Verhalten des Staates wäre».

er vorher ausdrücklich gewollt hat; ohne entsprechenden Rechtssatz²⁷²⁴ kann keine Tätigkeit irgendeines Staatsorganes dem Staate zugerechnet werden. Ein selbständiger Begriff der Staatsgewalt, der nicht identisch ist mit dem des Staatswillens, hat im Rechte keinen Raum. Die tatsächlichen Machtverhältnisse, die der Welt des Seins angehörig, sozialen Kräfte²⁷²⁵ mit ihren kausalen Wirkungen, die hinter dem Recht weben, ja, dessen Formen nicht selten durchbrechen, sind Gegenstand soziologischer, völkerpsychologischer Betrachtung – für die formal juristische²⁷²⁶ Begriffsbildung kommen sie nicht in Betracht. Und die | Theoretiker, die als Staatsgewalt jene substantiellen Elemente – wenn auch in Form des Rechtes – verstehen, begehen denselben Fehler wie jene, welche die Rechtspflicht als die vom Rechte garantierte oder geschützte Pflicht im Sinne eines realpsychischen Zustandes auffassen.

Wenn aber die Macht oder Gewalt des Rechtsstaates nicht weiter reicht als sein ausgesprochener Wille, wenn es eines positiven Rechtssatzes bedarf, um den Staat handeln zu lassen, gleichsam um ihn in Bewegung zu setzen, dann ist es widersinnig, sein Unterlassen erst durch einen besonderen Rechtssatz (Willensakt) zu statuieren. Der Staat *kann* ja rechtlich eine²⁷²⁷ Handlung gar nicht setzen, er *muß* sie unterlassen, solange er sie nicht positiv gewollt hat, solange er nicht zu ihr verpflichtet ist. Wenn aber ein Staatsorgan in Ausübung seines Amtes eine²⁷²⁸ Handlung vornimmt, für die es an einem Rechtssatz fehlt, der diese Handlung als Wille und Pflicht des Staates erscheinen läßt, kann von einer Zurechnung zum Staate keine Rede sein und ob nun diese Handlung einen Eingriff in die Freiheitsphäre eines Untertanen bedeutet oder nicht, sie stellt stets eine Verletzung der Amtspflicht des Staatsorganes dar, das verbunden ist, den Staatswillen und nur diesen zu realisieren.²⁷²⁹ Wenn sich die Verfassungsredakteure bei Begründung des konstitutionellen Regimes bemüßigt gesehen haben, das Nichthandeln des Staates nach gewissen Richtungen und die entsprechende Freiheit des Bürgers ausdrücklich²⁷³⁰ zu deklarieren, so ist eine solche rein theoretische Erklärung nur als Reaktion gegen den alten absoluten Staat zu verstehen, dem in der Person des Monarchen tatsächlich²⁷³¹ alles erlaubt war, was ihm nicht ausdrücklich – durch Gesetze oder Verordnungen desselben Monarchen – verboten war. Gerade für den

²⁷²⁴ «ohne entsprechenden Rechtssatz»] A₁ «ohne Rechtssatz»; A₂ «ohne entsprechenden Rechtssatz».

²⁷²⁵ «angehörigen sozialen Kräfte»] A₁ «angehörigen Kräfte»; A₂ «angehörigen sozialen Kräfte».
²⁷²⁶ «die formal juristische»] A₁ «die juristische»; A₂ «die formal juristische».

²⁷²⁷ «ja rechtlich eine»] A «ja eine»; F* «ja rechtlich eine».

²⁷²⁸ «Staatsorgan in Ausübung seines Amtes eine»] A₁ «Staatsorgan ein»; A₂ «Staatsorgan in Ausübung seines Amtes ein».

²⁷²⁹ «Wenn aber ein ... zu realisieren.» (44019–44025)] Satz in A₂ eingefügt.

²⁷³⁰ «Richtungen ... ausdrücklich»] A₁ «Richtungen ausdrücklich»; A₂ «Richtungen und die Freiheit des Bürgers ausdrücklich»; F* «Richtungen ... ausdrücklich».

²⁷³¹ «zu verstehen ... tatsächlich»] A₁ «zu erklären, dem ja tatsächlich»; A₂ «zu erklären, dem ja in der Person des Monarchen tatsächlich»; F* «zu verstehen ... tatsächlich».

konstitutionellen Staat gilt das Wort²⁷³²: „Das Schweigen der Gesetze ist die Freiheit der Bürger“; was braucht es zur Statuierung derselben noch so feierlicher Erklärungen, die rechtlich keine Bedeutung haben?²⁷³³

Ein Rechtssatz, durch welchen der Staat verpflichtet wird, keine Eingriffe in die Freiheitssphäre der Untertanen vorzunehmen, könnte nicht nur in dem Sinne zu verstehen sein, daß die Staatsperson dadurch zur Unterlassung von Handlungen, also Funktionen der Exekutive verbunden sei, sondern vielleicht auch²⁷³⁴ in dem Sinne, daß dem Staate in Bezug auf die Erlassung von freiheitsbeschränkenden Gesetzen – Akten der Legislative also – rechtliche Schranken²⁷³⁵ auferlegt werden. Allein, eine Verpflichtung des Staates, gewisse Gesetze zu erlassen oder nicht zu erlassen, ist für die juristische Konstruktion schlechterdings unmöglich. Ganz abgesehen davon, daß die Staatsperson nicht zu Akten verpflichtet sein kann, die sie selbst nicht vor|nimmt, d.h. als deren Subjekt sie nicht gelten kann, weil eine Zurechnung der einzelnen Akte des Gesetzgebungsprozesses zu der Staatsperson nicht²⁷³⁶ möglich ist, kann der verpflichtende Rechtssatz den fraglichen Inhalt gar nicht haben. Denn der Staatswille, über den der Rechtssatz eine Aussage macht, hätte bei einem Gesetze, das die Gesetzgebung verpflichtete, wiederum nur ein Wollen oder Nichtwollen des Staates zum Gegenstande, was begrifflich ein Unding ist, da man im juristischen Sinne wohl *handeln* wollen, aber nicht *wollen* wollen kann. Dabei muß ganz besonders jene Konstruktion zurückgewiesen werden, die eine Verpflichtung zur Erlassung oder Unterlassung gewisser Gesetze als Rechtspflicht der „gesetzgebenden Gewalt“ gelten läßt. Ohne hier auf die Lehre von der Gewaltenteilung näher einzugehen¹⁾²⁷³⁷, sei nur bemerkt, daß eine einheitliche

| 441

¹⁾ Die trotz der offiziellen Verwerfung der Theorie von der Gewaltenteilung immer wieder sich geltend machende und unentbehrliche Unterscheidung zwischen der Legislative und der Exekutive – die Scheidung innerhalb der Exekutive zwischen Rechtsprechung und²⁷³⁸ Verwaltung ist sekundärer Natur und von geringer Bedeutung – beruht tatsächlich auf einem tiefinnerlichen Gegensatz! Eine Einheit des Staates, der beides umfaßt, ist zweifellos unmöglich. Allein, durch das bloße Wegleugnen des Gegensatzes oder durch die Fiktion, beides seien nur Funktionen desselben Staates, wo doch mit der absoluten Gegensätzlichkeit beider „Funktionen“ stets gerechnet werden muß, ist gar nichts gewonnen. Die über- oder richtiger außerstaatliche Stellung der Legislative, die sich in der vollkommenen Freiheit vom Gesetze, in der prinzipiellen Unmöglichkeit einer rechtlichen Bindung, einer Verpflichtung äußert, die Tatsache, daß die gesamte Legislative nur als eine *Voraussetzung* für das Gesetz, den Rechtssatz oder Staatswillen und somit für die

| 441

²⁷³² «das Wort»] A «das Hobbessche Wort»; F* «das Wort».

²⁷³³ *Thomas Hobbes, Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, London 1651, ch. 21, S. 113: “As for other Lyberties, they depend on the Silence of the Law.”

²⁷³⁴ «sondern vielleicht auch»] A₁ «sondern auch»; A₂ «sondern vielleicht auch».

²⁷³⁵ «also – rechtliche Schranken»] A₁ «also – Schranken»; A₂ «also – rechtliche Schranken».

²⁷³⁶ «Gesetzgebungsprozesses zu der Staatsperson nicht»] A₁ «Gesetzgebungsprozesses nicht»; A₂ «Gesetzgebungsprozesses zu der Staatsperson nicht».

²⁷³⁷ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁷³⁸ «zwischen Rechtsprechung und»] A₁ «zwischen richterlicher und [bricht ab]»; A₂ «zwischen Gericht und»; F* «zwischen Rechtsprechung und».

442 Staatspersönlichkeit mit | der Lehre von einer Zwei- oder Dreiteilung der Staatsgewalt völlig unvereinbar ist. Ganz besonders aber muß betont werden, daß die Annahme von Rechtspflichten²⁷⁴⁴ der einen oder anderen Gewalt die Konstruktion einer Staatspersönlichkeit vollständig zerstört. Denn Rechtspflichten kann nur eine Person haben und spricht man von Rechtspflichten der Legislative und wieder von anderen Rechtspflichten der Exekutive oder gar von der Verpflichtung der einen Gewalt durch die andere, dann besteht der Staat aus zwei Personen! Es ist daher nicht recht zu begreifen, warum z. B. *Jellinek*¹⁾ es zu den größten Verdiensten der deutschen Staatswissenschaft rechnet, „den einheitlichen Charakter der Staatsgewalt dargetan, den Nachweis geführt zu haben, daß dasjenige, was man Staatsgewalten nannte, in deren Trennung²⁷⁴⁶ man das Heil des Volkes erblickte, nur verschiedene Funktionen ein und derselben Gewalt sind,“ und dennoch „eine Verpflichtung einer Richtung der Staatsgewalt durch die andere“, ja sogar eine

Staatsperson gelten kann, während die Exekutive gerade nur auf Grund des Gesetzes, in der Realisierung des Staatswillens sich äußert, rechtfertigt die hier durchgeführte Konstruktion, derzufolge wohl die Exekutive, nicht aber die Legislative als Funktion der Staatsperson anzusehen ist. Wenn nun die Legislative zur Staatsperson in ein Verhältnis gebracht wird, wenn nicht nur von einer Exekutive, sondern auch von einer *Legislative des Staates* gesprochen wird, so darf man nicht vergessen, daß dieser Genetiv „des Staates“ im ersten Falle eine ganz andere Bedeutung hat als im zweiten; so wie es etwa nicht den gleichen Sinn hat, von dem Kampfe und von der Besiegung „des Kriegers“²⁷³⁹ zu sprechen. Denn im ersten Falle bezeichnet der Genetiv „des Kriegers“ das Subjekt und im zweiten Falle das Objekt der durch den 2. Kasus charakterisierten Relation. Der Krieger kämpft, aber man besiegt den Krieger. – Wohl²⁷⁴⁰ ist die *Exekutive* eine Funktion des Staates, aber der Staat ist – *sit venia verbo*²⁷⁴¹ – eine Funktion der *Legislative*!

Die Behauptung, daß die Staatsperson als Rechts- und Pflichtensubjekt nur in der Exekutive zur Erscheinung kommen und daß die Legislative nicht als Funktion – und was dasselbe wäre – als Pflicht des Staates als einer Rechtspersönlichkeit gelten kann, wird vielleicht weniger paradox erscheinen, wenn man sie als unabweisbare Konsequenz einer Auffassung erkennt, die durchaus nicht vereinzelt steht; so führt z. B. *Hold von Ferneck* a. a. O. S. 196²⁷⁴² aus | „daß die beiden Seiten des Staates: als Gesetzgebers und als Gesetzanwenders, wesentlich zu scheiden sind, da man höchstens dem Staate als Gesetzesanwender Rechte und Pflichten zusprechen kann. Der Staat als Gesetzgeber kann niemals Rechte und Pflichten haben, denn Rechte und Pflichten gibt es ... nur *de lege lata*.“ Dies ist zweifellos richtig; allein, wenn nur der Staat als *legis executor*²⁷⁴³ Rechte und Pflichten haben kann, dann kann der Staat nur als *legis executor* Person im Rechtssinne sein, d. h. die Staatspersönlichkeit kann sich nur auf die Exekutive beziehen, die Gesetzgebung fällt außerhalb dieses Rechtskreises, kann unmöglich Funktion der *Staatsperson* sein!

¹⁾ a. a. O. S. 25. ²⁷⁴⁵

²⁷³⁹ «dem Kampfe ... Kriegers“] A «dem Schwert und von dem Gotte „des Kriegers“»; F* «dem Kampfe ... Kriegers“».

²⁷⁴⁰ «Relation. ... Wohl»] A₁ «Relation. Wohl»; A₂ «Relation. Der Krieger „hat“ das Schwert, er ist „sein“ Schwert, aber Gott „hat“ den Krieger. Wohl»; F* «Relation. ... Wohl».

²⁷⁴¹ Lat.: *sit venia verbo*; dt.: mit Verlaub (zu sagen).

²⁷⁴² *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 196.

²⁷⁴³ Lat.: *legis executor*; dt.: Gesetzesvollstrecker.

²⁷⁴⁴ «daß die Annahme von Rechtspflichten»] A₁ «daß Rechtspflichten»; A₂ «daß die Annahme von Rechtspflichten».

²⁷⁴⁵ *Jellinek*, *Staatenverträge* (Anm. 1979), S. 25.

²⁷⁴⁶ «deren Trennung»] *Jellinek*, *Staatenverträge* (Anm. 1979), S. 25: «deren absoluten Trennung».

bloße Verpflichtung „der legislativen Gewalt durch sich selbst“²⁾ für möglich hält. Was insbesondere diese letztere Möglichkeit anlangt, so kann die *Jellineksche* Beweisführung gerade in dieser Richtung nicht als überzeugend gelten. Die angeführten Beispiele zeigen alles andere, nur keine Rechtspflichten der gesetzgebenden Gewalt! Die „Bestimmungen für das verfassungsmässige Zustandekommen von Gesetzen“²⁷⁴⁸ sind durchaus nicht Rechtssätze, welche Pflichten des Staates oder der sogenannten gesetzgebenden Gewalt oder der sie ausübenden Menschen statuieren. Es ist überhaupt nicht ein selbständiger Rechtssatz, z. B. daß zu einem Gesetz die übereinstimmenden einfachen oder qualifizierten Majoritätsbeschlüsse²⁷⁴⁹ beider Häuser des Parlamentes, die Sanktion des Monarchen und die Publikation erforderlich ist. Hierdurch sind weder die Staatsperson, noch eine „gesetzgebende Gewalt“, noch die sie ausübenden Menschen³⁾²⁷⁵⁰ „verpflichtet“,

²⁾ a. a. O. S. 21.²⁷⁴⁷

³⁾ Daß auch die einzelnen Menschen, aus denen sich die gesetzgebende Gewalt zusammensetzt, z. B. die Parlamentsmitglieder und der Monarch in keiner Weise zu ihrer Tätigkeit oder zur Einhaltung der verfassungsmässigen Formen rechtlich verpflichtet sind, muß insbesondere gegenüber der irrigen Ansicht *Hold von Fernecks* betont werden. Dieser behauptet nämlich (a. a. O. S. 271 ff.)²⁷⁵¹, daß die Gesetzgebung aus Organen bestehe, die Pflichtsubjekte seien. „Nicht der als Einheit gedachte Gesetzgeber ist rechtlich verpflichtet, die Form einzuhalten, die er jederzeit aufheben kann, sondern die einzelnen Organe, bezw. Organteile sind zur Einhaltung der Form verpflichtet. Das Parlament etwa, das sich seine Geschäftsordnung selbst gibt, ist an sie nicht gebunden, denn es kann sie, wenn es will, jederzeit ändern. Nur die einzelnen Mitglieder des Parlamentes sind an die Formvorschrift gebunden, solange die Geschäftsordnung besteht.“²⁷⁵² Von einer derartigen Rechtspflicht dieser Personen kann jedoch keine Rede sein, da es keinen Rechtssatz gibt, der für den Fall der Formverletzung einen Willen des Staates zur Verhängung einer Unrechtsfolge ausspricht. Und ganz besonders *Hold* kommt hierbei zu sich selbst in Widerspruch, da er doch die Rechtspflicht ausschließlich als den psychischen Zwang betrachtet, den eine staatliche Nachteilsdrohung bewirkt, eine sanktionslose Rechtspflicht nach seiner eigenen Ansicht (vgl. a. a. O. S. 70 ff.)²⁷⁵³ unmöglich ist. Übrigens ist die Verletzung z. B. der für das Zustandekommen eines Gesetzes bestehenden Formvorschrift seitens eines einzelnen Abgeordneten nicht gut denkbar. Wie könnte etwa die Bestimmung, daß eine bestimmte Majorität erforderlich ist, von einem *einzelnen Abgeordneten* verletzt werden, wenn trotz der mangelnden qualifizierten Majorität ein Parlamentsbeschluß zur Sanktion und Publikation gelangt?

Zu der Behauptung von Pflichten der die Gesetzgebung ausübenden Menschen ist *Hold von Ferneck* deshalb gedrängt, weil er den Staat als Gesetzanwender und als Gesetzgeber, *de lege lata* und *de lege ferenda* als Einheit konstruieren will. Er erklärt, daß „jeder Akt der gesetzgebenden Organe zugleich *de lege lata* und *de lege ferenda*“²⁷⁵⁴ sei, weil die Gesetzgebung aus Organen bestehe, die Pflichtsubjekte seien. Das Recht entstehe durch pflichtgemäßes Handeln der gesetzgebenden Organe. Die Pflicht der Organe, als *de lege lata*, weise immer auf ein früheres Gesetz – welches sagt *Hold* allerdings nicht – dagegen weise die Stellung *de lege ferenda* in die Richtung auf

²⁷⁴⁷ Beide Zitate: *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 21.

²⁷⁴⁸ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 21.

²⁷⁴⁹ «übereinstimmenden ... Majoritätsbeschlüsse»] A₁ «übereinstimmenden Beschlüsse»; A₂ «übereinstimmenden einfachen oder qualif. MajoritätsBeschlüsse».

²⁷⁵⁰ Anmerkung in A₂ eingefügt.

²⁷⁵¹ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 271–275.

²⁷⁵² *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 273.

²⁷⁵³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 70–73 – vgl. ergänzend oben S. 444f., 467f.

²⁷⁵⁴ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 271.

443 diese Formen | einzuhalten. Niemand ist rechtlich verbunden, sich²⁷⁶¹ ihrer zu
 444 bedienen, da es ja nicht einmal für irgend jemanden eine²⁷⁶² Rechtspflicht gibt,
 überhaupt Gesetze zu machen. Es verhält sich mit diesen Bestimmungen | nicht
 anders als etwa mit jenen über die Testamentsform. Zweifellos ist der Testator in
 keiner Weise *verpflichtet*, diese Formen zu beobachten, es steht völlig in seinem
 freien Ermessen, ob er sie einhalten will²⁷⁶³ oder nicht, wie es ja auch in seinem
 freien Ermessen steht, ob er überhaupt ein Testament errichten will oder nicht.
 Rechtswirksam aber ist das Testament nur in den bestimmten Formen, der Te-
 stator *kann* rechtlich nur in diesen Formen über seinen Nachlaß verfügen und es
 wäre falsch zu behaupten: er *soll* so verfügen. Wie die Bestimmungen über Te-
 stamentsformen keine selbständigen *verpflichtenden* Rechtssätze sind, sondern ledig-
 lich die Bedingungen, unter denen ein gewisser Staatswille existent wird,
 Rechtspflichten entstehen, so sind auch die verfassungsmässigen Vorschriften für
 das Zustandekommen von Gesetzen keine irgendwen verpflichtende²⁷⁶⁴ Rechts-

das zu erlassende Gesetz hin.²⁷⁵⁵ Diese Konstruktion ist unmöglich und *Hold* selbst kann die
 Einheit des Staates *de lege ferenda* und *de lege lata* so wenig aufrecht erhalten, daß er den Staat nur
 als Gesetzesanwender Rechtssubjekt sein läßt. Ein seltsames Gebilde, das rechtlich *ein*²⁷⁵⁶ Ganzes
 sein soll und nur zur einen Hälfte Rechtssubjekt ist! Dabei verwickelt sich *Hold* noch in einen
 weiteren Widerspruch! Wenn er nämlich den Staat als Gesetzesanwender *Rechts- und Pflichtsub-*
jekt, d. h. *Person* sein läßt, so hat dieser Terminus bei ihm keine andere Bedeutung als die einer
 Sammelbezeichnung für eine Mehrzahl von Organrechten und Organpflichten, die er als tatsäch-
 lich bestehende Relationen gelten läßt. Die Staatsperson ist für *Hold* keine letzte rechtliche Einheit,
 sondern lediglich der Ausdruck für eine Summe von Rechts- und Pflichtbeziehungen. Rechte und
 Pflichten des Staates gibt es für *Hold* nur insoferne, als es Rechte und Pflichten von Staatsorganen
 gibt, in die sich die sogenannten Rechts- und Pflichtverhältnisse der Staatsperson auflösen. „Nur
 die Zusammenfassung aller der unterwertigen Beziehungen gestattet, auch die juristischen Per-
 sonen als Rechtssubjekte gleich den einzelmenschlichen Rechtssubjekten aufzufassen.“²⁷⁵⁷ Dem
 psychologisch-deterministischen Standpunkte entsprechend, den *Hold* einnimmt, läßt er im
 Grunde nur *Menschen* als Rechtssubjekte gelten, da ihm alles Recht nur Beziehung zwischen
 444 *Menschen* | ist.²⁷⁵⁸ Wenn nun der Staat als Gesetzanwender Rechts- und Pflichtsubjekt ist, weil es
 Rechte und Pflichten von exekutiven Organen gibt, ist nicht einzusehen, warum nach *Hold* nicht
 auch der Staat als Gesetzgeber Rechts- und Pflichtsubjekt sein kann, da doch gerade nach *Hold* die
 gesetzgebenden Organe Subjekte von Rechten und Pflichten sind! Warum sollte gerade hier die
 Synthese aus den Rechts- und Pflichtbeziehungen der Gesetzgebungsorgane²⁷⁵⁹ zu Rechten und
 Pflichten des Staates als Gesetzgeber nicht möglich sein, wo doch die Rechtssubjektivität des
 Staates als Gesetzesanwender bei *Hold* auf²⁷⁶⁰ keiner anderen Synthese beruht?

²⁷⁵⁵ Vgl. *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 270–275.

²⁷⁵⁶ «das rechtlich *ein*»] A₁ «das *ein*»; A₂ «das rechtlich *ein*».

²⁷⁵⁷ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 275.

²⁷⁵⁸ „Nur die Zusammenfassung ... *Menschen* ist.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

²⁷⁵⁹ «Gesetzgebungsorgane»] A₁ «Organe»; A₂ «GesetzgebungsOrgane».

²⁷⁶⁰ «Gesetzesanwender bei *Hold* auf»] A₁ «Gesetzesanwender auf»; A₂ «Gesetzesanwender bei
 Hold auf».

²⁷⁶¹ «ist rechtlich verbunden, sich»] A «ist verpflichtet sich»; F* «ist rechtlich verbunden, sich».

²⁷⁶² «einmal für irgend jemanden eine»] A₁ «einmal eine»; A₂ «einmal für irgend jemanden
 eine».

²⁷⁶³ «er sie einhalten will»] A «er es sein will»; F* «er sie einhalten will».

²⁷⁶⁴ «keine irgendwen verpflichtende»] A₁ «keine verpflichtenden»; A₂ «keine irgendwen ver-
 pflichtenden».

sätze, sondern die für *jeden* Rechtssatz geltenden *Voraussetzungen* seiner Wirksamkeit! Ebenso kann auch „der Grundsatz, dass Gesetzen keine rückwirkende Kraft beigelegt werden soll“¹⁾, wenn er in einem Gesetze ausgesprochen wird, nicht als selbständiger verpflichtender Rechtssatz aufgefasst werden. Er ist nichts anderes als eine nähere Präzisierung der Tatbestände, an die als Bedingung der Wille des Staates zu strafen, zu exequieren geknüpft ist. Er ist nichts anderes als eine Klausel²⁷⁶⁶, durch welche ein mehreren Rechtssätzen desselben Gesetzes gemeinsames Tatbestandsmerkmal, nämlich der Zeitpunkt nach Erlassung des Gesetzes, herausgehoben wird, eine Klausel, die besagt, dass alle Tatbestände, an die sich der im Gesetze ausgedrückte Staatswille zu einer Unrechtsfolge knüpft, nach Erlassung dieses Gesetzes eingetreten sein müssen. Von irgendeiner Verpflichtung ist keine Spur. Vollends dann, wenn der fragliche Grundsatz nicht in gesetzlicher Form ausgesprochen ist: dann handelt es sich lediglich um ein theoretisches Interpretationsprinzip! Was schließlich „die Erklärung der Unantastbarkeit erworbener Rechte“²⁾ anlangt, von der *Jellinek* ebenfalls behauptet, daß sie eine Verpflichtung der gesetzgebenden Gewalt bedeute, so kann in einem derartigen Passus, sofern er in Gesetzesform ausgesprochen ist, nicht einmal – wie manche | behaupten – eine sittliche Verpflichtung der „gesetzgebenden Gewalt“ erblickt werden. Denn selbst wenn ein solches Postulat der sittlichen Überzeugung der gerade zur Gesetzgebung berufenen Menschen oder genauer deren Majorität entspricht²⁷⁶⁸ – und nur für diese kann es sittliche Pflichten geben, nicht für Körperschaften oder einen mythischen „Gesetzgeber“ – so sind doch die zur Gesetzgebung jeweilig berufenen Personen und auch deren sittliche Überzeugungen ständigem und raschem Wechsel unterworfen; was der Majorität von heute eine sittliche Pflicht erscheint und ist, das ist für die Menschen welche die Majorität von morgen bilden, das Gegenteil. Kein Jurist hat auch nur das geringste Mittel zur Verfügung, die formelle Geltung²⁷⁶⁹ eines neuen, in den verfassungsmässigen Formen zustande gekommenen Gesetzes in Frage zu stellen, das den sittlichen Postulaten der Majorität zur²⁷⁷⁰ Zeit des alten Gesetzes entsprach. Eine sozialistische Parlamentsmajorität mag wohl den Grundsatz von der Integrität erworbener Privatrechte als höchst unmoralisch verwerfen! Wenn der Art. I des Amendements vom 25. Dezember 1791

| 445

¹⁾ *Jellinek* a. a. O. S. 21.²⁷⁶⁵

²⁾ *Jellinek* a. a. O. S. 21.²⁷⁶⁷

²⁷⁶⁵ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 21.

²⁷⁶⁶ «eine Klausel»] A₁ «eine für eine Reihe von Rechtssätzen, die in einem bestimmten Gesetze enthaltener Rechtssätze [bricht ab]»; A₂ «eine Klausel».

²⁷⁶⁷ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 21.

²⁷⁶⁸ «Menschen oder genauer deren Majorität entspricht»] A₁ «Menschen entspricht»; A₂ «Menschen oder genauer deren Majorität entspricht».

²⁷⁶⁹ «die formelle Geltung»] A₁ «die Geltung»; A₂ «die formelle Geltung».

²⁷⁷⁰ «Postulaten der Majorität zur»] A₁ «Postulaten zur»; A₂ «Postulaten der Majorität zur».

zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika,²⁷⁷¹ auf den sich *Jellinek* bei seiner Behauptung beruft, daß eine derartige Erklärung „eine wirkliche Vorschrift für den künftigen Staatswillen“⁽¹⁾ sei, sagt: „Der Kongreß soll nie ein Gesetz geben, wodurch eine Religion zur herrschenden erklärt oder die freie Ausübung einer andern verboten oder wodurch die Freiheit im Reden oder die Pressfreiheit oder das Recht des Volkes, sich freiwillig zu versammeln und der Regierung Petitionen wegen Abstellung von Mißbräuchen zu überreichen, vermindert würde“,²⁷⁷³ so ist damit nichts anderes als das politische Glaubensbekenntnis der²⁷⁷⁴ Redakteure dieses Artikels, ihre Ansichten von den Aufgaben der gesetzgebenden Gewalt ausgesprochen; und solche Ausführungen haben ebensowenig oder ebensoviel rechtliche Relevanz wie die mitunter in Gesetzen enthaltene Angabe der Motive und des Zweckes, wie an solcher Stelle geäußerte Theorien oder versuchte Konstruktionen. Kein Jurist kann ernstlich in Frage stellen, ob ein gegen den Sinn dieses Artikels erlassenes Gesetz, wenn es nur die allgemeine Voraussetzung für das verfassungsmässige Zustandekommen²⁷⁷⁵ von Gesetzen erfüllt, ein Gesetz, das die Pressfreiheit – vielleicht aus irgendwelchen politisch sehr gerechtfertigten Gründen – einschränkt, ob ein solches Gesetz formell als gültig zu betrachten ist oder nicht. Und eine andere als die *formelle* Gültigkeit kommt für den Juristen nicht in Betracht.

Wenn die Verpflichtung der Staatsperson eine Beschränkung ihres Willens bedeutet, so kann dies nur in dem Sinne richtig sein, daß jeder konkrete Staatswille,
 | 446 den ein Rechtssatz aussagt, seiner | Natur nach einen begrenzten Inhalt haben muß, daß der Staat eben nichts anderes und nur das will, was in den konkreten Rechtsätzen ausgesprochen ist. Die Beschränkung der Staatsgewalt durch die Rechtsord-

| 445 |¹⁾ a. a. O. S. 22.²⁷⁷²

²⁷⁷¹ Die auch als „Bill of Rights“ bezeichneten ersten zehn Amendments zur Constitution of the United States vom 17. September 1787 wurden nicht am 25. Dezember 1791, wie Kelsen hier in Anlehnung an *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 22 Anm. 36 annimmt, sondern am 15. Dezember 1791 ratifiziert (vgl. auch Anm. 2773).

²⁷⁷² *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 22, insb. Anm. 36.

²⁷⁷³ Amendment I, Constitution of the United States of September 17, 1787: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“ Die Übersetzung des Amendment I hat Kelsen *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 22 Anm. 36 entnommen. *Jellinek* hat die Übersetzung seinerseits übernommen von *Friedrich Wilhelm Schubert* (Hrsg.), Die Verfassungs-urkunden und Grundgesetze der Staaten Europa's, der Nordamerikanischen Freistaaten und Brasiliens, welche gegenwärtig die Grundlage des öffentlichen Rechtes in diesen Staaten bilden, Bd. 1: Grossbritannien und Irland. Nordamerikanische Freistaaten. Frankreich, Königsberg 1848, S. 319; Schubert gibt dort das Datum der Ratifizierung mit dem 15. Dezember 1791 richtig an (vgl. auch Anm. 2771).

²⁷⁷⁴ «als das politische Glaubensbekenntnis der»] A₁ «als die politischen Ansichten der»; A₂ «als das politische Glaubensbekenntnis der».

²⁷⁷⁵ «das verfassungsmässige Zustandekommen»] A₁ «das Zustandekommen»; A₂ «das verfassungsmässige Zustandekommen».

nung kann nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Staat nichts anderes tun und wirken, sich äußerlich nicht weiter als Macht betätigen kann, weil er nicht *mehr*, weil er *nur* das gewollt hat, was die Rechtssätze beinhalten. Durch jeden Rechtssatz, der nicht bloß einen andern aufhebt, wird somit der Machtbereich des Staates, die Staatsgewalt erweitert und nicht, wie es nach der früher²⁷⁷⁶ als unrichtig erkannten Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Rechtsordnung der Fall wäre, verringert. Und trotzdem *Jellinek*, wie aus den oben angeführten Zitaten²⁷⁷⁷ hervorgeht, gerade diese irriige Auffassung vertritt, findet sich doch wiederum bei ihm eine Stelle, die durchaus dem hier entwickelten Standpunkte entspricht. Er sagt:¹⁾²⁷⁷⁹ „In jedem konkreten Wollen liegt daher eine Beschränkung des Willens als der Fähigkeit des Wollens. Und diese Beschränkung ist eine selbstgewollte, weil sie notwendigerweise mit dem Willensinhalte selbst gesetzt ist. Daher ist jeder Akt staatlichen Wollens eine Beschränkung des Staatswillens und zwar, da diese Beschränkung dem Staate nicht von außen her aufgedrungen ist, sondern aus der inneren Natur seines Willens hervorgeht, eine Selbstbeschränkung.“ Diesen und nicht den oben zitierten Ausführungen muß, abgesehen von der irrigen Auffassung der Natur des Willens, die ihre Voraussetzung ist, beigeppflichtet werden.

Die wichtigste Differenz zwischen der Pflicht des Staates und der Pflicht der übrigen Subjekte ist darin zu erblicken, daß das „Sollen“ des Staates stets und ausnahmslos auch sein „Wollen“ ist, während bei den übrigen Rechtssubjekten eine Diskrepanz zwischen beiden eintreten kann, indem ihnen zugerechnet werden (d. h. als von ihnen gewollt gelten) muß²⁷⁸⁰, was dem Staate niemals zuzurechnen ist, was niemals als Wille des Staates betrachtet werden darf: die Soll- und Pflichtwidrigkeit, das Unrecht. Schon an früherer Stelle²⁷⁸¹ wurde dargetan, daß es als vollständig ausgeschlossen gelten muß, die Staatsperson, deren Wille nichts anderes als das Recht zum Inhalte hat, in irgendeinem Falle das Unrecht wollen zu lassen. Es kann keinen Unrechtstatbestand geben, welcher der Staatsperson zuzurechnen ist, weil nur auf Grund eines Rechtssatzes die Zurechnung zum Staate erfolgen kann, weil alle Zurechnungsregeln Rechtssätze sind. Ein unrecht handelnder Staat, das heißt ein Staat, der in der Rechtsordnung etwas anderes will als in der Exekutive, bedeutete²⁷⁸² die völlige | Zerstörung der Einheit des Staatswillens

| 447

¹⁾ a. a. O. S. 27.²⁷⁷⁸

| 446

²⁷⁷⁶ Vgl. oben S. 578–581.

²⁷⁷⁷ Vgl. oben S. 579 bei Anm. 2722, S. 582 bei Anm. 2745, S. 583 bei Anm. 2747, S. 585 bei Anm. 2765, S. 585 bei Anm. 2767, S. 586 bei Anm. 2772.

²⁷⁷⁸ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 27.

²⁷⁷⁹ Anmerkung in F* eingefügt.

²⁷⁸⁰ «werden (d. h. als von ihnen gewollt gelten) muß»] A₁ «werden kann»; A₂ «werden (dh. als von ihnen gewollt gelten) kann»; F* «werden (d. h. als von ihnen gewollt gelten) muß».

²⁷⁸¹ Vgl. oben S. 362–366, 520.

²⁷⁸² «als in der Exekutive, bedeutete»] A₁ «als er tatsächlich handelt, bedeutete»; A₂ «als in der Exekutive, bedeutete».

und damit der Staatsperson. Die *subjektive* Rechtspflicht der übrigen Subjekte dagegen wurzelt gerade in der Möglichkeit des Unrechtes. Darum allein ist ein objektiver Rechtssatz die subjektive Rechtspflicht jemandes, weil er auf ihn angewendet werden, d. h. weil die *Unrechtsfolge* ihn treffen kann. Zu einem bestimmten Verhalten ist jemand verpflichtet, nur weil und insofern er im Falle des gegenteiligen Verhaltens – d. i. dem *Unrechtsfalle* – bestraft oder exequiert wird. Die Staatsperson *kann* nicht, jedes andere Subjekt *darf* nicht unrecht handeln.

Daß trotz dieser Differenz die prinzipielle Einheitlichkeit des Rechtspflichtbegriffes für die Staatsperson und alle übrigen Subjekte gewahrt bleibt, beruht darauf, daß für die juristische Konstruktion die *objektive* Einheit des Rechtssatzes maßgebend bleibt, der für beide Subjekte derselbe ist.

Die Tatsache, daß der Inhalt der Staatspflicht mit dem Inhalte des Staatswillens identisch und daher ein Unrecht des Staates unmöglich ist, äußert sich darin, daß der den Staat verpflichtende Rechtssatz keine dem Staat angedrohte Unrechtsfolge beinhaltet. Man hat aus der Existenz dieser staatlichen Rechtspflichten²⁷⁸³, die ohne „Zwangs“androhung statuiert sind, auf die Möglichkeit analoger Rechtspflichten auch der übrigen Subjekte geschlossen und die sanktionslose Staatspflicht als ein Hauptargument gegen die sogenannte Zwangstheorie geltend gemacht. Nun ist wohl die Zwangstheorie gewiß unhaltbar, aber gerade damit ist nichts gegen sie vorgebracht. *Jellinek* ist es vornehmlich, der einer Konstruktion sanktionsloser²⁷⁸⁴ Staatspflichten, der „staatlichen Selbstverpflichtung“ in seinem Sinne, eine „prinzipielle Bedeutung“⁽¹⁾ für den Rechtspflichtbegriff beimißt. Er hält der *Iheringschen* Zwangstheorie²⁷⁸⁶ entgegen: „Wenn die Staatsgewalt irgendeiner der sich selbst auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt, so ist keine rechtliche Macht vorhanden, welche imstande wäre, sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anzuhalten!“²⁷⁸⁷ Und doch seien ihre Pflichten Rechtspflichten. Allein, dieser Einwand ist nicht stichhaltig! Zunächst schon deshalb nicht, weil auch im Sinne der sogenannten Zwangstheorie niemand, auch nicht das nichtstaatliche Subjekt, wenn es der Rechtspflicht *nicht* nachgekommen ist, also die Rechtspflicht verletzt wurde, zur Erfüllung „gezwungen“ werden kann. Wer gemordet oder gestohlen hat, kann durch keine Macht der Welt gezwungen werden, die Tat nicht begangen zu haben, und wer seine Schuld nicht bezahlt, dem kann der Staat wohl

| 448

Vermögensstücke im Exekutionswege abnehmen und mit dem Erlöse die Schuld

| 447

⁽¹⁾ a. a. O. S. 32.²⁷⁸⁵

²⁷⁸³ «aus der Existenz dieser staatlichen Rechtspflichten»] A₁ «aus dieser Möglichkeit von Rechtspflichten»; A₂ «aus der Existenz dieser staatlichen Rechtspflichten».

²⁷⁸⁴ «der einer Konstruktion sanktionsloser»] A₁ «der die sanktionslose»; A₂ «der die Konstruktion sanktionsloser».

²⁷⁸⁵ Beide Zitate: *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 32.

²⁷⁸⁶ Vgl. *Rudolf von Ihering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1. Aufl., Leipzig 1877, S. 238–557, insb. 434.

²⁷⁸⁷ *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 1979), S. 33.

an Stelle des Gläubigers selbst zahlen, aber den Schuldner zur Zahlung zwingen, ist durchaus nicht das notwendige Resultat seiner Tätigkeit. Nur wenn jemand seine Rechtspflicht *erfüllt* hat, kann man unter Umständen und durchaus nicht in der Regel der Fälle vielleicht sagen, daß die Furcht vor der staatlichen Nachteilsdrohung das Pflichtsubjekt „gezwungen“ hat. Aber ganz abgesehen davon, daß der „Zwang“ durch die Rechtsordnung nur ein indirekter, psychologischer sein kann und nur bei der Pflichterfüllung, nie bei der Pflichtverletzung wirkt, ist der *Jellinek'sche* Einwand vor allem deshalb hinfällig, weil er auf der Voraussetzung beruht, daß der Staat überhaupt eine seiner Rechtspflichten verletzen kann! Der Staat kann aber gar nicht unrecht handeln und *darum* könnte bei ihm von einem *Zwange* zur Pflichterfüllung nicht die Rede sein. Allein, daraus wäre noch gar nichts auf die Rechtspflicht der übrigen Subjekte zu schließen, die unrecht handeln können und bei denen daher ein *Zwang* oder richtiger eine *Zwangsdrohung* möglich²⁷⁸⁸ und wesentlich sein könnte. *Jellinek* übersieht die große Differenz, die gerade in diesem Punkte zwischen der Staatsperson und den übrigen Subjekten besteht.

Diese Verschiedenheit zwischen der Staatsperson und den übrigen Subjekten ist jedoch eine materielle, nicht formale. Und wenn man das *materielle* Zwangsmoment der Konstruktion zu Grunde legt, dann kann von einem einheitlichen Rechtspflichtbegriffe für die Staatsperson und die übrigen Subjekte und damit von staatlichen Rechtspflichten überhaupt keine Rede sein, wie es keine Staatspersönlichkeit geben kann, wenn als Substrat der Persönlichkeit – wie es die psychologische Zwangstheorie erfordert – der *psychische* Wille angenommen wird.

Wenn tatsächlich der die nichtstaatlichen Subjekte verpflichtende Rechtssatz eine Nachteilsdrohung – Strafe oder Exekution – *beinhaltet*, so ist es durchaus nicht das durch diese Drohung *mögliche*, nicht notwendig vorhandene Moment des psychischen Zwanges, das für die *juristische* Konstruktion der Rechtspflicht aus dem Rechtssatze maßgebend ist. Vielmehr ist es das formale Moment der Anwendungsmöglichkeit, das den objektiven Rechtssatz zur subjektiven Rechtspflicht werden läßt. Nicht weil der Rechtssatz eine zwingende Drohung enthält, statuiert er²⁷⁸⁹ juristisch eine Pflicht, sondern weil er durch seine Anwendung auf den unrecht Handelnden *subjektiviert* werden kann. Ob ein *Zwang* ausgeübt wird oder nicht, ist für die formal juristische Betrachtung, nicht aber für die nach dem *Zwecke* fragende, substantiell-soziologische, gleichgültig. Böte sich | praktisch eine²⁷⁹⁰ andere Subjektivierungsmöglichkeit den Rechtssubjekten gegenüber als gerade jene, bei welcher der Inhalt²⁷⁹¹ des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens eine Nachteilsdrohung ist – der Staatsperson gegenüber ist die Subjektivierung tatsächlich eine andere – so könnte ein derartig anderer Inhalt des Staats-

|449

²⁷⁸⁸ «Zwang oder richtiger eine Zwangsdrohung möglich»] A₁ «Zwang möglich»; A₂ «Zwang oder eine Zwangsdrohung möglich»; A₃ «Zwang oder richtiger eine Zwangsdrohung möglich».

²⁷⁸⁹ «enthält, statuiert er»] A₁ «enthält ist er»; A₂ «enthält statuiert er».

²⁷⁹⁰ «sich praktisch eine»] A₁ «sich eine»; A₂ «sich praktisch eine».

²⁷⁹¹ «der Inhalt»] A «der materielle Inhalt»; F* «der Inhalt».

willens für das Wesen der Rechtspflicht keine Änderung bedeuten, da auch in diesem Falle der objektive Rechtssatz durch eine rein formale Subjektivierung²⁷⁹² zur Rechtspflicht würde und es juristisch irrelevant bleibt, ob die Subjektivierung²⁷⁹³ materiell dadurch am besten oder überhaupt möglich ist, daß dem staatlichen Willen im verpflichtenden Rechtssatze Strafe und Exekution zum *Inhalte* gegeben wird.

Nur auf Grund einer solchen streng formalen, alle materiellen Elemente ausschließenden Konstruktion ist eine Rechtspflicht möglich, deren Subjekt sowohl der Staat als auch alle übrigen Personen sein können, und nur auf Grund einer solchen Konstruktion kann das Problem gelöst werden, *auch* den Staat als Rechtssubjekt d. h. vor allem als *Rechtspflicht*subjekt und²⁷⁹⁴ damit als Persönlichkeit zu begreifen.

Der Erkenntnis absoluter Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes verschliesst sich *Jellinek* dadurch, daß er die Staatsperson mit ihren Organen identifiziert. Und diese – wie noch später näher darzulegen sein wird²⁷⁹⁵ – unzulässige Identifizierung¹⁾ kann er nicht vermeiden, weil er das Substrat der Persönlichkeit, den Willen, als psychische Tatsache auffaßt, folglich keinen²⁷⁹⁷ anderen als einen menschlichen Willen und daher im Grunde auch keine andere als eine menschliche Persönlichkeit kennt. Er erklärt wiederholt, daß der Wille des Staates menschlicher Wille, d. h. der Wille menschlicher Organe sei und daß, wenn man vom Staate seine Organe wegdenke, nichts übrig bleibe. Diese Identifizierung von Staat und Staatsorgan bringt es mit sich, daß *Jellinek* unter Umständen die Pflichtwidrigkeit eines Staatsorganes als Unrecht des Staates gelten lassen zu dürfen glaubt. Der einzige Fall staatlichen Unrechtes, den *Jellinek* in dem hier behandelten Zusammenhange anführt, ist folgender²⁾: „Wenn aber *alle* Elemente der Staatsgewalt sich vereinigen, um an Stelle des Rechtes die Willkür zu setzen, um Verpflichtungen zu brechen, die sie als solche anerkennen müssen, dann handelt der Staat unrecht.“ Allein auch hierin kann nur ein Unrecht der Staatsorgane, nicht des Staates, eine Verletzung der Organpflichten, nicht der Staatspflichten erblickt werden, denn auch in diesem Falle will der Staat in der Rechtsordnung noch immer das Recht, geradeso wie wenn nur ein einzelnes Organ in Verletzung seiner Amtspflicht | den

| 449 ¹⁾ Vgl. die treffenden Ausführungen *Hold von Fernecks* a. a. O. S. 195.²⁷⁹⁶

²⁾ a. a. O. S. 33.²⁷⁹⁸

²⁷⁹² «durch eine rein formale Subjektivierung»] A₁ «durch Subjektivierung»; A₂ «durch die rein formale Subjektivierung».

²⁷⁹³ «die Subjektivierung»] A₁ «die Subjektivierung»; A₂ «die formale Subjektivierung»; F* «die Subjektivierung».

²⁷⁹⁴ «Rechtssubjekt d. h. vor allem als *Rechtspflicht*subjekt und»] A₁ «Rechtssubjekt dh als Pflicht und»; A₂ «Rechtssubjekt dh vor allem als *RechtsPflicht*-Subjekt und».

²⁷⁹⁵ Vgl. unten S. 676–687.

²⁷⁹⁶ *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 195.

²⁷⁹⁷ «auffaßt, folglich keinen»] A «auffaßt und daher einen»; F* «auffaßt, folglich keinen».

²⁷⁹⁸ *Jellinek*, *Staatenverträge* (Anm. 1979), S. 33.

in der Verfassung ausgesprochenen Willen des Staates nicht realisiert. Was kann der Grund sein, das Unrecht vieler oder aller Staatsorgane dem Staate zuzurechnen, wenn das Unrecht einzelner als ihr eigenes gelten muß?

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Pflichten der Staatsperson und Pflichten der Staatsorgane, ohne welche die Konstruktion einer²⁷⁹⁹ selbständigen Staatsperson ganz unmöglich ist, wird eine Untersuchung der Rechtsstellung der Staatsorgane zu beweisen haben.

²⁷⁹⁹ «ohne welche die Konstruktion einer»] A₁ «ohne die einer»; A₂ «ohne die die Konstruktion einer».

C. Die Rechtspflichten der Staatsorgane.

XVII. Kapitel.

Der Begriff des Staatsorganes.

Die Rechtsstellung des Staatsorganes ergibt sich aus dessen Rechten und Pflichten. Diese aber beruhen auf Rechtssätzen; und so muß die Lehre vom Rechtssatze den Ausgangspunkt bilden, von dem aus eine Lösung des in der Literatur so viel umstrittenen Problems der Staatsorganschaft zu versuchen ist.

Prüft man die neuere staatsrechtliche Literatur auf den Begriff des Staatsorganes hin, so wird man kaum zu einem einheitlichen Resultate gelangen. Nun würde man es wohl für selbstverständlich halten, die Theoretiker bei der Bestimmung des Organbegriffes in die gleichen Lager gespalten zu finden, in die sie sich nach der jeweiligen Konstruktion des Staatsbegriffes überhaupt, nach der allgemeinen staatsrechtlichen Grundtheorie trennen. Insbesondere scheint es auf den ersten Blick, daß sich der Gegensatz zwischen der organischen und der anorganischen Staatslehre deutlich auch in der jeweiligen Definition des Organbegriffes geltend machen müßte, da doch gerade für die Bildung des Begriffes „Staatsorgan“ kaum etwas von größerer Bedeutung sein dürfte als die Anschauung darüber, ob der Staat ein Organismus ist oder nicht. Allein, dem ist tatsächlich nicht so. Den ausgesprochenen Kontrast zwischen organischer und anorganischer Staatsauffassung wird man bei der Feststellung des „Organ“-Begriffes vergeblich suchen. Vielmehr sind die Gegensätze in diesem Punkte innerhalb der Vertreter derselben Theorie oft viel tiefgehender als zwischen prinzipiellen Gegnern in der Grundanschauung vom Staate.

|451 | Ganz besonders fällt dieser Gegensatz innerhalb der Schule der anorganischen Staatstheorie auf, die durch die Namen *Gerber*, *Laband*, *Jellinek* vertreten wird.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Begründer dieser Richtung, *Gerber*, gerade von seinem gegen die organische Staatsauffassung gerichteten Standpunkte aus einen Begriff des Staatsorganes aufgestellt hat, der von seinen Schülern durchaus nicht akzeptiert wurde. In den berühmten „Grundzügen eines Systems des deutschen Staatsrechtes“²⁸⁰¹ sagt *Gerber*, das Wesen der Staatsorgane bestehe darin, daß sich in ihrem Handeln der Wille der Staatspersönlichkeit²⁸⁰¹ verwirkliche, „daß der in ihrem Wesen enthaltene Beruf rechtlichen Handelns ihren Berechtigten als eigener und ursprünglicher zukommt“. *Gerber* erklärt dementsprechend als die

|451 |¹⁾ 2. Aufl. 1869. S. 72/73.²⁸⁰⁰

²⁸⁰⁰ *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 2721), S. 72f. – das dem Nachweis folgende Zitat findet sich auf S. 73.

²⁸⁰¹ «Staatspersönlichkeit»] A₁ «Persönlichkeit»; A₂ «StaatsPersönlichkeit».

einigen Staatsorgane: Monarch und Stände. Nachdrücklich wendet er sich gegen jenen erweiternden Sprachgebrauch, der als Organ auch andere Personen²⁸⁰² bezeichnet²⁾. „Das Wort Organ wird hier (bei *Gerber*) nicht als eine spielende Bezeichnung, sondern als das Wort für einen ernstlich gedachten Begriff gebraucht. Daher anerkenne ich nur die zwei im Texte genannten Organe des Staates. *Viele Schriftsteller denken, wie es scheint, über die Grenzen der Zulässigkeit dieses Begriffes wenig nach*, so daß ihnen die Worte ‚organisch‘, ‚Organ‘ im bedenklichsten Grade geläufig werden. Was wird da nicht alles als Organ bezeichnet! Nicht nur der Monarch und die Ständeversammlung, sondern auch die Familie des Landesherrn, die *Staatsämter*, die *Beamten*,²⁸⁰⁴ ja wohl auch jeder Staatsbürger. Dabei büßt freilich der Begriff ‚Organ‘ seine ganze wissenschaftliche, insbesondere *juristische* Bedeutung ein und wird zu einer wertlosen Phrase!“

Die scharfe Kritik *Gerbers* trifft aber auf niemanden besser zu als auf die Fortsetzer seiner anorganischen Staatskonstruktion. Es gibt heute keinen einzigen Vertreter dieser Richtung, der nicht ohne jedes Bedenken neben dem Monarchen und dem Parlamente auch die Staatsämter und Beamten als Staatsorgane gelten ließe. Nähere Belege für diese Behauptung sind wohl überflüssig. Sind die Vertreter der anorganischen Theorie der neuesten Zeit in der Tendenz, den Organbegriff gegenüber der engen *Gerberschen* Auffassung möglichst auszudehnen, im allgemeinen einig – eine Tendenz, die gerade bei der Betonung des *anorganischen* Charakters ihrer Konstruktion schon auf den ersten Blick bedenklich scheint – so ergeben sich doch über die erweiterten Grenzen dieses Begriffes | erhebliche Diferenzen. So ist beispielsweise strittig, ob nicht nur das Parlament als Ganzes, sondern auch der einzelne Abgeordnete Staatsorgan sei, insbesondere auch, ob dem Staatsbürger in seiner Eigenschaft als Wähler die Organqualität zukomme oder nicht. Sogar der steuerzahlende Bürger¹⁾ wurde als Staatsorgan aufgefaßt.

| 452

Der Grund dieser Unsicherheit im Umfange des Begriffes ist der Mangel einer präzisen Definition, der sich bei den meisten Theoretikern fühlbar macht. Ja, es gibt Autoren, die bei der Konstruktion ihrer staatsrechtlichen Systeme auf eine Definition des Begriffes Staatsorgan überhaupt verzichten zu können glauben. So hat schon *Gierke*²⁾ bemerkt, daß *Laband* in seinem Staatsrecht des Deutschen

²⁾ a. a. O. S. 72, Anm. 1.²⁸⁰³

¹⁾ *Fricker* in der Tübinger Zeitschrift 1869, Bd. XXV. S. 40/41.²⁸⁰⁵

²⁾ *Labands* Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in *Schmollers* Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Bd. VII. S. 1137.²⁸⁰⁶

| 452

²⁸⁰² «andere Personen»] A₁ «andere staatliche Funktionen [bricht ab]»; A₂ «andere Personen».

²⁸⁰³ *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 2721), S. 72 Anm. 1 – Klammerzusatz und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

²⁸⁰⁴ «die *Staatsämter*, die *Beamten*,»] *Gerber*, Staatsrecht (Anm. 2721), S. 72 Anm. 1: «die Staatsämter, die einzelnen Mitglieder der Ständeversammlung, die einzelnen Beamten,».

²⁸⁰⁵ *Karl Viktor Fricker*, Die Persönlichkeit des Staats, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 25 (1869), S. 29–50 (40f.).

²⁸⁰⁶ *Otto Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für

Reiches bei der Behandlung der Organisation des Staates eine genaue Bestimmung des Begriffes „Organ“ vermissen lasse, obgleich sich *Laband* dieses Wortes wiederholt bedient. Andere Autoren weichen dem Problem durch eine Scheindefinition aus. Wenn z. B. *Jellinek* in seiner Allgemeinen Staatslehre³⁾ definiert: „Ein Individuum, dessen Wille als Verbandswille gilt, ist, insoweit diese Beziehungen auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug²⁸⁰⁸ des Verbandes, als Verbandsorgan zu betrachten“, oder wenn *Karlowa*⁴⁾ als das Wesen des Organs einer juristischen Person erklärt, daß es durch seinen Willen und seine Handlung innerhalb der ihm zugewiesenen Sphäre „den Willen der juristischen Person repräsentiert“ – so kann darin nur eine Umschreibung, keine Definition des fraglichen Begriffes erblickt werden. Denn darauf kommt es ja gerade an, das Charakteristikum jener Personen aufzuzeigen, deren Handlungen als solche des Staates gelten, gerade das soll ja durch die Definition festgestellt werden, was für Eigenschaften menschliche Handlungen haben müssen, damit sie nicht den physisch Handelnden selbst, sondern dem Staate zuzurechnen sind. Allerdings fehlt es an solchen Definitionen durchaus nicht in der gegenwärtigen Literatur. Der Ausgangspunkt aller dieser Begriffsbestimmungen liegt im Bereiche der organischen Staatstheorie. Auf dem Boden dieser Theorie ist das Urbild aller dieser Definitionen entstanden und²⁸¹⁰ soweit Vertreter der anorganischen Staatstheorie mehr als eine Umschreibung des fraglichen Begriffes zu geben bemüht sind, geraten sie nolens volens in das Fahrwasser ihrer Gegner.

|453 |Eine für die organische Staatstheorie typische Entwicklung des Organbegriffes gibt *Gierke* in seinem Aufsatz: Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien¹⁾. Er führt aus: „In jedem Organismus nun betätigt die Einheit des Lebens sich dadurch, daß bestimmte Teile oder Teilkomplexe des Ganzen als dessen *Organe* bestimmte *Funktionen* übernehmen. Je höher der Organismus entwickelt ist, desto entschiedener differenzieren sich diese Organe nach Bildung und Tätigkeit, desto mehr wächst die Arbeitsteilung, desto selbständiger

³⁾ 2. Aufl. S. 494.²⁸⁰⁷

⁴⁾ Zur Lehre von den juristischen Personen, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart*, Bd. XV. S. 422.²⁸⁰⁹

|453 |¹⁾ *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XXX. Bd. 1874. S. 329 ff.²⁸¹¹

Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 7 (1883), S. 1097–1195 (1138) – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

²⁸⁰⁷ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 526 – Kelsen gibt hier die Seitenzahl irrtümlich nach der 1. Aufl. an: *Jellinek*, Staatslehre¹ (Anm. 2441), S. 494.

²⁸⁰⁸ «Willenswerkzeug»] A₁ «Verbandswerkzeug»; A₂ «Willenswerkzeug».

²⁸⁰⁹ *Karl Franz Otto Karlowa*, Zur Lehre von den juristischen Personen, in: *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 15 (1888), S. 381–432 (422) – Hervorhebung von Kelsen.

²⁸¹⁰ «Staatstheorie. Auf ... entstanden und»] A₁ «Staatstheorie, und»; A₂ «Staatstheorie, auf ... entstanden und».

²⁸¹¹ *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 2510), S. 329 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

Abhandlung selbst jedoch mit dem höchsten Professionsniveau einverstanden
 nicht in dem eigenspezifischen Erkenntnisbereich des Autors
 gemacht zu sein, wenn ein solches Schriftstück kopiert in einem längeren
 Scherzbriefe. Die ursprünglichen Absichtsbewegungen, in dem besagten Sinne, $\frac{1}{2}$ mit dem Bes.
 haben diese ursprünglichen Absichtsbewegungen durch den Inhalt nicht mehr, wenn es sich um einen
 Nachschreibebrief und persöhnlichen Schriftverkehr handelt, ist das Urteil über
 nicht hindert, sondern bei vollem Verstand in dem besagten Schriftstück enthalten
 nachher in dem besagten Sinne.
 Es ist für die ursprünglichen Absichtsbewegungen typischer Fall.
 Das Originalverfasser hat die gleiche in seinem Hauptwerke:
 Die Grundgeden des Staatsrechts sind die neuesten
 Staatsrechtslehren ⁺ fe. ist es nicht, bei jedem Original + Zeitschrift für
 mit wird man ohne Bekämpfung ein Urteil über das
 auf Verhängung, das Kopieren im Rahmen der Verhängung
 und Originalverfasser als dessen Originalverfasser
 hinreichend ist, wenn man die Originalverfasser
 nachvollziehbar ist, wenn man die Originalverfasser

funktionieren die Organe in ihrer Lebenssphäre. Allein, solange überhaupt ein Organismus vorliegt, manifestiert sich in allen diesen Organen nur eine Lebensindividualität, die als allgegenwärtige und allbestimmende Einheit in jedem Akte eines Organes zugegen und wirksam ist, *für die und durch die ein jedes Organ besteht und funktioniert* und deren Existenz durch temporären Widerstreit der Organe erschüttert, durch ihre definitive Disharmonie aber vernichtet wird. Im natürlichen Organismus ist dies alles rechtlich indifferent. Im *gesellschaftlichen* Organismus dagegen ist die Bildung und Wirksamkeit der Organe, *so sehr sie auch hier ein*²⁸¹² *natürlicher und historischer Vorgang* ist, im bestimmten Umfange *Gegenstand des Rechtes*. Und so entsteht hier der dem Privatrechte wiederum völlig fremde *Rechtsbegriff eines Organes als des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens verfassungsmässig berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit*.“

Das Wesen des *Gierkeschen* Organbegriffes bildet somit die *Funktion* für das Ganze, den Organismus. Dieser funktionelle Organbegriff ist aber seiner methodischen Struktur nach ein soziologischer und steht durchaus auf einer Stufe mit dem naturwissenschaftlichen, biologischen Organbegriffe.

Daß die Naturwissenschaft einen präzisen, allgemein anerkannten Organbegriff²⁸¹³ nicht ausgebildet hat, wurde schon von *van Krieken* in seiner Untersuchung der organischen Staatstheorie²⁾ hervorgehoben. Es ist seither nicht besser geworden. Und der Grund hierfür ist vielleicht nicht schwer zu erkennen, wenn man die Definition näher betrachtet, die *van Krieken* als das Durchschnittsergebnis der bei den naturwissenschaftlichen Theoretikern üblichen Organbegriffe gibt und die wohl auch heute noch als zutreffend gelten muß: „Organe sind demnach Teile, die zur Ausübung | der die Fortdauer des Ganzen bedingenden Funktionen mit diesem Ganzen zu einer und derselben Lebensgesamtheit verbunden sind“⁽¹⁾.

Was bei dieser Definition sofort in die Augen fällt, ist ihr teleologisches Gepräge: Der spezifische *Zweck* ist es, der das Wesen des Organes ausmacht, und zwar der Zweck für das Ganze; die Funktion des Organes erfolgt im Interesse, zur Förderung oder Fortdauer des Ganzen, das Organ ist nicht Selbstzweck, sondern der Zweck, dem es dient, liegt außerhalb seiner Grenzen. Dieser Zweckcharakter des Funktionsmomentes zeigt sich deutlich darin, daß z. B. ein Komplex von Zellen, der, äußerlich eine Einheit bildend, eine das Ganze schädigende, den Organismus hemmende Tätigkeit (Funktion) entfaltet – wie etwa ein bösartiges Geschwür am menschlichen Körper – niemals als „Organ“ betrachtet werden kann.

²⁾ Über die sogenannte organische Staatstheorie. Leipzig 1873. S. 129.²⁸¹⁴

¹⁾ a. a. O. S. 130.²⁸¹⁵

²⁸¹² «*hier ein*»] *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 2510), S. 329: «*hier zugleich ein*».

²⁸¹³ «*Naturwissenschaft ... Organbegriff*»] A₁ «*Naturwissenschaft, aus der der Organbegriff [bricht ab]*»; A₂ «*Naturwissenschaft einen präzisen Organbegriff*»; A₃ «*Naturwissenschaft ... Organbegriff*».

²⁸¹⁴ *Albert Theodor van Krieken*, Ueber die sogenannte organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs, Leipzig 1873, S. 129.

²⁸¹⁵ *Krieken*, Staatstheorie (Anm. 2814), S. 130.

Es ist kein Zufall, daß schon *van Krieken*, der bei seiner Suche nach einer präzisen Organdefinition auf naturwissenschaftlicher Seite so wenig Belege aufzuweisen hatte, gerade in *Hyrtls* Lehrbuch der Anatomie des Menschen²⁾ das Gewünschte fand.²⁸¹⁷ „Jeder Teil des Ganzen“, sagt *Hyrtl*, „der seine partielle Existenz dem Endzwecke unterordnet, welcher durch die vereinte Wirkung aller übrigen Teile erzielt werden soll, heißt *Organ*, und die zweckmäßige Vereinigung aller Organe zu einem lebensfähigen Ganzen: Organismus. Ein Organ hat den Grund seines Vorhandenseins nicht in sich, sondern in dem Ganzen, welchem es angehört. Der letzte Endzweck²⁸¹⁸ der Organe ist somit nicht ihr eigenes Bestehen, sondern die Konkurrenz zum Bestehen des Ganzen ...“ Die teleologische Natur dieser Begriffsbildung ist klar. *Hyrtl* steht aber mit seiner ganzen naturwissenschaftlichen Anschauungsweise in einem strikten Gegensatz zur heute herrschenden materialistischen, die alle Teleologie aufs entschiedenste verwirft und aus diesem Grunde zu keinem Organbegriff gelangen kann; denn dieser ist seiner Natur nach ein Zweckbegriff. Wenn die materialistische Naturbetrachtung sich auch heute noch des Organbegriffes bis zu einem gewissen Grade bedient, so kann das für sie nur ein provisorischer Notbehelf, keine endgültige Wahrheit sein; denn indem sie auf das synthetische Prinzip des Zweckes verzichtet, kann sie überall nur äußerlich verbundene Bewegung materieller Elemente erblicken und ihr analytischer, atomisierender Erkenntnisprozeß kann erst Halt machen, wenn er bei kleinsten, nicht weiter teilbaren Einheiten und deren Bewegung angelangt ist. Für eine derartige Betrachtungsweise ist es streng genommen unrichtig, von dem Auge als einem selbständigen | Organe des menschlichen Körpers zu sprechen; auch hier liegt wie überall nur eine Summe in Bewegung befindlicher Atome vor. Denn das principium individuationis²⁸¹⁹, das der Einheit „Organ“ zu Grunde liegt, ist der spezifische Zweck. Und darum müssen sämtliche Versuche, einen Organbegriff unter Eliminierung des Zweckmomentes zu bilden, scheitern. So hat man z. B. versucht, als Organ jenen Teil eines körperlich-selbständigen Ganzen²⁸²⁰ zu charakterisieren, der, äußerlich abgeschlossen, eine bestimmte Tätigkeit entfaltet. Ganz abgesehen davon, daß auf Grund solcher Definition auch ein Karzinom ein Organ des Körpers wäre, ist zu betonen, daß jeder, auch der kleinste Teil eines

| 455

²⁾ S. 7, § 2. Organisation, Organ, Organismus.²⁸¹⁶

²⁸¹⁶ *Joseph Hyrtl*, Lehrbuch der Anatomie des Menschen, mit Rücksicht auf physiologische Begründung und praktische Anwendung, 6. Aufl., Wien 1859, S. 6f. – Kelsen hat *Hyrtl* wahrscheinlich nur mittelbar über *Krieken*, Staatstheorie (Anm. 2814), S. 128 Anm. 9 zitiert, der dort seinerseits ein längeres Zitat von *Hyrtl* mit der von Kelsen wörtlich übernommenen Fundstellenangabe „S. 7, § 2. Organisation, Organ, Organismus“ anführt.

²⁸¹⁷ Vgl. *Krieken*, Staatstheorie (Anm. 2814), S. 128 Anm. 9.

²⁸¹⁸ «Endzweck»] *Hyrtl*, Anatomie (Anm. 2816), S. 7: «Zweck».

²⁸¹⁹ Lat.: principium individuationis; dt.: Individuationsprinzip; dieses antwortet auf die Frage, was Individualität bedingt, ermöglicht und erklärt.

²⁸²⁰ «eines körperlich-selbständigen Ganzen»] A₁ «eines Ganzen»; A₂ «eines körperlich selbständigen Ganzen».

Organismus irgendeine Tätigkeit verrichtet, der Begriff einer „Tätigkeit“ schon ein Zweckmoment voraussetzt, wenn darunter nicht die Bewegung des Moleküls verstanden sein soll. Denn was sollte sonst der Grund sein, die Bewegung mehrerer Moleküle als einheitlich zusammenzufassen? Dann ist aber auch die äußere Abgrenzung irgendeines Teiles des Ganzen höchst willkürlich, ja, die Abgrenzung des ganzen Organismus von seiner Umgebung, mit der er durch physikalische und chemische Prozesse nicht wesentlich anders verbunden ist als seine Teile in ihm, ist ohne Zweckmoment endgültig nicht denkbar. Für eine materialistisch-mechanistische Weltanschauung muß das ganze Universum in eine Masse in Bewegung befindlicher Moleküle zerfallen. Ja, das natürliche Endziel, die notwendige Tendenz der materialistischen Begriffsbildung geht auf die Auflösung des Organismus in einen *Mechanismus* und mit der Negation des *Organismus* muß notwendig der Begriff des Organes wegfallen.

Ob und inwieweit die Naturwissenschaft der Zweckbetrachtung und des Organbegriffes entbehren kann, muß hier dahingestellt bleiben. Sicherlich kann die *Soziologie* darauf nicht verzichten. Der Begriff der Gesellschaft und gesellschaftlicher Organe ist ohne Zweckvorstellung undenkbar. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß als *soziales* Organ oder als Organ im Sinne der Soziologie vollkommen korrekt, ja, einzig und allein jene Menschen oder²⁸²¹ jene Menschengruppen zu bezeichnen sind, die irgendeine Funktion für das Ganze, die Gesellschaft, ausüben. Müßte man nicht zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen juristisch-formaler und soziologisch-substantieller Betrachtung scharf und prinzipiell unterscheiden²⁸²², wäre der Begriff des Staatsorganes ein Spezialfall des Begriffes Organ überhaupt. Es ist daher selbstverständlich, daß *Gierke*, dem Staat und Gesellschaft keine Gegensätze sind, der als Staatswille den gesellschaftlichen Gesamtwillen²⁸²³ betrachtet, auch im Staatsorgane nur ein qualifiziertes, nämlich rechtlich berufenes Sozialorgan erblickt! | Wie nach *Gierke* der Staatswille nicht durch die Rechtsordnung geschaffen, sondern, unabhängig von dieser existierend, von ihr nur anerkannt wird¹⁾, wie *Gierke* die Rechtspersönlichkeit nicht als ausschließliches Produkt²⁸²⁵ der Rechtsordnung gelten lassen will, sondern in ihr nur die von der Rechtsordnung anerkannte *reale* Einheit: Mensch oder Korporation erblickt, so ist ihm auch das Staatsorgan etwas unabhängig von der Rechtsordnung Exi-

|456

|456 |¹⁾ Vgl. oben S. 164.²⁸²⁴

²⁸²¹ «Organ ... oder»] A₁ «Organ vollkommen korrekt, jener Mensch oder»; A₂ «Organ oder: als Organ im Sinne der Soziologie vollkommen korrekt, ja einzig und allein jener Mensch oder».

²⁸²² «scharf und prinzipiell unterscheiden»] A₁ «scharf unterscheiden»; A₂ «scharf und prinzipiell unterscheiden».

²⁸²³ «den gesellschaftlichen Gesamtwillen»] A₁ «den Gesamtwillen»; A₂ «den gesellschaftlichen Gesamtwillen».

²⁸²⁴ Vgl. oben S. 273, 275.

²⁸²⁵ «als ausschließliches Produkt»] A₁ «als Produkt»; A₂ «als ausschließliches Produkt».

stentes, die Bildung und Wirksamkeit²⁸²⁶ desselben ein „natürlicher und historischer Vorgang“, der nur „im bestimmten Umfange Gegenstand des Rechtes“²⁸²⁷ ist. Es liegt hier derselbe Typus juristischer Begriffsbildung vor, der sich als Verquickung²⁸²⁸ des formalen mit dem substantiellen Elemente charakterisiert und der im Laufe dieser Untersuchungen schon wiederholt – so anlässlich der Kritik des herrschenden Rechtspflichtbegriffes als der rechtlich relevanten Moralpflicht²⁸²⁹ – abgelehnt wurde.

Die Verwendung des *substantiellen* Zweckmomentes bei der Konstruktion eines *formalen* Rechtsbegriffes²⁸³⁰ – dieser grösste aller methodischen Fehler – ist bei Gierke und seiner organischen Schule umso auffallender, als es gerade zu den größten Verdiensten dieser Richtung gehört, gegen die Verwendung des Zweckmomentes energisch Stellung genommen zu haben. Sie gerät dadurch²⁾²⁸³² auch beim Organbegriffe in den schon im 1. Buche dieser Untersuchungen festgestellten Widerspruch. Es muß ein Rätsel bleiben, wie man die ausgezeichneten, gegen die Verwendung des Zweckmomentes gerichteten Ausführungen²⁸³³ eines so enragierten Organtheoretikers, wie Preuss³⁾, mit dem von ihm vollinhaltlich akzeptierten Gierkeschen „Rechtsbegriff eines Organes, als²⁸³⁵ des zu einer bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit“²⁸³⁶, in Einklang bringen soll.

²⁾ Vgl. oben S. 84 ff.²⁸³¹

³⁾ Zur Methode der juristischen Begriffsbildung, in: *Schmollers* Jahrbuch 1900. S. 359 ff.²⁸³⁴

²⁸²⁶ «Wirksamkeit»] A₁ «Tätigkeit»; A₂ «Wirksamkeit».

²⁸²⁷ Beide Zitate: Gierke, Staatsrechtstheorien (Anm. 2510), S. 329 – dazu ergänzend oben S. 594 bei Anm. 2811.

²⁸²⁸ «als Verquickung»] A «als unzulässige Verquickung»; F* «als Verquickung».

²⁸²⁹ Vgl. oben. S. 540 f.

²⁸³⁰ «Konstruktion eines *formalen* Rechtsbegriffes»] A «Konstruktion *formaler* Rechtsbegriffe»; F* «Konstruktion eines *formalen* Rechtsbegriffes».

²⁸³¹ Vgl. oben S. 174–188.

²⁸³² Anmerkung in F* eingefügt.

²⁸³³ «ausgezeichneten ... Ausführungen»] A₁ «ausgezeichneten Ausführungen»; A₂ «ausgezeichneten ... Ausführungen».

²⁸³⁴ Hugo Preuß, Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion. [Buchbesprechung:] Dr. Julius Hatschek: „Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung.“ (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausg. von Jellinek und Meyer. Bd. II, Heft 1.) Leipzig 1898, Duncker & Humblot. VIII u. 236 S., in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 24 (1900), S. 359–372.

²⁸³⁵ «Preuss ... Organes, als»] A₁ «Preuss, der den Gierkeschen Organbegriff vollinhaltlich akzeptiert und der ausdrücklich sagt: „das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf“, ^{Fn}aaO S 369^{Fn} und „vielmehr verwandelt überall und immer die Anwendung des Zweckmomentes jeden staatsrechtlichen Begriff in einen politischen,“ ^{Fn}aaO S 370^{Fn} mit dem von ihm vollinhaltlich akzeptierten Gierkeschen Organbegriff in Einklang als»; A₂ «Preuss, der ausdrücklich sagt: „das Zweckmoment löst jeden juristischen Begriff in flüssiges Wachs auf“, ^{Fn}aaO S 369^{Fn} und „vielmehr verwandelt überall und immer die Anwendung des Zweckmomentes jeden staatsrechtlichen Begriff in einen politischen,“ ^{Fn}aaO S 370^{Fn} mit dem von ihm vollinhaltlich akzeptierten Gierkeschen „Rechtsbegriff eines Organs, als»; F* «Preuss ... Organes, als».

²⁸³⁶ Gierke, Staatsrechtstheorien (Anm. 2510), S. 329 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

Der soziologische Organbegriff, dessen Wesen das materielle Zweckmoment, die Funktion *für* das Ganze bildet, muß notwendigerweise ein außerordentlich weiter sein. Daher ist es begreiflich, daß *Gierke* z. B. nicht nur den Wähler, sondern auch die „Wählerversammlung“⁴⁾ als solche für ein Grundorgan des Staates erklärt. Und *Richard Schmidt*⁵⁾, der den *sozialen* Organbegriff⁶⁾ sehr | treffend in der Weise charakterisiert, daß er als Organe alle Glieder eines Verbandes bezeichnet, „die irgendwie für den Verband handeln“²⁸⁴¹, führt aus, daß zum Wesen dieser Organe nicht gehöre, „daß sie dauernd für den Verband handeln, noch weniger, daß sie auf Grund einer allgemein anerkannten Regel“²⁸⁴² für den Verband tätig werden, d. h. rechtlich geordnete Organe sind. Auch der, welcher nur in einem konkreten Falle und vorübergehend für den Staat handelt, wie der Geschworene, der nur an einer Sitzung teilnimmt, oder der Privatkläger, der wegen eines Deliktes Anklage auf öffentliche Bestrafung erhebt, ist Organ des Staates. Und auch die Personen sind es, die sich impulsiv zu solcher vorübergehender Tätigkeit entschließen, der Gemeindegewisse, der an einem Gottesfrevler die Volksrache vollzieht, der Krieger, der sich bei feindlichem Zusammenstoß zum Unterhändler mit den Gegnern oder zum Anführer der kämpfenden Männer einer Horde oder eines Inselvolkes aufwirft, betätigt sich hier als Organ des Stammes in keinem andern Sinn als der Führer oder Soldat des disziplinierten Heeres.“²⁸⁴³ Ja die folgerichtige Anwendung des funktionellen Organbegriffes wird sich schwerlich anders begrenzen lassen, als daß man in jedem Gliede des Verbandes auch ein Verbandsorgan erkennt! Denn die Tätigkeit der sozial lebenden Menschen ist niemals eine rein auf sich selbst beschränkte, vielmehr werden zahlreiche Lebensäußerungen des Individuums nicht nur ihm selbst, sondern auch dem Verbandsorgan dienen. Schon die Existenz des Einzelwesens als solche ist nicht nur eine individuelle – sondern zugleich auch ein Teil des Soziallebens, da die Gesellschaft doch nur in den Individuen besteht. Die Fortpflanzung des einzelnen ist zugleich Fortpflanzung des

4) a. a. O. S. 331.²⁸³⁷

5) Allgemeine Staatslehre, S. 135/136.²⁸³⁸

6) Allerdings läßt *Schmidt* eine befriedigende Konstruktion des juristischen | Organbegriffes, den er ausdrücklich von dem sozialen getrennt wissen will, vermissen. Er begnügt sich, a. a. O. S. 229²⁸³⁹ Staatsorgane juristisch als Menschen zu bezeichnen, deren Handeln als das des Staates „angesehen“ wird und erklärt diese Zurechnung als „Fiktion“. Die Beantwortung der wesentlichsten Frage: Wodurch charakterisieren sich *juristisch* jene²⁸⁴⁰ Handlungen, die als „Organhandlungen“ nicht den handelnden Menschen, sondern dem Staate zugerechnet werden, bleibt *Schmidt* schuldig.

²⁸³⁷ *Gierke*, Staatsrechtstheorien (Anm. 2510), S. 331.

²⁸³⁸ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 2510), S. 135 f.

²⁸³⁹ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 2510), S. 229.

²⁸⁴⁰ «sich *juristisch* jene»] A₁ «sich jene»; A₂ «sich *juristisch* jene».

²⁸⁴¹ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 2510), S. 136.

²⁸⁴² «allgemein anerkannten Regel»] A₁ «allgemeinen Regel»; A₂ «allgemein anerkannten Regel».

²⁸⁴³ *Schmidt*, Staatslehre (Anm. 2510), S. 136.

Verbandes und gerade in dieser – in ihren Motiven so egoistischen – Funktion dient das Subjekt weniger sich selbst als der Gattung, ist es im wahrsten Sinne des Wortes *Organ* der Gesellschaft, deren obersten Zweck²⁸⁴⁴ der Selbsterhaltung es erfüllt. Und sind diejenigen Individuen, die für die Erzeugung der Güter und deren Verteilung – aus irgend welchen Motiven – sorgen, der Arbeiter und Unternehmer, der Landwirt und Händler, weniger Organ im sozialen Sinne als der Soldat oder Geschworene? Alle sind sie gesellschaftliche | Organe, denn alle verrichten Funktionen *für* die Gesamtheit, nicht anders als die Zelle oder ein Zellenkomplex im natürlichen Organismus, die auch durch ihre höchst individuelle Selbsttätigkeit dem ganzen Organismus dienen. Im sozialen Sinne erfolgt jede Tätigkeit eines Verbandsgliedes, wenn sie nicht *gegen* den Verband gerichtet ist, direkt oder indirekt, d. h. durch Vermittlung des Individuums, dem sie dient, *für* den Verband, d. h. es kann jede Tätigkeit unter diesem sozialen Gesichtswinkel betrachtet werden und somit jedes Verbandsmitglied als Organ gelten. Unterscheidet man nicht zwischen Staat und Gesellschaft oder sieht man als Staat die in einer bestimmten Form erscheinende Gesellschaft an (und nicht etwa diese Form selbst), dann ist jedes Staatsglied auch Staatsorgan.

| 458

Daß ein solcher erweiterter Organbegriff keinen besonderen Wert haben kann, liegt auf der Hand. Eine Einschränkung desselben für *juristische* Zwecke vollzieht man gewöhnlich in der Weise, daß man als Organtätigkeit nur die *rechtlich qualifizierte*, als Organ nur das *rechtlich geordnete* gelten läßt. Allein, ganz abgesehen davon, daß gegen eine derartige Begriffsbildung die Unzulässigkeit der Verbindung des materiellen mit dem formalen Elemente einzuwenden ist, kann eine feste und wirksame Abgrenzung des Organbegriffes darin nicht erblickt werden. Denn worin sollte diese rechtliche Qualifikation bestehen? Doch nur darin, daß die Organtätigkeit von der Rechtsordnung als Recht oder als Pflicht statuiert ist. Im ersteren Falle – und die meisten Theoretiker dürften wohl gerade diese Art der rechtlichen Qualifikation des Organes im Auge haben – kann bei den gegenwärtig herrschenden Auffassungen vom subjektiven Rechte kaum eine sichere Grenze gefunden werden. Jeder ein subjektives Gewerberecht Ausübende wäre Staatsorgan, denn seine Tätigkeit ist zumindest *auch* Funktion für den Verband und überdies rechtlich qualifiziert, nämlich als Ausübung eines subjektiven Rechtes. Erklärt man aber die *pflichtmäßige* Funktion für die Gesamtheit als Organtätigkeit, dann taucht sofort das Bedenken auf, daß jede pflichtmäßige Tätigkeit *für* den Verband erfolgt, da ja die Erfüllung der Rechtspflicht seitens der Untertanen ein Hauptzweck ist, der durch den Staat verfolgt wird. Jede Rechtspflichterfüllung erfolgt auch für den Staat, ist Realisierung staatlichen Zweckes. Aus diesem Grunde ist *rechtlich* das Zweckmoment, das „für-den-Staat-erfolgen“ kein juristisches Spezifikum des pflichtgemäßen Verhaltens. Pflichtmäßige Tätigkeit *für* den Staat wäre ein Pleonasmus. Auf Grund solcher Anschauung wäre jeder, der irgendeine

²⁸⁴⁴ «deren obersten Zweck»] A₁ «deren Zweck»; A₂ «deren obersten Zweck».

459 Rechtspflicht erfüllt, Staatsorgan. Nicht nur der steuerzahlende Bürger, auch der ein Darlehen zurückerstattende | Schuldner handelte als Staatsorgan¹⁾, denn der Zweck der staatlichen Rechtsordnung ist zweifellos ebensowohl, den Schuldner zur Zahlung des Darlehens wie den Bürger zur Entrichtung der Steuer zu veranlassen.

Man hat daher den Organbegriff in der Weise einschränken zu müssen geglaubt, daß man nicht jede für den Staat erfolgende Funktion, sondern nur eine ganz bestimmte als Organätigkeit gelten ließ. Mit Rücksicht darauf, daß das Wesen des Staatsverbandes im Staatswillen erblickt wurde, hat man die Erzeugung des staatlichen Willens als spezifische Organfunktion bezeichnet, dabei allerdings das Postulat einer rechtlichen *Qualifikation* dieser Tätigkeit, nämlich als Recht oder Pflicht, aufgegeben. So sagt z. B. *Bernatzik*²⁾: „Nicht alle Teile des Organismus sind daher ‚Organe‘; ‚Organ‘ ist bloß jener Teil desselben, welcher den die Gesamtheit bindenden Willen erzeugt. Dieser Unterschied wird selten beachtet ...“, und *Jellinek* definiert in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte³⁾: „Die staatlichen Willen bildenden Menschen werden, insoweit sie dies tun, zu staatlichen Organen“. Die Erzeugung des Staatswillens als Charakteristikum der Organätigkeit ist in den meisten Organdefinitionen der neueren Theoretiker zu finden. So sagt z. B. *Haenel*⁴⁾: „Organe aber sind diejenigen Individuen, welche durch ihr individuelles Wollen den Gemeinwillen *bilden* und tragen“ und *Anschütz*⁵⁾ erklärt als Staatsorgane „physische²⁸⁵⁰ Personen, welche, sei es als einzelne, sei es gruppiert, berufen sind, den Staatswillen zu *bilden*, zu erklären, zu vollziehen, namens des Staates zu wollen und zu handeln“.

459 |¹⁾ Wenn *Bernatzik*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Archiv für öffentl. Recht Bd. V. S. 278,²⁸⁴⁵ meint, daß die Ansicht, die den steuerzahlenden Bürger als Staatsorgan gelten läßt, konsequenterweise auch den Verbrecher, der gehenkt wird, als Organ fungieren lassen müsse, so übersieht er, daß der Verbrecher, den man hängt, keine Rechtspflicht erfüllt. Es wäre denn, daß man eine Rechtspflicht auf Erduldung der Strafe konstruierte.

²⁾ a. a. O. S. 278.²⁸⁴⁶

³⁾ 2. Aufl. S. 223.²⁸⁴⁷

⁴⁾ Deutsches Staatsrecht I. S. 85.²⁸⁴⁸

⁵⁾ In der *Kohlenschen* Enzyklopädie S. 472.²⁸⁴⁹

²⁸⁴⁵ *Edmund Bernatzik*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, in: Archiv für öffentliches Recht 5 (1890), S. 169–318 (278).

²⁸⁴⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 278.

²⁸⁴⁷ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 223.

²⁸⁴⁸ *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892, S. 85 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁸⁴⁹ *Gerhard Anschütz*, Deutsches Staatsrecht, in: Franz von Holtzendorff/Josef Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, 6. Aufl., Leipzig und Berlin 1904, S. 451–635 (472) – Hervorhebung von Kelsen.

²⁸⁵⁰ «*Anschütz* erklärt als Staatsorgane „physische“] A₁ «*Anschütz* „physische“; A₂ «*Anschütz* erklärt als Staatsorgane „physische“.

Es ist von Bedeutung, daß diese von den anorganischen Staatstheoretikern häufig vertretene Auffassung²⁸⁵¹ der Organtätigkeit als Staatswillensbildung sich als der nur unwesentlich modifizierte Funktionsbegriff der organischen Theorie darstellt. Man hob aus den möglichen *Funktionen für den Staat* die Willensbildung heraus und beschränkte den Organbegriff auf diese. Damit ist | die soziologische, durchaus unjuristische Qualität dieses Begriffes, der als Rechtsbegriff ausgegeben wird, von²⁸⁵² vornherein festgestellt. Doch kann noch auf einem anderen Wege der mit der soziologisch-juristischen Struktur²⁸⁵³ verbundene innere Widerspruch des Begriffes aufgedeckt werden.

| 460

Nimmt man die Definition beim Wort, so sind zunächst nur jene Personen als Organe aufzufassen, welche den Staatswillen erzeugen. Die „Erzeugung“ des Staatswillens erfolgt nach unbezweifelnder, herrschender Ansicht im Gesetzgebungsprozesse und so käme man, wenn auch auf anderem Wege als *Gerber*, so doch zum selben Resultate wie dieser: Nur der Monarch und das Parlament wären als Organe des Staates zu betrachten.²⁸⁵⁴ Allein daran denken die Vertreter der fraglichen Definition nicht im geringsten. Sie zweifeln nicht, daß nicht nur die Legislative, sondern auch die Exekutive von „Organen“ besorgt wird, und sind der Ansicht, daß auch die Organe der Exekutive den Willen des Staates „erzeugen“. Darin ist aber eine unzulässige Verdoppelung des Staatswillens zu erblicken! Denn entweder ist der Staatswille durch die Legislative „erzeugt“ worden, dann kann er nicht noch einmal in der Exekutive „erzeugt“ werden, oder die Exekutive erzeugt tatsächlich den Staatswillen, dann hat aber in der Legislative keine „Erzeugung“ stattgefunden! Die Ansicht, daß Richter, daß Verwaltungsbeamte im konkreten Falle den Staatswillen durch ihren individuellen psychischen Willen „erzeugen“, daß es der psychische, menschliche Wille des Exekutivorgans ist, der als Wille des Staates zu „gelten“ habe, diese Ansicht geht im Grunde darauf zurück, daß man sich den Staatswillen nur als menschlichen Willen vorstellen kann, daß man einen anderen als den in dem betreffenden Organe existenten psychischen Willen gar nicht anerkennt. Allein, diese Ansicht ist juristisch unhaltbar. Denn sie steht im absoluten Widerspruche zur Annahme eines *permanenten* Staatswillens²⁸⁵⁵, als welcher die *Rechtsordnung* zu gelten hat. Es ist bezeichnend, daß gerade *Jellinek*, der die hier verworfene Definition vertritt,²⁸⁵⁶ selbst diese Eigenart des in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens²⁸⁵⁷, dessen Permanenz vom Augenblicke

²⁸⁵¹ «vertretene Auffassung»] A₁ «vertretene Definition des Staatsorgans [bricht ab]»; A₂ «vertretene Auffassung».

²⁸⁵² «Begriffes ... von»] A₁ «Begriffes von»; A₂ «Begriffes ... von».

²⁸⁵³ «Doch ... Struktur»] A₁ «Doch auf einem anderen Wege zeigt sich die innere Struktur»; A₂ «Doch auf einem anderen Wege kann der mit der soziologisch-juristischen Struktur»; F* «Doch ... Struktur».

²⁸⁵⁴ Vgl. oben S. 592 f.

²⁸⁵⁵ «Annahme eines *permanenten* Staatswillens»] A₁ «Annahme einer Staatspersönlichkeit und eines Staatswillens»; A₂ «Annahme eines *permanenten* Staatswillens».

²⁸⁵⁶ Vgl. oben S. 594 bei Anm. 2807.

²⁸⁵⁷ «Eigenart ... Staatswillens»] A₁ «Eigenart des Staatswillens»; A₂ «Eigenart ... Staatswillens».

der Perfektion im Gesetzgebungsakte, betont!²⁸⁵⁸ Wenn jemand ein Delikt begeht, dann ist die Frage, ob der Staat den Übeltäter strafen will, sofort im Augenblicke nach vollendetem Tatbestande und noch ohne daß irgend ein richterliches oder Verwaltungsorgan an eine Strafe nur gedacht hat, mit ja zu beantworten. Wo bliebe der in der Rechtsordnung enthaltene Staatswille, wenn es erst eines Richters oder Verwaltungsbeamten bedürfte, um diesen Willen zu „erzeugen“? Die Ansicht, nach welcher der Staatswille in der Exekutive erst „erzeugt“ wird, | läßt die allerwichtigste Tatsache des konstitutionellen Staates außer Beachtung, daß eine Tätigkeit der Exekutive ohne einen bereits „vorgebildeten“ Staatswillen gar nicht möglich ist. Wodurch sollte wohl der Richter, der Verwaltungsbeamte in einem bestimmten Falle zur Tätigkeit veranlaßt werden, wenn nicht durch einen natürlich schon „erzeugten“ Willen des Staates? Auf welcher anderen Grundlage sollte die „gesetzmäßige Verwaltung und Rechtsprechung“ erfolgen als auf dem Willen des Staates, den man darum wohl schon vor dieser Tätigkeit als „erzeugt“, d. h. als perfekt ansehen muß! Nur die unglückselige Verkennung dessen, was als „Wille“ im Rechtssinne zu gelten hat, konnte zu einer solch widerspruchsvollen Konstruktion führen. Denn es ist selbstverständlich, daß von einem permanenten Staatswillen, der dauernd die gesamte Rechtsordnung zum Inhalte hat, keine Rede sein kann, wenn dieser Wille eine reale individual- oder sozial-psychische Tatsache sein soll. Auf Grund einer solchen Auffassung ist die Behauptung, jeder Rechtssatz beinhalte die Existenz eines Staatswillens, einfach eine Unwahrheit. Der Staatswille selbst würde erst existent, wenn²⁸⁵⁹ ein Staatsorgan im konkreten Falle den Willen, zu strafen, zu exequieren usw. faßte; und erst in diesem Augenblicke entstünde mit dem Staatswillen auch der Rechtssatz. Wie²⁸⁶⁰ solcherweise Rechtspflichten schon vor diesem Augenblicke zu konstruieren sind, bleibt unbegreiflich.

Den Willen des Staates durch das exekutive Staatsorgan²⁸⁶¹ „erzeugen“ zu lassen, heißt, daß man den Staatswillen in dem realpsychischen Akt erblickt, der sich in der Seele des Organes abspielt. Damit vollzieht man aber gerade das Umgekehrte jenes Prozesses, den man Zurechnung zum Staate nennt. Denn auf diese Weise verlegt man den Zurechnungspunkt in die physische Person – sofern man einen realpsychischen Akt für den Willen im Rechtssinne hält, ist dies anders gar nicht möglich – und müßte konsequenterweise die Staatshandlung als solche des menschlichen Organes²⁸⁶² ansehen. Tatsächlich ist es gerade umgekehrt: Die Zurechnung geht nicht vom Staate zum Organe, vielmehr ist der psychische Wille, den das Organ als Mensch produziert, für die Zurechnung völlig gleichgültig; die Zurechnung geht durch das Organ gleichsam hindurch zu einem außerhalb der

²⁸⁵⁸ Vgl. oben S. 562–567.

²⁸⁵⁹ «Unwahrheit. Der Staatswille selbst würde erst existent, wenn»] A «Unwahrheit. Ja der Rechtssatz selbst würde erst zur Wahrheit, wenn»; F* «Unwahrheit. Der Staatswille selbst würde erst existent, wenn».

²⁸⁶⁰ «faßte ... Wie»] A₁ «faßte; Wie»; A₂ «faßte ... Wie».

²⁸⁶¹ «das exekutive Staatsorgan»] A₁ «das Staatsorgan»; A₂ «das exekutive Staatsorgan».

²⁸⁶² «des menschlichen Organes»] A₁ «des Organes»; A₂ «des menschlichen Organes».

menschlichen Persönlichkeit gedachten, immateriellen Punkte; der psychische Wille des Organes wird bei diesem Vorgange geradezu eliminiert, juristisch nur der äußere Tatbestand der Handlung erfaßt und dem Staate zugerechnet. Wenn das Organ willenlos handeln könnte, so würde das die Existenz eines Staatswillens nicht im geringsten tangieren, denn dieser Staatswille ist keine realpsychische Tatsache, vor allem aber nicht der psychische Willensakt eines einzelnen Menschen, sondern ein Endpunkt der Zurechnung, der, ideeller Natur, überhaupt nicht an einen Körper oder gar an einen menschlichen Körper gebunden ist!²⁸⁶³

| 462

Die Theoretiker, die den Staatswillen von den Exekutivorganen „erzeugen“ lassen, geraten dabei noch in eine besondere Schwierigkeit, wenn sie Vertreter der Imperativtheorie sind; und tatsächlich sind dies alle oben zitierten Schriftsteller.²⁸⁶⁴ Denn dann hat der im Rechtssatze ausgesprochene Wille des Staates das rechtmäßige Verhalten der Untertanen zur Folge – ein Wille, der wohl etwas zu spät käme, wenn er erst im Augenblick nach erfolgtem Unrecht „gebildet“ würde. Der die Untertanen zum rechtmäßigen Verhalten verpflichtende Staatswille bliebe sonach stets unerzeugt. Aber auch der in den Exekutiv-Organen tatsächlich entstehende Wille könnte nicht als die „Erzeugung“ irgendeines Staatswillens betrachtet werden, sondern höchstens als die Befolgung, Erfüllung eines solchen; denn der Staatswille der Imperativtheorie lautet nicht: Ich, Staat, will unter gewissen Umständen strafen usw., sondern: Du, Richter, strafe usw. Dieser Imperativ – und ein Imperativ ist der Staatswille der Imperativtheoretiker – kann doch unmöglich von demjenigen „erzeugt“ werden, an den er gerichtet ist! Der Adressat kann ihn nur befolgen und das auch nur unter der Voraussetzung, daß der Imperativ-Wille dauernd besteht und noch vor der Funktion des Organes bestanden hat, da er ja diese Funktion erst hervorruft!

In diesem Zusammenhange sei auch an die bereits wiederholt hervorgehobene Tatsache erinnert, daß die Imperativtheorie gerade in ihrer Anwendung auf den Begriff des Staatsorganes ihre völlige Unzulänglichkeit erweist. Denn²⁸⁶⁵ löst man die gesamte Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen auf, so zwar, daß das rechtmäßige Verhalten aller Subjekte – mit Ausnahme des Staates, für den in einem solchen Systeme kein Platz ist – als Inhalt eines *unmittelbar* darauf gerichteten Befehles erscheint, dann ist ein Unterschied zwischen Staatsorganen und den

²⁸⁶³ «Den Willen des Staates ... gebunden ist!»] Absatz in A₂ eingefügt.

²⁸⁶⁴ Im XVII. Kapitel (S. 592–608) werden von Kelsen bis hierhin genannt und zitiert: Gerhard Anschütz (S. 602), Edmund Bernatzik (S. 602), Karl Viktor Fricker (S. 593), Carl Friedrich von Gerber (S. 592f., 603), Otto Gierke (S. 593f., 596, 598–600), Albert Haenel (S. 602), Georg Jellinek (S. 592, 594, 602f.), Karl Franz Otto Karlowa (S. 594), Albert Theodor van Krieken (S. 596f.), Paul Laband (S. 592–594), Hugo Preuß (S. 599) und Richard Schmidt (S. 600).

²⁸⁶⁵ «hervorrufft! [...] Denn»] A₁ «hervorrufft! [...] Gerade in ihrem Verhältnis [bricht ab]»; A₂ «hervorrufft! [...] In diesem Zusammenhange sei auch an die bereits wiederholt hervorgehobene Tatsache erinnert, daß die Imperativtheorie Gerade in ihrer Anwendung auf den Begriff des Staatsorganes erweist die Imperativtheorie ihre völlige Unzulänglichkeit. Denn»; F* «hervorrufft! [...] Denn».

übrigen Subjekten nicht zu finden! Denn die einen wie die anderen erfüllen die staatlichen Imperative! Der Befehl geht an den Schuldner, zu zahlen, wie an den Richter, zu verurteilen und zu exequieren. Richter und Schuldner stehen im Verhältnis zum Rechtssatze – d. h. eben rechtlich – einander gleich. Es fehlt schlechterdings an jedem Grunde, nur die Funktion des Richters oder des Exekutivorganes als²⁸⁶⁶ Tätigkeit des Staates zu betrachten und die Erfüllung der Untertanenpflichten dem Staate *nicht* zuzurechnen, denn beide qualifizieren sich rechtlich nicht anders, als daß sie Erfüllung von Imperativen der Rechtsordnung sind. Der Staat befiehlt dasjenige, was als seine eigene Handlung zu gelten hätte – wenn auf Grund der Imperativtheorie von so etwas überhaupt die Rede sein könnte – mit denselben Imperativen, wie jenes Verhalten, das ihm üblicherweise nicht zugerechnet wird. Ja, der Staat verschwindet in einer solchen Rechtsordnung ganz und gar, denn einerseits kann im Imperativ niemals die Person des Befehlenden, sondern stets nur die Person dessen erscheinen, an den der Imperativ gerichtet ist; der Staat ist der Befehlende bei allen Imperativen und das Wesen der Persönlichkeit ist auf Grund solcher Rechtsordnung: Adressat eines Imperativs zu sein; an sich selbst einen Imperativ zu richten, ist andererseits für den Staat – falls es überhaupt möglich wäre – höchst überflüssig, da er, selbst physisch handlungsunfähig, alles, was er vollzogen wissen will, ohnedies anderen, nämlich physischen Menschen auftragen muß. Die so beliebte Identifizierung von Staat und physischem Organ, mittels deren man dann behaupten könnte, der Staat richte seine Imperative dadurch, daß er sie an seine Organe lenke, an sich selbst, dieses Taschenspielerkunststück, bei dem man, wenn es erforderlich, bald zwischen Staat und Organ unterscheidet, bald beide nach Bedürfnis identifiziert, ist überhaupt unzulässig, in diesem Falle aber schon deshalb nicht zu gebrauchen, weil es hier an jedem Kriterium für das Staatsorgan fehlt.

Dieses Versagen der Imperativtheorie dem Begriffe des Staatsorganes gegenüber zeigt zur Genüge die Bedeutung, die einer richtigen Konstruktion des Rechtssatzes auch für das gegenständliche Problem zukommt. Die Imperativtheorie²⁸⁶⁷ kann der besonderen Stellung des Staatsorganes gegenüber der aller übrigen Subjekte und insbesondere auch dem Staate gegenüber darum nicht gerecht werden, weil sie den Willen des Staates als²⁸⁶⁸ einen an *andere* gerichteten Imperativ darstellt, weil demzufolge der im Rechtssatze ausgesprochene Staatswille stets *fremdes* Verhalten, d. h. das rechtmäßige Verhalten eines anderen Subjektes als des Staates zum Inhalte haben muß. Darum ist es unmöglich, irgendein Verhalten eines Menschen *auf Grund der Rechtsordnung* als das des Staates zu erkennen, und

²⁸⁶⁶ «Richters oder des Exekutivorganes als»] A₁ «Richters als»; A₂ «Richters oder des Exekutivbeamten als»; A₃ «Richters oder des Exekutivorganes als».

²⁸⁶⁷ «zukommt. Die Imperativtheorie»] A₁ «zukommt. Die hier vertretene Formulierung des Rechtssatzes aber wird [bricht ab]»; A₂ «zukommt. Die Imperativtheorie».

²⁸⁶⁸ «weil sie den Willen des Staates als»] A₁ «weil sie als Inhalt den Staatswillen als»; A₂ «weil sie den Willen des Staates als».

wenn Imperativtheoretiker tatsächlich die Handlungen gewisser Subjekte nicht ihnen selbst, sondern dem Staate zurechnen, so geschieht dies ohne *rechtlichen* Grund, durchaus willkürlich.

Nun zeigt sich auch in dieser Hinsicht die Bedeutung und Tragweite der hier vertretenen Konstruktion, derzufolge der Rechtssatz einen Willen des Staates zu *eigenem* Verhalten beinhaltet *und somit schon im Rechtssatze das Kriterium dafür gelegen ist, was als Handlung des Staates zu gelten hat.*

Die richtige Problemstellung, die zu einem korrekten juristischen Organbegriffe führt, muß von dem Satze ausgehen, bei dem manche Theoretiker allerdings schon stehen bleiben, daß Staatsorgane²⁸⁶⁹ jene Personen oder Personenmehrheiten sind, deren Handlungen als solche des Staates zu gelten haben. Und nunmehr muss zur Beantwortung der wesentlichen Frage geschritten werden: Was für Handlungen sind dies, die nicht den physisch handelnden Menschen, sondern dem Staate zugerechnet werden? Warum ist überhaupt irgendeine Handlung eines Menschen als solche des Staates anzusehen? Was ist das Kriterium dieser Zurechnung und somit der Organhandlung und der Organperson? Die Theoretiker, die auf die Beantwortung dieser Frage verzichten, müssen sich notwendig in einem *circulus vitiosus* bewegen: denn sie werden die Frage, warum eine Handlung dem Staate zugerechnet wird, damit beantworten, daß der Handelnde Organ ist und den Handelnden darum für ein Staatsorgan erklären, weil seine oder gewisse seiner Handlungen nicht ihm selbst, sondern dem Staate zugerechnet werden. Es ist mit Nachdruck zu betonen, dass das gesuchte Zurechnungskriterium nur aus dem positiven Rechte selbst geholt werden darf, daß es in einem unzulässigen Widerspruch zur Methode einer Theorie des *positiven* Rechtes steht, das Wesen der Organhandlung in einem „natürlichen“, ausserhalb des Rechtes selbst gelegenen Prinzipie zu suchen, wie es alle jene Theoretiker tun, die den Rechtsbegriff des Staatsorganes nach Analogie oder gar wegen angenommener Wesensgleichheit in²⁸⁷⁰ *Übereinstimmung* mit dem Begriff des natürlichen Organes bilden und so die Funktion oder eine *bestimmte Funktion für*²⁸⁷¹ das Ganze, das Zweckmoment, für das Kriterium der Organtätigkeit ausgeben. Die soziologische, unjuristische Natur eines derartigen Organbegriffes wurde bereits dargetan.²⁸⁷² Hat man nun die hier als richtig erkannte Formulierung des Rechtssatzes akzeptiert, dann bietet der Rechtssatz selbst die gewünschte Zurechnungsregel. Denn im Rechtssatze, der einen Willen des Staates zu eigenem Handeln beinhaltet, ist bereits festgestellt, welche Tatbestände als solche des Staates gelten müssen. *Als spezifische Organtätigkeit*²⁸⁷³ sind dann jene Handlungen zu erkennen, die sich als Realisierung des im

| 464

²⁸⁶⁹ «Staatsorgane»] A₁ «Organe»; A₂ «StaatsOrgane».

²⁸⁷⁰ «oder gar wegen angenommener Wesensgleichheit in»] A₁ «oder in»; A₂ «oder gar wegen angenommener Wesensgleichheit in».

²⁸⁷¹ «Funktion oder eine bestimmte Funktion für»] A₁ «Funktion für»; A₂ «Funktion oder eine bestimmte Funktion für».

²⁸⁷² Vgl. insb. oben S. 598 f.

²⁸⁷³ «Als spezifische Organtätigkeit»] A₁ «Als Organtätigkeit»; A₂ «Als spezifische Organtätigkeit».

Rechtssätze ausgesprochenen Staatswillens darstellen. Damit ist aber ein prinzipieller Unterschied zwischen der Stellung des Staatsorganes und der übrigen Subjekte – der Untertanen – geschaffen. Denn die letzteren „befolgen“ den Rechtssatz oder „befolgen“ ihn nicht, je nachdem sie den Tatbestand²⁸⁷⁴, an den der Wille des Staates zur Unrechtsfolge geknüpft ist, vermeiden oder setzen. Den Rechtssatz „realisieren“, d. h. den in ihm enthaltenen Staatswillen zur Tat machen, kann nur das Staatsorgan. Darin liegt die Bedeutung der hier gewählten Konstruktion des Rechtssatzes, daß das Verhalten der Untertanen im Rechtssatze eine prinzipiell
 |465 andere Stellung einnimmt | als das Handeln der Staatsorgane, wodurch zwischen der Stellung beider eine rechtliche Differenz entsteht, während die Formulierung der Imperativtheorie für diesen wichtigen Unterschied keinen Ausdruck findet.

Die Formulierung des Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteiles über einen Willen des Staates zu *eigenem* Verhalten und die auf Grund desselben erfolgte Konstruktion der Organtätigkeit als „Realisierung“ von Rechtssätzen bringt auch den richtigen Grundgedanken des konstitutionellen Prinzipes zum Ausdruck, daß die gesamte Tätigkeit der Staatsorgane eine gesetzmäßige sein muß. Wo immer jemand von Staats wegen zu handeln vorgibt, muß er sich auf einen Rechtssatz berufen können, der diese²⁸⁷⁵ Handlung als vom Staate gewollt und daher als eine dem Staate zurechenbare erscheinen läßt. Eine rechtssatz- oder gesetzlose Tätigkeit von Staatsorganen ist im modernen *Rechts*-Staate undenkbar.

²⁸⁷⁴ «oder ... Tatbestand»] A₁ «oder übertreten ihn, je nach dem sie die an den Staatswillen zur Unrechtsfolge [bricht ab]»; A₂ «oder ... Tatbestand».

²⁸⁷⁵ «der diese»] A₁ «der ihn dazu ermächtigt oder verpflichtet, und diese»; A₂ «der diese».

XVIII. Kapitel. Die Legislative.

Der hier vertretenen Konstruktion wird man vor allem entgegenhalten, daß sie ausschließlich die Exekutive, nicht aber die Legislative berücksichtigt, daß eine Definition der Organtätigkeit als Realisierung des Staatswillens die sogenannten Staatsorgane²⁸⁷⁶ mit legislativen Funktionen, die gesetzgebenden Faktoren nicht erfassen kann.

Allein, diesem Einwand ist begegnet, wenn der Nachweis gelungen ist, daß die auf „Erzeugung“ des Staatswillens gerichtete Tätigkeit nicht als Funktion des Staates gelten kann, sondern als ein *sozialer* Vorgang zu charakterisieren ist, daß mangels einer Zurechnung zum Staate die an der Legislative beteiligten Faktoren, die Abgeordneten und deren Wähler, das Parlament und der Monarch nicht als Staatsorgane zu betrachten sind, deren Wesen darin seinen Ausdruck findet, daß ihre Handlungen nicht ihnen selbst, sondern der Staatsperson zugeschrieben werden.

Der erforderliche Nachweis dafür, daß es mit den Mitteln und in den Grenzen streng juristischer Konstruktion nicht möglich ist, die „Erzeugung“ des Staatswillens als Funktion der Staatsperson aufzufassen, ist bereits bei der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Recht und Staat erbracht worden¹⁾. Dort wurde gezeigt, |welch grober *petitio principii* sich die Lehre schuldig macht, die den Staat als Schöpfer seines Rechtes d. h. ja als Erzeuger seines Willens hinstellt. Dort wurde auch die rein *soziale* Natur des Gesetzgebungsprozesses dargetan. In diesem Zusammenhang mögen nur noch folgende Bemerkungen ergänzend hinzugefügt werden.

| 466

Daß irgend jemand Staatsorgan und seine Tätigkeit Staatsfunktion sei, dieses Urteil ist nur auf Grund eines bestehenden Rechtssatzes möglich; es setzt die Existenz einer Zurechnungsregel voraus. Alle jene Vorgänge nun, die gleichsam das Zustandekommen dieser Zurechnungsregel ausmachen, selbst wieder zuzurechnen, ist eine logische Unmöglichkeit. Und dies trifft nicht etwa nur auf die historisch *erste* Zurechnungsregel, den ersten Rechtserzeugungs- oder Gesetzgebungsakt zu, sondern das Zustandekommen jedes einzelnen Rechtssatzes ist juri-

¹⁾ Vgl. oben S. 405 ff.²⁸⁷⁷

| 465

²⁸⁷⁶ «sogenannten Staatsorgane»] A₁ «sogenannten legislativen Staatsorgane»; A₂ «sogenannten Staatsorgane».

²⁸⁷⁷ Vgl. oben S. 541–567.

stisch eine Urzeugung des Rechtes und formell nicht anderer Natur als der historisch erste Akt. Der Rechtssatz, auf Grund dessen die „Erzeugung“ des Staatswillens als Staatstätigkeit erscheinen könnte, ist logisch unmöglich, denn er müßte einen Willen und d. h. eine Rechtspflicht des Staates beinhalten, Gesetze zu geben oder einen eigenen „Willen“ zustande zu bringen; das gäbe, konsequent durchgedacht, einen „Willen zu²⁸⁷⁸ wollen“, was – wie bereits oben bemerkt²⁸⁷⁹ – eine Verdoppelung wäre, die, ob man nun den Willen psychologisch oder juristisch faßt, ein Unding ist.

Die „Erzeugung“ des Staatswillens, das ist den Inbegriff aller jener Vorgänge, die zur Legislative gehören, als Funktion des Staates erklären, heißt soviel, wie sie juristisch konstruieren. Allein, alle juristische Konstruktion hat zur unumgänglichen Voraussetzung: die Existenz der Rechtsordnung, die Tatsache, daß Rechtsätze und in ihnen ein²⁸⁸⁰ fertiger Staatswille bestehen. Diese Tatsache ist der fixe Punkt, von dem alle juristische Konstruktion *ausgehen* – über den sie aber niemals *hinausgehen* kann. Und das Bemühen, die Entstehung der Rechtsordnung im ganzen oder das Zustandekommen des Rechtssatzes im einzelnen als Funktion des Staates, präziser als Erfüllung einer Rechtspflicht der Staatsperson zu erfassen, also solchermaßen *juristisch zu konstruieren*, ist ebenso zu beurteilen wie ein vom Standpunkte explikativer Betrachtung unternommener Versuch, den letzten Grund der Seins-Welt zu bestimmen; und dieses Urteil könnte nicht treffender gefaßt werden, als mit den tiefen Worten *Grillparzers*:

„Geläng’ es mir, des Weltalls Grund,
Somit auch meinen auszusagen,
So könnt’ ich auch zur selben Stund’
Mich selbst auf meinen Armen tragen.“²⁸⁸¹

|467 |Für diejenigen, die in der Irrlehre von der psychischen Natur des juristischen Willens befangen sind, mag es etwas Befremdliches haben, die Staatsperson „wollen“, aber nicht ihren Willen selbst „erzeugen“ zu lassen¹⁾. Allein, die Erkenntnis des wahren Wesens des Staatswillens und die richtige Erfassung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft²⁾ wird ein solches Bedenken gar nicht aufkommen

|467 |¹⁾ Vgl. dazu auch oben S. 405 ff.²⁸⁸²

²⁾ Vgl. oben S. 411.²⁸⁸³

²⁸⁷⁸ «einen eigenen ... „Willen zu»] A₁ «einen „Willen“ zustande zu bringen, also ein „Wille zu»; A₂ «einen eigenen „Willen“ zustande zu bringen, also konsequent durchgedacht: ein „Willen zu»; F* «einen eigenen ... „Willen zu».

²⁸⁷⁹ Vgl. oben S. 545 f., 560, 603–605.

²⁸⁸⁰ «Rechtssätze und in ihnen ein»] A₁ «Rechtssätze, dh. ein»; A₂ «Rechtssätze und in ihnen ein».

²⁸⁸¹ *Franz Grillparzer*, [Geläng’ es mir, des Weltalls Grund] (1854), in: Peter Frank (Hrsg.), *Franz Grillparzer. Sämtliche Werke*, Bd. 1, München 1960–1965, S. 525 f.

²⁸⁸² Vgl. oben S. 541–548.

²⁸⁸³ Vgl. oben S. 547 f.

und wird vor allem den schweren Fehler vermeiden lassen, der mit der psychologisch-soziologischen Methode in der Jurisprudenz notwendig verbunden ist: das Überschreiten der Grenzen juristischer Konstruktion.

Die hier vertretene Lehre, daß die legislativen Faktoren: das Parlament und der Monarch (als Gesetzgeber) *keine* Staatsorgane sind, findet ihr vollkommenstes Widerspiel und – bei der inneren Verwandtschaft aller Gegensätze – die meisten Berührungspunkte in der *Gerberschen* Theorie, derzufolge gerade *nur* diese Faktoren Staatsorgane seien. (Von der *Gerberschen* Begründung seiner Theorie: dem eigenen Rechte des Monarchen und der Stände, müßte bei dieser Parallele allerdings abgesehen werden).²⁸⁸⁴ Das Wesentlichste, das sowohl in der *Gerberschen* als auch in der hier akzeptierten Konstruktion zum Ausdrucke kommt, das aber bei der sonst üblichen Verwendung des Organbegriffes nicht berücksichtigt wird, ist der prinzipielle und grundlegende Unterschied, der zwischen Legislative und Exekutive besteht. Es wäre schließlich durchaus möglich, die legislativen den Staatswillen und somit die *Staatsperson* „erzeugenden“ Faktoren²⁸⁸⁵ Organe des Staates zu nennen, so wie man von dem Auge als von dem Organe des Sehens, von den Zeitungen als den Organen der öffentlichen Meinung spricht, wobei hier der Genetiv nicht das Ganze bezeichnet, dessen organischer Bestandteil das Organ ist, sondern vielmehr das Produkt, den Effekt, der durch das Organ als *Werkzeug* (und das ist die ursprüngliche Bedeutung des griechischen Wortes: organon) hergestellt²⁸⁸⁶ oder vermittelt wird. Allein, wenn man das Wort Organ in dieser Bedeutung faßt und in diesem gänzlich unjuristischen Sinne die²⁸⁸⁷ gesetzgebenden Faktoren als Organe des Staates bezeichnet, dann kann der fragliche Terminus in keiner Weise mehr für andere Personen in ihrem Verhältnisse zum Staate Anwendung finden, dann darf insbesondere jene spezifische Relation, derzufolge gewisse Handlungen nicht den physisch Handelnden selbst, sondern dem Staate zuzurechnen sind, nicht als *Organschaft* bezeichnet werden. Worauf es ankommt, das ist die Erkenntnis der vollständigen Disparität zwischen „Organen“ im ersten | und „Organen“ im zweiten Sinne, eine Gegensätzlichkeit, die umsoweniger unter einem gemeinsamen Terminus verdeckt werden darf, als eine derartig irreführende Nomenklatur nur allzuleicht die Grenzen der juristischen Begriffsbildung verwischt.

|468

Das Resultat der Lehre²⁸⁸⁸, daß die „Erzeugung des Staatswillens“ sozialer Natur, nicht Staatsfunktion sei, die Erkenntnis nämlich, daß die legislativen Faktoren nicht als Staatsorgane angesehen werden können, ist, wenn auch nicht im vollen

²⁸⁸⁴ Vgl. oben S. 592 f.

²⁸⁸⁵ «legislativen ... Faktoren»] A₁ «legislativen Faktoren»; A₂ «legislativen den Staatswillen und somit die *Staatsperson* erzeugenden Faktoren».

²⁸⁸⁶ «Effekt ... hergestellt»] A₁ «Effekt, der durch das *Werkzeug* hergestellt»; A₂ «Effekt ... hergestellt».

²⁸⁸⁷ «man das ... Sinne die»] A₁ «man den Begriff Organ in diesem Sinne faßt, und in dieser Bedeutung die»; A₂ «man das ... Sinne die».

²⁸⁸⁸ «Das Resultat der Lehre»] A₁ «Die Lehre»; A₂ «Die Konsequenz der Lehre»; A₃ «Das Resultat der Lehre».

Umfange, so doch zum Teile wenigstens in der älteren Literatur²⁸⁸⁹ vertreten worden. Im Zusammenhange mit dem von *Lorenz von Stein* ausgebildeten Gesellschaftsbegriffe und dem darauf konstruierten Gegensatze von Staat und Gesellschaft sind die auf der *Steinschen* Lehre fußenden Theoretiker wie *Mohl*, *Gneist*, *Mejer* wenigstens bezüglich *eines* der gesetzgebenden Faktoren – des Parlamentes – zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen, indem sie dieses nur als soziales Organ der Interessenvertretung, nicht aber als Staatsorgan gelten ließen.

Nun sind die Voraussetzungen, auf Grund deren man zu dieser Anschauung kam, wesentlich andere als die hier angenommenen, denn der *Steinsche* Antagonismus zwischen Staat und Gesellschaft deckt sich nur zum Teile mit dem diesen Untersuchungen unterstellten Gegensatze, der unter den von Form und Inhalt fällt und demzufolge der Staat eine *Form* der Gesellschaft ist. Auch weist das Endergebnis der auf Basis der *Steinschen* Lehre aufgebauten Konstruktion, die sich von der hier vertretenen Auffassung insofern unterscheidet, als dort nur von einem Teile der gesetzgebenden Faktoren, nämlich dem Parlamente, zugegeben ist²⁸⁹⁰, was hier als Wesen der gesetzgebenden Faktoren überhaupt erkannt wird – schon an und für sich eine gewisse Halbheit und Inkonsequenz auf, da dem Parlamente, dessen wesentliche Funktion die Gesetzgebung ist, gerade in dieser Hinsicht keine andere Stellung zukommen kann als dem²⁸⁹¹ Monarchen in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber. Dennoch ist besonders in einem Punkte eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden Theorien zu konstatieren, das ist bezüglich der materiellen Stellung, die den gesetzgebenden Faktoren oder wenigstens dem Parlamente in dem Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft eingeräumt wird. Wurde hier die Ansicht ausgesprochen, daß der Gesetzgebungsprozeß den Punkt bedeute, an dem die Gesellschaft in den Staat übergeht¹⁾, so sprechen die vorzitierten Autoren von dem Parlamente häufig als | von einem „Zwischenbau“ zwischen Staat und Gesellschaft, so sagt z. B. *Mejer*¹⁾, daß „durch das Institut der modernen Volksrepräsentation²⁸⁹⁵ zwischen Gesellschaft und Staat eine Vermittelung“ eintrete. |469

Auch in neuerer Zeit sind vereinzelt Stimmen laut geworden, die dem Parlamente den Charakter eines Staatsorganes abgesprochen haben. Doch ist dies gleichfalls von wesentlich anderen Voraussetzungen aus erfolgt, als jene sind, auf

¹⁾ Vgl. oben S. 411.²⁸⁹²

¹⁾ Einleitung in das deutsche Staatsrecht. 2. Aufl. 1884. S. 19.^{2893, 2894}

|468

|469

²⁸⁸⁹ «der älteren Literatur»] A₁ «der Literatur»; A₂ «der älteren Literatur».

²⁸⁹⁰ «Faktoren, nämlich dem Parlamente, zugegeben ist»] A₁ «Faktoren erkannt ist»; A₂ «Faktoren nämlich dem Parlamente zugegeben ist».

²⁸⁹¹ «Hinsicht ... als dem»] A₁ «Hinsicht dem»; A₂ «Hinsicht ... als dem».

²⁸⁹² Vgl. oben S. 547.

²⁸⁹³ «Einleitung ... S. 19.»] A «aaO S 19»; F* «Einleitung ... S. 19.».

²⁸⁹⁴ *Otto Mejer*, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht, 2. Aufl., Freiburg i. Br. und Tübingen 1884, S. 19.

²⁸⁹⁵ «der modernen Volksrepräsentation»] A₁ «der Volksrepräsentation»; A₂ «der modernen Volksrepräsentation».

Grund deren diese Untersuchungen die Staatswillenserzeugung nicht als Staatsfunktion gelten lassen können. Da den fraglichen Argumentationen durchaus nicht beigezogen werden kann, ist es notwendig, sich mit ihnen prinzipiell auseinanderzusetzen, schon um der Gefahr vorzubeugen, daß die hier vertretene Lehre den obenerwähnten Richtungen zugezählt werde.

In diesem Zusammenhange ist vor allem *Rieker*²⁸⁹⁶ zu nennen, der in seiner Schrift: „Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung“⁽²⁾ mit großem Nachdrucke dagegen Stellung nimmt, das Parlament als Staatsorgan zu betrachten. Als Organ erklärt er „diejenige physische Person oder kollegialisch organisierte Personenmehrheit, durch die die Gesamtperson will und handelt, deren Willen und Handlungen also als solche der Gesamtperson anzusehen sind“⁽³⁾. Diese Organdefinition ist ein Schulbeispiel für die schon oben⁽⁴⁾ charakterisierten Umschreibungen des Begriffes, die in Wahrheit gar keine Definitionen sind, sondern das Problem umgehen, statt es zu lösen. Denn welche Personen es gerade sind, durch die der Staat will und handelt, oder, was dasselbe ist: deren Willensakte und Handlungen²⁹⁰⁰ dem Staate zugerechnet werden, das ist aus der Definition nicht zu ersehen. Auffallend ist bei derselben noch der Umstand, daß nicht nur Handlungen, sondern auch psychische Willensakte von Menschen dem Staate zugerechnet werden, was damit zusammenhängt, daß der Staatswille, als *psychische* Tatsache aufgefaßt, natürlich nur im Menschen gefunden werden kann! Es wäre *Rieker* gar nicht möglich, aus seiner Definition ein wirksames Kriterium dafür zu finden, welche Personen eigentlich als Staatsorgane zu gelten hätten und welche nicht. Wenn er tatsächlich zu dem Resultate kommt, daß nur der Monarch und nicht die Volksvertretung Staatsorgane seien, so geschieht dies nicht auf Grund der von ihm vorangestellten Definition. Es ist überaus bezeichnend, daß sich das Kriterium, mittels dessen *Rieker* zu seinem positiven Resultate gelangt, ganz unmerklich und nebenbei in seine Darstellung einschleicht! Unmittelbar im Anschlusse an seine Organdefinition | stellt er nämlich die Behauptung auf, daß nach deutschem Staatsrechte der Monarch das einzige Staatsorgan sei und daß auch die

2) Leipzig, 1893.²⁸⁹⁷

3) a. a. O. S. 40.²⁸⁹⁸

4) Vgl. oben S. 452.²⁸⁹⁹

²⁸⁹⁶ Karl Eugen Rieker (1857–1927), Staats- und ev. Kirchenrechtslehrer sowie Rechtshistoriker; er wurde 1891 in Leipzig habilitiert, war ab 1893 a. o. Professor in Leipzig und ab 1903 o. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Deutsche und Bayerische Rechtsgeschichte in Erlangen. 1908–1910 und 1911–1912 war er auch Prokanzler ebendort. Wichtige Werke: Die rechtliche Stellung der evangelischen Kirche Deutschlands in ihrer geschichtlichen Entwicklung bis zur Gegenwart, Leipzig 1893; Die Stellung des modernen Staates zur Religion und Kirche, Dresden 1895; Der Ursprung von Staat und Kirche, Leipzig 1908.

²⁸⁹⁷ *Karl Rieker*, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Leipzig 1893.

²⁸⁹⁸ *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40.

²⁸⁹⁹ Vgl. oben S. 593 f.

²⁹⁰⁰ «deren Willensakte und Handlungen»] A₁ «deren Handlungen»; A₂ «deren Willensakte u Handlungen».

Behörden und Beamten des Staates – als bloße *Gehilfen* des Monarchen – höchstens als „mittelbare Staatsorgane“²⁹⁰¹ bezeichnet werden könnten. Daß diese Behauptungen, die er einstweilen nicht näher begründet, aus seiner Definition nicht hervorgehen, ist klar. Und *Rieker* sagt weiter¹⁾: „Aber auch die Volksvertretung ist in monarchischen Staaten kein Organ des Staates. Nicht ihr Wille ist der Wille des Staates, sondern der Wille des Monarchen“. Also auch bisher immer nur paraphrasierte Wiederholungen derselben unbewiesenen Behauptung²⁹⁰³: Bloß der Monarch ist Staatsorgan! Nun setzt aber *Rieker* folgendermaßen fort: „Wohl übt die Volksvertretung einen gesetzlich bestimmten Einfluß auf die *Bildung* des Staatswillens aus, aber der Staatswille selbst wird doch nur vom Monarchen *gebildet*; ihm kann kein fremder Wille aufgedrängt werden, darum ist das Gesetz *sein* Wille, nicht der der Volksvertretung“²⁹⁰⁴. Die „Bildung“ des Staatswillens ist es also, die *Rieker* plötzlich als das Kriterium der Organtätigkeit auffaßt! Davon ist allerdings in seiner Definition keine Spur! Und nur darum, weil nicht das Parlament den Staatswillen bilde, sondern nur der Monarch, könne bloß dieser, nicht jenes Staatsorgan sein! Die Unrichtigkeit dieser Argumentation ist zum Teile schon früher dargetan worden anlässlich des Nachweises, daß *juristisch* die Stellung des Monarchen und die des Parlamentes beim Gesetzgebungsprozesse die gleiche sei, wenn auch *politisch* bald dem einen, bald dem anderen Faktor ein gewisses Übergewicht zukommt²⁾. Und wenn *Rieker* die präponderante Stellung des Monarchen der Volksvertretung gegenüber speziell damit motiviert, daß er darauf hinweist, dem Monarchen könne kein fremder Wille aufgedrängt werden, so gilt das nicht nur für die Sanktion des Monarchen, sondern zu mindest im selben Maße für die Beschlußfassung des Parlamentes!²⁹⁰⁶ Allein, noch ein zweiter Fehler steckt in der *Riekerschen* Argumentation! Was er zu beweisen gehabt hätte, das wäre – nach seiner eigenen Problemstellung – die Tatsache gewesen, daß nur der Wille des Monarchen als Staatswille zu gelten habe. Er hat aber beinahe das Umgekehrte getan! Denn das Endergebnis seiner Beweisführung ist, daß das Gesetz – das zweifellos als Wille des Staates gilt und in seinem gesamten Umfange und seiner permanenten Dauer überhaupt nicht der psychische Wille eines Menschen sein kann – daß dieses Gesetz: Wille des *Monarchen* sei! Damit hat aber *Rieker* | 471 nicht bewiesen, daß der Monarch ein Organ des Staates, sondern daß er der Staat

¹⁾ a. a. O. S. 40.²⁹⁰²

²⁾ Vgl. oben S. 416 ff.²⁹⁰⁵

²⁹⁰¹ *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40.

²⁹⁰² *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40.

²⁹⁰³ «derselben unbewiesenen Behauptung»] A₁ «derselben Behauptung»; A₂ «derselben unbewiesenen Behauptung».

²⁹⁰⁴ *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

²⁹⁰⁵ Vgl. oben S. 552–556.

²⁹⁰⁶ «Und wenn *Rieker* ... Parlamentes!»] Satz in A₂ eingefügt.

selbst ist, was für den absoluten Staat ja vielleicht zulässig ist, für den konstitutionellen Staat aber geradezu grotesk erscheinen muß! *Rieker* hat den Fehler gemacht, dem Monarchen, d. h. einer physischen Person zuzurechnen, was er vorher selbst der juristischen Staatsperson zugerechnet hat, indem er den Willen des Staates mit dem des Monarchen identifiziert. Es ist vollkommen unbegreiflich, wozu bei *Rieker* überhaupt die Konstruktion eines Staatswillens, wozu die Unterscheidung dieses vom Willen des Monarchen notwendig ist. Der *Riekersche* Gedankengang ist so recht typisch für eine Fiktion im schlechten Sinne! Denn es werden dem physischen Willen des Monarchen Eigenschaften angedichtet, die er seiner Natur nach nicht haben kann.

Das²⁹⁰⁷ freilich muß man *Rieker* zugestehen, daß er wenigstens konsequenter ist als jene Theoretiker, die seine Auffassung von der *rechtlichen* Stellung des Monarchen im Verhältnis zum Parlamente beim Gesetzgebungsprozesse teilen, die, wie er, das Gesetz ausschließlich als²⁹⁰⁸ Willen des Monarchen gelten lassen und dennoch auf Grund des üblichen Organbegriffes (Organ=Staatswillenserzeuger) beide Faktoren, sowohl Monarch als Parlament, in gleicher Weise als Staatsorgane betrachten.

Daß *Rieker* die Organqualität des Parlamentes nur aus *politischen* Motiven leugnet, das zeigt sich deutlich auch darin, daß er nicht zögert, die Parlamente jener Staaten als²⁹⁰⁹ Staatsorgane gelten zu lassen, „deren Verfassung auf dem Prinzip der Volkssouveränität aufgebaut ist“, und zu diesen zählt er „nicht bloß Republiken, sondern auch solche Monarchien, in denen die Regierung nach dem Willen der Mehrheit der Volksvertretung geführt wird und die Minister nichts weiter sind als der geschäftsführende Ausschuß der Kammermajorität“¹⁾ ²⁹¹¹. Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Prinzip der Volkssouveränität ein rein *politisches* ist, daß es in keiner Weise eine *staatsrechtliche* Formel bedeutet. Denn *Subjekt* des Willens, der²⁹¹² in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, Zurechnungspunkt der Organhandlungen, Pflicht- und Rechtssubjekt ist unter allen Umständen der Staat, mag auch an der sogenannten Bildung des Staatswillens ausschließlich das Volk, sei es unmittelbar, sei es bloß mittelbar, durch seine

|471 |¹⁾ a. a. O. S. 40/41. ²⁹¹⁰

²⁹⁰⁷ «kann. [Das]» A «kann. Oder sollte Rieker wirklich geglaubt haben, daß irgend ein Mensch durch seine wenn auch „von Gottes Gnaden“ gewährten Stellung als Monarch in die Möglichkeit versetzt werden kann, die ganze Rechtsordnung eines Staates in ihrem vollen Umfange zum Inhalte seines Wollens zu haben und diesem psychischen Zustande jene spezifische Permanenz zu geben, die das Wesen der in der Rechtsordnung enthaltenen Willens ist? [Das]; F* «kann. [Das]».

²⁹⁰⁸ «Gesetz ausschließlich als] A₁ «Gesetz als»; A₂ «Gesetz ausschließlich als».

²⁹⁰⁹ «Parlamente jener Staaten als] A₁ «Parlamente dort als»; A₂ «Parlamente jener Staaten als».

²⁹¹⁰ Beide Zitate: *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40 f.

²⁹¹¹ Anmerkung in F* eingefügt.

²⁹¹² «Willens, der»] A₁ «Willens, d. h. Pflicht und Rechtssubjekt ist unter allen Umständen der, der»; A₂ «Willens, der».

gewählten Vertreter beteiligt sein. Es ist einfach nicht richtig, wenn *Rieker* sagt, daß dort, wo Volkssouveränität bestehe, „was die Volksvertretung will“, Wille des Staates sei.²⁹¹³ Denn ganz abgesehen davon, daß bei Geltung des Majoritätsprinzips niemals oder doch nur höchst selten der Wille der *gesamten* Volksvertretung²⁹¹⁴ – und nur dieser hätte Anspruch als Wille der Volksvertretung zu gelten – dem Staatswillen den Inhalt gibt, ist es vor allem aus folgenden Gründen unmöglich, den Willen der als Abgeordnete fungierenden Menschen²⁹¹⁵ mit dem Staatswillen zu identifizieren: Erstens hat der Wille dieser Menschen, wie er bei der Abstimmung zum Ausdruck kommt, notwendig einen anderen Inhalt, als der im Gesetze erscheinende Staatswille, was ja des näheren bereits dargelegt wurde¹⁾; und zweitens fehlt dem Willen dieser Menschen – ganz ebenso wie dem des Monarchen – naturnotwendig überhaupt die²⁹¹⁷ Möglichkeit des Umfangs und der Permanenz des in der Rechtsordnung ausgedrückten Staatswillens! Es kann daher das Subjekt des Staatswillens weder ein Mensch noch eine Mehrheit von Menschen sein! Also auch das Volk nicht, bei dem eine derartige Fiktion vielleicht noch grotesker ist als bei der Annahme des Monarchen als Subjekt des Staatswillens; denn der psychische Wille des Monarchen kann wenigstens der²⁹¹⁸ Forderung der Einheitlichkeit entsprechen, die an den Staatswillen gestellt ist. Wie es aber einen einheitlichen Willen des Volkes geben soll, das nach hunderten von Richtungen gespalten und durch die tiefsten Gegensätze zerklüftet ist, das muß ein Geheimnis bleiben.

Das Prinzip der Volkssouveränität kann somit niemals über das rechtliche Moment des *Subjekts*²⁹¹⁹ des Staatswillens (oder die juristische Frage nach dem Staatsorgan) Aufschluß geben, sondern ist ausschließlich für den *sozialen*, außerrechtlichen Prozeß der sogenannten *Erzeugung* des Staatswillens von Bedeutung. Es kann eine bestimmte Art dieser staatlichen Willensbildung charakterisieren, nämlich jene, bei welcher nur das Staatsvolk resp. dessen Vertreter mit²⁹²⁰ Ausschluß eines Monarchen oder nur unter faktisch bedeutungsloser, rein formeller, niemals verweigerter Mitwirkung des Monarchen den Staatswillen „erzeugt“, d. h.

¹⁾ Vgl. oben S. 170 ff.²⁹¹⁶

²⁹¹³ Vgl. *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 40–42 – die in Anführungszeichen gesetzte Wendung ist eine Paraphrase Kelsens (vgl. *Rieker*, a.a.O., S. 41).

²⁹¹⁴ «Volksvertretung»] A₁ «Vertretung»; A₂ «VolksVertretung».

²⁹¹⁵ «Willen der als Abgeordnete fungierenden Menschen»] A₁ «Willen mehrerer Menschen»; A₂ «Willen der als Abgeordnete fungierenden Menschen».

²⁹¹⁶ Vgl. oben S. 280–300.

²⁹¹⁷ «Menschen ... überhaupt die»] A₁ «Menschen naturnotwendig die»; A₂ «Menschen naturnotwendig überhaupt die»; F* «Menschen ... überhaupt die».

²⁹¹⁸ «denn der ... der»] A₁ «denn der Monarch kann wenigstens einen einheitlichen Willen haben [bricht ab]»; A₂ «denn der ... der».

²⁹¹⁹ «das rechtliche Moment des *Subjekts*»] A₁ «das *Subjekt*»; A₂ «das rechtliche Moment des *Subjekt*».

²⁹²⁰ «Staatsvolk resp. dessen Vertreter mit»] A₁ «Staatsvolk mit»; A₂ «Staatsvolk resp dessen Vertreter mit».

einen oder alle jene²⁹²¹ Tatbestände setzt, nach deren Vollendung die Existenz eines Staatswillens behauptet werden muß.

Unzutreffend ist²⁹²² auch ein anderes Argument *Riekers*. Er sagt²⁾, es sei unmöglich, sowohl den Monarchen, als auch die Volksvertretung als Staatsorgane gelten zu lassen, es könne vielmehr nur entweder der Monarch oder die Volksvertretung Staatsorgan sein, denn es könne nur *einen* ausschlaggebenden Willen im Staate geben, es können nicht zwei im Staate herrschen! Nun ist es wohl richtig, daß der Wille des Staates ein einheitlicher sein muß, und faßt man diesen Willen als realpsychischen Vorgang, dann scheint | es tatsächlich, als ob ein einheitlicher Wille nur in einem einzigen Menschen entstehen könnte. Denn auch nach Inhalt und Zweck übereinstimmende Willen mehrerer Menschen sind niemals *ein* Wille und wenn man hier von einem Gesamtwillen spricht, dann ist dies nur die Bezeichnung für eine *Relation* – nämlich für das Verhältnis der Übereinstimmung – nicht für einen selbständigen *Willen*. Daraus könnte lediglich folgen – was *Rieker* zwar sonst, aber gerade hier nicht annimmt – daß nur ein einziger Mensch den Staatswillen erzeugen und tragen kann²⁹²⁴; der Monarch. Dann wäre es aber auch unmöglich, von einem Willen des Parlamentes zu sprechen, und es ist unbegreiflich, wie *Rieker* die Möglichkeit eines einheitlichen Parlamentswillens²⁹²⁵ trotz der Vielheit der Willen daselbst und trotz des Majoritätsprinzipes zugeben kann; wie²⁹²⁶ er sogar bei einem Zweikammersystem trotz der Notwendigkeit der Übereinstimmung zwischen den Beschlüssen des Ober- und Unterhauses einen einheitlichen Willen behauptet und gerade nur vor der Sanktion²⁹²⁷ des Monarchen, die doch keine andere Rolle als ein zustimmender Beschluß des Ober- oder Unterhauses spielen kann, Halt macht.²⁹²⁸ Wenn die einzelnen Abgeordneten eines Hauses, wenn beide Häuser des Parlamentes zusammen *ein* Organ bilden können, das einen einheitlichen Willen produziert, warum sollte nicht auch Ober- und Unterhaus mit dem Monarchen zusammen *ein* Organ bilden, dessen Funktion in dem Zusammenwirken aller Teile zu erblicken wäre? Ja, der die *Einstimmigkeit* dieser drei Faktoren bezeichnende „Wille“ müßte mit viel mehr Berechtigung ein einheitlicher genannt werden können als etwa der einen bloßen Majoritätsbeschluß eines der beiden Häuser des Parlamentes bezeichnende! *Könnte man über-*

2) a. a. O. S. 42. ²⁹²³

²⁹²¹ «d. h. einen oder alle jene»] A₁ «d h. eben jenen»; A₂ «d h. eben einen oder alle jenen».

²⁹²² «muß. [Unzutreffend ist]»] A₁ «muß. [Gleichfalls politischer und nicht juristischer Natur ist]»; A₂ «muß. [Unzutreffend ist]».

²⁹²³ *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 42.

²⁹²⁴ «erzeugen und tragen kann»] A₁ «erzeugen kann»; A₂ «erzeugen und tragen kann».

²⁹²⁵ «*Rieker*... Parlamentswillens»] A₁ «*Rieker* zwar eine einheitlichen Willen»; A₂ «*Rieker* zwar die Möglichkeit eines einheitlichen ParlamentsWillens».

²⁹²⁶ «Majoritätsprinzipes zugeben kann; wie»] A «Majoritätsprinzip – wie [sic]»; F* «Majoritätsprinzipes zugeben kann; wie».

²⁹²⁷ «Sanktion»] A₁ «Zustimmung»; A₂ «Sanktion».

²⁹²⁸ Vgl. *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), insb. S. 22f., 38–44.

haupt die „Erzeugung“ des Staatswillens als Funktion des Staates gelten lassen, dann wäre zweifellos nur die Vereinigung von Ober-, Unterhaus und Monarch als das einheitliche Gesetzgebungsorgan zu betrachten und niemals einer der drei Faktoren für sich allein, von denen jeder einzelne nur als unselbständiger Organteil, so wie ein Richter in einem Kollegium, anzusehen wäre. Denn die Annahme, daß jeder einzelne der drei Faktoren, aus denen sich der Gesetzgebungsapparat zusammensetzt, für sich allein Staatsorgan sei, müßte zur Konsequenz führen, daß der Staat Entgegengesetztes wollen könne, da er – wie ja schon früher einmal bemerkt²⁹²⁹ – im Unterhause wollen könnte, was er im Oberhause ablehnt, oder als Monarch einem Beschluß die Sanktion verweigern dürfte, die er als Ober- und Unterhaus gefaßt hat! So könnte der Staat in einem Richterkollegium gleichzeitig für und gegen die Verurteilung stimmen, was natürlich die Konstruktion eines²⁹³⁰ | einheitlichen Staatswillens schlechterdings unmöglich machte.²⁹³¹ Allein, darauf läuft die Argumentation *Riekers* gar nicht hinaus, sondern er begeht gerade den Fehler, nur einem der drei Faktoren Organqualität zuzusprechen.

| 474

In²⁹³² diesem Zusammenhange muß auch zu einer sehr interessanten, den Gegenstand betreffenden Bemerkung *Jellineks*¹⁾ Stellung genommen werden. Dieser warnt nämlich davor, sich durch die *politische Forderung*, daß die Einheit des Staates sich auch in der Einheit eines höchsten Organes darstelle, zu dem falschen Satze verleiten zu lassen, daß rechtlich in einem Organe die ganze Staatsgewalt konzentriert sein müsse. Er sagt: „Richtig ist, daß der Staat stets eines einheitlichen Willens bedarf, unrichtig, daß dieser Wille der eines einzigen Organes sein müsse. Wenn zugegeben wird, daß in Republiken die Staatsgewalt in einem Kollegium konzentriert sein kann, dessen Einheitswille aus den Willensakten mehrerer Individuen entsteht, so ist nicht abzusehen, warum der Einheitswille nicht aus dem Willen mehrerer voneinander unabhängiger Organe gefunden werden könne.“ Die Antwort darauf ist in der Kritik der *Riekerschen* Konstruktion bereits gegeben: Weil, da die Akte des Organes als die des Staates gelten müssen, dadurch die Möglichkeit eines sich selbst widersprechenden Willens gegeben wäre; ja, wenn z. B. der Staat als Parlament etwas gewollt, als Monarch etwas *nicht* gewollt und demgemäß die Sanktion des Beschlusses verweigert hätte²⁹³⁴, trotz des angeblichen staatlichen Willens im Parlamente dennoch wiederum *kein* Staatswille

¹⁾ Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. S. 536.²⁹³³

| 474

²⁹²⁹ Vgl. oben S. 545.

²⁹³⁰ «natürlich die Konstruktion eines»] A₁ «natürlich eines»; A₂ «natürlich die Konstruktion eines».

²⁹³¹ «Denn die Annahme ... unmöglich machte.» (6195–61913)] in A₂ eingefügt.

²⁹³² «zuzusprechen. [In»] A₁ «zuzusprechen und dabei gibt [sic] wiederum ein politisches Moment: das *Postulat*, daß nur einer im Staate herrschen soll. Denn nur als Forderung an die Verfassung kann dieser Grundsatz verstanden werden. In»; A₂ «zuzusprechen. In».

²⁹³³ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 536.

²⁹³⁴ «gewollt ... hätte»] A₁ «gewollt hätte»; A₂ «gewollt und demgemäß die Sanktion zum Beschlusse verweigert hätte».

entstanden wäre – ein unlöslicher Widerspruch! Und darum ist es tatsächlich nicht bloß ein politisches Postulat, sondern eine rechtliche, i. e. *juristische* Konstruktionsnotwendigkeit, zur Erzeugung des einheitlichen Staatswillens ein einheitliches (= einziges) Organ anzunehmen; das alles unter der hier als unrichtig verworfenen Voraussetzung natürlich, daß die sogenannte Willenserzeugung überhaupt als Staatsfunktion dem Staate zugerechnet werden kann. Dies ist allerdings der Standpunkt *Jellineks* und es ist darum notwendig, ihm von diesem seinem eigenen Standpunkte aus entgegenzutreten.

|475 Richtig freilich ist, daß das einheitliche Organ nicht ein einzelner Mensch, daß es auch kein einzelnes Kollegium, daß es die Vereinigung mehrerer Kollegien oder auch eines oder mehrerer Kollegien²⁹³⁵ mit einem einzelnen Menschen sein kann, wobei es gleichgültig ist, ob Einstimmigkeit oder bloß Mehrstimmigkeit innerhalb aller dieser Teile gefordert ist oder nicht. Entschieden unrichtig wäre aber, alle diese Organeile als selbständige Organe zu bezeichnen, denn nicht | die Funktion eines einzelnen an sich, sondern erst das Gesamtergebn, die Summe aller Funktionen der zusammenwirkenden Teile, kann als Tätigkeit des Staates diesem zugerechnet werden.

Die auf dem *Steinschen* Gesellschaftsbegriffe begründete, von *Gneist*, *Mejer* und *Rieker* vertretene Lehre von der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur des Parlamentes hat jüngstens auch bei *Radnitzky*²⁹³⁶ Anklang gefunden, der in einem Aufsätze über „Das Wesen der Obstruktionstaktik“⁽¹⁾ einen Mittelweg zwischen der extremen *Riekerschen* Konstruktion und der herrschenden Ansicht, die das Parlament als Staatsorgan gelten läßt, einschlägt. *Radnitzky* pflichtet zwar dem von *Jellinek*⁽²⁾ gegen die *Stein-Gneistsche* Anschauung von der Natur des Parlamentes erhobenen Einwand bei, indem er das Parlament darum nicht als Organ der Gesellschaft anerkennen kann, weil die Gesellschaft keinen einheitlichen Willen habe und gar nicht haben könne, während ein Parlament in seinen Beschlüssen einen solchen notwendigerweise haben müsse. Ein Parlamentsbeschluß könne nicht als Gesellschaftswille, sondern nur als einheitlicher *Volkswille* gelten. Darum glaubt

|475 |¹⁾ *Grünhuts* Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. 31. S. 465 ff.²⁹³⁷

²⁾ Staatslehre S. 529/30.²⁹³⁸

²⁹³⁵ «eines oder mehrerer Kollegien»] A₁ «eines Kollegiums»; A₂ «eines oder mehrerer Kollegien Kollegiums [sic]».

²⁹³⁶ Ernst Radnitzky (1862–1939), Ministerialsekretär im Finanzministerium. Wichtige Werke: Die Parteiwillkür im öffentlichen Recht, Wien 1888; Das Wesen der Obstruktionstaktik, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 31 (1904), S. 465–482; Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, in: Archiv für öffentliches Recht 20 (1906), S. 313–355; Dispositives und mittelbar geltendes Recht, in: Archiv für öffentliches Recht 21 (1907), S. 380–409; Der moderne Freiheitsbegriff und die attische Demokratie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/23), S. 287–351.

²⁹³⁷ Ernst Radnitzky, Das Wesen der Obstruktionstaktik, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 31 (1904), S. 465–482.

²⁹³⁸ *Jellinek*, Staatslehre¹ (Anm. 2441), S. 529f.

Radnitzky dem Parlamente nicht schlechtweg die Staatsorganqualität absprechen zu dürfen: „Das Parlament ist also sicherlich *auch* Staatsorgan, es fungiert als solches, so oft es Beschlüsse faßt, so oft in seinem Schoße eine Abstimmung stattfindet³⁾ 2940.“

Für den ganzen übrigen Verlauf der Parlamentsverhandlungen und für die rechtliche Natur der Parlamentsmitgliedschaft bleibe jedoch die gegenteilige Anschauung im Recht.²⁹⁴¹ „Wenn ein Parlamentsmitglied eine Rede hält, einen Antrag stellt, einen Gesetzentwurf einbringt usw., ja selbst wenn es an einer Abstimmung des Parlamentes teilnimmt, so sind dies alles nicht Handlungen eines Staatsorganes, sondern es sind Handlungen eines Interessenvertreters²⁹⁴². Gleichwie das Parlament in seiner Gesamtheit, so lange es sich im Stadium der Debatte befindet und noch keinen einheitlichen Willen hat, nichts anderes als ein Interessenausschuß²⁹⁴³ und noch keineswegs Staatsorgan ist“⁽⁴⁾ 2945. Wie *Radnitzky* – mit Berufung auf die Autorität *Labands*⁵⁾ – dem einzelnen Parlamentsmitgliede den Staatsorgancharakter abspricht, so bekämpft er auch die herrschende Lehre, die „den Bau des Staates nur dadurch zusammenhalten zu können“ glaubt, „daß sie nicht nur den *Gewählten*, sondern auch den *Wählern* zuruft: 2947 Ihr seid Staatsorgane und dürft nur im Staatsinteresse handeln!“ Er | nennt diesen Appell, „theoretisch ebenso überflüssig, wie praktisch unwirksam^{2948 1)}“ und weist darauf hin, daß eine solche Konstruktion unvereinbar sei mit der Tatsache des politischen Vereinswesens²⁾.

| 476

Die geistreichen Ausführungen *Radnitzkys* verlieren leider dadurch an Wert, daß der Autor es verabsäumt hat, ihnen einen festen Begriff des Staatsorganes zu

³⁾ a. a. O. S. 472/3. 2939

⁴⁾ a. a. O. S. 473. 2944

⁵⁾ Staatsrecht des deutschen Reiches I. S. 222. 2946

| ¹⁾ a. a. O. S. 475. 2949

²⁾ a. a. O. S. 476 Anm. 11. 2950

| 476

2939 *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 472 f.

2940 Anmerkung in F* eingefügt.

2941 Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 473.

2942 «Interessenvertreters»] *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 473: «Interessenvertreters».

2943 «Interessenausschuß»] *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 473: «Interessenausschuß».

2944 *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 473.

2945 Anmerkung in F* eingefügt.

2946 *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1888, S. 222; vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 474 Anm. 6.

2947 «daß sie nicht nur den *Gewählten*, sondern auch den *Wählern* zuruft:»] *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 475: «daß sie den *Wählern* und den *Gewählten* zuruft:».

2948 «wie praktisch unwirksam»] *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 475: «wie er praktisch unwirksam ist».

2949 Alle drei Zitate: *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 475 – Hervorhebungen von Kelsen.

2950 *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 476 Anm. 11.

Grunde zu legen. Es ist nutzlos, darüber zu streiten, ob die eine oder die andere Erscheinung noch unter einen Begriff fällt, wenn die Grenzen dieses Begriffes nicht fixiert sind. Was insbesondere die von *Radnitzky* akzeptierten *Jellinekschen* Argumente gegen die *Rieker-Gneist-Steinsche* Auffassung von der Natur des Parlamentes betrifft,²⁹⁵¹ so sind dieselben insoferne zutreffend, als von einem Organe der Gesellschaft mangels eines einheitlichen Gesellschaftswillens tatsächlich keine Rede sein kann. Allein wenn das Parlament auch nicht als Organ der Gesellschaft in dem Sinne angesehen werden kann, daß die Akte dieser Korporation als solche der einheitlich gedachten Gesellschaft²⁹⁵² gelten, so ist doch darum die *gesellschaftliche*²⁹⁵³ Natur der Volksvertretung noch nicht in Frage gestellt! Denn insoferne die in den einzelnen Gesellschaftsgruppen, in die das Staatsvolk zerfällt, bestehenden gemeinsamen Willensrichtungen²⁹⁵⁴ durch die gewählten Vertreter im Parlamente zum Ausdruck kommen, kann man die einzelnen Abgeordneten als Organe dieser Gesellschaftsgruppen bezeichnen. Eine einheitliche Gesellschaft, die mit den Grenzen des Staatsvolkes zusammenfällt, gibt es natürlich nicht und daher auch nicht ein Organ dieser Gesellschaft. Allein, die Gesamtheit jener Menschen, die als Organe von Gesellschaftsgruppen fungieren, ist gesellschaftlicher Natur²⁹⁵⁵. Ein Beschluß dieser Gesamtheit – sei es Majoritäts- oder einhelliger Beschluß – ist niemals als Wille der Gesellschaft zu betrachten, da zu einer solchen rein *juristischen* Fiktion gar keine Veranlassung gegeben ist. Denn daß in der Rechtsordnung ein Majoritätsbeschluß der Volksvertreter als eine der Voraussetzungen für die Existenz eines Rechtssatzes gilt, ist durchaus kein Grund, eine *Zurechnung* dieses Beschlusses zur Gesellschaft vorzunehmen. Die rechtliche Zurechnung²⁹⁵⁶ eines Majoritätsbeschlusses der Abgeordneten zu der Gesamtheit des Vertretungskörpers, d. h. dem²⁹⁵⁷ als Einheit gedachten Parlamente (richtiger einem der beiden Häuser des Parlamentes) mag begründet und darum auch von einem einheitlichen Willen des Parlamentes die Rede sein. Allein dies hat zunächst keine andere Bedeutung als der gleiche Vorgang bei irgendeiner anderen Korporation und ist für die Frage der *Organ*-Qualität – sei es als Staats- oder Gesellschaftsorgan – irrelevant.

|477 |Aber wenn *Radnitzky* mit *Jellinek* durchaus zutreffend zurückweist, den Parlamentsbeschluß als Willen der Gesellschaft gelten zu lassen, dann ist es nicht zu

²⁹⁵¹ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), insb. S. 472, wo er auf *Jellinek*, Staatslehre¹ (Anm. 2441), S. 529f. verweist.

²⁹⁵² «der einheitlich gedachten Gesellschaft»] A₁ «der Gesellschaft»; A₂ «der einheitlich gedachten Gesellschaft».

²⁹⁵³ «gesellschaftliche»] A «soziale»; F* «gesellschaftliche».

²⁹⁵⁴ «bestehenden gemeinsamen Willensrichtungen»] A₁ «bestehenden Willensrichtungen»; A₂ «bestehenden gemeinsamen Willensrichtungen».

²⁹⁵⁵ «ist gesellschaftlicher Natur»] A «ist eben sozialer Natur»; F* «ist gesellschaftlicher Natur».

²⁹⁵⁶ «Die rechtliche Zurechnung»] A₁ «Die Zurechnung»; A₂ «Die juristische Zurechnung»; F* «Die rechtliche Zurechnung».

²⁹⁵⁷ «Gesamtheit des Vertretungskörpers, d. h. dem»] A «Gesamtheit – dem»; F* «Gesamtheit des Vertretungskörpers, d. h. dem».

begreifen, warum er ihn als „Willen des Volkes“ anerkennen will!²⁹⁵⁸ Das Volk ist doch nur die *Gesellschaft* der im Staatsgebiete lebenden Menschen; und wenn *Radnitzky* das beschließende Parlament als Staatsorgan qualifiziert,²⁹⁵⁹ so rechnet er damit den Parlamentsbeschluß dem *Staate* und nicht dem *Volke* zu. Sinn²⁹⁶⁰ könnte diese Unterscheidung von Volk und Gesellschaft nur²⁹⁶¹ dann haben, wenn man das Staatsvolk selbst wieder als Staatsorgan betrachtete. Denn nur dann wäre der Widerspruch zu lösen, der darin gelegen ist, daß *Radnitzky* den Parlamentsbeschluß als *Staatswillen* und doch wiederum als *Volkswillen* ausgibt. Die Zulässigkeit dieser Konstruktion wird an anderer Stelle zu untersuchen sein.²⁹⁶²

Was nun die besondere Theorie *Radnitzkys* betrifft, derzufolge das Parlament nur im Augenblicke der Beschlußfassung – d. h. also in seiner spezifischen Funktion – Staatsorgan ist, so ist zu bemerken, daß *Radnitzky* für diese Behauptung eine ausdrückliche Begründung nicht gibt. Nur indirekt, aus Nebenbemerkungen, die er macht, kann man schließen, daß *Radnitzky* den Grund für seine Ansicht darin findet, daß dem Gesamtwillen des Parlamentes die Eigenschaft, Staatswille zu sein, zukomme.²⁹⁶³ Daß damit keine Begründung, sondern nur eine Umschreibung des Satzes gegeben wird, daß das Parlament Staatsorgan sei, wurde hier schon wiederholt hervorgehoben. Allein, die Richtigkeit dieser Annahme, die ja gerade das Beweisthema bildet, setzt *Radnitzky* mit eben solcher Selbstverständlichkeit voraus, wie z. B. *Rieker* seine gegenteilige Annahme: daß nur der Wille des Monarchen die Eigenschaft habe, Staatswille zu sein, als Axiom hinstellt.²⁹⁶⁴

Und aus denselben Gründen wie die *Riekersche* Konstruktion ist auch die *Radnitzkys* unrichtig. Zunächst spricht letzterer immer nur von dem Beschlusse eines Parlamentes, wo doch beim Zweikammersystem höchstens von zwei übereinstimmenden Beschlüssen beider Häuser des Parlamentes die Rede sein kann. Der Beschluß eines der beiden Häuser kann aber durchaus noch nicht als Wille des Staates gelten. Damit ein solcher zustande komme, bedarf es doch noch des übereinstimmenden Beschlusses des anderen Hauses und überdies der Sanktion der Krone. Ja, es gibt Parlamentsbeschlüsse, die ihrer Natur nach niemals Wille des Staates werden, z. B. die Geschäftsordnungen, die sich jedes der beiden Häuser völlig autonom setzt! – Und auch mit der Sanktion des Monarchen sind die übereinstimmenden Beschlüsse beider Häuser des Parlamentes noch nicht Wille des Staates, d. h. Gesetz, denn dazu bedarf es noch | der Erfüllung einer weiteren

| 478

²⁹⁵⁸ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 472.

²⁹⁵⁹ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 473 f.

²⁹⁶⁰ «Menschen ... Sinn»] A₁ «Menschen. Einen Sinn»; A₂ «Menschen; und wenn R. das beschließende Parlament als Staatsorgan qualifiziert, so rechnet er damit den Parlamentsbeschluß dem *Staate* und nicht dem *Volke* zu. Einen Sinn».

²⁹⁶¹ «Unterscheidung von Volk und Gesellschaft nur»] A₁ «Unterscheidung nur»; A₂ «Unterscheidung von Volk u Gesellschaft nur».

²⁹⁶² Vgl. unten S. 625–637, zu *Radnitzky* S. 627 f..

²⁹⁶³ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), S. 474.

²⁹⁶⁴ Vgl. *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), insb. S. 40; vgl. ergänzend oben S. 614–617.

Voraussetzung: der Publikation und des Ablaufes der *vacatio legis*. Gerade dieses letztere Moment, der Ablauf der *vacatio legis*, das formal juristisch im Gesetzgebungsprozesse die²⁹⁶⁵ gleiche Stellung einnimmt wie die Beschlüsse des Parlamentes, die Sanktion der Krone und die Publikation des Inhaltes der²⁹⁶⁶ sanktionierten Beschlüsse, nämlich: die der *Voraussetzung* für die Existenz eines Staatswillens, müßte an sich schon die Unzulässigkeit dartun, *den aus materiell so*²⁹⁶⁷ *verschiedenen Elementen zusammengesetzten Tatbestand* – Handlungen von Menschen und bloßes Ereignis des Zeitablaufes stehen gleichbedeutend nebeneinander²⁹⁶⁸ – unter dem Schlagworte „Erzeugung“ des Staatswillens als staatliche Funktion und Organtätigkeit zu bezeichnen, *wo doch nur einem Teile dieses Tatbestandes überhaupt die Eigenschaft einer Tätigkeit oder Funktion zukommt!*

Das einzige wirkliche Argument²⁹⁶⁹, das *Radnitzky* für seine Theorie ins Feld führt, wendet sich in Wahrheit gegen ihn selbst. *Radnitzky* läßt nämlich aus dem Zusammenhange seiner Darstellung verstehen – auch dieses Moment führt er nicht ausdrücklich an, sondern setzt es als selbstverständlich voraus – daß es zum Wesen des Organes gehöre, im Interesse des Ganzen, d. i. also des Staates – und nicht im eigenen Sonderinteresse tätig zu sein.²⁹⁷⁰ Er akzeptiert damit den auf dem Zweckmomente beruhenden *funktionellen* Organbegriff der Soziologie. Dessen Unzulässigkeit wurde schon im vorigen Kapitel dargetan.²⁹⁷¹ Aber gerade von dem Standpunkte aus, den *Radnitzky* hier selbst einnimmt, kann seine Auffassung von der wenigstens beschränkten Organnatur des Parlamentes nicht gehalten werden.

Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß jeder Mensch *subjektiv* nur im eigenen Interesse tätig sein kann, wenn auch *objektiv* seine Tätigkeit anderen zugute kommen mag; ja, als *Mittel* kann das Interesse des anderen oder der Gesamtheit vom einzelnen immerhin zum Gegenstande seiner Tätigkeit gemacht werden, niemals aber als letzter Endzweck, da dieser nur im eigenen Ich liegt.

Nun unterscheidet *Radnitzky* diese beiden Gesichtspunkte nicht und spricht dem einzelnen Abgeordneten, weil er tatsächlich die Interessen seiner gesellschaftlichen Sondergruppe und nicht das staatliche Gesamtinteresse vertritt, die Organqualität ab. Vom Beschlusse der Parlamentsmajorität nimmt er aber seltsamerweise als selbstverständlich an, daß er im Interesse des Gesamtstaates erfolgt²⁹⁷² sei!²⁹⁷³ Allein, dies ist offensichtlich eine ungerechtfertigte Fiktion! Denn wenn die Mehrheit der im Parlamente vertretenen sozialen Gruppen ein gemeinschaftliches

²⁹⁶⁵ «Moment ... die»] A₁ «Moment, das formal juristisch die»; A₂ «Moment ... die».

²⁹⁶⁶ «Publikation des Inhaltes der»] A₁ «Publikation der»; A₂ «Publikation des Inhaltes der».

²⁹⁶⁷ «aus materiell so»] A₁ «aus so»; A₂ «aus materiell so».

²⁹⁶⁸ «stehen gleichbedeutend nebeneinander»] A₁ «stehen nebeneinander»; A₂ «stehen gleichbedeutend nebeneinander».

²⁹⁶⁹ «Das einzige wirkliche Argument»] A₁ «Ein anderes Argument»; A₂ «Das einzige wirkliche Argument».

²⁹⁷⁰ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), insb. S. 472–476.

²⁹⁷¹ Vgl. oben S. 592–608.

²⁹⁷² «Gesamtstaates erfolgt»] A «Gesamtstaates gelegen u erfolgt»; F* «Gesamtstaates erfolgt».

²⁹⁷³ Vgl. *Radnitzky*, Obstruktionstaktik (Anm. 2937), insb. S. 475.

Interesse | hat und diesem durch einen Majoritätsbeschluß Ausdruck verleiht, so bleibt es nach wie vor ein soziales Sonderinteresse.

| 479

Es gibt eben überhaupt kein „Gesamtinteresse“, sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen. Was aber *Radnitzky* besonders entgegenzuhalten ist, das ist die Tatsache, daß gerade im Verhältnis des Parlamentsbeschlusses und zwar des Beschlusses des einen Hauses gegenüber dem des anderen das Moment der Geltendmachung sozialer Sonderinteressen zum Ausdrucke kommt! Das Zweikammer-System bietet ja ein deutliches Bild für die Klassen- und Interessengegensätze im Volke. Im Ober- und Unterhause sind verschiedene soziale Gruppen vertreten, welche durch die ihnen gewährte Teilnahme an der Bildung des Staatswillens ihre Sonderinteressen zur Geltung zu bringen trachten. Es ist nur das Sonderinteresse einer größeren oder kleineren Gesellschaftsgruppe oder mehrerer Gesellschaftsgruppen, das in dem Beschlusse des Unter- oder Oberhauses *tatsächlich* – wenn schon diese juristisch irrelevante Tatsächlichkeit überhaupt erwogen werden soll – zum Ausdrucke kommt. Darin muß man wohl *Rieker* beipflichten, der ebenfalls dieses Interessenmoment dem Organbegriffe beimengt, jedoch gegen die Organqualität der Volksvertretung ausspielt, von der er sagt, sie sei nur der Ausdruck der verschiedenen, in der Gesellschaft wirksamen Kräfte. „Jede von ihnen sucht mittels der Volksvertretung auf die Regierung des Staates Einfluß zu gewinnen und sie sich ihren Sonderzwecken auf Kosten der andern dienstbar zu machen. Es ist nichts Auffallendes, sondern nur eine natürliche Folge des sozialen Egoismus, daß jeder Interessenverband im Volke den Anspruch erhebt, er sei der für die Wohlfahrt des gesamten Landes wichtigste ...¹⁾“ Und darum nennt er auch die Volksvertretung einen „Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft“²⁾ 2976.

Aber nicht nur die beiden Häuser des Parlamentes, auch der dritte Gesetzgebungsfaktor: der Monarch, kann bei der Erteilung der Sanktion in seinem eigenen persönlichen, Familien- oder dynastischen Interesse tätig sein. Auch der Monarch ist, ebenso wie das Unter- und Oberhaus – ebenso wie der einzelne Abgeordnete, im Gesetzgebungsprozesse nur eine soziale Komponente; und erst die Resultante aller dieser zusammenwirkenden Kräfte findet im Staatswillen ihren Ausdruck. Dabei muß hier hervorgehoben werden, daß der mit diesem Staatswillen verfolgte Zweck oder das dadurch zu verwirklichende objektive „Interesse“ nur in einem sehr uneigentlichen Sinne Staats-(Gesamt-)Zweck oder Staats-(Gesamt-)Interesse genannt zu werden verdient. Denn tatsächlich ist und bleibt es nur Zweck und Interesse einer sozialen Gruppe oder einer Mehrheit sozialer Gruppen, die auf

| 480

¹⁾ a. a. O. S. 59. 2974

²⁾ a. a. O. S. 59. 2975

| 479

2974 *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 59.

2975 *Rieker*, Volksvertretung (Anm. 2897), S. 59.

2976 Anmerkung in F* eingefügt.

Grund der jeweiligen Verfassung für die Bildung des Staatswillens ausschlaggebend sind und die man weder mit der juristischen Staatsperson, die, nur mit „Willen“ begabt, keine Zwecke und Interessen haben kann, noch auch mit der Gesamtheit des Staatsvolkes identifizieren darf, das bei Repräsentativsystem und Majoritätsprinzip sich deutlich von der Majorität seiner Vertreter scheidet und bei den tatsächlichen sozialen Gegensätzen²⁹⁷⁷ keine gemeinsamen Zwecke und Interessen hat. Für die juristische Zurechnung²⁹⁷⁸ des durch den Staatswillen zu realisierenden *sozialen* Gruppenzweckes zum Staate ist – ganz abgesehen davon, daß eine solche Zurechnung im Widerspruche zum Wesen der Staatspersönlichkeit stünde, die nur einen *Willen* und mangels der psychischen Qualität des Vorstellens und Fühlens keine Zwecke und Interessen haben *kann* – durchaus keine Veranlassung gegeben. Es darf daher als höchst überflüssige und unzulässige *Fiktion* bezeichnet werden, wenn Zwecke und Interessen der herrschenden Klassen als Gesamtzwecke und Gesamtinteressen ausgegeben werden; und nur das Bedürfnis ethisch-politischer Rechtfertigung ist es, das als Sinn und Grund dieser juristisch ganz irrelevanten Fiktion²⁹⁷⁹ erkannt werden muß!

Es geht auch nicht an, der aus anderen Gründen unzutreffenden Behauptung²⁹⁸⁰, der im Parlamentsbeschlusse geäußerte Wille sei deshalb nicht Staatswille, weil er nicht im Gesamtinteresse erfolge – wie *Jellinek* es tut – mit²⁹⁸¹ der Argumentation entgegenzutreten: „Es steht mit dem Volkswillen nicht anders wie mit dem Willen des Monarchen und seiner Behörden, der ein unparteiischer, nur das Gesamtinteresse²⁹⁸² zum Ausdruck bringender *sein soll*, aber durchaus nicht immer ist. Allein, auch der dem Ideal nicht entsprechende Staatswille bleibt trotzdem Staatswille.“¹⁾ Denn es gibt kein derartiges *rechtliches* Soll, keine solche Rechtspflicht, im Gesamtinteresse tätig zu sein, weder für das Parlament, noch für das „Volk“. Lediglich eine ethisch politische Forderung, aber keine Rechtsnorm ist es, der man die Parlamentstätigkeit in diesem Sinne unterwerfen kann; für die *juristische* Konstruktion muß ein solches Postulat irrelevant bleiben.

|480 |¹⁾ *Jellinek*, Staatslehre S. 565/66, 2983, 2984

²⁹⁷⁷ «tatsächlichen sozialen Gegensätzen»] A₁ «tatsächlichen Gegensätzen»; A₂ «tatsächlichen sozialen Gegensätzen».

²⁹⁷⁸ «Für die juristische Zurechnung»] A₁ «Die Zurechnung»; A₂ «Für Die *juristische* Zurechnung».

²⁹⁷⁹ «dieser juristisch ganz irrelevanten Fiktion»] A₁ «dieser Fiktion»; A₂ «dieser juristisch ganz irrelevanten Fiktion».

²⁹⁸⁰ «an, der ... Behauptung»] A₁ «an, die Behauptung»; A₂ «an, die aus anderen Gründen unzutreffenden Behauptung».

²⁹⁸¹ «erfolge – wie *Jellinek* es tut – mit»] A₁ «erfolge, mit»; A₂ «erfolge, wie *Jellinek* mit»; F* «erfolge – wie *Jellinek* es tut – mit».

²⁹⁸² «Gesamtinteresse»] *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 565: «Gemeininteresse».

²⁹⁸³ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 565 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁹⁸⁴ «S. 565 f.»] A «S 265/66»; F* «S. 565 f.».

Erkennt man die sogenannte Erzeugung des Staatswillens nicht als Staatsfunktion, dann ist nicht nur das Parlament, sondern auch der einzelne Abgeordnete, dann ist insbesondere auch der Wähler, der durch die Wahl mittelbar zur Erzeugung des Staatswillens beiträgt, kein Staatsorgan. Verschließt man sich jedoch dieser Erkenntnis von der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur²⁹⁸⁵ des als „Erzeugung des Staatswillens“ bezeichneten Tatbestandes, stellt man sich also auf den Standpunkt der herrschenden Lehre, dann muß man freilich auch bezüglich der Stellung des Wählers zu einem anderen Resultate gelangen. Allein, dieses Resultat ist, wenn man es auf Grund der üblichen Auffassung von der Staatswillenserzeugung als Staatsfunktion folgerichtig²⁹⁸⁶ entwickelt, ein anderes als jenes, das die herrschende Lehre vertritt, die man somit auch von ihren eigenen Voraussetzungen aus wirksam widerlegen kann.

Es ist nämlich eine heute allgemein akzeptierte juristische²⁹⁸⁷ Konstruktion, den einzelnen Wähler wegen seiner Anteilnahme an der Bildung des Staatswillens als Staatsorgan gelten zu lassen. Von den materiellen Einwänden, die auf Grund der Interessentheorie vorgebracht werden können, muß man hier, wo diese Theorie abgelehnt wird, absehen. In den oben zitierten Ausführungen *Radnitskys* sind sie überdies im wesentlichen enthalten.²⁹⁸⁸ Hier sei nur auf die formale Seite des Problems eingegangen. Und da muß hervorgehoben werden, daß gegen die Konstruktion des Einzelwählers als Staatsorgan die gleichen Einwände zu machen sind, die bereits die Unzulässigkeit dargetan haben, den einzelnen Abgeordneten oder überhaupt einen einzelnen Faktor der Gesetzgebung als solchen für ein Staatsorgan zu erklären. Denn da als Staatsorgan jene Person zu gelten hat, deren Handlungen als die des Staates anzusehen sind, kann die fragliche Konstruktion den unlöslichen Widerspruch nicht vermeiden, den Staat im selben Augenblicke Entgegengesetztes wollen zu lassen; d. h. die einheitliche Staatspersönlichkeit mit dem einheitlichen Staatswillen aufheben. Es ist unmöglich, den Staat in der Person des einen Wählers pro und in der des andern contra stimmen zu lassen, der Staat kann nicht wollen, daß der Kandidat A Abgeordneter und zugleich, daß derselbe Kandidat nicht Abgeordneter werde. Er kann auch unmöglich wollen, daß *alle* Kandidaten Abgeordnete werden sollen, die irgendein Wähler bezeichnet hat, und es wäre wiederum im Grunde gar nicht zu begreifen, warum der Wille irgendeines Wählers – wenn dieser Wille Staatswille ist – nicht genügen sollte, den bezeichneten Kandidaten zum Abgeordneten zu machen? Ist man entschlossen, auch

²⁹⁸⁵ «der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur»] A₁ «der Natur»; A₂ «der sozialen Natur»; F* «der gesellschaftlichen, nicht staatlichen Natur».

²⁹⁸⁶ «Resultat ... folgerichtig»] A₁ «Resultat, das man von Standpunkte der herrschenden Grundauffassung aus folgerichtig»; A₂ «Resultat ist, wenn man es auf Grund der herrschenden Auffassung der Staatswillenserzeugung als Staatsfunktion aus folgerichtig»; A₃ «Resultat ... folgerichtig».

²⁹⁸⁷ «allgemein akzeptierte juristische»] A «allgemeine juristische»; F* «allgemein akzeptierte juristische».

²⁹⁸⁸ Vgl. oben S. 620–625.

diese mittelbare Teilnahme an der Bildung des Staatswillens als Staatsfunktion anzusehen, dann kann höchstens die gesamte Wählerschaft oder die Wählerschaft eines Wahlkreises, die gemeinschaftlich einen oder mehrere Abgeordnete zu wählen hat, als²⁹⁸⁹ Staatsorgan gelten.

|482 |Jedenfalls ist es aber vollkommen unzulässig, das gesamte *Staatsvolk* als Staatsorgan fungieren zu lassen, wie dies in neuerer Zeit insbesondere von *Jellinek*¹⁾ versucht wurde. In dem Bestreben einer juristischen Konstruktion des Verhältnisses zwischen dem „Volke“ und seiner parlamentarischen Vertretung sah sich *Jellinek*, da er das Parlament als „Organ“ des Volkes auffassen zu können glaubte, zur Annahme des „Volkes“ als Organ des Staates genötigt, da sonst für die von ihm postulierte Staatsorgan-Natur der Volksvertretung keine Möglichkeit gewesen wäre. Sollte das Parlament zugleich Staats- und Volksorgan sein, dann mußte – wenn nicht Identität von Staat und Volk bestehen sollte – das Volk zumindest Organ des Staates, das Parlament sohin sekundäres Staatsorgan – d. h. Organ eines Organes – sein²⁾.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und inwieweit der Begriff des sekundären Organes überhaupt berechtigt ist. Daß er auf Basis einer biologisch soziologischen, *funktionellen* Organanschauung zulässig²⁹⁹² sein mag, soll jedenfalls nicht bestritten werden. Auch innerhalb eines *Organes* wird es Teile geben, die zunächst nur für dieses Organ – und somit erst mittelbar für den Gesamtorganismus Funktionen verrichten, also Organe eines Organes sind. Für den juristischen Organbegriff, dessen Wesen in der künstlichen Zurechnung bestimmter Handlungen zu einem andern als dem physisch Handelnden besteht, muß der Wert des Begriffes eines Organ-Organes²⁹⁹³ höchst zweifelhaft erscheinen. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Zurechnung bestimmter Handlungen, die ja doch nur in der Staatsperson endet und kein anderes als gerade dieses Ziel verfolgt, in irgendeinem Falle den Umweg durch eine Person machen soll! Was sollte es wohl für einen Sinn haben, irgendeine andere Person als Durchgangspunkt der Zurechnung zum Staate zu benützen, da doch „Durchgangspunkt“ für die Zurechnung zu sein nichts anderes bedeutet, als etwas völlig Negatives: nämlich für die Zurechnung *nicht* in Betracht zu kommen! Auch die Beispiele, die *Jellinek* für seine Organ-Organen anführt, sind nicht sehr geeignet, diese Konstruktion zu stützen. Wenn sowohl Parlament als auch Volk Staatsorgan sind, warum sollten beide es nicht

|482 |¹⁾ Allgemeine Staatslehre 2. A. S. 552 ff.²⁹⁹⁰

²⁾ Vgl. insbesondere a. a. O. S. 571.²⁹⁹¹

²⁹⁸⁹ «Wahlkreises ... als»] A₁ «Wahlkreises als»; A₂ «Wahlkreises ... als».

²⁹⁹⁰ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 552–579.

²⁹⁹¹ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 571.

²⁹⁹² «einer ... Organanschauung zulässig»] A₁ «eines *funktionellen* Organbegriffes zulässig»; A₂ «einer biologisch-soziologischen *funktionellen* Organanschauung zulässig».

²⁹⁹³ «der Wert des Begriffes eines Organ-Organes»] A₁ «der Begriff des Organ-Organes»; A₂ «der Wert des Begriffes eines Organ-Organes».

nebeneinander sein können, weshalb muß das Volk *zwischen* Staatsperson und Parlament geschoben werden? Weshalb sollte der Regent, der Staatsorgan ist, dies nur durch die Vermittlung des regierungsunfähigen Monarchen sein, der, da er handlungsunfähig, durch keine seiner Handlungen den Staat repräsentieren kann, gar nicht mehr als Staatsorgan anzusehen ist?³⁾ Aber selbst wenn man die Organqualität des regierungsunfähigen Monarchen nicht bestreiten wollte – was freilich fast unmöglich scheint – der²⁹⁹⁵ Staatsperson gegenüber sind beide in gleicher Weise Organ, denn die Verfassung bestimmt in der gleichen Weise die Voraussetzungen, unter denen der eine und unter denen der andere den Staat zu repräsentieren hat. Die Tatsache, daß unter den Voraussetzungen, an welche die Tätigkeit des einen Organes geknüpft²⁹⁹⁶ ist, die Handlungsunfähigkeit des andern statuiert ist, kann *formell* nicht als Grund gelten, das eine als Organ des andern anzusehen, da die wesentliche Eigenschaft, den *Staat zu repräsentieren*, beiden gleich zukommt; und auch der Regent ist nur darum Staatsorgan, weil er den Staat repräsentiert und nicht weil er „den handlungsunfähigen Monarchen vertritt“. In dem hier wesentlichen Verhältnisse: dem Staate gegenüber, das ist jedem Organverhältnisse, kommt²⁹⁹⁷ diese Vertretung gar nicht in Betracht! Das juristische Organverhältnis ist seinem inneren Wesen nach stets ein unmittelbares.

| 483

Im übrigen muß auf einen Widerspruch aufmerksam gemacht werden, in den *Jellinek* mit seiner Konstruktion des Verhältnisses zwischen „Volk“ und Volksvertretung zu seinen an anderer Stelle geäußerten Grundanschauungen von der Natur des Organverhältnisses gerät. In seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte¹⁾ führt er aus, daß alles Recht Beziehungen von Persönlichkeiten sei. Staat und Organ sind für *Jellinek* nur *eine* Person; d. h., *Jellinek* anerkennt nur eine Persönlichkeit des Staates, den Organen schreibt er keine Persönlichkeit zu. „Daher ist das Verhältnis des Staates zu seinen Organen als ein Verhältnis innerhalb des Staates an sich *kein Rechtsverhältnis*.“²⁾ Während er somit an dieser Stelle das Organverhältnis ausdrücklich *nicht* als Rechtsverhältnis gelten lassen will und mangels einer Relation zwischen *zwei* Personen gar nicht gelten lassen kann, hat seine ganze Theorie von dem Parlamente als einem Organe des Volkes, das selbst Staatsorgan ist, nur den Zweck, dieses Verhältnis zwischen Volk und Volksver-

³⁾ a. a. O. S. 533.²⁹⁹⁴

¹⁾ 2. Aufl. S. 193 ff.²⁹⁹⁸

²⁾ a. a. O. S. 194.²⁹⁹⁹

| 483

²⁹⁹⁴ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 534.

²⁹⁹⁵ «wollte – was freilich fast unmöglich scheint – der»] A₁ «wollte – der»; A₂ «wollte – was freilich fast unmöglich scheint, der».

²⁹⁹⁶ «des einen Organes geknüpft»] A₁ «des Regenten geknüpft»; A₂ «des einen Organes geknüpft».

²⁹⁹⁷ «gegenüber ... kommt»] A₁ «gegenüber, kommt»; A₂ «gegenüber, das ist jedem Organverhältnisse kommt».

²⁹⁹⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 193–203.

²⁹⁹⁹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 194 – Hervorhebungen von Kelsen.

treterung juristisch zu konstruieren, es als *Rechtsverhältnis* darzutun. Er sagt: Zwischen dem Repräsentanten und dem Gesamtvolke bestehe eine dauernde Verbindung, „nämlich ein Organverhältnis, das seiner Natur nach nur ein Rechtsverhältnis sein kann“³⁾.

484 Wenn das Verhältnis des Staates zu seinen Organen kein Rechtsverhältnis sein kann, weil das Organ keine selbständige Persönlichkeit hat, dann kann doch auch das Verhältnis zwischen zwei Organen niemals ein Rechtsverhältnis sein! Und nun gar ein solches Organverhältnis | wie das des sekundären zum primären, das Verhältnis des Organ-Organes zum Organe sein³⁰⁰¹ soll, das ja die vollkommene Analogie des Verhältnisses des primären Organes zum³⁰⁰² Staate darstellt. Von dem sonst so beliebten Mittel, sich aus dem Widerspruche zu ziehen, in den man dadurch kommt, daß man das Organ bald als Person, bald als Nicht-Person benötigt, nämlich von der Unterscheidung zwischen dem Organe als abstrakter Institution³⁰⁰³ und dem physischen Organträger, kann hier natürlich keine Rede sein!

Was nun im speziellen die Auffassung betrifft, derzufolge das ganze „Volk“ als Staatsorgan anzusehen ist, so muß gegen dieselbe folgendes vorgebracht werden:

Als „Volk“ oder „Staatsvolk“ sind nach *Jellinek* selbst alle „dem Staate zugehörigen Menschen“³⁰⁰⁴ aufzufassen. Darunter sind richtigerweise alle jene zu verstehen, die unter die Staatsgewalt fallen. Jene Funktion aber, um deren willen *Jellinek* das als „Volk“ bezeichnete Organ annehmen zu müssen glaubt, die Organfunktion der Wahl zum Parlamente, wird nur von einem sehr kleinen Teile des „Volkes“ vollzogen; selbst nach jenen Verfassungen, die ein sogenanntes allgemeines Wahlrecht statuieren, ist es tatsächlich kaum der vierte Teil des Volkes, der rechtlich zur Wahlfunktion berechtigt oder verpflichtet ist. Und selbst die bis zu den äußersten Grenzen der Möglichkeit gehende Ausdehnung der Wahlpflicht oder des Wahlrechtes, das Fallenlassen der die Frauen, die nicht Seßhaften u. a. ausschließenden Schranken könnte niemals das ganze Volk zur Wahl heranziehen, da Kinder, Handlungsunfähige u. a. der Natur der Sache nach nicht funktionsfähig sind. Der Begriff des „Volkes“ ist von vornherein ein durchaus unjuristischer. Wenn *Jellinek* sagt: „Als primäres Organ handelt das Volk selbst in dem Wahlakte, durch den es sich Repräsentanten bestellt,“¹⁾ so muß man fragen, was die juristi-

3) Allgemeine Staatslehre. 2. A. S. 571.³⁰⁰⁰

484 |¹⁾ a. a. O. S. 571.³⁰⁰⁵

³⁰⁰⁰ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 571 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁰⁰¹ «primären ... sein»] A₁ «Primären sein»; A₂ «Primären ... sein».

³⁰⁰² «primären Organes zum»] A₁ «Primären zum»; A₂ «primären Organes zum».

³⁰⁰³ «zwischen dem Organe als abstrakter Institution»] A₁ «zwischen Organ als Institution»; A₂ «zwischen dem Organ als abstrakter Institution».

³⁰⁰⁴ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 393.

³⁰⁰⁵ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 571.

sche Rechtfertigung³⁰⁰⁶ dafür sein kann, die verhältnismäßig kleine Gruppe der Wähler oder Wahlberechtigten (resp. -verpflichteten) mit dem ganzen Volke zu identifizieren? Allein, ein Rechtsgrund für diese Zurechnung der Handlungen eines Teiles des Volkes zum ganzen, als Einheit gedachten, ist nicht zu finden. Wenn gewisse Handlungen von physischen Personen nicht diesen selbst, sondern dem Staate zugerechnet werden, so geschieht dies – und kann rechtlich nur geschehen – auf Grund der Rechtsordnung, der im Rechtssatze enthaltenen Zurechnungsregel. Darum ist die Zurechnung zum Staate eine notwendige juristische Konstruktion. Und da man unter „Staat“ nicht irgendeine reale, der Welt des Seins | angehörige | 485 Tatsache versteht, sondern nur den gedachten Zurechnungspunkt, kann in dieser Zurechnungskonstruktion niemals eine „Fiktion“ erblickt werden.

Allein, die Zurechnung, die *Jellinek* vornimmt, indem er die Wahl als Akt des ganzen Volkes erklärt, entbehrt jeder rechtlichen³⁰⁰⁷ Basis, ist vom juristischen Standpunkte aus willkürlich und unzulässig; es ist für sie kein Rechtsgrund vorhanden. Tatsächlich ist diese Zurechnung ethisch-politischer Natur, dem demokratischen Postulate³⁰⁰⁸ entsprungen, das ganze Volk solle an der Bildung des Staatswillens teilhaben! Sie ist juristisch ebenso unhaltbar, wie etwa die Behauptung wäre, Subjekt der allgemeinen Personaleinkommensteuer sei das ganze Volk und nicht bloß die einzelnen Steuerpflichtigen in ihrer Gesamtheit! Dabei ist die Vorstellung des ganzen Volkes als eines die Wahl ausübenden Staatsorganes so recht eine Fiktion im verwerflichen Sinne! Denn sie weist alle Merkmale auf, die in diesen Untersuchungen als das Wesen der Fiktion gekennzeichnet wurden! Die Behauptung einer *Realität* im Widerspruch zur Wirklichkeit. Denn daß das gesamte Volk – diese reale Menge realer Menschen – den Wahlakt vollzieht, ist einfach nicht wahr, während die Zurechnung zum Staate ein Gedankenprozeß ist, der mit keiner Wirklichkeit in Konflikt gerät, solange man unter Staat keine reale Tatsache, sondern nur den idealen Zurechnungspunkt erkennt. Dann bedeutet nämlich diese Zurechnung das ideelle Zusammenfassen einer Reihe gleichartiger Tatsachen unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte.

Den Höhepunkt aber erreicht die *Jellineksche* Fiktion anlässlich der Widerlegung des von ihm selbst erhobenen Einwandes, das Volk könne vielleicht deshalb nicht als *einheitliches* Organ gelten, weil es keinen einheitlichen Willen habe, insbesondere im Wahlakte verschiedene, ja sogar einander³⁰⁰⁹ widersprechende Willen zum Ausdruck kämen und ein Organ ohne einheitlichen Willen nicht denkbar sei¹⁾. Dabei scheint ihm das Hauptbedenken das zu sein, daß das Volk, da,

¹⁾ a. a. O. S. 573 f.³⁰¹⁰

³⁰⁰⁶ «die juristische Rechtfertigung»] A₁ «die Rechtfertigung»; A₂ «die juristische Rechtfertigung».

³⁰⁰⁷ «rechtlichen»] A₁ «juristischen»; A₂ «rechtlichen».

³⁰⁰⁸ «dem demokratischen Postulate»] A₁ «dem Postulate»; A₂ «dem demokratischen Postulate».

³⁰⁰⁹ «Wahlakte verschiedene, ja sogar einander»] A₁ «Wahlakte einander»; A₂ «Wahlakte verschiedene, ja sogar einander».

³⁰¹⁰ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 573 f.

wo nicht allgemeine Landeswahlen stattfinden, in verschiedene Wahlkreise geteilt ist, „im Akte der Wahl daher nur eine Summe einzelner Willensakte von Bruchteilen des Volkes zur Erscheinung kommen kann“²⁾. Nun mag gerade dies wohl das geringste Bedenken sein, das gegen die Annahme eines einheitlichen Volkswillens spricht; denn die in dem Wahlergebnisse der einzelnen³⁰¹² Wahlkreise geäußerten Willen können ja einander formell nicht widersprechen und es wäre schließlich zur Not noch denkbar, daß | das „Volk“ in dem einen Wahlkreise diesen und in dem anderen Wahlkreise jenen Abgeordneten „wolle“. Allein, *Jellinek* glaubt die Existenz eines³⁰¹³ einheitlichen Volkswillens des Volkes – also einer real-sozialpsychischen³⁰¹⁴ Tatsache dadurch beweisen zu müssen und beweisen zu können, daß er einen übereinstimmenden Willen in allen Wählern, die er ohne weiteres mit dem ganzen Volke identifiziert, behauptet³⁰¹⁵! Und demgemäß erklärt er: „In Wahrheit findet in der Wahl, möge sie in noch so vielen Wahlkreisen und wie immer stattfinden, ein einheitlicher Wille des Gesamtvolkes statt. Denn nicht nur auf Bestellung eines einzelnen Abgeordneten, sondern auch auf Bestellung der Kammer selbst ist der Wille der einzelnen Wahlverbände und damit der Gesamtheit der Wähler gerichtet. In dieser rechtlich wichtigsten Absicht sind sogar alle Wähler einig, welcher Parteistellung auch immer sie angehören ... Dasselbe findet aber auch bei Nachwahlen und Teilerneuerungen statt, wo der Wille der Wähler auf die verfassungsmässig geforderte Vollständigkeit der Kammer gerichtet ist“¹⁾.

Diese *Jellineksche* Methode ermöglicht es, selbst die entgegengesetztesten Willensrichtungen als übereinstimmend darzustellen! Denn wenn zwei Menschen noch so Widersprechendes wollen, darin dürften sie wohl stets übereinstimmen, daß sie überhaupt etwas wollen! Und wenn auch zwei Menschen miteinander auf Tod und Leben um eine Position kämpfen, die nur für einen von beiden Platz gewährt, so streben doch beide in vollster Harmonie und Übereinstimmung ein gemeinsames Ziel an: Jeder will, daß ein Mensch die Position einnehme; denn, so muß man argumentieren, wenn nicht jeder dies wollte, könnte er auch nicht wollen, daß gerade er die Stellung erlange! Es ist kaum der Mühe wert, dieses Sophisma näher zu untersuchen! Der Inhalt eines Willens bestimmt sich eben nicht nach irgendeinem allgemeinen Oberbegriffe, unter den das konkrete Ziel des Wol-

²⁾ a. a. O. S. 573.³⁰¹¹

| 486 ¹⁾ a. a. O. S. 574.³⁰¹⁶

³⁰¹¹ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 573.

³⁰¹² «dem Wahlergebnisse der einzelnen»] A₁ «dem einzelnen»; A₂ «dem Wahlergebnisse der einzelnen».

³⁰¹³ «glaubt die Existenz eines»] A₁ «glaubt einen»; A₂ «glaubt die Existenz eines».

³⁰¹⁴ «real-sozialpsychischen»] A₁ «realpsychische»; A₂ «real-sozialpsychischen».

³⁰¹⁵ «allen ... behauptet»] A₁ «allen das Volk bildenden Einzelmenschen behauptet»; A₂ «allen ... behauptet».

³⁰¹⁶ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 574.

lens zu kategorisieren ist, sondern nur nach diesem konkreten Ziele selbst. Und die Frage, ob zwei Willensakte übereinstimmen, darf nicht entschieden werden nach der Möglichkeit einer *logischen Vereinbarung* ihres verschiedenen Inhaltes unter einem gemeinsamen Oberbegriff, sondern mit Rücksicht auf die *psychologische Unvereinbarkeit* der nächsten konkreten Ziele, auf die beide Willensakte ihrem Inhalte nach gerichtet sind. Denn nicht auf das logische, sondern nur auf das psychologische Verhältnis kommt es an.³⁰¹⁷ Wenn es allen Wählern wirklich lediglich darum zu tun wäre, das Abgeordnetenhaus zu füllen, dann ist nicht zu begreifen, warum sie so viel Wert darauf legen, den Abgeordneten selbst bezeichnen zu dürfen. Das Wesentliche, das im Willensakte der Wahl des einen Wählers gerade³⁰¹⁸ im Verhältnis zu dem des anderen Wählers liegt, ist die bestimmte Person des Abgeordneten, die der Wähler als Vertreter seiner Interessen im Parlamente haben will! Den allermeisten Wählern dürfte es gar nicht in den Sinn kommen, daß seine Tätigkeit den objektiven Zweck hat, das Parlament zustande zubringen, und es ist einfach eine unberechtigte Supponierung dieses objektiven Zweckes in die subjektive Absicht des Wählers, wenn man ihm andichtet, er *wolle* das Parlament schaffen! Es hätte einen ähnlichen Sinn, würde man den Menschen bei dem natürlichen Zeugungsakte den „Willen, die Gattung zu erhalten“ impuieren, während sie nur den Willen zur Lust- oder Triebbefriedigung haben. Das Schulbeispiel einer unzulässigen *Fiktion*³⁰¹⁹ ist es, das die *Jellineksche* Theorie bietet, und als Grund der verfehlten Konstruktion zeigt sich deutlich die Verkennung des Willensbegriffes! Wenn schon davon die Rede sein könnte, daß das ganze Volk die Wahl des Parlamentes vornehme, so hätte dies doch stets nur den Sinn, daß das bloß durch einen Teil der zum Volke gehörigen Menschen herbeigeführte Resultat: die Parlamentswahl, aus irgendeinem Grunde dem ganzen Volke als Einheit zugerechnet würde. Der einheitliche Volks-„Wille“ hätte keine andere Bedeutung als die eines gemeinsamen Zurechnungspunktes. Die tatsächlichen realpsychischen Willensvorgänge im Innern der das Volk bildenden Menschen hätten damit nicht das Geringste zu tun! Es ist doch ernstlich überhaupt unmöglich festzustellen, was für Willensakte sich bei den einzelnen Wählern in dem Augenblicke abspielen, da sie den Stimmzettel ausfüllen und abgeben! Bei wie vielen dürfte sich wohl die für den Inhalt des Wollens wesentliche Vorstellung des Zweckes nicht auf mehr erstrecken als nur auf die Ausfüllung und Abgabe des Stimmzettels! Bei wie vielen dürfte bestenfalls als letzter Zweck der Sieg der Partei oder die Vertretung eigener Interessen vorgestellt sein? Was soll schließlich eine auf die tatsächlichen Vorgänge gerichtete Betrachtung mit jenen Wählern anfangen, die leere Stimmzettel abgeben oder den Mangel eines bezüglichen Willens durch Nichterscheinen vor der Wahlkommission dokumentieren? Für eine solche Betrachtung ist es schlechterdings unmöglich, zu einem anderen Resultate zu gelangen als zu der

| 487

³⁰¹⁷ «Und die Frage ... kommt es an.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

³⁰¹⁸ «Wahl des einen Wählers gerade»] A₁ «Wahl gerade»; A₂ «Wahl des einen Wählers gerade».

³⁰¹⁹ «einer unzulässigen Fiktion»] A₁ «einer Fiktion»; A₂ «einer unzulässigen Fiktion».

488 Konstatierung der Tatsache, daß eine bestimmte Anzahl von Menschen Stimmzettel abgegeben und mit dem Stimmzettel bestimmte Abgeordnete bezeichnet haben! Die Frage zu beantworten, was die Wähler tatsächlich gewollt haben, ist Sache der Psychologen und nur nach Untersuchung des einzelnen Falles möglich. Wenn | aber der Jurist von diesem explikativen Standpunkte der Seinsbetrachtung die bodenlose Behauptung aufstellt: im Wahlakte habe das ganze Volk, d. h. alle Einzelmenschen einen inhaltlich übereinstimmenden Willen geäußert, dann liegt eben das vor, was in des Wortes verwerflichster Bedeutung eine *Fiktion* heißt: eine Lüge! Und diese Fiktion hat nicht einmal den sonst so oft zitierten Scheingrund der Durchschnitts- oder Majoritätswahrheit für sich³⁰²⁰: Man kann nicht einmal behaupten, daß im Wahlakte die³⁰²¹ Mehrheit des Volkes einen gemeinsamen Willen äußert, wo doch in der Regel der Fälle weit weniger als die Hälfte des Volkes überhaupt berechtigt ist, einen Wahlwillen zu äußern. Daß solche das Niveau der juristischen Theorie charakterisierende Fiktionen in der Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkte wurzeln, ist hier schon oft gesagt worden, und sie müssen ganz besonders bei einem Autor wie *Jellinek* wundernehmen, zu dessen Verdiensten es gehört, auf den Unterschied beider Methoden hingewiesen zu haben. Unmittelbar vor der Entwicklung seiner Fiktionstheorie macht *Jellinek* einem anderen Großen auf dem Gebiete der Staatskonstruktion einen Vorwurf³⁰²², der fast noch besser seine eigene Theorie trifft, wenn er sagt: „Rousseau, der fortwährend mit juristischen Abstraktionen und Fiktionen arbeitet, hat, um seine bekannte Theorie von der Unmöglichkeit der Repräsentation des Volkes zu begründen, gerade in diesem Punkte den juristischen Standpunkt mit dem psychologischen vertauscht“⁽¹⁾ 3024.

Das „juristisch Bedeutsamste“ an seiner Lehre vom Volke als Staatsorgan sieht *Jellinek* darin, daß es durch diese Konstruktion erst ermöglicht werde, Staaten mit konstitutioneller Verfassung auch in der Zeit von der Auflösung des Parlamentes oder des Ablaufs der Legislaturperiode bis zu den Neuwahlen als konstitutionelle Staaten zu erkennen, während sie als absolute Staaten gelten müßten, wollte man nicht annehmen, daß auch in der parlamentslosen Zeit das Volk als primäres Organ vorhanden sei²⁾. Dem gegenüber ist bloß zu konstatieren, daß die *Rechts-*

488 |¹⁾ a. a. O. S. 553.³⁰²³

²⁾ a. a. O. S. 575.³⁰²⁵

³⁰²⁰ «Scheingrund ... für sich»] A₁ «Scheingrund für sich»; A₂ «Scheingrund für [sic] der Durchschnitts oder Majoritätswahrheit sich».

³⁰²¹ «daß im Wahlakte die»] A₁ «daß die»; A₂ «daß im Wahlakte die».

³⁰²² «Fiktionstheorie ... einen Vorwurf»] A₁ «Fiktions Theorie, Rousseau den Vorwurf»; A₂ «Fiktions Theorie, einem anderen Großen auf dem Gebiete der Staatskonstruktion den Vorwurf»; F* «Fiktionstheorie ... einen Vorwurf».

³⁰²³ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 553.

³⁰²⁴ Anmerkung in F* eingefügt.

³⁰²⁵ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 575.

frage der Staatsform, wie jede Rechtsfrage, nur auf Grund der formell geltenden Rechtsordnung und nicht auf Grund der tatsächlichen Zustände zu beantworten ist. Darum ist ein Staat nicht deshalb als konstitutioneller zu betrachten, weil er ein Parlament tatsächlich hat, d. h. weil vom Volke Abgeordnete in einem Hause versammelt sind usw., sondern weil und insofern seine Verfassung eine Volksvertretung statuiert, d. h. die Existenz eines Staatswillens an die Voraussetzung eines Parlamentsbeschlusses knüpft; m. a. W.: Weil auf Grund der Verfassung ein Parlament bestehen | *soll*. Darum ist ein Staat auch während der Zeit, da das Parlament nicht tatsächlich besteht, solange die Verfassung formell in Geltung ist, ein konstitutioneller Staat. Auch hier läge wieder die Verwechslung der juristischen Sollens- mit der soziologischen Seinsbetrachtung vor. Es liegt also im Grunde für die juristische Konstruktion gar kein besonderes Problem in dem von der Verfassung vorgesehenen, vorübergehenden Zustände³⁰²⁶ der Parlamentslosigkeit vor. Ein mit der Verfassung im Widerspruch stehender dauernder Zustand der Parlamentslosigkeit aber ist ein Verfassungsbruch und juristisch überhaupt nicht konstruierbar.

| 489

Im³⁰²⁷ übrigen gerät *Jellinek* dabei in einen argen Widerspruch zu seiner so betonten Unterscheidung zwischen dem Organ als Institution und dem physischen Organträger. Nicht³⁰²⁸ der physische Organträger, sondern die Institution darf nach *Jellinek* als Organ angesehen werden.³⁰²⁹ Allein, im Zustande der vorübergehenden Parlamentslosigkeit ist die Institution des Parlamentes – das Parlament als eigentliches Organ im *Jellinekschen* Sinne – gar nicht aufgehoben, vielmehr könnten nur die physischen Organträger als fehlend angesehen werden! Wozu bedarf es dann noch der positiven³⁰³⁰ Konstruktion *Jellineks*, die darin besteht, daß er als Kriterium der konstitutionellen Staatsform während der Zeit der Parlaments-(richtiger Abgeordneten-)³⁰³¹losigkeit die Existenz eines Staatsorganes „Volk“ annehmen zu müssen glaubt? Diese Konstruktion ist zudem nicht nur überflüssig, sondern an sich falsch. Denn als Organ kommt das Volk nach *Jellinek* selbst nur im Augenblicke der Wahl in Betracht³⁰³² und in diesem Augenblicke ist der prekäre Zustand, an dem die ganze Konstruktion sich bewähren soll,

³⁰²⁶ «Auch hier läge wieder ... Zustände»] A₁ «Auch hier wieder die Verwechslung des Sollens mit der soziologischen Seinsbetrachtung vor. Es ist also im Grunde gar kein besonderes Problem in dem Zwischen Zustände»; A₂ «Auch hier läge wieder ... Zustände».

³⁰²⁷ «konstruierbar. [Im]»] A₁ «konstruierbar. Was aber insbesondere die positive Konstruktion *Jellineks* betrifft, die darin besteht, daß als Kriterium der konstitutionellen Staatsform auch während der Zeit der Parlamentslosigkeit die Existenz des Staatsorganes „Volk“ annehmen zu müssen glaubt so [bricht ab]»; A₂ «konstruierbar. Im».

³⁰²⁸ «Organträger. Nicht»] A₁ «Organträger; welch letzterer niemals als „Organ“ im eigentlichen Sinne [bricht ab]»; A₂ «Organträger. Nicht».

³⁰²⁹ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), insb. S. 526–530; *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 136.

³⁰³⁰ «der positiven»] A₁ «der Annahme des „Volkes“ als Staatsorgan? um [bricht ab]»; A₂ «der positiven».

³⁰³¹ In Autograph und Erstdruck eckige Klammern.

³⁰³² Vgl. *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), insb. S. 571.

schon wieder behoben. Meint man aber, das Volk sei *dauernd* Organ auf Grund der in der Verfassung statuierten³⁰³³ *Möglichkeit* der Wahl, dann ist es aber wiederum die Rechtsordnung und nicht das Tatsächliche, die realen Zustände, die für die Beurteilung maßgebend sind. Und das ist auch das formal-juristisch Ausschlaggebende! Ein Volk wäre gewiß nicht Organ, weil es tatsächlich existiert – sonst wäre ja jeder Staat ein konstitutioneller, da kein Staat ohne solches „Organ“ bestehen könnte – sondern ein Volk könnte – wenn überhaupt die Konstruktion des Volkes als Staatsorgan zulässig wäre – nur³⁰³⁴ deshalb „Organ“ sein, richtiger ausgedrückt: es könnte in einem Staate nur dann und nur insoferne ein Organ „Volk“ geben, wenn und insoferne die *Verfassung* ein mehr oder weniger allgemeines Parlaments-Wahlrecht³⁰³⁵ statuiert.

Die Mängel und Widersprüche, die das sonst so logisch gefügte System *Jellinek* gerade an diesem Punkte aufweist, sind letzten Endes darauf zurückzuführen, daß die ganze Konstruktion des Staatsvolkes als eines primären Staatsorganes und des Parlamentes als eines Organes des Volkes und sekundären Staatsorganes bestrebt ist, ein materielles, nämlich politisches Element zu erfassen, das als solches der formal-juristischen Konstruktion ihrer inneren Natur nach stets unzugänglich bleiben muß. So oft die juristische Konstruktion über ihre Wesens-Grenzen hinausgeht, muß es zu den schwersten Entgleisungen in der Begriffsbildung kommen.

Wenn *Jellinek* der rein formalistischen Methode des Staatsrechtes den Vorwurf macht, sie könne für die spezifischen Beziehungen zwischen Volk und Volksvertretung keinen Ausdruck finden¹⁾, so kann sich diese Methode den Vorwurf gerne gefallen lassen und sich dabei beruhigen, das wichtigste Postulat aller wissenschaftlichen Denkarbeit nicht verletzt, die festgezogenen Grenzen des spezifischen Betrachtungsfeldes nicht überschritten zu haben. Hier ist die treffende Bemerkung *Simmels*²⁾ am Platze, daß „der Standpunkt *einer* Wissenschaft, die immer eine arbeitsteilige ist, niemals die Ganzheit einer Realität erschöpft“. Und die Polemik *Jellinek*s gegen den formalistischen Standpunkt bedeutet im Grunde ein Aufgeben der juristischen Methode!

Das Verlassen dieser Methode ist gerade in diesem Zusammenhange von charakteristischer Bedeutung. Denn es ist eine *politische* Theorie, die hier zur *Ausdehnung des Organbegriffes* auf das Volk als Ganzes den Anlaß gab. Und dies scheint

| 490 |¹⁾ a. a. O. S. 572.³⁰³⁶

²⁾ Philosophie des Geldes, 2. Aufl. 1907. Vorrede S. III.³⁰³⁷

³⁰³³ «aber, das ... statuierten»] A₁ «aber – was nicht unrichtig wäre, das Volk sei *dauernd* Organ durch die in der Rechtsordnung statuierte»; A₂ «aber –, das ... statuierte».

³⁰³⁴ «überhaupt ... nur»] A₁ «überhaupt nur»; A₂ «überhaupt ... nur».

³⁰³⁵ «wenn ... Parlaments-Wahlrecht»] A₁ «wenn die *Verfassung* ein allgemeines Wahlrecht»; A₂ «wenn ... ParlamentsWahlrecht».

³⁰³⁶ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 572.

³⁰³⁷ *Georg Simmel*, Philosophie des Geldes, 2. Aufl., Leipzig 1907, S. VII – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

deshalb symptomatisch zu sein, weil überhaupt der in jüngerer Zeit innerhalb der Staatsrechtstheorie zu³⁰³⁸ Tage tretenden Tendenz einer erweiterten Anwendung des Organbegriffes, dem Bestreben, die gesamte Staatswillenserzeugung als Staatsfunktion und demgemäß nicht nur das Parlament, sondern auch die Abgeordneten und insbesondere auch den einzelnen Wähler und die Wählerversammlung, wohl auch gar den Steuerzahler u. ä., als Staatsorgan aufzufassen, ein gewisser politischer Charakter nicht abzusprechen ist. Die staatssozialistische Richtung, die auf dem Gebiete der Politik zu einer herrschenden geworden und die von dem Bestreben getragen ist, die staatliche Organisation möglichst tief und umfassend in den Körper der Gesellschaft eindringen zu lassen, möglichst viel gesellschaftliche Tätigkeit zu solcher des Staates zu machen, hat³⁰³⁹ zweifellos – so sehr sie nur de lege ferenda von Bedeutung sein sollte – auch de lege lata die juristische Konstruktion beeinflusst. Es ist im Grunde dasselbe Postulat nach Verstaatlichung sozialer Institutionen, das³⁰⁴⁰ in dem Programme der Staatssozialisten zum Ausdrucke kommt und dem jene Theoretiker halb unbewußt Rechnung tragen, die nicht³⁰⁴¹ nur das Parlament, sondern auch den einzelnen Abgeordneten, ja, jeden Wähler und schließlich das ganze Volk als Staatsorgan erklären zu müssen glauben.

|491

Daß diese Konstruktionen mit dem positiven Rechte nicht in Einklang zu bringen sind, wurde hier zu zeigen versucht. Insbesondere aber war es das Bestreben dieser Untersuchungen darzutun, daß der juristischen Konstruktion bei der Anwendung eine gewisse natürliche Grenze gezogen ist, durch welche die sogenannte „Erzeugung“ des Staatswillens außerhalb des Konstruktionsbereiches fällt.

³⁰³⁸ «Zeit innerhalb der Staatsrechtstheorie zu»] A₁ «Zeit zu»; A₂ «Zeit innerhalb der Staatsrechtstheorie zu».

³⁰³⁹ «machen, hat»] A₁ «machen, dh. zu verstaatlichen, hat»; A₂ «machen, hat».

³⁰⁴⁰ «Grunde ... das»] A₁ «Grunde derselbe Wunsch nach Verstaatlichung, der»; A₂ «Grunde ... das».

³⁰⁴¹ «die nicht»] A₁ «die – wie Radnitzky treffend bem[erkt] nicht»; A₂ «die nicht».

XIX. Kapitel.

Die Exekutive: Der Rechtsbegriff der Verwaltung.

Nach Widerlegung des Haupteinwandes, dessen die hier vertretene Theorie gewärtig sein muß, den Ausschluß der Staatswillenserzeugung aus dem Begriff der Staats- und Organtätigkeit betreffend, wäre eigentlich die akzeptierte Organdefinition, die das³⁰⁴² Staatsorgan als Realisator des Staatswillens begreift, im wesentlichen gerechtfertigt. Denn da die Legislative aus dem Bereiche der Organtätigkeit ausgeschlossen erscheint, bleibt nur mehr die Exekutive als ihre Domäne übrig. Allein, die herrschende Lehre hat die ältere Anschauung, derzufolge das Wesen der Exekutive in der Ausführung oder Vollziehung des in den Gesetzen enthaltenen Staatswillens erkannt wird, aufgegeben; man glaubt in neuerer Zeit insbesondere in jenem Teile der Exekutive, der nicht Rechtsprechung ist³⁰⁴³, der Verwaltung im engeren Sinne, mehr als eine bloße „Ausführung“ der Gesetze erblicken zu sollen. Es muß daher hier noch näher begründet werden, weshalb die ganze Tätigkeit des modernen Rechtsstaates und seiner Organe, die³⁰⁴⁴ nicht Gesetzgebung ist – und die Gesetzgebung kann überhaupt nicht Staatstätigkeit sein – *rechtlich* nur als³⁰⁴⁵ Realisierung des Staatswillens aufgefaßt werden kann.

Zu diesem Zwecke wird es nötig sein, sich vorher über das prinzipielle Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive im Rechtsstaate zu orientieren. Dieses Verhältnis wird dann die gewünschte Grundlage für die Bildung des Organbegriffes bieten.

Als man daranging, an Stelle des Absolutismus den konstitutionellen Staat zu begründen, dachte man sich unter gesetzgebender | Gewalt soviel wie rechtsetzende Gewalt¹⁾. Darunter verstand man, nach *Anschütz'* wertvollen Untersuchungen,

| 492 | 492 |¹⁾ Vgl. *Anschütz*, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechtes nach preußischem Staatsrechte. 2. Aufl. 1901. S. 12 ff.³⁰⁴⁶

³⁰⁴² «die das»] A₁ «die eine *Realisierung des Staatswillens* als Charakteristikum [bricht ab]; A₂ «die das».

³⁰⁴³ «nicht Rechtsprechung ist»] A «nicht richterliche Tätigkeit ist»; F* «nicht Rechtsprechung ist».

³⁰⁴⁴ «modernen Rechtsstaates und seiner Organe, die»] A₁ «modernen, konstitutionellen Staates, die»; A₂ «modernen, konstitutionellen Staates und die seiner Organe, die»; F* «modernen Rechtsstaates und seiner Organe, die».

³⁰⁴⁵ «sein – *rechtlich* nur als»] A₁ «sein – als»; A₂ «sein – *rechtlich* nur als».

³⁰⁴⁶ *Gerhard Anschütz*, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechtes nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 12–25.

„die Macht, alles im Staate souverän zu regulieren; *jedem* im Staate, d. h. nicht nur den Untertanen, sondern vor allem auch dem Monarchen durch abstrakte Normen die Grenzen seines Dürfens und Sollens unverbrüchlich vorzuschreiben“³⁰⁴⁷. Daß der König und seine Beamten nur mehr die „vollziehende Gewalt“ behalten, das soll – führt *Anschütz* aus – nicht etwa heißen: „le peuple veut, le roi fait“, denn von Volkssouveränität könne speziell in Preussen keine Rede sein. Nur das sei damit statuiert, daß „Träger und Organe der vollziehenden Gewalt befehlen und verbieten“³⁰⁴⁸, vollstrecken und zwingen dürfen nur noch insoweit, als das Gesetz sie zu solchen Eingriffen ermächtigt“³⁰⁴⁹. Wenn *Anschütz* den französischen Grundsatz³⁰⁵⁰: das Volk will und der König handelt, mit Hinweis auf die mangelnde Volkssouveränität für die konstitutionelle Monarchie Preussens ablehnt, so ist ihm beizupflichten. Nur muß bemerkt werden, daß dieser Grundsatz wie das Prinzip der Volkssouveränität selbst – was ja schon an einer früheren Stelle bemerkt wurde³⁰⁵¹ – eine politische, keine *staatsrechtliche* Formel ist. Subjekt des Willens, d. h. Rechts- und Pflicht-Subjekt ist unter allen Umständen der *Staat*, mag auch an der sogenannten Bildung desselben ausschließlich das Volk unmittelbar oder mittelbar durch seine Vertreter beteiligt sein. Mit dieser Modifizierung hätte der Grundsatz zu lauten: Der Staat will und seine Organe handeln, und dieser Satz ist tatsächlich der treffendste Ausdruck für das rechtliche Verhältnis der Organe zum Staatswillen im konstitutionellen Staate: Die Organe und auch das höchste: der Monarch, sind in ihrer spezifischen Organfunktion durch das Gesetz an den in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillen gebunden, insofern sie alle nur handeln können, wo der Staat bereits *gewollt hat*. Und aus diesem Grunde verdient ihre Tätigkeit durchaus die Bezeichnung einer Realisierung des Staatswillens. Das Ausmaß der Bindung durch den Staatswillen mag ja in dem einen und dem anderen Falle sehr verschieden sein. Dem eigenen Ermessen des Organes kann bald ein sehr kleiner, bald ein sehr großer Spielraum gegeben sein. Allein, hierin kann nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied erblickt werden. Wesentlich bleibt in allen Fällen für die Organtätigkeit im konstitutionellen, d. h. im modernen Rechtsstaate, daß sie niemals *ohne* einen Staatswillen, extra legem erfolgen darf. Wenn auch das „Wie“ des zu realisierenden Staatswillens | im Gesetze nicht näher bestimmt und somit dem Ermessen des realisierenden Organes überlassen ist, das „Daß“ muß stets im Gesetze zu finden sein.

| 493

³⁰⁴⁷ *Anschütz*, Verordnungsrecht (Anm. 3046), S. 12f.

³⁰⁴⁸ «verbieten»] A₁ «gebieten»; A₂ «verbieten».

³⁰⁴⁹ *Anschütz*, Verordnungsrecht (Anm. 3046), S. 13.

³⁰⁵⁰ «den französischen Grundsatz»] A₁ «den Grundsatz»; A₂ «den französischen Grundsatz».

³⁰⁵¹ Vgl. oben S. 616–618.

Was³⁰⁵² insbesondere den Begriff der eigentlichen Verwaltung betrifft, so³⁰⁵³ ist folgendes zu bemerken. In der modernen Literatur hat man diesen Begriff formal eigentlich nur³⁰⁵⁴ negativ fixieren zu können vermeint, indem man unter „Verwaltung“ „das ganze große Gebiet staatlicher Tätigkeit, welches nach Abziehung von Rechtssetzung und Rechtsprechung übrigbleibt“⁽¹⁾ definierte. Die heute herrschende positive Definition der „Verwaltung“ ist eine durchaus materielle. Sie bezeichnet die Verwaltung als die freie Tätigkeit der Staatsorgane zur Realisierung der Staatszwecke innerhalb der gesetzlichen Schranken.³⁰⁵⁶ In dieser Fassung des Begriffes liegt ein bewusster und gewollter Gegensatz zu der älteren Auffassung der Verwaltung als bloßer Vollziehung des Gesetzes. So betont *Laband* nachdrücklich, daß das Wesen der Verwaltung nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter Beobachtung, d. h. ohne Verletzung der Gesetze bestehe und erklärt: „Der Begriff der Vollziehung muß daher *erweitert* werden zum Begriffe der Verwaltung“⁽²⁾. Und³⁰⁵⁸ *Anschtütz* sagt: „Freie Tätigkeit der zweckbewußt durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechtes, aber innerhalb seiner Schranken – so

493 | ¹⁾ *Jellinek*, Gesetz und Verordnung. S. 218.³⁰⁵⁵

²⁾ Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. Aufl. II. S. 164.³⁰⁵⁷

³⁰⁵² «zu finden sein. [Was.]] A «zu finden sein. Und selbst eine noch so weitgehende dem Organe eingeräumte Ermessensfreiheit kann dessen Tätigkeit die rechtliche Qualifikation einer Realisierung des Staatswillens nicht nehmen, denn eine mehr oder weniger große Ermessensfreiheit ist notwendig mit der Realisierung fremden Willens verbunden. Wer seinen Willen durch andere ausführen läßt – wie der Staat durch seine Organe – kann überhaupt nicht seine Vorschriften so weit ins Detail ergehen lassen, daß dem eigenen Ermessen des Handelnden nichts zu entscheiden übrigbliebe. Wer durch einen anderen ein Glas Wasser auf den Tisch stellen läßt kann vielleicht noch vorschreiben mit welcher Hand die Ausführung zu geschehen – aber all die Hundert[t]ausende [Lesung unsicher] von Muskelbewegung, die zur Realisation notwendig sind, vorschreiben ist schon deshalb unmöglich, weil sie überhaupt nicht vorschreibbar sind. Es wäre töricht wollte man die Tätigkeit der Handelnden deshalb nicht mehr als „Ausführung“ oder [„]Realisierung“ gelten lassen, weil das allermeiste zu ihrer Vollendung im „freien Ermessen“ des Handelnden liegt. Und doch sind es im Wesen keine anderen Bedenken, die dagegen geltend gemacht wurden, daß man die Tätigkeit der Exekutive schlechthin als „Ausführung“ der Gesetze bezeichne. [Was]; F* «zu finden sein. [Was».

³⁰⁵³ «betrifft, so»] A₁ «betrifft, den man nur negativ fixieren zu können vermeint, indem man darunter alle jene Tätigkeit des Staates versteht, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist, so»; A₂ «betrifft, so».

³⁰⁵⁴ «Begriff formal eigentlich nur»] A₁ «Begriff nur»; A₂ «Begriff formal eigentlich nur».

³⁰⁵⁵ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 218.

³⁰⁵⁶ «Schranken.»] A «Schranken.»^{Fn}vgl. z B *Laband* Staatsrecht des deutschen Reiches II 201?^{Fn}; F* «Schranken.».

³⁰⁵⁷ *Laband*, Staatsrecht II⁴ (Anm. 2554), S. 164 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁰⁵⁸ «So betont ... Und»] A₁ «So sagt *Laband* ausdrücklich: „Das Wesen der Verwaltung besteht nicht in der Ausführung der Gesetze sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter unter [sic] Beobachtung, dh ohne Verletzung der Gesetze.“ Und»; A₂ «So sagt *Laband* ausdrücklich: „Das Wesen der Verwaltung besteht nicht in der Ausführung der Gesetze sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter unter [sic] Beobachtung, dh ohne Verletzung der Gesetze.“ „Der Begriff der Vollziehung muß daher erweitert werden zum Begriffe der Verwaltung.“^{Fn}S164 [4 Aufl. II. 1901^{Fn} Und»; F* «So betont ... Und».

stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihn die moderne Staatswissenschaft, über den einseitigen Vollziehungsbegriff weit hinausgehend, ausgeprägt hat³⁰⁵⁹.

Indem die moderne Staatsrechtswissenschaft über³⁰⁶⁰ den „einseitigen Vollziehungsbegriff“ hinausging und mangels eines anderen Kriteriums das Zweckmoment: die Realisierung der Staatsaufgaben ihrem Verwaltungsbegriffe zu Grunde legte, verstieß sie gegen das Grundprinzip juristischer Begriffsbildung. Der herrschende Verwaltungsbegriff ist kein Rechtsbegriff!

Will man die als „Verwaltung“ bezeichnete Tätigkeit rechtlich erfassen, muß man sich vor allem gegenwärtig halten, daß „Verwalten“ im ursprünglichen Sinne des Wortes keine spezifisch juristische Bedeutung hat. Verwalten ist eine Zweck-tätigkeit, es ist die planmäßige Verfügung über eine Gütermenge mit der Tendenz, dieselbe zu erhalten oder zu vermehren. In diesem Sinne ist Verwaltung eine Tätigkeit, die vom Rechte ganz unabhängig, ja sogar ohne Rechtsordnung denkbar ist. „Verwaltung“ ist ein *wirtschaftlicher*, kein Rechtsbegriff!

|Spricht man also in diesem eigentlichen Sinne von der Verwaltung des Staates, so betrachtet man die der Staatsperson zugerechnete Tätigkeit unter dem wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Zweckerfüllung, der Wohlfahrtsförderung. Auch die Tätigkeit der Menschen kann man so betrachten und tut dies auch für gewöhnlich nur unter diesem Gesichtspunkte. Allein, diese Betrachtungsweise führt niemals zur Erfassung des *rechtlich Relevanten*!

|494

Denn die Tätigkeit des Individuums, die seine Wohlfahrt, die Erfüllung seiner subjektiven Zwecke und Aufgaben zum Inhalte hat, ist als solche juristisch unqualifiziert. Rechtlich, d. h. für die Rechtsordnung kommt das Verhalten der Menschen nur insoweit in Betracht, als es zum Rechtssatz – das ist dem Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Handeln – in eine Relation gebracht werden kann. Nur³⁰⁶¹ unter diesem Gesichtspunkte scheiden aus der unbegrenzten Masse menschlichen Verhaltens, das fast ausnahmslos auf die Förderung der eigenen Zwecke gerichtet ist, einzelne Handlungen oder Unterlassungen aus.³⁰⁶² Nicht der Zweck einer Tätigkeit ist es also, der für ihren juristischen Charakter maßgebend ist, sondern ihre Relation zum Rechtssatz.

³⁰⁵⁹ Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. Leipzig 1891. S. 53. ³⁰⁵⁹

³⁰⁵⁹ Anschütz, Studien (Anm. 2506), S. 53.

³⁰⁶⁰ «Staatsrechtswissenschaft über»] A₁ «Staatsrechtswissenschaft über den Verwaltungsbegriff [bricht ab]»; A₂ «Staatsrechtswissenschaft über».

³⁰⁶¹ «kann. Nur»] A «kann, d. h. eben nur insoweit als es zu jenem Tatbestande gehört, an den der Wille des Staates geknüpft ist. Nur»; F* «kann. Nur».

³⁰⁶² «Gesichtspunkte ... aus.»] A₁ «Gesichtspunkte scheiden aus der Unmasse menschlichen Handelns einzelne Handlungen oder Unterlassungen als Unrecht oder Recht aus.»; A₂ «Gesichtspunkte scheiden aus der unbegrenzten Masse menschlichen Verhaltens das fast ausnahmslos auf die Förderung der eigenen Zwecke gerichtet ist einzelne Handlungen oder Unterlassungen als Unrecht oder Recht aus.»; F* «Gesichtspunkte ... aus.».

Das gilt im vollen Umfange nicht nur für die physischen Personen, sondern auch für die Staatsperson. Gäbe es also auch eine Zwecktätigkeit des Staates, so könnte diese doch niemals als *solche* juristisch relevant, d. h. zum Gegenstande eines Rechtsbegriffes gemacht werden. Allein, der Staatsperson ist eine Zweckverfolgung gar nicht möglich, oder m. a. W. menschliche Handlungen können unter dem Gesichtspunkte von *Zweckhandlungen* dem Staate gar nicht zugerechnet werden! Und damit ist die Unzulässigkeit des üblichen Verwaltungsbegriffes vollends dargetan! Denn sich Zwecke setzen, Zwecke verfolgen, hat psychische Qualitäten zur Voraussetzung, die der Staatsperson in keiner Weise zukommen. Nicht nur ein Wollen, auch ein Vorstellen und Fühlen ist nötig, um etwas bezwecken zu können. Wer also der Staatsperson eine Zweckverfolgung zurechnet, müßte ihr nicht nur einen Willen, sondern auch ein Fühlen und Vorstellen zurechnen, was natürlich unmöglich ist. Gerade diese Konsequenz zeigt ja deutlich, daß die Annahme eines Staatswillens nicht etwa in dem Sinne aufgefaßt werden kann, daß damit dem Staate irgendeine *psychische* Fähigkeit des Wollens angedichtet³⁰⁶³ wird – wäre dem so, weshalb könnte man nicht auch von Staatsgefühlen und Staatsvorstellungen sprechen? – sondern *daß nur äußere Tatbestände und Handlungen zugerechnet werden*; daß Staatswille nur einen Zurechnungspunkt, keinen Seelenvorgang bedeutet. Das ist der Sinn des Satzes, daß die Staatsperson nur wollen kann.

| 495

| Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß der Staat zwecklos sei! Wohl hat der Staat Zwecke, aber sie sind nur Zwecke von Menschen; der³⁰⁶⁴ Staat ist nicht *Subjekt* dieser Zwecke, sondern *Objekt* derselben. Gerade so, wie nicht die Staatsperson es ist, die sich ihre Zwecke *setzt*, d. h. den Staatswillen erzeugt, sondern physische Personen, die an der Gesetzgebung beteiligten Menschen dem Staate seinen Willen geben oder bilden und so seine Ziele und Zwecke feststellen, wie die Erzeugung des Staatswillens als Zwecktätigkeit nicht dem Staate *rechtlich* zugerechnet werden kann, so kann auch die Realisierung dieser staatlichen Zwecke als solche nicht der Staatsperson zugerechnet werden.

Ist Verwaltung die Erfüllung staatlicher Aufgaben, dann ist es nicht der Staat, der *verwaltet*, sondern der *verwaltet wird*. Unter dem Gesichtspunkte der Zwecke ist der Staat niemals *Subjekt*, sondern stets nur *Objekt*. Der Zweck kann der Staatsperson nicht zugerechnet werden.

Für den Juristen kommt nur in Betracht, daß gewisse Handlungen auf Grund der im Rechtssatze enthaltenen Zurechnungsregel als solche des Staates zu gelten haben. Der Zweck, den die handelnden Menschen selbst verfolgen oder den

³⁰⁶³ «Fähigkeit des Wollens angedichtet»] A₁ «Fähigkeit angedichtet»; A₂ «Fähigkeit des Wollens angedichtet».

³⁰⁶⁴ «kann.] Damit soll ... der»] A «kann.] Darum kann die Staatsperson keine Zwecke haben und keine Zwecke verfolgen: weil sie keine physischen Qualitäten hat und weil nur äußere Tatbestände – nicht Seelenvorgänge – zugerechnet werden können!] Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß es keine Staatszwecke gäbe und keine Handlungen zur Realisierung derselben! Wohl gibt es solche, aber sie sind nur Zwecke und Handlungen von Menschen, der»; F* «kann.] Damit soll ... der».

jene³⁰⁶⁵ im Auge hatten, die den Rechtssatz „erzeugten“, ist als substantielles Moment für die formale Begriffskonstruktion des Juristen völlig irrelevant. Der *juristische* Mechanismus der Verwaltung im Rechtssinne bleibt völlig unberücksichtigt und im Dunkeln, wenn man die Verwaltung vom Rechtsstandpunkte aus als Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben bezeichnet. Um zum Rechtsbegriffe der Verwaltung vorzudringen, darf man nicht die Frage aufwerfen: welches sind die Zwecke des Staates, *was* für Aufgaben verfolgt er, sondern man muß fragen: In welcher Relation stehen die als „Verwaltung“ bezeichneten Akte zur Rechtsordnung?

Ihren³⁰⁶⁶ unjuristischen, weil materiell-wirtschaftlichen Charakter verliert die übliche Definition des Verwaltungsbegriffes auch dadurch nicht, daß sie die als Verwaltung charakterisierte, auf Erfüllung der staatlichen Zwecke gerichtete Tätigkeit innerhalb der Schranken des Gesetzes, d. h. „ohne Verletzung der Gesetze“ sich vollziehen läßt. Ihrem allgemeinen Typus nach fällt diese Definition durchaus unter jene Kategorie der juristischen Begriffsbildung³⁰⁶⁷, bei welcher eine Verbindung des formalen mit dem materiellen Elemente versucht wird. Die „innerhalb der Rechtsschranken sich vollziehende Erfüllung der Staatszwecke“ weist dieselbe innere Struktur auf wie das „rechtlich geschützte Interesse“ des subjektiven Rechtes und der „rechtlich garantierte Zustand innerer Willensgebundenheit“, der Rechtspflicht. | Die Kritik einer derartigen Konstruktionsmethode wurde hier schon wiederholt gegeben.³⁰⁶⁸ Bezüglich ihrer Anwendung auf den Verwaltungsbegriff sei speziell bemerkt, daß das materielle Moment: die „innerhalb der Rechtsschranken fallende Tätigkeit“, juristisch unqualifiziert, irrelevant ist. Aufgabe der juristischen Begriffsbildung ist es ja gerade, diese Schranken des Gesetzes – das formale Element – und nicht die innerhalb derselben stattfindende Tätigkeit zu erfassen! *Denn Recht ist Schutz und nicht das Geschützte, ist Schranke, nicht das Beschränkte!* Den Rechtsbegriff der Verwaltung konstruieren, kann nicht heißen, die rechtlich irrelevante Tätigkeit des Staates – wenn es eine solche überhaupt gibt – begrifflich zusammenfassen. Soll das juristisch Relevante in ihm zum Ausdruck kommen, kann es nur die Beziehung der Staatstätigkeit zur Rechtsordnung sein, muß der Begriff die Relation zum Rechtssatze enthalten.

| 496

Die Auffassung der Verwaltung als freie Tätigkeit des Staates innerhalb der Rechtsschranken ist sichtlich das Resultat einer Analogie zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates. Diese Analogie ist aber

³⁰⁶⁵ «selbst verfolgen oder den jene»] A₁ «selbst oder die den Rechtssatz jene»; A₂ «selbst verfolgen oder den jene».

³⁰⁶⁶ «fragen ... [Ihren]»] A «fragen: *Wie* verfolgt der Staat die ihm gesetzten Zwecke, wie erfüllt er die ihm gestellten Aufgaben. Auch hier muß das *Wie* – die Form – und nicht das *Was*: der Inhalt der spiritus rector der juristischen Begriffsbildung sein. [Ihren]; F* «fragen ... [Ihren]».

³⁰⁶⁷ «der juristischen Begriffsbildung»] A₁ «der Begriffsbildung»; A₂ «der juristischen Begriffsbildung».

³⁰⁶⁸ Vgl. zum subjektiven Recht oben S. 181–185, 345 f. und zur Rechtspflicht oben S. 443 f., 453–455, 464–467, 473, 474–485, 493–495, 532–541.

unhaltbar. Das sei kurz dargelegt. *Anschütz*¹⁾ sagt ausdrücklich: „Dieses Wesen (der Verwaltung als freier Tätigkeit innerhalb des Gesetzes und nicht bloßer Ausführung) erkennt man am klarsten, wenn man die Analogie zwischen der Tätigkeit des Staates und dem Leben des einzelnen in Betracht zieht. Wie der letztere seine wirtschaftlichen Güter verwaltet, seine ökonomische und soziale Stellung zu fördern sucht und sich hiebei³⁰⁷⁰ stets innerhalb der Schranken der Rechtsordnung zu halten hat, so ist auch das Staatswesen in fortwährender, ununterbrochener Tätigkeit begriffen; die Rechtsnorm kann motivierend auf diese Tätigkeit einwirken, innerhalb der Rechtsschranken ist diese Staatstätigkeit frei.“ Und *Jellinek*²⁾ bemerkt, die Verwaltung des Staates sei „in ihren Zielen nicht unterschieden von der zweckbewußten Tätigkeit des Individuums“. Diese dem Verwaltungsbegriffe zugrunde liegende Analogie ist vollständig unmöglich, denn die von *Anschütz* charakterisierte, *innerhalb* der Rechtsschranken sich abspielende wirtschaftliche Tätigkeit des Menschen ist rechtlich völlig irrelevant. Eine ihr analoge des Staates – und nur eine solche könnte, den angenommenen Voraussetzungen entsprechend, Gegenstand des üblichen Begriffes der Staatsverwaltung³⁰⁷² sein – ist in keiner Weise gegeben, denn eine rechtlich irrelevante Tätigkeit des Staates ist eine *contradictio in adjecto*. Die Staatsperson kann nichts tun, | d. h. der Staatsperson kann nichts zugerechnet werden, was nicht in unmittelbarer Beziehung zur Rechtsordnung stünde, denn nur auf Grund der Rechtsordnung kann ja eine Zurechnung zur Staatsperson erfolgen!

| 497

Diesem an sich selbstverständlichen Grundsatz, der nur bei der vollkommenen Verkennung des Wesens der Staatshandlung und Zurechnung zum Staate verloren gehen kann, ist hier noch eine kurze Erklärung dessen hinzuzufügen, was unter rechtlicher Relevanz zu verstehen ist. Daß es nur dasjenige ist, was in einer formalen Relation zum Rechtssatze steht, ist aus dem bisher Gesagten ersichtlich. Welches sind aber die möglichen Beziehungen zum Rechtssatze?

Da der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil darstellt, das den an bestimmte Bedingungen geknüpften Willen des Staates zu eigenem Handeln aussagt, sind diese Beziehungen dreifacher Art. Betrachtet man zunächst den Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge: Strafe oder Exekution, beinhaltet, und faßt man die Rechtssubjekte mit Ausschluß des Staates selbst ins Auge, dann ist die erste Möglichkeit, sich mit der Rechtsordnung in ein formales Verhältnis zu setzen, darin gelegen, daß man eben jenen Tatbestand setzt, an den der Wille des Staates zur Unrechtsfolge geknüpft ist: die Verübung des

| 496

¹⁾ a. a. O. S. 53. ³⁰⁶⁹

²⁾ Gesetz und Verordnung S. 218. ³⁰⁷¹

³⁰⁶⁹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 53 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁰⁷⁰ «hiebei»] *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 53: «hierbei».

³⁰⁷¹ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 218.

³⁰⁷² «des üblichen Begriffes der Staatsverwaltung»] A₁ «des Begriffes der Verwaltung»; A₂ «des üblichen Begriffes der Staatsverwaltung».

Unrechtes, die Rechtswidrigkeit, die Rechtsverletzung! Es muß ganz besonders hervorgehoben werden, daß das rechtmäßige Verhalten der Untertanen in seinem ganzen Umfange mit einer einzigen, später zu erwähnenden Ausnahme³⁰⁷³ rechtlich irrelevant, weil formell in kein Verhältnis zur Rechtsordnung zu bringen ist. Der ganze unbegrenzte Komplex desjenigen menschlichen Verhaltens, das „ohne Verletzung der Rechtsordnung“ erfolgt, das innerhalb der Rechtsschranken sich vollzieht, ist³⁰⁷⁴ juristisch vollkommen unqualifizierbar, für die formal-juristische³⁰⁷⁵ Konstruktion nicht zu erfassen. Das gilt strenggenommen auch für jenes Verhalten, das sich als Erfüllung von Rechtspflichten darstellt, und das nur negativ – als Rechtsverletzung mit negativem Vorzeichen gleichsam – rechtlich qualifiziert werden kann.

Unter den Voraussetzungen, an die der Staatswille zur Unrechtsfolge geknüpft ist, befindet sich jedoch mitunter ein Moment, das nicht zum Unrechtstatbestand im eigentlichen Sinne, jenem dem Unrechtstäter zuzurechnenden Tatbestand gehört. Der Wille des Staates, zu strafen, ist mitunter, der, zu exequieren, regelmäßig von der Handlung eines andern als des zu Strafenden oder zu Exequierenden – nämlich des Verletzten – abhängig gemacht. Dieses zum Unrechtstatbestande hinzutretende Moment sei hier einstweilen als Klage, als *actio* bezeichnet. Sie ist der zweite Fall des juristisch relevanten | Verhaltens auf Seite des Untertanen. Ihre Bedeutung für die Konstruktion des *subjektiven Rechtes* wird an anderer Stelle zu untersuchen sein.³⁰⁷⁶ Wenden wir uns nun der Staatsperson zu.

| 498

Der tiefe Unterschied zwischen dem Staate und dem Menschen besteht darin, daß dieser ein Produkt der Natur, jener eine Konstruktion des Rechtes ist. Während der Mensch tausenderlei wollen und handeln kann, was von der Rechtsordnung ganz unabhängig ist, kann der Staat nur „wollen“ und handeln, was in der Rechtsordnung statuiert ist, denn der „Wille“ des Staates ist richtiger Erkenntnis nach nichts anderes als der auf Grund des Rechtssatzes konstruierte Zurechnungspunkt. Deshalb ist es unmöglich, daß der Staat wie der Mensch eine³⁰⁷⁷ rechtlich indifferente Handlung *innerhalb der Schranken der Rechtsordnung* wollen kann; *denn sein Wille ist diese Schranke selbst*. Die Rechtsordnung ist nur eine Summe von Urteilen über den Willen des Staates. Es ist im Grunde eine Tautologie, wenn man behauptet, daß jede Handlung des Staates ihr Willenssubstrat in der Rechtsordnung haben muß, denn die Zurechnung, die in dem Begriffe „Handlung des Staates“ gelegen ist, kann gar nicht anders erfolgen als in dem Rechtssatze, dieser Einheit der Rechtsordnung.

³⁰⁷³ Vgl. unten S. 846–851.

³⁰⁷⁴ «erfolgt ... ist»] A₁ «erfolgt, ist»; A₂ «erfolgt das „innerhalb der Rechtsschranken“ sich vollzieht ist».

³⁰⁷⁵ «die formal-juristische»] A₁ «die juristische»; A₂ «die formal juristische».

³⁰⁷⁶ Vgl. unten S. 732–734, 755–757, 779f., 785f.

³⁰⁷⁷ «Staat wie der Mensch eine»] A₁ «Staat eine»; A₂ «Staat wie der Mensch eine».

Jene Handlungen, die als Handlungen des Staates zu gelten haben, bilden die dritte Gruppe der rechtlich relevanten menschlichen Tätigkeit. Die Beziehung zur Rechtsordnung, die in diesem Falle der Relevanz zum Ausdrucke kommt, besteht darin, daß diese Handlungen im Rechtssatze ausdrücklich als vom Staate gewollt, d. h. als dem Staate zuzurechnende, bezeichnet sind. Sie sind vom Standpunkte der physisch Handelnden eine Realisierung des in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillens, eine³⁰⁷⁸ *Ausführung* des Rechtssatzes, keine „Befolgung“ desselben. Die „Befolgung“ des Rechtssatzes seitens der Untertanen ist nur³⁰⁷⁹ eine materielle, keine formelle Relation zum Rechtssatze, da dieser Ausdruck nur die Erfüllung des mit dem Rechtssatze *verfolgten Zweckes* bedeutet. Vom Standpunkte der Staatsperson aus jedoch bedeutet die Realisierung des Staatswillens zugleich die Erfüllung einer Staatspflicht. Für die Staatsperson – und nur für diese – hat somit die Pflichterfüllung rechtliche Relevanz, allerdings nur der formalen Relation wegen, in der die pflichterfüllende Handlung zum Rechtssatze steht; ein Umstand, der³⁰⁸⁰ sich durch die eigenartige Koinzidenz von Staatswille und Staatspflicht ergibt.³⁰⁸¹

499 Ist somit dargetan, daß es eine Tätigkeit des Staates „innerhalb der Rechts-schranken“ gar nicht geben kann, daß vielmehr alle Tätigkeit, die dem Staate zurechenbar ist, nur Realisierung dieser | Schranken, d. h. der Rechtssätze sein muß, so ist eigentlich damit schon implicite auch die Anschauung der herrschenden Lehre zurückgewiesen, derzufolge diese innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung sich vollziehende Staats-tätigkeit eine „freie“ ist. Die Erkenntnis, daß kein Staatsorgan Staatsakte setzen kann, ohne daß in der Rechtsordnung zumindest überhaupt festgesetzt ist, daß der Staat in dieser Richtung tätig sein *will*, oder m. a. W.: daß keine menschliche Handlung ohne *rechtliche* Zurechnungsregel als solche des Staates gelten kann – genügt an und für sich, um das Wesen der Organtätigkeit als in der Rechtsordnung vom Staate vorher gewollt, also nicht mehr

³⁰⁷⁸ «Handelnden ... eine»] A₁ «Handelnden, die Realisierung des die Rechtsordnung eine»; A₂ «Handelnden ... eine».

³⁰⁷⁹ «desselben. Die „Befolgung“ ... ist nur»] A₁ «desselben. Letzteres wäre nur»; A₂ «desselben. Die „Befolgung“ ... ist nur».

³⁰⁸⁰ «wegen ... der»] A₁ «wegen; der»; A₂ «wegen ... der».

³⁰⁸¹ «ergibt.»] A₁ «ergibt. ▭ Erst die hier durchgeführte Konstruktion wird dem Wesen der für den modernen konstitutionellen Staat charakteristischen „rechtmäßigen Verwaltung“ gerecht, indem sie die gesamte Verwaltung als Inhalt von *Rechtssätzen* erkennen läßt. Unter diesen Begriff der Verwaltung fällt das Strafen und Exequieren des Staates, ebenso wie seine Armenunterstützung, seine Schulpflege, sein Straßenbau u s w. Darin liegt die juristisch umfassende Bedeutung dieses Verwaltungsbegriffes, daß er aus allen Tätigkeiten des Staates – welchen Zwecken sie auch immer dienen mögen – das formell gemeinsame – juristisch einzig wesentliche, *formale* Element heraushebt: die Realisierung des Staatswillens, daß er die gesamte *Tätigkeit* des Staates nur als Aktualisierung der Rechtsordnung darstellt. Damit ist das spezifische Verhältnis von Staat und Recht erst ganz erfaßt: Ist die Staatsperson nur ein Produkt der Rechtsordnung, ist die Realisierung der Rechtsordnung die einzige Funktion des Staates! – Absatz, der in A₁ hinter «ergibt.» steht, in A₂ nach S. 660 verschoben.

als „frei“ erscheinen zu lassen. Wenn *Anschütz*¹⁾ erklärt: „Die Tätigkeit der Staatsorgane ist insofern eine freie, als sie innerhalb der rechtlichen Schranken, welche der Verwaltung gezogen sind, die ihnen übertragenen Funktionen nach eigenem Ermessen *bezüglich der Erreichung der ihnen gesetzten Zwecke* vornehmen³⁰⁸³“, so ist darauf nur folgendes zu bemerken. Als „frei“ kann man eine Tätigkeit nur dann bezeichnen, wenn die Zwecksetzung vom Handelnden *selbst* erfolgt, wenn dem Handelnden die Wahl der *Zwecke* frei und unbeschränkt überlassen bleibt. Der ist nicht mehr „frei“, der die ihm von einem andern gesetzten Zwecke nur zu realisieren hat, wenn ihm auch die Wahl der Mittel zur Erreichung der Zwecke mehr oder weniger freisteht. Allein, das Staatsorgan setzt niemals die Zwecke, die es mit seiner Organtätigkeit realisiert; und – was im Grunde dasselbe ist – auch der Staatsperson selbst kommt – wie früher dargetan³⁰⁸⁴ – nicht die Zwecksetzung zu, die im Gesetzgebungsprozesse erfolgt, der ja nicht als Funktion des Staates angesehen werden kann. Gerade mit Rücksicht auf die realisierenden Zwecke ist der Staat als solcher überhaupt nur Mittel und darum liegt ja der Zweckstandpunkt außer- oder überhalb der staatsrechtlichen Betrachtung! Darum ist es gerechtfertigt, wenn die juristische Konstruktion bei Erfassung der Organ- oder Staatstätigkeit nicht die Tatsache des mitunter dem Staatsorgane eingeräumten *Ermessens* als wesentlich herausgreift, sondern das unvermeidliche, nie fehlende Moment berücksichtigt, daß jede Organhandlung sich auf einen schon in der Rechtsordnung gegebenen Staatswillen beziehen muß, somit vor allem als Realisierung dieses Willens, nicht als „freie“ Tätigkeit in Betracht kommen kann.

Nur scheinbar sind die Schwierigkeiten, die sich dieser Konstruktion dadurch entgegenstellen, daß gewisse, zweifellos als Staatsakte anzusehende Tätigkeiten auf Grund der Verfassung so³⁰⁸⁵ sehr in | das freie Ermessen der handelnden Organe gegeben sind, daß die Bestimmung der Umstände, unter denen die Akte zu erfolgen haben, vollkommen vom Belieben der betreffenden Organe abhängt, wie zum Beispiel Kriegserklärung und Friedensschluß durch den Monarchen des konstitutionellen Staates. Denn das, worauf es für die juristische Konstruktion hier ankommt, ist die Tatsache, daß überhaupt dem Monarchen die Kompetenz zu diesen Akten *in der Verfassung eingeräumt sein muß*, daß der Staat in der Rechtsordnung überhaupt Krieg erklären und Frieden schließen *wollen* muß und zwar durch den Monarchen solches wollen muß, damit diese Akte als solche des Staates gelten können. Das ist nun freilich in den meisten Verfassungen³⁰⁸⁶ der Fall. Daß die Statuierung der näheren Bedingungen, unter denen der Wille des Staates zu diesen

| 500

¹⁾ a. a. O. S. 82.³⁰⁸²

| 499

³⁰⁸² *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 82 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁰⁸³ «vornehmen»] *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 82: «wahrnehmen».

³⁰⁸⁴ Vgl. oben S. 544–548.

³⁰⁸⁵ «anzusehende ... so»] A₁ «anzusehende Organtätigkeiten so»; A₂ «anzusehende ... so».

³⁰⁸⁶ «in den meisten Verfassungen»] A₁ «in allen Verfassungen»; A₂ «in den meisten Verfassungen».

Akten besteht, nicht schon in der Rechtsordnung selbst erfolgt, sondern in der Rechtsordnung einem Organe übertragen ist, kann die Konstruktion nicht berühren, derzufolge auch der kriegserklärende und friedenschließende Monarch nur als Organ des Staates in Realisierung des Staatswillens handelt. Es ist ein leichtes, den Rechtssatz, der den Willen des Staates zu Kriegserklärung und Friedensschluß enthält, in der Weise zu konstruieren, daß der Staat, *wenn es das allgemeine Wohl erfordert*, Krieg erklären und Frieden schließen will; so daß auch die Festsetzung der Bedingungen, an die der betreffende Staatswille geknüpft ist, in die Rechtsordnung verlegt erscheint. *Formell das gleiche Resultat* – und der Wirklichkeit entsprechender, weil unter Verzicht auf die Fiktion des allgemeinen Wohles – erzielt der Satz: Der Staat will, unter Umständen, die zu bestimmen im Ermessen des Monarchen liegen, Krieg erklären und Frieden schließen.

Ein anderer Einwand freilich scheint bedenklicher zu sein! Wie hilft sich die juristische Konstruktion, wenn die Verfassung über wichtige Funktionen, ohne die ein Staat praktisch nicht existieren kann, überhaupt keine ausdrückliche Bestimmung³⁰⁸⁷ enthält? Wenn beispielsweise jede Vorschrift betreffend Kriegserklärung und Friedensschluß fehlt? Hier setzt die herrschende Auffassung von einer über die engen Grenzen bloßer Gesetzausführung reichenden „freien“ Verwaltungstätigkeit des Staates ein, indem man für die Verfassung der konstitutionellen Monarchien den Grundsatz aufstellt, daß der Monarch als Chef der Verwaltung, resp. die verantwortliche Regierung zu allen Verwaltungsakten berechtigt, ja geradezu verpflichtet ist, die sich im Interesse der Gesamtheit als notwendig herausstellen, sofern diese Akte nicht ausdrücklich im Gesetze verboten oder gesetzlicher Regelung vorbehalten sind. Und | diesen Grundsatz glaubt man auch damit auszudrücken, daß man erklärt, die Verwaltung könne extra legem, nicht aber contra legem tätig sein.

Dazu nur folgendes:

Wenn man als Jurist einer bestimmten Verfassung gegenüber auf die Frage nach dem Kompetenzumfange der Verwaltungsorgane resp. des Monarchen das erwähnte Prinzip annehmen zu müssen glaubt, das dem Oberhaupte der Exekutive die Machtvollkommenheit zuerkennt, alles zu verfügen, was nicht gegen den in der Rechtsordnung ausdrücklich³⁰⁸⁸ erklärten Willen des Staates verstößt (oder der ausdrücklichen Erklärung des Staatswillens im Gesetze vorbehalten ist) so muß man – als Jurist – die Frage beantworten, woher der behauptete Grundsatz – der offenbar ein Rechtsgrundsatz und nicht bloß ein politisches Postulat sein soll – genommen ist. Und wenn man sich zu den Grundsätzen des Positivismus bekennt und eine naturrechtliche Konstruktion der konkreten Rechtspflichten oder subjektiven Rechte oder m. a. W. der Kompetenz der Verwaltung ablehnt, dann darf

³⁰⁸⁷ «Staat ... Bestimmung»] A₁ «Staat nicht existieren kann überhaupt keine Bestimmung»; A₂ «Staat ... Bestimmung».

³⁰⁸⁸ «gegen den in der Rechtsordnung ausdrücklich»] A₁ «gegen ausdrücklich»; A₂ «gegen den in der Rechtsordnung ausdrücklich».

man den behaupteten Grundsatz – sofern er ein Rechtsgrundsatz und nicht bloß ein politisches Postulat zu sein beansprucht – aus keiner anderen Quelle abgeleitet haben als aus dem positiven Rechte, der konkreten Verfassung. Das heißt aber gar nichts anderes, als daß man aus der gegebenen Verfassung im Wege aller zulässigen Interpretationsmittel einen Willen des Staates behaupten muß, unter Umständen, die zu bestimmen in das Ermessen des Monarchen resp. der Regierung gestellt ist, (die Bedingung eines Gesamtinteresses ist eine überflüssige Fiktion, da die Entscheidung, wann ein solches vorliegt, ebenso wie die Verfügung selbst im freien Ermessen der Regierung liegen muß) bestimmte Akte zu setzen, deren Inhalt wiederum die Regierung zu bestimmen hat, wobei die Regierung nur insofern beschränkt ist, als diese Akte nicht gegen einen im Gesetze ausdrücklich ausgesprochenen Staatswillen verstoßen oder der ausdrücklichen Willenserklärung im Gesetze vorbehalten sein dürfen. Mit anderen Worten: Die Kompetenz des Monarchen resp. der Regierung zu solchen Verwaltungsakten muß auf *einen Rechtssatz begründet* werden, (ein Rechtssatz ist nämlich das Urteil, das einen solchen Staatswillen behauptet) denn³⁰⁸⁹ nur auf Grund eines Rechtssatzes lassen sich solche Akte der Staatsperson zurechnen, als Staatsakte oder kompetenzmäßige Organtätigkeit nachweisen.

Ob sich aus einer konkreten Verfassung im Wege logischer oder historischer Interpretation ein solcher Blankettrechtssatz herauslesen läßt, durch welchen der Regierung eine angeblich über die bloße |Gesetzesausführung hinausgehende Verwaltungskompetenz delegiert wird, bleibt im Einzelfalle quaestio facti. Allein, nur im Wege der Interpretation der positiven Rechtsordnung, der konkreten Verfassung kann eine solche Kompetenz behauptet werden. Dann ist aber unrichtig, von einer Verwaltung extra legem zu reden, denn dann erweist sich auch diese Verwaltungstätigkeit als die Realisierung eines Rechtssatzes, als Ausführung eines in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens, formell – und nur diese formale Relation zur Rechtsordnung kommt für die juristische Konstruktion der Verwaltung in Betracht – als Exekutive im eigentlichen Sinne des Wortes¹⁾.

| 502

Ist nun die konkrete Verfassung einer solchen Interpretation nicht fähig, auf Grund deren die rechtliche Kompetenz der Verwaltung zu gewissen, auch nicht ausdrücklich in der Verfassung als vom Staate gewollten Akten behauptet werden kann, stellt sich die dringende Notwendigkeit zu solchen Akten heraus und werden solche Akte von der Regierung ohne Erweiterung der staatlichen Kompetenzen

¹⁾ Die bisherigen Ausführungen identifizieren die Begriffe „Rechtsordnung“ und „Gesetz.“ Inwiefern tatsächlich das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist, werden die Untersuchungen über das Verhältnis von Gesetz und Verordnung³⁰⁹⁰ zu zeigen haben, die auch in anderer Richtung als natürliche und notwendige Ergänzung zu den obigen Ausführungen zu betrachten sind.

| 502

³⁰⁸⁹ «werden ... denn»] A₁ «werden, denn»; A₂ «werden ... denn».

³⁰⁹⁰ Vgl. unten S. 689–719, insb. 692f.

durch ein neues Gesetz faktisch durchgeführt, dann³⁰⁹¹ muß konstatiert werden, daß auf Grund solcher Verfassung eine juristische Konstruktion dieser wenn auch noch so wichtigen Akte nicht³⁰⁹² möglich ist. Denn die juristische Konstruktion hat keine andere Basis als die Rechtsordnung; was nicht in dieser ist, kann nicht in jener erscheinen. Eine Verfassung, die derartig wichtige Bestimmungen nicht enthält, die Lebensbedingungen des Staates nicht regelt, ist eine schlechte, unzulängliche Verfassung, aber die juristische Konstruktion muß sich mit dieser Konstatierung begnügen, sie darf, will sie nicht Naturrecht werden, niemals den falschen Ehrgeiz haben, die Lücken der Verfassung zu ergänzen. Es wäre mit einer solchen Verfassung nicht anders als mit einem Strafgesetze, das den Wucher nicht bestraft oder die Veruntreuung ungeahndet läßt! Das mag sehr bedauerlich sein, aber, sind die zulässigen Mittel juristischer Interpretation erschöpft, kann keine juristische Konstruktion die Bestrafung eines Wucher- oder Veruntreuungstatbestandes als Handlung des Staates, d. h. überhaupt als zulässig erscheinen lassen. Auf Grund eines solchen Strafgesetzes kann der Staat ebensowenig die fraglichen Delikte bestrafen, wie er auf Grund einer oben charakterisierten Verfassung Krieg erklären oder Frieden schließen könnte. Zwingen die tatsächlichen Verhältnisse dennoch zur Vornahme derartigen „gesetzlicher“ Akte – und das praktische Leben wird nicht vor den formalen Grenzen der Rechtsordnung Halt machen – dann kann die politische Überlegung dies billigen, wenn auch die Jurisprudenz es niemals konstruieren kann.

| 503

Nur eine Trübung formal-juristischer Betrachtung durch materiell-politische Bedenken könnte zu Argumenten gegen die hier vertretene Auffassung der Verwaltung³⁰⁹³ führen. Es läge³⁰⁹⁴ ein arges Missverständnis vor, wollte man diesen Ausführungen irgendwie die Bedeutung eines politischen Postulates auf möglichste Einschränkung der staatlichen Verwaltungstätigkeit imputieren! Es wird nicht gefordert, daß die Verwaltung nur Ausführung der Gesetze sein solle; es wird nur behauptet, daß sie in der *juristischen Konstruktion* nichts anderes sein könne. Das kann sie aber unbeschadet aller Reichhaltigkeit, Zweckvielfalt ihres Inhaltes, unbeschadet der größten Freiheit des den Organen eingeräumten Ermessens.³⁰⁹⁵

³⁰⁹¹ «und Friedensschluß fehlt? ... durchgeführt, dann» (64817–6501)] A₁ «und Friedensschluß fehlt? Verzichtet man auf den Notbehelf, den in der geschriebenen Verfassung fehlenden Rechtsatz aus dem Gewohnheitsrecht zu supplieren, lehnt man auch *mangels einer positiv rechtlichen Bestimmung* den sonst naturrechtlichen Grundsatz ab, daß der Monarch eines konstitutionellen Staates allein zu jeder Funktion für den Staat kompetent ist, die nicht durch das Gesetz einem anderen Organe vorbehalten ist oder laut Gesetz nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen kann, dann»; A₂ «und Friedensschluß fehlt? ... durchgeführt, dann».

³⁰⁹² «dieser wenn auch noch so wichtigen Akte nicht»] A₁ «diese [sic] wichtige Staatsfunktion nicht»; A₂ «diese [sic] wenn auch noch so wichtigen Akte nicht».

³⁰⁹³ «hier vertretene Auffassung der Verwaltung»] A₁ «hier durchgeführte juristische Konstruktion der Verwaltung»; A₂ «hier vertretene Auffassung der Verwaltung».

³⁰⁹⁴ «führen. Es läge»] A₁ «führen. Man glaube ja nicht, daß diese Ausführungen irgendwie die Bedeutung eines politischen Postulates [bricht ab]»; A₂ «führen. Es läge».

³⁰⁹⁵ «Nur eine Trübung ... Organen eingeräumten Ermessens.»] Absatz in A₂ eingefügt.

An dieser Stelle ist der Anlaß zu einem Exkurse über das Problem des sogenannten „freien Ermessens“ gegeben, das in der neueren Literatur des Verwaltungsrechtes eine bedeutende Rolle spielt und den Gegenstand eingehender Diskussion bildet. Dabei soll es hier vornehmlich darauf ankommen, aus dem großen Komplex von Fragen, die unter dem Schlagworte des „freien Ermessens“ erörtert werden, das für die Rechtskonstruktion Relevante herauszulösen und die prinzipielle Stellung dieser Untersuchungen hiezu festzulegen.

Zunächst sei konstatiert, was unter dem vieldeutigen Terminus¹⁾ „freies Er-

¹⁾ Diese Vieldeutigkeit des Wortes, das in unserem undisziplinierten juristischen³⁰⁹⁶ Sprachgebrauche für die verschiedensten Erscheinungen in Anwendung gebracht wird, ist ein Hauptgrund für die Schwierigkeiten, die bei der Diskussion des Problems in der neueren Literatur aufgetaucht sind. Die Vieldeutigkeit des Wortes ist heute wohl erkannt. (Vgl. z. B. *Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien, 1888, S. 33ff. und S. 118ff. und desselben Autors: Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Separatabdruck aus dem Verwaltungsarchiv, Berlin 1902, passim)³⁰⁹⁷. Dennoch hat man neustens den Fehler nicht vermieden, gänzlich verschiedene, mitunter sogar einander ausschließende Begriffe mit demselben Worte: „freies Ermessen“ zu bezeichnen. So wird bei *Laun*³⁰⁹⁸, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Wien, Deuticke 1910,³⁰⁹⁹ einer Arbeit, die ein treffliches Bild der bisherigen Literatur und Praxis bietet, der fragliche Terminus in folgenden Bedeutungen gebraucht. Einmal im Sinne einer bestimmten *Tätigkeit*, eines Verhaltens der Staatsorgane, so z. B. S. 1,³¹⁰⁰ wo als freies Ermessen „das Verhalten der öffentlichen Organe“ bezeichnet wird, soweit es nicht durch Rechtsnormen, sondern durch Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt ist, oder S. 257,³¹⁰¹ wo von „Tätigkeiten, die man als freies Ermessen zu bezeichnen pflegt“, gesprochen wird. Dann aber wiederum nicht als Tätigkeit, sondern als *Zustand* oder Bereich der Freiheit von gewissen Normen, so in den immer wiederkehrenden Redewendungen: Die Handlung steht im freien Ermessen, der Gesetzgeber räumt freies Ermessen ein etc. etc. z. B. S. 259.³¹⁰² *Laun* stellt auf der einen Seite das „freie Ermessen“ mit der Rechtsanwendung, also einer *Tätigkeit*, auf der andern Seite wieder mit der gesetzlichen Gebundenheit, also einem Zustande in Vergleich (vgl. a. a. O., S. 1 und S. 257)³¹⁰³. Daß diese Konfundierung zweier verschiedener

³⁰⁹⁶ «das in unserem undisziplinierten juristischen»] A₁ «das der juristische»; A₂ «das in unserem undisziplinierten juristischen».

³⁰⁹⁷ *Friedrich Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888, S. 33–65, 118–122; *Friedrich Tezner*, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Eine kritisch-orientirende Studie, in: Verwaltungsarchiv 8 (1900), S. 220–279, 475–557, Verwaltungsarchiv 9 (1901), S. 159–220, 515–610 (Sonderabdruck mit abweichender Paginierung: *Friedrich Tezner*, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Eine kritisch-orientirende Studie, Berlin 1901).

³⁰⁹⁸ Rudolf von Laun (1882–1975), Staats- und Völkerrechtslehrer; 1908 in Wien habilitiert, ab 1911 ao. Professor ebendort. 1919 Mitglied der österreichischen Delegation in St. Germain, 1919–1951 Professor in Hamburg, dort 1924–26 und 1947/48 Rektor. Ab 1922 hatte er verschiedene richterliche Funktionen, u. a. 1927–1933 (Ersatz-)Mitglied des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und 1949–1955 Präsident des Staatsgerichtshofs Hamburg, inne. Wichtige Werke: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910; Der Wandel der Ideen. Staat und Volk als Äußerung des Weltgewissens, Barcelona 1933; Der Satz vom Grunde. Ein System der Erkenntnistheorie, Tübingen 1942 (2. Aufl., Tübingen 1956).

³⁰⁹⁹ *Rudolf von Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.

³¹⁰⁰ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 1.

³¹⁰¹ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 257.

³¹⁰² *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 259.

³¹⁰³ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 1, 257.

#

Ziele ... Formeln. ✓ nr 504. ~~gültig~~

In dieser Stelle ist der Nachweis zu erbringen, dass die folgenden Aussagen über die "formale Formeln" äquivalent sind, wie die anderen Aussagen über die "formale Formeln" sind. Diese Aussagen sind:

1. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

2. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

3. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

4. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

5. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

6. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

7. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

8. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

9. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

10. Die Aussagen über die "formale Formeln" sind äquivalent zu den Aussagen über die "formale Formeln".

* Diese Gleichwertigkeit der Aussagen, die hier zu erweisen ist, ist ein zentraler Punkt der Theorie der formalen Formeln.

Seite aus dem Autographen (6511-65110; 6531)

messen“ in diesem Zusammenhange zu verstehen ist, d. h. | in welchem Sinne ein freies Ermessen der Staatsorgane für die juristische Konstruktion von Bedeutung wird. |504

Das Problem des freien Ermessens wurzelt in dem eigenartigen Verhältnis zwischen Rechtsordnung und Verwaltung (im weitesten Sinne) und tritt in die Erscheinung, sobald sich die Jurisprudenz die Aufgabe stellt, die staatliche Tätigkeit juristisch zu konstruieren, d. h. die Exekutive in eine Relation zur Rechtsordnung zu bringen. Eine Handlung als Staatstätigkeit erklären, heißt soviel, wie sie als vom Staate in der Rechtsordnung, resp. in deren Einheit: einem Rechtssatze gewollt nachweisen. Da zeigt sich nun, daß die Handlungen, welche als Staatshandlungen anzusehen sind, sowie deren Voraussetzungen in der Rechtsordnung niemals ganz vorausbestimmt sind. Sowohl die Bedingungen, unter denen der Staat handeln will, als auch die Art und Weise seines Handelns selbst sind im Rechtssatze niemals allseitig determiniert; vielmehr ist in der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des staatlichen Willens im konkreten Falle gegeben sind und die der Realisierung des staatlichen Willens selbst dem zur Handlung verpflichteten Staatsorgane stets ein mehr oder weniger weiter Spielraum gegeben, das Organ ist in der einen oder anderen Richtung seines Verhaltens nicht gebunden.

|Es wäre ganz und gar verkehrt, die Verwaltung (im weiteren Sinne) darum nicht als bloße „Ausführung“ der Rechtsordnung gelten zu lassen, weil die Exekutive viel mehr enthält, als in den Gesetzen ausgesprochen ist; gerade deshalb, weil es sich bei der Tätigkeit der Organe um eine „Ausführung“, nämlich um die |505

Begriffe: der *Organtätigkeit*, die im *freien Ermessen steht*, und dem *freien Ermessen*, als Zustand, als Freiheitssphäre, in welchem eine Organtätigkeit steht, von sehr nachteiligen Folgen ist, wird noch zu zeigen sein. Aber die Terminologie *Launs* enthält noch einen zweiten Widerspruch: Als „freies Ermessen“ bezeichnet er das eine Mal etwas Negatives: die *Freiheit von der Rechtsordnung* oder die von der Rechtsordnung freie Organtätigkeit³¹⁰⁴, das andere Mal etwas *Positives*, und zwar das genaue Gegenteil des ersteren, nämlich die *Gebundenheit* durch die Rechtsordnung. S. 50³¹⁰⁵ heißt es, der Ausdruck „freies Ermessen passe nur auf jene Tätigkeit, welche frei von Rechtsnormen, unbeeinflusst vom Gesetzgeber vor sich geht“ und S. 178³¹⁰⁶: „für uns ist das *Gebiet* des freien Ermessens nur jenes, in welchem die Behörde von Rechtssätzen gänzlich unbeeinflusst ist“. Dagegen S. 20:³¹⁰⁷ Das „Wesen des freien Ermessens besteht darin,³¹⁰⁸ daß das handelnde öffentliche Organ³¹⁰⁹ *berechtigt und verpflichtet* ist, das Nützlichste für die Gesamtheit, das Zweckmäßigste im öffentlichen Interesse vorzukehren“. Das freie Ermessen erscheint hier demnach als pflichtmäßige Gebundenheit, wobei *Laun* an anderer Stelle (S. 76 ff.)³¹¹⁰ überdies ausdrücklich betont, daß die bezügliche Pflicht eine *Rechtspflicht*, keine bloß moralische Pflicht ist, und die sie statuerende Norm als *Rechtsnorm*, nicht als ethisches Postulat zu gelten habe. Auf die Konsequenz dieser Terminologie für die gewonnenen Resultate *Launs* wird noch zurückzukommen sein.³¹¹¹

³¹⁰⁴ «Organtätigkeit»] A₁ «Tätigkeit»; A₂ «OrganTätigkeit».

³¹⁰⁵ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 50.

³¹⁰⁶ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 178 – Hervorhebung von Kelsen.

³¹⁰⁷ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 20 – Hervorhebung von Kelsen.

³¹⁰⁸ «Wesen des freien Ermessens besteht darin,»] *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 20: «besteht das freie Ermessen darin,».

³¹⁰⁹ «das handelnde öffentliche Organ»] A₁ «das Organ»; A₂ «das handelnde öffentliche Organ».

³¹¹⁰ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 176 f. – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

³¹¹¹ Vgl. unten S. 656 f. Anm. 1 und 657–659 Anm. 1.

Ausführung eines fremden Willens – des Willens der Staatsperson handelt, muß die in der Differenz zwischen dem Inhalte der den staatlichen Willen ausdrückenden Rechtsordnung³¹¹² und der die staatlichen Handlungen setzenden Verwaltung begründete Ermessensfreiheit der Organe gegeben sein. Denn mit jeder Ausführung fremden Willens ist eine mehr oder weniger weitgehende Ermessensfreiheit notwendig verbunden. Wer seinen Willen durch andere ausführen läßt – wie, *vergleichsweise gesprochen*, der Staat durch seine Organe – der kann überhaupt nicht seine Vorschriften soweit ins Detail ergehen lassen, daß dem eigenen, freien Ermessen des Handelnden nichts zu entscheiden übrig bliebe. Wer z. B. durch einen anderen ein Buch auf den Tisch legen läßt, kann vorschreiben, wann die Handreichung zu geschehen habe, auf welche Stelle des Tisches und in welche Lage das Buch zu bringen, vielleicht sogar, mit welcher Hand der gewünschte Zweck zu erreichen ist, aber all die zahlreichen Muskelbewegungen, die zur Realisierung notwendig und auf die verschiedenste Weise möglich sind³¹¹³, vorzuschreiben, ist schon deshalb undenkbar, weil sie gar nicht vorhergesehen werden können. Weil die Ausführung jedes Befehles zum großen, vielleicht zum größten Teile nicht durch den Befehl determiniert ist, also im „freien Ermessen“ steht, von keiner³¹¹⁴ bloßen „Ausführung“ sprechen zu wollen, wäre töricht.

Das Verhältnis zwischen der Rechtsordnung, als der Summe von Rechtssätzen und der als Exekutive zu bezeichnenden Staatstätigkeit ist der Beziehung zwischen dem abstrakten Begriffe und der konkreten Vorstellung analog. Geradeso wie ein konkreter Baum um unzählig viel Eigenschaften mehr hat als der Begriff Baum enthält, und dennoch in seiner Totalität, d. h. mit allen seinen unzähligen Eigenschaften ein Baum ist und zwar gerade nur um der wenigen dem Begriffe wesentlichen Eigenschaften willen, so ist auch die ganze konkrete Handlung des Organes in ihrer individuellen Mannigfaltigkeit und ihren besonderen Voraussetzungen Staatshandlung, dem Staate zuzurechnen, obgleich die Zurechnungsregel, der den staatlichen Willen zu der konkreten Handlung beinhaltende *Rechtssatz* keineswegs alle Elemente der zuzurechnenden Handlung und ihrer Voraussetzungen aufweist, wenn auch die Zurechnung nur insoferne geschieht, als die im Rechtssatze ausgedrückten Elemente in der Handlung des Organes und ihren Voraussetzungen gegeben sind. Der | *Wille* des Staates in der Rechtsordnung ist stets mehr oder weniger *abstrakt*, die *Handlungen* des Staates sind dagegen stets ganz und gar *konkret*. Das freie Ermessen der Staatsorgane ist nichts anderes als die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des *abstrakten* Staatswillens in der Rechtsordnung und der *konkreten* Staatshandlung in der Verwaltung, der Exekutive.

Das dem Staatsorgane eingeräumte freie Ermessen kann sich, den beiden Hauptbestandteilen des Rechtssatzes entsprechend, auf die Feststellung des bedingenden Tatbestandes oder auf die Realisierung des bedingten Staatswillens bezie-

³¹¹² «der den ... Rechtsordnung»] A₁ «der Rechtsordnung»; A₂ «der den ... Rechtsordnung».

³¹¹³ «notwendig ... möglich sind»] A₁ «notwendig sind»; A₂ «notwendig ... möglich sind».

³¹¹⁴ Recte: «einer».

hen oder auch nach beiden Richtungen hin bestehen. Sowohl die Voraussetzungen, unter denen eine Staatshandlung zu setzen ist, als auch die besondere Beschaffenheit der Handlung selbst kann im Rechtssatze der Bestimmung durch das exekutive Organ überlassen sein. Der Rechtssatz ist in diesen Fällen ein mehr oder weniger weitgehendes Blankett¹⁾, dessen Ausfüllung gleichsam der Exekutive delegiert ist. So können die näheren Umstände, unter denen der Staat eine Eisenbahnkonzession erteilen will, in das Ermessen einer bestimmten Verwaltungsbehörde gestellt sein, so kann Art und Umfang einer Strafe bei einem im Gesetze festgelegten Tatbestande der Festsetzung durch ein richterliches Organ überlassen³¹¹⁶ werden. Dabei ist es materiell³¹¹⁷ bedeutungslos, ob das freie Ermessen dem Staatsorgane im Rechtssatze ausdrücklich und direkt eingeräumt ist, oder nur indirekt, indem *der Wortlaut* des Gesetzes zwar *scheinbar* eine vollkommene Determinierung z. B. des bedingenden Tatbestandes enthält, sich dabei aber eines Begriffes bedient, dessen Inhalt und Umfang gesetzlich nicht festgestellt oder objektiv gar nicht feststellbar³¹¹⁸ sind, sondern notwendig von der subjektiven Anschauung des Organs abhängen; wie z. B. „öffentliches Interesse“, „Unbescholtenheit“, „Fabrik“, „Eisenbahn“ u. a. m. Für die juristische Konstruktion macht es keinen relevanten Unterschied, ob das freie Ermessen einem richterlichen oder einem Verwaltungsorgan zusteht. In beiden Formen der Exekutive ist das freie Ermessen das gleiche, sind alle Arten des freien Ermessens möglich²⁾, sofern es überhaupt rechtlich relevante Unterschiede innerhalb des freien Ermessens gibt. Das ist aber deshalb unmöglich, weil das freie Ermessen gerade jene Sphäre der Organtätigkeit umfaßt, bei welcher eine Relation zur Rechtsordnung *nicht* gegeben ist, somit jede rechtliche Relevanz fehlt.

| 507

Da jeder Akt eines Staatsorganes, sofern er ein Staatsakt ist, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, irgendwie, wenn auch durch einen noch so inhaltarmen Blankettrechtssatz determiniert sein muß, weil sonst ja eine Zurechnung zum Staate gar nicht möglich ist, da weiter jeder Staatsakt der Exekutive in einem gewissen, wenn auch noch so geringen Maße im freien Ermessen stehen muß, da zwischen der abstrakten Rechtsnorm und der konkreten Organhandlung notwen-

¹⁾ Vgl. unten S. 557.³¹¹⁵

| 506

²⁾ Vgl. z. B. *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 43 und *Zorn*, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv, hsgb. von *Schultzenstein* und *Keil*, 1894, S. 142. Richtig erkannt auch *Laun*, a. a. O. S. 61.³¹¹⁹

³¹¹⁵ Vgl. unten S. 708 f.

³¹¹⁶ «durch ein richterliches Organ überlassen»] A₁ «durch den Richter überlassen»; A₂ «durch ein richterliches Organ überlassen».

³¹¹⁷ «materiell»] A₁ «juristisch»; A₂ «materiell».

³¹¹⁸ «Umfang ... feststellbar»] A₁ «Umfang nicht objektiv feststellbar»; A₂ «Umfang ... feststellbar».

³¹¹⁹ *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 43, 47; *Philipp Zorn*, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv 2 (1894), S. 74–147 (142); *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 61.

dig eine gewisse Differenz besteht, so können sämtliche Staatsakte sich in bezug auf das freie Ermessen niemals prinzipiell sondern nur graduell, nicht qualitativ, sondern nur quantitativ von einander unterscheiden¹⁾.

| 507 |¹⁾ Daß sich dabei das freie Ermessen, als Zustand der Freiheit von der Rechtsordnung begrifflich prinzipiell von der gesetzlichen Gebundenheit unterscheidet, und daß diese begriffliche gegenseitige Ausschließung³¹²⁰ von Freiheit und Gebundenheit durchaus vereinbar ist mit dem Mangel eines prinzipiellen Gegensatzes zwischen *Organakten*, die im freien Ermessen stehen, und solchen, die gesetzlich gebunden sind, ist ebenso selbstverständlich, wie etwa, daß sich das männliche und weibliche Prinzip logisch ausschließen und doch jedes menschliche Individuum eine psychologische Mischung beider Elemente sein kann.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf dies nur deshalb, weil eine ungenügende Unterscheidung zwischen den *Akten* des freien Ermessens und dem freien Ermessen als Freiheitssphäre neustens in die Diskussion des Problems eine gewisse Unklarheit gebracht hat. Wenn nämlich *Laun* (a. a. O. S. 26)³¹²¹ der Ansicht widerspricht, „daß es überhaupt keinen prinzipiellen Gegensatz zwischen den Akten des freien Ermessens und solchen der gesetzlichen Gebundenheit gebe“ und im Gegensatz dazu die Behauptung aufstellt (a. a. O. S. 25 f.)³¹²²: „Es besteht ein scharfer prinzipieller Gegensatz zwischen freiem Ermessen im engeren eigentlichen Sinne und der gesetzlichen Gebundenheit“, so muß betont werden, daß beide, von *Laun* einander entgegengestellte Thesen sich miteinander sehr wohl vertragen. Daß es sich dabei nicht bloß um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, zeigt sich schon darin, daß die Grenze, die *Laun* zwischen dem freien Ermessen im eigentlichen Sinne und der gesetzlichen Gebundenheit zieht, keineswegs auch eine prinzipielle Trennung der Organakte zur Folge hat!

„Gesetzlich gebunden ist“ nach *Laun* (a. a. O. S. 258)³¹²³ „die Tätigkeit eines öffentlichen Organes, wenn das Gesetz selbst die unmittelbaren Zwecke des behördlichen Handelns bestimmt“. Freies Ermessen räumt der *Gesetzgeber* der Behörde ein, wenn er das behördliche Organ bevollmächtigt und beauftragt, „sich unbehindert von starren Rechtsregeln den wechselnden Forderungen des Augenblickes anzupassen und nach eigener pflichtmäßiger Ansicht und eigenem pflichtmäßigen Willen selbst zu bestimmen, was der nächste, unmittelbare Zweck seines Handelns sein soll“ (a. a. O. S. 259)³¹²⁴. Nun ist es schon an und für sich sehr problematisch mit dem „Zwecke des Gesetzgebers“ zu operieren. Was der Zweck des Gesetzgebers ist, wird meist nur sehr subjektiv zu beurteilen und lediglich politisch, nicht aber juristisch relevant sein, wenn mit diesem Zwecke etwas anderes als die Handlung selbst gemeint ist, die dem | Staate auf Grund der Rechtsordnung zuzurechnen ist (vgl. oben S. 84 ff.)³¹²⁵. Im Strafrechtssatze ist der juristisch relevante „Zweck“ – wenn von einem solchen überhaupt bei einer juristischen Konstruktion die Rede sein darf – die Strafe, alles weitere, im Verhältnis zu dem die Strafe nur als Mittel angesehen wird, juristisch unqualifizierbar. Auch wenn die dem Staate zuzurechnende Handlung im Rechtssatze der Festsetzung durch das Organ überlassen ist, so liegt doch *formell* seitens des Organs nur die Ausfüllung eines Blankettrechtssatzes vor. Die Rechtsordnung (oder der „Gesetzgeber“, wie *Laun* sagt)³¹²⁶ ist es, die formell den³¹²⁷ „Zweck“ bestimmt, wenn auch materiell der staatliche Wille seinen Inhalt durch das Organ erhält. Die von *Laun* ausgesprochene Notwendigkeit einer Delegation³¹²⁸ seitens

| 508

³¹²⁰ «begriffliche gegenseitige Ausschließung»] A₁ «begriffliche Ausschließung»; A₂ «begriffliche gegenseitige Ausschließung».

³¹²¹ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 26.

³¹²² *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 257 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

³¹²³ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 258.

³¹²⁴ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 259.

³¹²⁵ Vgl. oben S. 174–188.

³¹²⁶ Vgl. *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), insb. S. 258 f.

³¹²⁷ «die formell den»] A₁ «die den»; A₂ «die formell den».

³¹²⁸ «ausgesprochene Notwendigkeit einer Delegation»] A₁ «ausgesprochene Delegation»; A₂ «ausgesprochene Notwendigkeit einer Delegation».

|Was die Grenzen des freien Ermessens betrifft, so sind diese unverrücklich durch die *Rechtsnormen* gegeben, deren Inhalt *aus den positiven Gesetzen* mit allen erlaubten Mitteln der Interpretation zu holen ist. Zweifellos kann die Tätigkeit des Staatsorganes, soweit sie Rechtsnormen nicht unterworfen ist, innerhalb der Schranken derselben anderen Normen unterstellt werden, wie Normen der Moral oder Politik. Allein, die Frage, wie das *von Rechtsnormen freie Ermessen* geregelt werden kann, ist – wie schon in der Problemstellung selbst zur Genüge ausgedrückt ist – kein juristisches, sondern ein moralisches oder politisches Problem. Ins|besondere muß gegenüber einem neuesten gemachten Versuche betont werden, daß es auch nicht „*natürliche* Rechtsgrundsätze“¹⁾ sein können, nach denen

des „Gesetzgebers“ bedeutet³¹²⁹ für die formal-juristische Konstruktion gar nichts anderes, als daß auch in den Fällen des freien Ermessens die Zwecksetzung – um in der *Launschen* Terminologie zu sprechen – dem „Gesetzgeber“ und nicht dem Staatsorgane zuzurechnen ist. Nun erklärt *Laun*³¹³⁰ (a. a. O. S. 113)³¹³¹: „Jeder Akt des freien Ermessens ist in irgendeiner Beziehung gesetzlich gebunden“. Das freie Ermessen kann also beim einzelnen Staatsakte nur innerhalb der gesetzlichen Gebundenheit bestehen. Wendet man das *Launsche* Kriterium von gesetzlicher Gebundenheit und Ermessensfreiheit an, dann ergibt sich, daß der „Gesetzgeber“ bei jedem Akte des freien Ermessens den unmittelbaren Zweck des behördlichen Handelns selbst bestimmt, (denn der Akt ist ja auch gesetzlich gebunden) und zugleich den unmittelbaren Zweck des behördlichen Handelns der Bestimmung durch das Organ überläßt! Das ist nun freilich unmöglich! Wenn in der Verfassung in das freie Ermessen des Monarchen gestellt ist, wann, unter welchen Umständen, in welcher Form und an wen eine Kriegserklärung zu erfolgen hat, so ist der juristisch relevante Zweck des Staates die Kriegserklärung und nur soferne dieser eben in der Rechtsordnung festgesetzt ist, soferne der Staat in der Rechtsordnung überhaupt Krieg erklären will, ist dieser Akt gesetzlich gebunden, kann er dem³¹³² Staate zugerechnet werden. Der Zweck, der mit der Kriegserklärung verfolgt wird, ist rechtlich unqualifizierbar und daß die Wahl desselben dem Monarchen überlassen bleibt, ist für die juristische Konstruktion ebenso bedeutungslos, wie es gleichgültig bleibt, welchen Zweck die Gerichte mit den gesetzlich zu verhängenden Strafen verfolgen, ob Abschreckung oder Besserung. Die Vereinbarkeit von gesetzlicher Gebundenheit und freiem Ermessen in einem einzigen Organakte, die ja *Laun* behauptet, ist unmöglich, wenn *beides nicht nach verschiedenen Richtungen hin*, sondern, wie nach der *Launschen* Definition, *nach derselben Richtung hin*, nämlich dem unmittelbaren Zwecke des Staatsaktes Platz greift.

¹⁾ Nach solchen „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ sucht allerdings *Laun* die Grenzen des freien Ermessens zu bestimmen (vgl. a. a. O. S. 10 ff.)³¹³³. Er behauptet neben den „äußern“ Grenzen³¹³⁴, das sind jene, die durch das positive Gesetz in Bezug auf Kompetenz, Verfahren und materiellrechtliche Voraussetzungen gezogen sind und die er auch als „gesetzliche“ Grenzen

³¹²⁹ „„Gesetzgebers“ bedeutet>] A „„Gesetzgebers“ um das im freien Ermessen handelnden Staatsorgane bedeutet]; F* „„Gesetzgebers“ bedeutet).

³¹³⁰ «zuzurechnen ist. Nun erklärt *Laun*»] A₁ «zuzurechnen ist. [Allein ganz abgesehen davon, daß im Subjekte der Zwecksetzung ein brauchbares formales Kriterium der Abgrenzung zwischen der gesetzlichen Gebundenheit und [bricht ab] [Aber selbst wenn man die von *Laun* angenommene Unterscheidung akzeptiert, so folgt aus ihr keineswegs eine prinzipielle und scharfe Grenze zwischen den *Akten* des freien Ermessens und solchen der gesetzlichen Gebundenheit. *Laun*»; A₂ «zuzurechnen ist. Nun erklärt *Laun*».

³¹³¹ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 113.

³¹³² «will ... dem»] A₁ «will, kann dieser Akt dem»; A₂ «will ... dem».

³¹³³ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 10–13.

³¹³⁴ «„äußern“ Grenzen»] A₁ «„äußern“, die durch die im positiven Gesetze [bricht ab]»; A₂ «„äußern“ Grenzen».

bezeichnet (vgl. a. a. O. S. 114)³¹³⁵ auch gewisse „innere“ Grenzen des freien Ermessens, deren juristische Qualität – in methodologisch höchst zweifelhafter Weise – jener der „äußeren“ und „gesetzlichen“ Grenzen entgegengesetzt wird, indem diese „inneren“ Grenzen auf Grund der oben erwähnten natürlichen Rechtsgrundsätze gelten sollen (a. a. O. S. 117)³¹³⁶. Allein, bei näherer Untersuchung erweisen sich diese „inneren Grenzen“ entweder als „gesetzliche“ d. h. positiv rechtliche und daher den „äußeren“ Grenzen als durchaus gleichartig, oder als rechtlich irrelevant, d. h. politischer oder moralischer Natur. Innerhalb der „inneren“ Grenzen des freien Ermessens unterscheidet *Laun* subjektive und objektive Schranken. Die dem freien Ermessen der Organe gesetzte subjektive Schranke sei die Norm, daß „das handelnde Organ nicht alles beliebige, sondern nur dasjenige verfügen darf, was nach seiner Überzeugung dem öffentlichen Interesse am besten entspricht“ (a. a. O. S. 265)³¹³⁷. Nun ist es immerhin möglich, daß eine solche Norm in den positiven Gesetzen ausdrücklich oder stillschweigend enthalten ist. Es mag dahingestellt sein, ob eine solche Norm *materiell* wirklich eine Einschränkung des freien Ermessens ist, oder ob nicht, mangels objektiver Bestimmbarkeit des Begriffes „öffentliches Interesse“ eine solche Norm geradezu die Einräumung des freien Ermessens bedeutet. Wird eine solche Norm als *Rechtsnorm* behauptet, und dies kann nur dann der Fall sein, wenn ihr Inhalt aus den positiven Gesetzen abgeleitet wird, dann ist formell jede Verletzung des öffentlichen Interesses, oder dessen, was nach Überzeugung des handelnden Organs öffentliches Interesse ist (wann würde übrigens ein Organ irgendeine seiner Handlung als gegen seine Überzeugung vom öffentlichen Interesse gerichtet zugeben, und wie sollte die subjektive Überzeugung des Organes objektiv festgestellt werden?) *Rechtssatzverletzung*, Verletzung der durch das positive Gesetz gezogenen Schranken und formaljuristisch in keiner Weise verschieden von einer anderen Verletzung des objektiven Rechtes durch das Organ. Läßt sich aber die fragliche Norm auf keinem Wege aus den positiven Gesetzen ableiten, dann ist sie keine Rechtsnorm, sondern eine moralische oder politische Norm und die durch sie gezogene Schranke keine Rechtsschranke. Nun behauptet *Laun*, die erwähnte Norm sei ein „natürlicher Rechtsgrundsatz“, betont dabei aber mit großem Nachdrucke, daß diese Norm ein „Rechtssatz“, eine Rechtsnorm und die dadurch statuierte Pflicht eine Rechtspflicht sei (a. a. O. S. 265, 177, 20)³¹³⁸, stellt aber in Abrede, daß eine „gesetzliche“ Bindung vorliege (a. a. O. S. 276)³¹³⁹. Wie es vom Standpunkte einer nicht naturrechtlichen Jurisprudenz einen *Rechtssatz* und eine *Rechtspflicht* geben kann, die nicht „gesetzlich“ sind, muß umso unbegreiflicher bleiben, als *Laun* diese „natürliche Rechtsnorm“ von eben|demselben „Gesetz“geber ausgehen läßt, der auch die „gesetzlichen“ Normen und Pflichten statuiert (vgl. S. 176 und 259)³¹⁴⁰ und der sich wohl nirgends anders als in den *Gesetzen* manifestieren kann. Mit dieser für die gesamte im freien Ermessen gelegene Organtätigkeit behaupteten *Rechtsnorm*, nur im öffentlichen Interesse zu handeln, gerät die *Launsche* Konstruktion überdies noch in folgende Schwierigkeit. Wenn nach *Laun* das Verhalten der öffentlichen Organe insoweit im freien Ermessen steht, als es nicht durch „Rechtsnormen“, sondern durch „Zweckmäßigkeitserwägungen“ bestimmt wird,³¹⁴¹ dann gibt es – ist die Norm, nur im öffentlichen Interesse tätig zu sein, wirklich eine Rechtsnorm – überhaupt kein freies Ermessen; denn das Organ ist nach allen Richtungen seines Verhaltens, bei jeder einzelnen zu einem Organakt gehörigen Handlung *durch eine Rechtsnorm rechtlich verpflichtet*.

Durchaus positivrechtliche Normen, Rechtssätze im eigentlichsten Sinne des Wortes und keineswegs „natürliche Rechtsgrundsätze“ sind die „objektiven“ inneren Grenzen, die *Laun* dem freien Ermessen zieht. Er sagt (a. a. O. S. 265)³¹⁴²: „Objektive Grenzen sind dem freien Ermessen gezogen, wenn dem handelnden Organ nur gestattet ist, gewisse Zwecke zu verfolgen, andere dagegen nicht“. Eine Verletzung dieser Grenzen erfolgt, wenn ein solcher „verbotener“ Zweck vom Organ verfolgt, resp. erreicht wird, wobei *Laun* unterscheidet, ob das Organ aus „Rechtsirrtum“

³¹³⁵ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 114.

³¹³⁶ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 117.

³¹³⁷ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 265.

³¹³⁸ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 265, 177, 20.

³¹³⁹ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 76.

³¹⁴⁰ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 176, 259.

³¹⁴¹ *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), insb. S. 259.

³¹⁴² *Laun*, Ermessen (Anm. 3099), S. 265.

rechtlich die Grenzen des freien Ermessens zu bestimmen sind, da es mit den Prinzipien einer positivistischen Jurisprudenz schlechterdings unvereinbar ist, andere als aus den positiven Gesetzen gewonnene Rechtsnormen anzuerkennen. Ob man bei dieser Gewinnung von Rechtssätzen aus den Gesetzen eines bestimmten Staates | nicht an den strengen Wortlaut der Rechtsquellen gebunden ist, sondern auch aus dem Geist und inneren Zusammenhang, aus den vom „Gesetzgeber“ für selbstverständlich angenommenen Voraussetzungen Rechtssätze konstruieren darf, ist in diesem Zusammenhange von nebensächlicher Bedeutung. Denn bei dem Dilemma: Positivismus oder Naturrecht, kommt es nicht darauf an, wie, d. h. auf welchem Wege, mit welchen Interpretationsmitteln der Inhalt der Rechtsnormen aus den Rechtsquellen gewonnen, sondern daß dieser Inhalt prinzipiell | nur aus den positiven Gesetzen hergeleitet wird, daß jede Rechtsnorm ihren konkreten Inhalt ausschließlich und allein durch Berufung auf die positiven Gesetze legitimiert. Ob dieses formale Kriterium auch eine sichere materielle Grenze zwischen Positivismus und Naturrecht bietet, kann hier dahingestellt bleiben.

Einer kurzen Erwähnung bedarf nur noch folgender Umstand. Wenn hier als einzige rechtliche Schranken des freien Ermessens der Rechtssatz, resp. dessen materielle Quelle: das positive Gesetz³¹⁴⁵ anerkannt, wenn Verordnung und Dienstbefehl nicht berücksichtigt wurden, so kann in diesem Zusammenhange – ohne den späteren Untersuchungen über das Verhältnis von Rechtssatz und Verordnung vorzugreifen³¹⁴⁶ – zur Begründung nur soviel bemerkt werden, daß die Verordnung im Rechtsstaate nur auf Grund des Gesetzes erfolgen kann, die

über die Grenzen seines Ermessens oder wissentlich, weil es das öffentliche Interesse so am besten zu wahren glaubt, die Schranke überschreitet, oder ob das Verhalten des Organes gegen dessen Willen geeignet ist, einen verbotenen Erfolg zu erreichen (a. a. O. S. 265)³¹⁴³. Ohne auf diese Unterscheidung einzugehen, die für die Prinzipienfrage bedeutungslos ist, sei nur festgestellt, welcher Natur die von Laun den „äußeren, gesetzlichen“ Grenzen gegenübergestellten „inneren“, angeblich auf „natürlichen Rechtsnormen“ beruhenden und zwar „objektiven“ Grenzen sind. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, von wem, resp. wo dem handelnden Organ die fraglichen Schranken gesetzt sind, d. h. also von wem, resp. wo die gewissen Zwecke gestattet oder verboten sind. Da erklärt nun Laun in völlig unzweideutiger Weise, daß es der „Gesetzgeber“ ist, der die gewissen Zwecke gestattet oder gebietet, ja noch deutlicher: daß es die positiven Gesetze sind, in denen den Organen vorgeschrieben wird, welche Zwecke sie verfolgen dürfen und welche nicht. S. 190³¹⁴⁴ heißt es wörtlich: „Welche Zwecke erlaubt, welche verboten sind, ist eine Frage des positiven Rechtes“.

Das ist natürlich anders gar nicht möglich, da es eine andere normierende Autorität für den Juristen des positiven Rechtes nicht gibt. Damit ist aber erwiesen, daß die „objektiven, inneren“ Schranken Launs juristisch sich durch nichts von den „äußeren, gesetzlichen“ Grenzen unterscheiden, daß sie einfach materiell-rechtliche, gesetzliche Schranken sind, die in keiner Weise nach „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ gelten.

³¹⁴³ Laun, Ermessen (Anm. 3099), S. 265.

³¹⁴⁴ Laun, Ermessen (Anm. 3099), S. 190.

³¹⁴⁵ «das positive Gesetz»] A₁ «das Gesetz»; A₂ «das positive Gesetz».

³¹⁴⁶ Vgl. unten S. 711–719.

verordnende Tätigkeit selbst³¹⁴⁷ Exekutive ist und wie jede andere Organtätigkeit im freien Ermessen steht; das gilt natürlich auch vom Dienstbefehl, der überdies nur gegenüber untergeordneten Organen in Betracht kommt.³¹⁴⁸

Nur die hier durchgeführte Konstruktion wird dem Wesen der für den modernen Rechtsstaat³¹⁴⁹ charakteristischen „gesetzmäßigen³¹⁵⁰ Verwaltung“ gerecht, indem sie die gesamte Verwaltung als Inhalt von *Rechtssätzen* und als Erfüllung von Rechtspflichten des Staates erkennen³¹⁵¹ läßt. Unter diesen Begriff der Verwaltung fällt das Strafen und Exequieren des Staates ebenso wie seine Armenunterstützung, seine Schulpflege, sein Straßenbau usw. Darin liegt die juristisch umfassende Bedeutung dieses Verwaltungsbegriffes, daß er aus allen Tätigkeiten des Staates – welchen Zwecken sie auch immer dienen mögen – das gemeinsame, juristisch einzig wesentliche, *formale* Element heraushebt: die Realisierung des Staatswillens, daß er die gesamte *Tätigkeit* des Staates nur als Aktualisierung der Rechtsordnung darstellt. Damit ist das spezifische Verhältnis von Staat und Recht erst ganz erfaßt: Ist die Staatsperson nur ein Produkt der Rechtsordnung, so ist die Realisierung der Rechtsordnung die einzige Funktion des Staates!³¹⁵²

| 512 *So erscheint in der Rechtsordnung der wollende, in der Verwaltung der handelnde Staat.* Und damit ist auch die Grenze gefunden, die zwischen Legislative und Exekutive, richtiger zwischen Rechtsordnung und Verwaltung zu ziehen ist. Diese Grenze scheint sich nämlich zu verwischen¹⁾, wenn man das Recht schlechthin als Wille des Staates erklärt und als Rechtssatz jedes Urteil über die Existenz eines Staatswillens gelten | läßt. Denn ein Wille des Staates ist nicht nur in der Rechtsordnung, dem Gesetze zu konstatieren, auch in jedem einzelnen Akte eines Staatsorganes scheint ein Staatswille existent zu sein. Diese Doppelrolle muß der Staatswille freilich nur dann spielen, wenn man in Verkennung seiner Wesenheit darunter einen realpsychischen Akt und zwar den Willensakt des handelnden Staatsorganes erblickt, dem dann der in der Rechtsordnung anzunehmende an die Seite tritt. Läßt man den in dem Gesetze niedergelegten Willen vom Staate „erzeugen“, dann muß man – bei Identifizierung des Staatswillens mit dem psychischen Willen des handelnden Staatsorganes³¹⁵⁴ – in jedem Akte der Exekutive eine

| 511 ¹⁾ Vgl. dazu: *Anschütz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz etc. S. 13 ff.³¹⁵³

³¹⁴⁷ «kann, die verordnende Tätigkeit selbst»] A₁ «kann, selbst»; A₂ «kann, und die verordnende Tätigkeit selbst».

³¹⁴⁸ «An dieser Stelle ... in Betracht kommt.» (6511–6603)] in A₂ eingefügt.

³¹⁴⁹ «modernen Rechtsstaat»] A «modernen konstitutionellen Staat»; F* «modernen Rechtsstaat».

³¹⁵⁰ «gesetzmäßigen»] A₁ «rechtmäßigen»; A₂ «gesetzmäßigen».

³¹⁵¹ «Rechtssätzen ... erkennen»] A₁ «Rechtssätzen erkennen»; A₂ «Rechtssätzen ... erkennen».

³¹⁵² «Nur die hier ... Funktion des Staates!» (6604–66016)] Kelsen verschiebt den in Anm. 3081 wiedergegebenen Absatz in A₂ hierher.

³¹⁵³ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 13–22.

³¹⁵⁴ «des handelnden Staatsorganes»] A₁ «des Staatsorganes»; A₂ «des handelnden Staatsorganes».

neuerliche „Erzeugung“ erblicken. Faßt man die „Erzeugung“ des Staatswillens als Rechtssetzung und Staatsfunktion, dann ist tatsächlich in jedem Akte der Verwaltung ein Rechtssetzungsakt zu sehen und von einer Grenze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung keine Spur¹⁾. Allein, die „Erzeugung“ des Staatswillens kommt als Staatsfunktion nicht in Betracht, der „Wille“ des Staates hat mit dem psychischen Willensakte im handelnden Staatsorgane nichts zu tun und so besteht nicht zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, sondern zwischen Rechtsordnung und Verwaltung der zu präzisierende Gegensatz.

Es ist nur eine aus der irrigen Auffassung des Staatswillens³¹⁵⁶ entspringende, unzulässige Analogie zum Verhältnis zwischen psychischem Willen und Handlung, die für jede einzelne Staatshandlung einen selbständigen Staatswillensakt annehmen zu müssen glaubt. Tatsächlich findet nur ein besonderer Zurechnungsakt³¹⁵⁷ statt. Sofern ein Rechtssatz konstatiert: Wenn jemand stiehlt, will der Staat ihn strafen, dann erfolgt die an einem konkreten Dieb vollzogene Strafe nicht etwa auf Grund eines andern als dem im Rechtssatze konstatierten, neuen Willens, sondern auf Grund des Rechtssatzes wird das Strafen dem Staate zugerechnet. Was den Staatswillen im Augenblicke vor Verübung des Deliktes von dem im Zustande nach Verübung des Deliktes unterscheidet, ist die Tatsache, daß er – bildlich gesprochen – aus einem *bedingten zu einem unbedingten* geworden ist. Diese nur figürlich zu verstehende Nomenklatur kann lediglich den Zweck haben, der Tatsache Ausdruck zu geben, daß schon im Augenblicke des vollendeten Unrechts tatbestandes ein Wille des Staates, *den konkreten Unrechtthäter* zu bestrafen, besteht; sie ist nur die metaphorische Darstellung des Schlusses: Wenn der Staat im Rechtssatz *jeden, der stiehlt strafen* will, will er auch den konkreten Dieb X strafen. – Im Rechtssatze will der Staat unter bestimmten Um|ständen strafen etc. Nach Eintritt der Bedingungen will der Staat eine *bestimmte Person* strafen und die Annahme eines solchen Staatswillens hat insbesondere die Bedeutung, daß die Staatsorgane, deren Pflicht die Realisierung des Staatswillens ist, den konkreten Dieb bestrafen *sollen*. Es ist somit derselbe Staatswille, der in der Rechtsordnung und in der Verwaltung erscheint; *der Unterschied liegt aber darin, daß der Staatswille³¹⁵⁸ in der Rechtsordnung bedingt, in der Verwaltung unbedingt auftritt*.

Wenn es überhaupt einen Sinn hätte, das Verhältnis zwischen psychischem Willen³¹⁵⁹ und Handlung beim Menschen mit der Beziehung zwischen Staatswil-

| 513

¹⁾ Vgl. Anschütz a. a. O. S. 14.³¹⁵⁵

| 512

³¹⁵⁵ Anschütz, Studien (Anm. 2506), S. 14.

³¹⁵⁶ «irrigen Auffassung des Staatswillens»] A₁ «irrigen Staatswillens»; A₂ «irrigen Auffassung des Staatswillens».

³¹⁵⁷ «ein besonderer Zurechnungsakt»] A₁ «ein Zurechnungsakt»; A₂ «ein besonderer Zurechnungsakt».

³¹⁵⁸ «Staatswille»] A₁ «Wille»; A₂ «StaatsWille».

³¹⁵⁹ «zwischen psychischem Willen»] A₁ «zwischen Willen»; A₂ «zwischen psychischem Willen».

len und Staatshandlung zu vergleichen, so müßte man konstatieren, daß der Mensch ohne vorgefaßte Beschlüsse handeln, seine Zwecke durch spontane und daher unbedingte und unbefristete Willensakte und Handlungen verfolgen kann, während der Staat – und zwar der moderne Rechtsstaat – niemals handeln kann, ohne daß vorher in der Rechtsordnung, wenn auch noch so allgemein die Umstände festgestellt sind, unter denen die durch die Exekutive zu realisierende Handlung zu erfolgen hat. Jede Handlung des Staates muß in der Rechtsordnung vorgewollt – oder mit einem nur unter Vorbehalt zu benutzenden Bilde: beschlossen sein. Denn nur solcher „Beschluß“ rechtfertigt die Zurechnung zum Staate. Zum Wesen des in der Rechtsordnung ausgedrückten Willens gehört seine formale Bedingtheit³¹⁶⁰ – wobei der Begriff der „Bedingung“ hier in einem weiteren, auch die Befristung umfassenden Sinne genommen ist. Denn der Rechtssatz ist nichts anderes als die Feststellung der Umstände, unter denen der Staat ein Bestimmtes will, d. h. dem Staate gewisse menschliche Handlungen zugerechnet werden. Es sind nur andere Worte, aber der gleiche Gedanke, der in dem Grundsatz zum Ausdruck kommt, daß im Rechtsstaate³¹⁶¹ kein Organ als solches handeln³¹⁶² kann, ohne hiezu, wenn auch noch so allgemein seitens der Rechtsordnung autorisiert zu sein. Nur die konsequente Durchführung dieses Grundsatzes berechtigt zur Annahme eines einheitlichen Staatswillens und damit einer einheitlichen Staatsperson.

Wenn also *Anschütz*¹⁾ der Theorie *Zorns*,³¹⁶⁴ die alles, was der Staat „will“, Recht nennt, vorhält, daß sie jeden Unterschied zwischen Gesetzgebung einerseits und Verwaltung und Rechtssprechung andererseits verwische, daß in Konsequenz derselben jede beliebige Verfügung, jedes militärische Kommandowort, die Anweisung des Chefs, das Amtlokal zu heizen, die Aufforderung des Schutzmanns an das Publikum, dies oder das zu tun, daß all das Rechtssätze enthalte²⁾, | so trifft dies darum zu, weil *Zorn* die wichtige Tatsache, durch die sich der Wille des Staates in der Rechtsordnung und in der Verwaltung (i. w. S.) unterscheidet, hervorzuheben unterläßt: die *Bedingtheit*. Diese Bedingtheit und nicht, wie mitunter angenommen wird, die Allgemeinheit, d. h. die Anwendbarkeit auf eine Mehrheit von Fällen ist das Kriterium des Rechtssatzes, der darum stets ein *hypothetisches* Urteil ist.

| 513 |¹⁾ a. a. O. S. 16. ³¹⁶³

²⁾ a. a. O. S. 15. ³¹⁶⁵

³¹⁶⁰ «seine formale Bedingtheit»] A₁ «seine Bedingtheit»; A₂ «seine formale Bedingtheit».

³¹⁶¹ «im Rechtsstaate»] A «im konstitutionellen Staate»; F* «im Rechtsstaate».

³¹⁶² «Organ als solches handeln»] A₁ «Organ handeln»; A₂ «Organ als solches handeln».

³¹⁶³ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 15 f.

³¹⁶⁴ *Anschütz* bezieht sich auf *Philipp Zorn*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1: Das Verfassungs- und Militärrecht, 1. Aufl., Berlin und Leipzig 1880, S. 122 f.

³¹⁶⁵ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 15 – vgl. unten S. 714.

XX. Kapitel.

Die Persönlichkeit der Staatsorgane.

Nachdem der Begriff des Staatsorganes seinem Inhalte und Umfange nach auf Grund der Lehre vom Rechtssatze festgestellt worden ist, soll im folgenden von derselben Basis aus das in der Literatur so viel umstrittene Problem der Rechtsstellung des Staatsorganes gelöst werden. Es ist damit die Frage gestellt, ob das Staatsorgan als selbständige Persönlichkeit neben der Staatsperson zu gelten hat und wie das Verhältnis zwischen dem Staate und seinen Organen rechtlich zu konstruieren ist.

Der Begriff der Persönlichkeit wird in der Literatur ganz allgemein mit dem Begriffe des Rechtssubjektes identifiziert, beide Ausdrücke sind alternativ für dasselbe im Gebrauch. Gegen eine solche Terminologie könnte dann nichts eingewendet werden, wenn man unter „Rechtssubjekt“ das Subjekt objektiven Rechtes verstünde, d. h. darunter alles zusammenfaßte, was der Rechtsordnung oder deren Einheit, dem Rechtssatze, gegenüber als „Subjekt“ in Betracht käme. Allein, dem ist tatsächlich nicht so. Die herrschende Theorie begreift unter „Rechtssubjekt“ nicht alle Subjekte des objektiven Rechtes schlechthin, sondern nur jene, die als Träger des sogenannten „subjektiven Rechtes“, der Berechtigung in Betracht kommen. Rechtssubjekt ist nach dieser Anschauung nur der Mensch oder die Mehrheit von Menschen, die von der Rechtsordnung mit subjektiven Rechten, genauer, mit der Fähigkeit, solche subjektiven Rechte zu haben, ausgestattet ist. Und mit diesem Begriffe des Rechtssubjektes wird auch der Begriff der Persönlichkeit identifiziert. Als typisches Beispiel sei hier die Definition *Bernatziks*¹⁾ angeführt: „Person oder, wenn | man will, juristische Person ist also derjenige Mensch oder menschliche | 515
Verband, der und insoweit er die von der Rechtsordnung gewährte oder anerkannte Fähigkeit hat, Träger eines subjektiven Rechtes zu sein.“

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Rechtsordnung noch andere rechtliche Subjekte³¹⁶⁷ gegenüberstehen als diese Träger „subjektiven Rechtes“, die für die herrschende Anschauung schlechthin als „Rechtssubjekte“ gelten. Nicht nur als Subjekt eines „Rechtes“, sondern auch als Subjekt einer *Pflicht* kann³¹⁶⁸

¹⁾ Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere. Archiv für öffentliches Recht. V. Bd. S. 193.³¹⁶⁶ | 514

³¹⁶⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 193.

³¹⁶⁷ «andere rechtliche Subjekte»] A₁ «andere Subjekte»; A₂ «andere rechtliche Subjekte».

³¹⁶⁸ «Pflicht kann»] A₁ «Pflicht, als Pflichtensubjekt kann»; A₂ «Pflicht kann».

man für die Rechtsordnung in Betracht kommen. Wie immer man den Begriff des subjektiven Rechtes fassen mag, der Strafrechtsordnung stehen die Untertanen³¹⁶⁹ ausschließlich als Pflichtsubjekte gegenüber; und selbst wenn man – was nach herrschender Lehre übrigens gar nicht der Fall ist – aus dem Strafrechtssatz irgendein subjektives Recht, etwa das auf Unterlassung des Deliktes, deduziert, kommt doch in erster Linie als *Subjekt* des Strafrechtssatzes das *Pflichtsubjekt* in Betracht. Ja, es ist durchaus denkbar, daß eine gesamte Rechtsordnung – nicht nur wie gegenwärtig bloß die Strafgesetze – ausschließlich Rechtspflichten und gar keine subjektiven Rechte statuiert, somit nur Pflichtsubjekte und keine „Rechts“subjekte anerkennt, während das Umgekehrte, d. h. eine Rechtsordnung, die nur „Rechte“, aber keine Pflichten statuiert und daher nur „Rechts“subjekte, aber keine Pflichtsubjekte kennt, unmöglich ist. Denn das Wesen des Rechtssatzes ist die Statuierung einer Rechtspflicht, und wenn man unter „Recht“ nicht bloß den materiellen Reflex einer Rechtspflicht verstehen will, dann ist die Gewährung eines subjektiven Rechtes nicht jedem Rechtssatz wesentlich, sondern nur eine mögliche, keine notwendige Qualität desselben. Darum ist es durchaus gerechtfertigt, wenn man als Subjekt des Rechtes, d. h. des Rechtssatzes, vor³¹⁷⁰ allem und in erster Linie das Pflichtsubjekt erkennt. Jedenfalls aber ist es unzulässig, aus dem Begriffe der Rechtsperson den Begriff des Pflichtsubjektes auszuschneiden und „Person“ auf den Begriff des „Rechts“subjektes im engeren Sinne eines Trägers subjektiver Rechte zu beschränken. Sollten die Untertanen als Subjekte der durch Strafrechtssätze statuierten Pflichten nicht als „Person“ in Betracht kommen dürfen? Sollten die Untertanen als Subjekte der durch die Verfassung statuierten *Rechtspflichten* keine Rechtssubjekte sein? Wie lange ist es überhaupt her, daß durch die Verfassungen auch subjektive *Rechte* gewährt werden? Zum einzig richtigen³¹⁷¹, weiteren Begriffe des Rechtssubjektes gehört sowohl das Pflicht- wie das Rechtssubjekt im engeren Sinne, und nur dieser weitere Begriff des Rechtssubjektes darf mit dem Begriffe der Rechtsperson identifiziert werden.

|516 |Die fast unbegreifliche Tatsache, daß die herrschende Lehre Rechtspersönlichkeit und Trägerschaft subjektiven Rechtes identifiziert, kommt ja auch in der schon früher³¹⁷² verworfenen Terminologie zum Ausdruck, derzufolge das Recht in seiner subjektiven Erscheinungsform schlechthin nur als „Berechtigung“ erfaßt wird. Niemandem fällt es heute bei, unter „Recht im subjektiven Sinne“ auch die *Rechtspflicht* zu begreifen, obwohl doch gerade die Rechtspflicht als³¹⁷³ die subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes, dieser Einheit des objektiven Rechtes,

³¹⁶⁹ «Untertanen»] A «Menschen»; F* «Untertanen».

³¹⁷⁰ «Rechtes, d. h. des Rechtssatzes, vor»] A₁ «Rechtes vor»; A₂ «Rechtes – dh. des Rechtssatzes vor».

³¹⁷¹ «Rechte zu beschränken ... Zum einzig richtigen»] A₁ «Rechte zu beschränken. Zum einzig richtigen»; A₂ «Rechte zu beschränken ... Zum einzig richtigen».

³¹⁷² Vgl. oben S. 663.

³¹⁷³ «Rechtspflicht als»] A «Rechtspflicht κατ ἐξ οὐκῆν als»; F* «Rechtspflicht als».

gelten muß¹⁾. An anderer Stelle – anlässlich der Untersuchung des sogenannten „subjektiven Rechtes“ im engeren Sinne des üblichen Sprachgebrauches³¹⁷⁵ – wird festzustellen sein, ob und welche historisch-psychologischen Motive zu dieser Überspannung und einseitigen Entwicklung des Begriffes des subjektiven Rechtes im engeren Sinne der Befugnis und zu der Vernachlässigung, ja, völligen Ignorierung des Pflichtbegriffes geführt haben. Hier genügt die Konstatierung, daß der Begriff des subjektiven Rechtes im weiteren Sinne sich zu den Begriffen der Pflicht und des subjektiven Rechtes³¹⁷⁶ im engeren Sinne (Berechtigung) ebenso verhält wie der Begriff der Rechtsperson oder des Rechtssubjektes im weiteren Sinne zu den Begriffen des Pflicht- und des Rechtssubjektes im engeren Sinne.

Die oben erwähnte Ignorierung des Pflichtbegriffes hat es mit sich gebracht, daß in der herrschenden Literatur das Problem der Persönlichkeit im allgemeinen und insbesondere das Problem der Persönlichkeit der Staatsorgane ausschließlich vom Standpunkte des sogenannten „subjektiven Rechtes“ behandelt wird. Demgegenüber soll im folgenden, entsprechend der durch diese Untersuchungen zu Tage geförderten Erkenntnis von der zentralen Stellung der Rechtspflicht, das aufgeworfene Problem zunächst nur von der Pflichtseite betrachtet werden. Ist bisher immer nur die Frage gestellt worden, ob Staatsorgane Subjekte von selbständigen Rechten und als solche Personen sein können, so soll hier zunächst untersucht werden, ob Staatsorgane Subjekte von selbständigen Rechtspflichten sein müssen, ob es nötig ist, Rechtspflichten anzuerkennen, die nur als solche der Staatsorgane anzusehen sind, ob es Rechtssätze gibt, die nur die Staatsorgane verpflichten. Ist diese Frage zu bejahen, dann ist bereits der Beweis erbracht, daß Staatsorgane als Subjekte selbständiger Rechtspflichten Pflichtsubjekte und somit Personen sind. Dann ist aber auch die Entscheidung der Frage nach den subjektiven Rechten der Staatsorgane – an deren Lösung hierauf geschritten | werden mag – nur mehr von sekundärer Bedeutung. Denn ist einmal die Pflichtsubjektivität der Staatsorgane sichergestellt, dann ist ihre Persönlichkeit außer Zweifel, ohne Rücksicht darauf, ob die Existenz subjektiver Rechte der Staatsorgane zugegeben oder geleugnet werden muß. | 517

Der Begriff des „Pflichtsubjektes“ ergibt sich mit dem hier aus dem Rechtssatze entwickelten³¹⁷⁷ Begriffe der Rechtspflicht³¹⁷⁸ von selbst. Wenn die Rechtspflicht der Untertanen der Rechtssatz in seiner Anwendbarkeit auf ein bestimmtes Subjekt ist, dann ist Pflichtsubjekt jenes Subjekt, auf das ein konkreter Rechtssatz angewendet werden kann. Daß die Rechtspflicht des Staates in der Weise aus dem

¹⁾ Vgl. oben S. 311 f.³¹⁷⁴

³¹⁷⁴ Vgl. oben S. 435 f.

³¹⁷⁵ Vgl. unten S. 721.

³¹⁷⁶ «des subjektiven Rechtes»] A₁ «des Rechtes»; A₂ «des subj. Rechtes».

³¹⁷⁷ «hier aus dem Rechtssatze entwickelten»] A₁ «hier entwickelten»; A₂ «hier aus dem Rechtssatze entwickelten».

³¹⁷⁸ Vgl. oben S. 476.

objektiven Rechtssatzes zu subjektivieren ist, daß es der Wille des *Staates* ist, den der Rechtssatz beinhaltet, und darum des Staates Pflicht ist, wurde ja schon dargetan¹⁾. Als das Wesen der Pflichtsubjektivität oder Persönlichkeit des Staates wurde nun der „Wille“ festgesetzt und dieser „Wille“ als Zurechnungspunkt erkannt. Die Wesensgleichheit der Staatsperson mit allen übrigen Personen zeigt sich nun auch darin, daß die Pflichtsubjekts- oder Personsqualität³¹⁸⁰ der letzteren Resultat eines Zurechnungsprozesses ist, der zum Unterschied von dem zur Staatsperson führenden, *äußeren*, als Vorgang der *inneren Zurechnung* bezeichnet werden mag.

Die Verpflichtung der Untertanen – d. i. aller Personen mit Ausnahme des Staates – geschieht, wie bereits früher dargetan²⁾, durch die Rechtssätze im engeren Sinne, das sind jene, die einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge beinhalten. Der bedingende Unrechtstatbestand³¹⁸² nun, an den sich dieser Wille des Staates knüpft, muß stets die Bezeichnung eines Subjektes enthalten, an dem der Staat die Unrechtsfolge realisieren will. Der Unrechtstatbestand muß stets als von irgend jemandem gesetzt erscheinen. In dieser Verknüpfung irgend jemandes mit einem äußeren positiven oder negativen Vorgange (Unterlassen) in dem Unrechtstatbestande eines Rechtssatzes liegt die innere Zurechnung. Stellt man die beiden Bestandteile, das Subjekt und den äußeren Vorgang, einander gegenüber und bezeichnet man den letzteren als Unrechtstatbestand im eigentlichen und engeren Sinne, dann bedeutet die Verbindung beider Elemente im bedingenden Vordersatze der Rechtsnorm die Zurechnung eines Unrechtstatbestandes zu einer bestimmten Person. Welche Verbindung in der Welt des Seins zwischen dem Subjekte und dem Unrechtstatbestande besteht, ist juristisch irrelevant und läßt sich allgemein gar nicht feststellen³⁾ 3183. Es *kann* eine kausale Verknüpfung zwischen beiden bestehen, muß aber nicht. Keine solche Relation besteht z. B. zwi-

517 |¹⁾ Vgl. oben S. 435.³¹⁷⁹

²⁾ Vgl. oben S. 348.³¹⁸¹

518 |³⁾ Der im Texte gewählte Ausdruck ist bewußterweise ungenau. Zwischen dem lediglich als konstruierten Zurechnungspunkt zu denkenden Subjekte, der „Person“ oder dem „Willen“, also einer der realen Seinswelt überhaupt nicht angehörigen Tatsache, und dem realen äußeren Tatbestand kann, strenggenommen, überhaupt keine nur für Seinstatsachen mögliche, kausale oder teleologische Relation bestehen. Nur von dem realen „Menschen“, in den der Zurechnungspunkt lokalisiert wird und der von der „Person“ wesensverschieden ist, kann zu dem äußeren Tatbestande eine derartige Beziehung überhaupt gedacht werden. Die im Text gewählte Formulierung paßt sich – einer leichteren Verständigung wegen – der allgemein üblichen, unklaren Identifizierung zwischen „Person“ und „Mensch“ an.

³¹⁷⁹ Vgl. oben S. 574 f.

³¹⁸⁰ «Pflichtsubjekts- oder Personsqualität»] A₁ «Pflichtpersönlichkeit»; A₂ «Pflichtsubjekts- oder Personsqualität».

³¹⁸¹ Vgl. oben S. 475 f.

³¹⁸² «Unrechtstatbestand»] A₁ «Tatbestand»; A₂ «UnrechtsTatbestand».

³¹⁸³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

schen Unterlassungstatbeständen und dem unterlassenden Subjekte¹⁾. Ebenso wenn ein Rechtssatz bei Sachbeschädigung durch Kinder oder Tiere ohne Schadensgutmachung seitens des Gewalthabers oder Eigentümers, gegen letztere Exekution androht.

Desgleichen kann zwischen Unrechtstatbestand und Subjekt eine geistige Relation des Gewollt- oder Gewußtseins bestehen, *muß* aber nicht. Die Fahrlässigkeitsdelikte seien hier als Beispiele für letzteren Fall erwähnt. Im übrigen sei auf die bereits im ersten Buche erfolgte Darstellung des Problems verwiesen³¹⁸⁵ und nur in Erinnerung gebracht, daß auch die psychischen Elemente des Tatbestandes, welche die vorerwähnte geistige Relation zwischen Subjekt und Unrechtstatbestand voraussetzen, für den Juristen nur als *äußere* Momente in Betracht kommen, die eine *Praesumption* der bez. psychischen Vorgänge des Wollens, Wissens oder Fühlens veranlassen³¹⁸⁶. Wenn der juristische Sprachgebrauch zweifellos die Tendenz hat, womöglich jeden Unrechtstatbestand als „*gewollt*“ zu bezeichnen, auch dann, wenn psychologisch von einem Willen keine Spur sein kann, so³¹⁸⁷ drückt sich darin die Tatsache aus, daß es im Grunde nur das „*Zugerechnet-Werden*“ ist, das ihm als „Gewolltsein“ erscheint; und daß es eine arge Verwechslung wäre, auch hier unter „Wille“ etwas anderes als den Zurechnungspunkt, etwa gar die so bezeichnete psychische Tatsache zu verstehen.

Damit ist dargetan, daß die Pflichtsubjektivität oder Persönlichkeit nicht nur des Staates, sondern auch der anderen Subjekte eine durchaus künstliche oder „juristische“ ist, daß sie lediglich als das Resultat eines durch die Rechtsordnung begründeten Zurechnungsprozesses angesehen werden muß²⁾. Von der Basis dieser Erkenntnis aus ist dann auch die in der Literatur vielerörterte Frage zu entscheiden, wie sich die Qualität des „Mensch-Seins“ zu der der Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit verhält. Wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß das Recht von Menschen gemacht und für Menschen bestimmt ist, wenn auch der *Zweck* der Rechtsordnung vor allem der Mensch | ist, für die juristisch einzig wesentliche *formale* Betrachtung ist dieser Zweck nicht von Belang, haben die Begriffe Mensch und Person keine wesentlich notwendige Verbindung. Faßt man insbesondere den Rechtssatz im engeren Sinne, der den Willen des Staates zu Strafe und Exekution beinhaltet, ins³¹⁸⁹ Auge, dann muß man wohl zugestehen, daß es vor allem der Mensch ist, der seiner Natur nach überhaupt fähig ist, die Anwendung eines Rechtssatzes – Strafe und Exekution – zuzulassen, m. a. W. verpflichtet zu werden,

| 519

¹⁾ Das Nähere vgl. oben S. 73 ff.³¹⁸⁴

²⁾ Vgl. oben S. 187.³¹⁸⁸

³¹⁸⁴ Vgl. oben S. 162–188.

³¹⁸⁵ Vgl. oben S. 145–188.

³¹⁸⁶ «Fühlens veranlassen»] A «Fühlen (Affekt) veranlassen»; F* «Fühlens veranlassen».

³¹⁸⁷ «bezeichnen ... so»] A₁ «bezeichnen, so»; A₂ «bezeichnen ... so».

³¹⁸⁸ Vgl. oben S. 298 f.

³¹⁸⁹ «Sinne ... ins»] A₁ «Sinne ins»; A₂ «Sinne ... ins».

Pflichtsubjekt zu sein. Allein, es wäre ein Irrtum zu glauben, daß nur der Mensch diese Fähigkeit habe! Gerade der hier nicht akzeptierten teleologischen Betrachtung kann die bereits in anderem Zusammenhange bemerkte Tatsache nicht entgehen, daß Strafe auch an Tieren vollzogen wird und mit demselben Zweck und dem gleichen Erfolg wie an Menschen¹⁾ 3191. Wer die Methoden der Tierdressur kennt, weiß, daß Besserung und Abschreckung auch hier das Ziel der Züchtigung ist. Die äußere Möglichkeit wäre somit durchaus gegeben, daß eine Rechtsordnung als Straf- und Pflichtsubjekt Tiere anerkennt, und tatsächlich haben Strafgesetze primitiver Völker – wie zum Beispiel die älteren deutschen – Tierstrafen statuiert. Eine solche Bestimmung mag sehr thöricht und unzweckmäßig sein – unmöglich ist sie für eine Rechtsordnung nicht! Nicht einmal die tatsächliche Empfänglichkeit für Strafe und Exekution kann eine Grenze für den Begriff des Pflichtsubjektes bilden. In welcher Richtung immer die Rechtsordnung – wenn auch auf noch so unvernünftige Weise – die Unrechtsfolge lenkt, dort wo die rechtliche Zurechnung Halt macht, dort ist das Pflichtsubjekt zu suchen – und wäre es selbst ein lebloser Gegenstand.

Die vollkommene Souveränität der Rechtsordnung in der Anerkennung von Pflichtsubjekten und die Unabhängigkeit des Begriffes der Persönlichkeit von dem des Menschen zeigt sich nicht nur darin, daß viele Rechtsordnungen durchaus nicht alle Menschen als Personen anerkennen – die rechtliche Sach-Natur der Sklaven – sondern insbesondere auch darin, daß es auch abgesehen vom Staate Rechtssubjekte gibt, die durchaus nicht Menschen sind, die sogenannten juristischen Personen²⁾ 3193. Obgleich nun die Tatsache der juristischen Personen allgemein anerkannt ist, so wird doch ihr Wesen meist insoferne verkannt, als man – in der irrigen Anschauung befangen, Rechtspersönlichkeit³⁾ 3194 sei nur eine Qualität des Menschen – auch die juristischen Personen irgendwie mit Menschen in Verbindung bringen zu müssen meint. Die Rechtspersönlichkeit einer Korporation |
520 | oder Anstalt hat aber mit den Menschen dieser Korporation oder Anstalt gar nichts zu tun. Person ist immer ein juristischer Konstruktionspunkt – eine ideelle, nie eine⁴⁾ 3195 materielle Tatsache! Die inneren Schwierigkeiten, zu denen die übliche Anschauung führt, zeigen sich deutlich in der früher zitierten Definition *Bernatziks*,⁵⁾ 3196 die als typisch gelten kann. Nachdem er die Wesensgleichheit zwischen

| 519 | ¹⁾ Vgl. oben S. 12. 3190

²⁾ Vgl. oben S. 145. 3192

3190 Vgl. oben S. 91.

3191 Anmerkung in F* eingefügt.

3192 Vgl. oben S. 251f.

3193 Anmerkung in F* eingefügt.

3194 «Rechtspersönlichkeit»] A₁ «Persönlichkeit»; A₂ «Rechtspersönlichkeit».

3195 «Konstruktionspunkt – eine ideelle, nie eine»] A₁ «Konstruktionspunkt, – nie eine»; A₂

«Konstruktionspunkt, – eine ideelle nie eine».

3196 Vgl. oben S. 663 bei Anm. 3166.

der physischen Person des Menschen und der sogenannten juristischen Person nachdrücklich betont hat, erklärt er, Person sei „derjenige Mensch oder menschliche Verband, der etc.“³¹⁹⁷ Das „Mensch-Sein“ ist für *Bernatzik* eine wesentliche Voraussetzung der Persönlichkeit. Allein, ein „menschlicher Verband“ und ein „Mensch“ sind etwas sehr Verschiedenes! Ein Verband ist nur der Ausdruck für eine Relation; und wenn nach *Bernatzik* sowohl³¹⁹⁸ ein Verhältnis als auch ein Mensch Rechtssubjekt sein kann, dann muss man vergeblich nach der behaupteten Wesensgleichheit aller Rechtssubjekte fragen. Der Fehler besteht darin, daß der Begriff Mensch überhaupt in die Definition der Person aufgenommen wird. Es ist nicht nur gleichgültig, ob das Substrat der Person „ein Mensch ist, oder eine Mehrheit von solchen“¹⁾, sondern es ist überhaupt gleichgültig, was das „Substrat“³²⁰⁰ einer Person ist. Dieses materielle Element des Substrates ist für die formal-juristische Konstruktion irrelevant.

Erkennt man als Personen nur menschliche Individuen oder menschliche Verbände, dann³²⁰¹ ist eigentlich für die Existenz einer „juristischen“ Person kein Platz. Der Unterschied zwischen Sozietät und juristischer Person ist damit verwischt. Denn wenn die „Menschlichkeit“, wie bei *Bernatzik*, ein wesentliches Merkmal der Person ist, dann kann unter dem „menschlichen Verbände“ nicht wie oben eine Relation zwischen den Menschen, sondern müssen die Menschen selbst in ihrer Vielheit verstanden werden. Dann ist Subjekt nicht etwas von den einzelnen Menschen Verschiedenes, sondern sind Subjekte diese Menschen selbst, wobei man jeden einzelnen als Teil-Subjekt ansehen muß. Das ist aber der Charakter der Sozietät, während der Korporation gerade die Tatsache wesentlich ist, daß ein von den ihr Substrat bildenden Menschen verschiedenes Subjekt vorhanden ist. Wie übrigens eine Anstalt oder eine Stiftung – die doch gewiß juristische Persönlichkeit besitzen – als „menschlicher Verband“ zu konstruieren sind, mag³²⁰² dahingestellt sein. Das „Substrat“ einer Stiftung ist weder ein Mensch noch eine Mehrheit von Menschen. Und die Verwaltungsorgane derselben mit dem Rechtssubjekt zu verwechseln, wird doch niemandem ernstlich einfallen.

¹⁾ a. a. O. S. 192.³¹⁹⁹

³¹⁹⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 193.

³¹⁹⁸ «nur der Ausdruck ... sowohl»] A₁ «nur eine Relation; ein Verhältnis zwischen Menschen, und ein Mensch [bricht ab]»; A₂ «nur der Ausdruck für eine Relation; ein Verhältnis zwischen Menschen hat mit einem Menschen nicht das geringste gemein und wenn nach B. sowohl»; F* «nur der Ausdruck ... sowohl».

³¹⁹⁹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 192.

³²⁰⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 192.

³²⁰¹ «Erkennt ... dann»] A₁ «Die Bernatziksche Definition [bricht ab]»; A₂ «Erkennt man als Personen nur Menschen oder Verbände von Menschen, dann»; A₃ «Erkennt man als Personen nur einzelne Menschen oder Verbände von Menschen, dann»; A₄ «Erkennt ... dann».

³²⁰² «Wie übrigens ... mag»] A₁ «Wie eine Anstalt als „menschlicher Verband“ zu konstruieren ist, mag»; A₂ «Wie übrigens eine Anstalt oder eine Stiftung als „menschlicher Verband“ zu konstruieren ist, mag»; A₃ «Wie übrigens ... mag».

|521 Wenn | das staatliche Gericht gegen das Vermögen einer Stiftung oder Anstalt, die ihre zivilen Rechtspflichten nicht erfüllen, Exekution führt, dann ist absolut kein Mensch und keine Mehrheit von Menschen ausfindig zu machen, denen diese Unrechtsfolge gilt. Die Rechtsordnung kennt Pflichtsubjekte, die keine Menschen sind.

Nach Klarlegung des Pflichtsubjektbegriffes im allgemeinen kann an die Untersuchung der Pflichtsubjektivität der Staatsorgane im besondern und damit an die Frage der Rechtspersönlichkeit derselben geschritten werden. Was zunächst den gegenwärtigen Stand der Literatur in dieser Frage betrifft, so stehen sich vor allem die Vertreter der organischen und die der anorganischen Staatstheorie gegenüber. Nun ist der Gegensatz zwischen beiden Anschauungen wohl ein derartiger, daß ein Problem, von zwei so verschiedenen Standpunkten betrachtet, notwendig eine verschiedene Lösung erfahren muß. Allein, auch Publizisten, welche durchaus nicht die organische Staatstheorie akzeptieren, sind zu Resultaten gelangt, die zu denen der Anorganiker im Widerspruche stehen und eine gewisse Übereinstimmung mit den Ergebnissen der organischen Konstruktion aufweisen. Dabei muß schon hier hervorgehoben werden, daß sich die jeweilige Lösung, welche die organische und die anorganische Theorie resp. deren Vertreter dem in Rede stehenden Problem gegeben haben – wie sich später zeigen wird³²⁰³ – nicht ohne weiteres aus der Grundanschauung beider Auffassungen ergibt, vielmehr auf den ersten Blick beide Richtungen zu einer umgekehrten Stellungnahme führen müßten.

Der Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie äußert sich in Bezug auf die Rechtsstellung der Staatsorgane darin, daß die erstere die Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane behauptet, die letztere eine solche entschieden in Abrede stellt. Die Argumentation, welche gegen die Anerkennung einer Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane geltend gemacht wird, gipfelt in der Behauptung, daß eine einheitliche Persönlichkeit des Staates mit einer Vielheit von Persönlichkeiten seiner Organe nicht vereinbar sei. Die Konstruktion der Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane zerreiße den einheitlichen Staatsbegriff und löse ihn in so viele Einzelpersönlichkeiten auf, als es Staatsorgane gebe. Die Vielheit der Staatsorgane mit der Einheit der Staatsperson in Einklang zu bringen, scheint der anorganischen Staatstheorie tatsächlich nicht anders möglich zu sein als durch Negierung der Organpersönlichkeit. Daß eine solche Negation angesichts einer Reihe von rechtlichen Tatsachen unmöglich ist, wird später noch zu zeigen sein.³²⁰⁴ Die Berücksichtigung dieser Tatsachen hat auch die organische Staatstheorie veranlaßt, an der Persönlichkeit der Staatsorgane festzuhalten. Die mit einer derartigen Annahme | verbundene, für³²⁰⁵ die anorganische Theorie scheinbar unlösbare Schwierigkeit, die Vielheit der Organe mit der Einheit des Staates zu

³²⁰³ Vgl. unten S. 671–674.

³²⁰⁴ Vgl. unten S. 672–678.

³²⁰⁵ «Die mit ... für»] A₁ «Die für»; A₂ «Die mit einer derartigen Annahme verbundene für».

verbinden, glaubt die organische Theorie mit dem ihrer Konstruktion spezifischen Mittel beheben zu können, indem sie einfach eine eigenartige, nicht näher zu qualifizierende „organische“ Verbindung zwischen Staat und Organen behauptet.

Es ist hier nicht am Platze, die Beweisführungen beider Theorien im einzelnen nachzuprüfen; dies ist übrigens in der Literatur so eingehend geschehen, daß kaum etwas Neues zu sagen übrig bleibt. Hier soll zunächst gezeigt werden, daß die Persönlichkeit der Staatsorgane – deren Leugnung als unmöglich abgewiesen werden muß – mit der Einheit der Staatsperson auch ohne Zuhilfenahme der unjuristischen Vorstellung eines spezifisch „organischen“ Zusammenhanges möglich ist. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der richtig erkannten Lehre vom Rechtssatze.

Der Zusammenhang zwischen der Lehre vom Rechtssatze und dem Probleme der Rechtsstellung der Staatsorgane wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Rechtspflichten, aber auch subjektive Rechte, wie aller Subjekte, so auch der Staatsorgane nur auf Rechtssätzen beruhen können. Gibt es also Rechtspflichten und subjektive Rechte von Staatsorganen, dann müssen sich in der Rechtsordnung entsprechende Rechtssätze nachweisen lassen; und die Grundfrage, auf die das Problem der Organpersönlichkeit zurückzuführen ist, geht dahin, ob die Normen, durch welche die Stellung der Staatsorgane, ihre Pflichten und subjektiven Rechte – wenn sie solche haben – festgesetzt werden, Rechtssätze sind oder nicht.

Bei Beantwortung dieser Frage mußte die staatsrechtliche Literatur ebenso zwiespältig sein, wie im Verhältnis zum Problem der Organpersönlichkeit, dessen jeweilige Lösung mit Notwendigkeit aus der Stellung hervorgeht, die man zur ersten Frage einnimmt. Denn, beruht die Stellung der Organe auf Rechtssätzen, dann gibt es Rechtspflichten und möglicherweise auch subjektive Rechte der Staatsorgane; dann sind Staatsorgane Personen. Leugnet man aber die Persönlichkeit der Organe und damit die Existenz³²⁰⁶ von Rechtspflichten und subjektiven Rechten derselben, können die fraglichen Bestimmungen nicht als Rechtssätze gelten.

So finden wir, daß die Vertreter der anorganischen Staatstheorie, wie z. B. *Jellinek*, den³²⁰⁷ organisatorischen Bestimmungen den Charakter von Rechtssätzen absprechen, während die Verfechter der organischen Staatstheorie, *Gierke*, *Preuss*, aber auch andere, nicht auf dem Boden dieser Lehre stehende Theoretiker, wie z. B. *Haenel*, in diesen Normen Rechtssätze erblicken^{1) 3209}.

[¹⁾ Literaturnachweise bei *Anschütz*, Kritische Studien etc., S. 72 ff.³²⁰⁸

³²⁰⁶ «die Persönlichkeit der Organe und damit die Existenz»] A₁ «die Existenz»; A₂ «die Persönlichkeit der Organe und damit die Existenz».

³²⁰⁷ «Staatstheorie, wie z. B. *Jellinek*, den»] A₁ «Staatstheorie den»; A₂ «Staatstheorie, wie z. B. *Jellinek*, den».

³²⁰⁸ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 72–82.

³²⁰⁹ Anmerkung in F* eingefügt

| 523 | Die Tatsache, daß diejenigen, welche ein staatliches Amt versehen, wenigstens regelmäßig Subjekte von Pflichten – Amts- oder Dienstplichten – sind, ist unzweifelhaft. Das können auch die Leugner der Organpersönlichkeit nicht in Abrede stellen; allein, der Konsequenz, die Organe als Pflichtsubjekte und somit als Personen aufzufassen, weichen sie dadurch aus, daß sie³²¹⁰ eine Unterscheidung zwischen dem Organe als Institution und dem physischen Organträger vornehmen. Insbesondere *Jellinek*¹⁾ ist es, der mit der scharfen Trennung dieser beiden Begriffe operiert und dadurch die Lösung des Widerspruches zu geben glaubt, daß Organe Subjekte von Pflichten oder auch Rechten, nicht aber Personen seien. Das Staatsorgan als solches, sagen die Anhänger dieser Theorie, habe keine Pflichten oder Rechte, das Organ als abstrakte Institution habe einen *Kompetenzkreis*, sei daher keine Person im Rechtssinne. Pflichten und unter Umständen subjektive Rechte habe nur der physische Organträger, der sehr wohl zum Staate in einem Rechtsverhältnisse stehen könne, daher als Subjekt von Pflichten und Rechten Person im Rechtssinne sei. Was die organisatorischen Bestimmungen anlange, auf denen die Stellung des Organes beruhe, so seien dies Ausflüsse der freien Verwaltungsbefugnis des Staates. Sie seien wohl Normen, d. h. Befehle, Anordnungen, nicht aber Rechtssätze, da ihr *Zweck* nicht der der Rechtssetzung sei; sie statuieren keine *Rechts-*, sondern nur *Amtspflichten* der Organträger.

In dieser Unterscheidung zwischen Organ als Institution und den Organträger kann jedoch eine Lösung des Problems nicht erblickt werden. Niemals ist von irgend jemandem behauptet worden, daß eine abstrakte Institution, etwa die Einrichtung der Bezirksrichter u. ä. Persönlichkeit sei und als solche Pflichten und Rechte habe. Auch die Organtheoretiker haben dies niemals behauptet.³²¹² Es bestünde nicht der geringste Gegensatz zwischen beiden Richtungen, wenn die Anorganiker nur die Persönlichkeit der abstrakten Institutionen in Abrede stellten. Was strittig ist, das ist die Frage, ob die Organträger als Personen zu gelten haben, ob ihre Pflichten Rechtspflichten sind. Die *Jellineksche* Unterscheidung könnte nur dann irgendeine Bedeutung haben, wenn der Begriff des Staatsorganes, wie er allgemein gebraucht wird und staatsrechtlich überhaupt in Betracht kommt, tatsächlich nicht den Organträger, sondern das Organ als abstrakte Institution bedeutete! Gerade das Gegenteil ist aber der Fall und *Jellinek* selbst, wie auch alle Anorganiker, gebrauchen das Wort Organ in allen wesentlichen Konstruktionen im Sinne der Organträger und nicht einer abstrakten Institution. | Wenn die Vertreter der anorganischen Staatstheorie behaupten, daß der einheitliche Wille, des-

| 523 | ¹⁾ Allgem. Staatslehre, 2. Aufl., S. 546 ff.³²¹¹

³²¹⁰ «aus, daß sie»] A₁ «aus, daß sie diese Pflichten nicht als *Rechtspflichten* gelten lassen – eine Konstruktion von der noch später zu sprechen sein wird; einen [sic] anderes Mittel zur Behauptung ihres Standpunktes glauben sie darin zu finden, daß sie»; A₂ «aus, daß sie».

³²¹¹ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 546–551.

³²¹² «behauptet.»] A «behauptet. ^Fvgl. Preuss^F»; F* «behauptet.».

sen jeder Verband bedarf, kein anderer als der *menschlicher Individuen* sein kann, und daß *als Verbandsorgan*, das ist als Willenswerkzeug des Verbandes *jenes Individuum* zu betrachten sei, dessen Wille als Verbandswille gilt, soweit die Beziehung auf den Verband reicht – und das ist die *Organdefinition Jellineks*¹⁾ selbst – dann zeigt sich deutlich, daß auch die anorganische Staatstheorie unter „Staatsorgan“ nicht die abstrakte Institution, sondern den *physischen* Organträger verstehen muß. Wenn man von der Wahl oder Ernennung der Organe spricht, so kann man dabei nur den Organträger im Auge haben, denn Institutionen werden nicht ernannt oder gewählt.

Wenn die juristische Person des Staates nur durch Organe handeln – und nach üblicher Anschauung auch „wollen“ – kann, dann sind es wieder nur die Organträger, die unter dem Terminus „Organ“ verstanden werden müssen. Alles, was staatsrechtlich Relevantes von „Organen“ ausgesagt wird – auch seitens der Vertreter der anorganischen Staatstheorie – kann sich nur auf die Organträger, nicht auf die abstrakten Institutionen der Organschaft beziehen. Nicht die Ministerschaft, das Königtum, die Präsidentschaft etc. sind Staatsorgane, sondern Minister, Könige, Präsidenten etc. Denn die juristische Person des Staates, die einen selbständigen „Willen“ hat, braucht nur darum und nur insoferne „Organe“, als sie Menschen braucht, die handeln und deren Handeln als das der juristischen Person gilt. Weil der staatsrechtlich relevante Begriff des Staatsorganes vollkommen identisch ist mit dem des Organträgers, ist die ganze *Jellineksche* Unterscheidung bedeutungslos.

Damit bleibt aber das Problem, das in der Unvereinbarkeit der einheitlichen Staatspersönlichkeit mit der Persönlichkeit der einzelnen Staatsorgane gelegen scheint, vom Standpunkte der anorganischen Staatstheorie ungelöst. Denn die Persönlichkeit der Organträger wird nicht geleugnet, wenn auch eine Organpersönlichkeit (d. i. Persönlichkeit der Staatsorgane) nicht anerkannt wird. Der Begriff des Staatsorganes fällt aber – wie gezeigt – mit dem des Organträgers zusammen und die einheitliche Staatsperson ist mit der Persönlichkeit ihrer Organträger ebenso unvereinbar, wie sie es mit der Persönlichkeit ihrer Organinstitutionen wäre – wenn letzteres überhaupt einen Sinn hätte. Es liegt entweder gar kein Problem und keine Differenz zwischen der organischen und der anorganischen | 525
Persönlichkeitstheorie vor oder Problem und Differenz liegen in dem Nebeneinander von einheitlicher Staatspersönlichkeit und Persönlichkeit der Organträger. Während die organische Theorie dieses Problem durch die ihr spezifische „organische“ Konstruktion zu lösen versucht, bleibt die anorganische Theorie darauf die Antwort schuldig. Und muß sie schuldig bleiben! Denn ihre Vertreter – vor allem *Jellinek* – basieren die Rechtspersönlichkeit auf dem *Willen*. Da sie aber alle unter

¹⁾ a. a. O. S. 526.³²¹³

³²¹³ *Jellinek*, Staatslehre² (Anm. 2467), S. 526 – dazu ergänzend oben S. 594 bei Anm. 2807.

„Willen“ die so bezeichnete psychische Tatsache verstehen, können sie – wie ja die früher erwähnte Organdefinition zeigt³²¹⁴ – den Staatswillen nur in dem Willen menschlicher³²¹⁵ Individuen erkennen. Da sie den Staat auch durch seine Organe „wollen“ lassen müssen, dürften sie konsequenterweise überhaupt nur diese physischen Organträger als Personen erfassen, denn nur diese weisen ja das erforderliche Substrat³²¹⁶ einer Persönlichkeit – den psychischen Willen³²¹⁷ – auf. Eine Staatsperson außerhalb der menschlichen Organpersonen kann es nach dieser Auffassung nicht geben. Nur³²¹⁸ durch gewaltsame Fiktionen ist dann das gewünschte Resultat zu erzielen, das die genaue Umkehrung dessen bedeutet, was aus den angenommenen Voraussetzungen folgen müßte. Der psychologische Wille als Basis der Persönlichkeit führt zur Anerkennung einer Vielheit von menschlichen³²¹⁹ Organpersönlichkeiten und der Negation einer selbständigen Staatspersönlichkeit; die anorganische Theorie aber konstruiert gerade auf dieser Willens- und Persönlichkeitstheorie eine selbständige Staatspersönlichkeit und negiert die Persönlichkeit der Staatsorgane!

Die richtige Erkenntnis von der Natur des Staatswillens und von der Struktur des Rechtssatzes – dieser Zurechnungsregel in der Form eines hypothetischen Urteils über einen Staatswillen – führt zur Lösung des Problems.

Man vergegenwärtige sich kurz als notwendige Voraussetzung die Grundlinien dieser Konstruktion:

Als Rechtssatz im weiteren Sinne wurde jeder in der Rechtsordnung ausgesprochene, an bestimmte Bedingungen geknüpfte Wille des Staates zu einem eigenen Handeln erkannt. Er ist gleichbedeutend mit einer Rechtspflicht des Staates zu diesem Handeln. Ist der Wille des Staates auf die Unrechtsfolgen, Strafe oder Exekution gerichtet, liegt ein Rechtssatz im engeren Sinne vor; dieser statuiert nicht nur eine Rechtspflicht des Staates, zu strafen oder zu exequieren, sondern auch eine Rechtspflicht der übrigen Subjekte, jenes Verhalten zu unterlassen, an das die Unrechtsfolge geknüpft ist. Mit Rücksicht auf die Tatsache, daß der Wille des Staates die Rechtsordnung zum Inhalte hat, unterscheidet sich die verpflichtende | Funktion des Rechtssatzes der Staatsperson gegenüber von jener den übrigen Subjekten gegenüber. Denn die letzteren kommen für die Rechtsordnung nur als „mögliche Rechtsverletzer“ in Betracht. Der Rechtssatz bedeutet vom formal-juristischen – nicht vom sozial-ethischen – Standpunkte aus im Verhältnis zu diesen Subjekten eine Reaktion gegen das Unrecht. Dem Staate gegenüber kann der verpflichtende Rechtssatz niemals diese Bedeutung haben, denn der Staat kann

³²¹⁴ Vgl. oben S. 594 bei Anm. 2807.

³²¹⁵ «in dem Willen menschlicher»] A₁ «in menschlichen»; A₂ «in dem Willen menschlicher».

³²¹⁶ «das erforderliche Substrat»] A₁ «das Substrat»; A₂ «das erforderliche Substrat».

³²¹⁷ «den psychischen Willen»] A₁ «den Willen»; A₂ «den psychischen Willen».

³²¹⁸ «geben. Nur»] A₁ «geben. Das gibt ja auch Jellinek zu, wenn er sagt: daß denkt man sich die Organe weg, bleibt nicht etwa noch der Staat zurück. Nur»; A₂ «geben. Nur».

³²¹⁹ «Anerkennung ... menschlichen»] A₁ «Anerkennung menschlicher»; A₂ «Anerkennung ... menschlichen».

niemals unrecht handeln. Es ist unmöglich anzunehmen, daß der Staat, dessen Willen das Recht ist, in irgendeinem Falle gegen das Recht, das wäre gegen seinen eigenen Willen handelte. Das bedeutete die Aufhebung eines einheitlichen Staatswillens und damit die Zerstörung der einheitlichen Staatspersönlichkeit. Die Staatsorgane, durch die allein die juristische Person des Staates handelt, repräsentieren den Staat nur insofern, als sie dessen Willen realisieren. Im Staatsorgane, das gegen den Staatswillen handelt, handelt nicht der Staat; nicht dem Staate kann zugerechnet werden, wofür es in der Rechtsordnung keine Zurechnungsregel – d. h. keinen Rechtssatz gibt. Hat man erkannt, daß im Rechtsstaate³²²⁰ die Verwaltung im weiteren Sinne oder die Exekutive Inhalt von Rechtssätzen sein muß,³²²¹ daß der Rechtssatz i. w. S. die erforderliche gesetzliche Basis für die Tätigkeit des Rechtsstaates³²²² bildet und deshalb auch Verwaltungssatz genannt werden kann, dann darf man nicht daran zweifeln, daß der Wille des Staates in der Rechtsordnung und der Wille des Staates in der Verwaltung – das ist des handelnden Staates – niemals inhaltlich verschieden oder gar einander entgegengesetzt sein können. Darum kann das rechtswidrige Verhalten des Staatsorganes nicht als Handlung des Staates gelten, darum kann nicht dem Staate zugerechnet werden, daß im konkreten Falle des Staates Rechtspflicht³²²³ nicht erfüllt wird. Ist das Staatsorgan rechtlich verpflichtet, den Willen des Staates in einem bestimmten Umfange zu realisieren, dann bedeutet die fallweise Nichtrealisierung einen Unrechtstatbestand, der zweifellos dem Staatsorgane zuzurechnen ist, während bei der Realisierung des Staatswillens die Zurechnung zur Staatsperson geht.

Die Stellung der Staatsorgane, deren der in der Rechtsordnung ausgesprochene Wille des Staates, zu strafen, zu exequieren, Arme zu unterstützen, Straßen zu bauen usw. zu seiner Realisierung bedarf, kann nun eine doppelte sein: Entweder sind die Staatsorgane pflichtmäßig verbunden, den in der Rechtsordnung ausgesprochenen Willen zu³²²⁴ realisieren, oder – und das ist der Ausnahmefall – es bedarf einer pflichtmäßigen Normierung ihrer Funktion darum nicht, weil ihr subjektives Interesse an der Ausführung des staatlichen Willens ein | so großes ist, daß eine Nachteilsdrohung für den Fall der Nichtvornahme überflüssig scheint; es wird ein *Recht* des Organes auf Organstellung in der Rechtsordnung statuiert³²²⁵. Solcher Natur ist die Stellung des Monarchen als Chef der Exekutive. Die nähere Struktur dieser Konstruktion wird später zu untersuchen sein.³²²⁶ Hier kommt zunächst nur rechtspflichtmäßige³²²⁷ Tätigkeit des Staatsorganes, die als die regelmäßige bezeichnet werden muß, in Betracht.

|527

³²²⁰ «im Rechtsstaate»] A «im konstitutionellen Staate»; F* «im Rechtsstaate».

³²²¹ Vgl. oben S. 660.

³²²² «des Rechtsstaates»] A «des konstitutionellen Staates»; F* «des Rechtsstaates».

³²²³ «des Staates Rechtspflicht»] A₁ «der Staat seine Pflicht»; A₂ «des Staates Rechts-Pflicht».

³²²⁴ «Willen zu»] A «Willen des Staates zu»; F* «Willen zu».

³²²⁵ «scheint ... statuiert»] A «scheint; die Organtätigkeit wird als *Recht* des Organes in der Rechtsordnung statuiert»; F* «scheint ... statuiert».

³²²⁶ Vgl. unten S. 852–860.

³²²⁷ «rechtspflichtmäßige»] A₁ «pflichtmäßige»; A₂ «rechtspflichtmäßige».

Ist das Staatsorgan zur Ausübung seiner spezifischen Tätigkeit rechtlich verpflichtet, dann muß man *scharf zwischen dem Rechtssatze unterscheiden, der den Willen und somit die Rechtspflicht des Staates zu einer bestimmten Tätigkeit statuiert, und jenem, auf Grund dessen das menschliche Organ³²²⁸ diesen Staatswillen zu realisieren hat*. Aus dem Rechtssatze, daß der Staat den Dieb bestrafen will, folgt zunächst noch keineswegs die Pflicht irgendeines Organes, diese Strafe in einem konkreten Falle zu vollziehen. Aus diesem Rechtssatze geht nur die Rechtspflicht der Staatsperson, zu strafen, und die Rechtspflicht der Untertanen auf Unterlassung des Diebstahles, d. i. auf die sogenannte „Befolgung“ der Rechtsnorm hervor. Zur „Vollziehung“ oder „Realisierung“ dieses Rechtssatzes durch das Staatsorgan bedarf³²²⁹ es vielmehr noch eines besonderen hiezu verpflichtenden Satzes. *Dieser ist für die pflichtmäßige Organstellung in der die spezifischen Disziplinarunrechtsfolgen statuierenden Norm zu erblicken*.

Die Pflicht der Staatsorgane, den in einem Rechtssatze ausgedrückten Willen des Staates auszuführen, beruht nicht auf eben diesem Rechtssatze, sondern auf einem besonderen, diese Pflicht statuierenden Satze, der sich als³²³⁰ Rechtssatz im engeren Sinne qualifiziert; denn er beinhaltet einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Strafe, und knüpft diesen Willen an die Nichtrealisierung des in einem anderen Rechtssatze enthaltenen Willens des Staates seitens des Staatsorganes. Jeder Satz der Rechtsordnung oder auch – wie später zu zeigen ist³²³¹ – jeder Akt der Verwaltung³²³², der eine bestimmte Tätigkeit in den Pflichtkreis eines Organes stellt, schafft juristisch eine Voraussetzung für den Eintritt der – regelmäßig in einer Generalklausel¹⁾ statuierten – Disziplinarstrafe.

Der Disziplinarrechtssatz ist es, der in seiner Subjektivierung die Rechtspflicht des Staatsorganes bedeutet.

|528 |Die Unterscheidung des Disziplinarrechtssatzes von jenem, dessen Realisierung durch den Disziplinarrechtssatz als Pflicht³²³⁵ des Staatsorganes statuiert wird, führt zur Lösung des Problems der Organpersönlichkeit.

|527 |¹⁾ So wie die Unrechtsfolge der Exekution bei den zivilrechtlichen statuierten Sätzen des bürgerlichen Gesetzbuches aus gesetztechnischen Gründen für alle Rechtssätze gemeinsam in einer Generalklausel, nämlich in der Exekutionsordnung gegeben ist.³²³³ Vgl. oben S. 240.³²³⁴

³²²⁸ «das menschliche Organ»] A₁ «das Organ»; A₂ «das menschliche Organ».

³²²⁹ «Rechtssatzes durch das Staatsorgan bedarf»] A₁ «Rechtssatzes bedarf»; A₂ «Rechtssatzes durch das Staatsorgan bedarf».

³²³⁰ «sich als»] A₁ «sich mit Rücksicht auf den Inhalt des in ihm ausgedrückten Willen des Staates: zu einer Unrechtsfolge, Strafe – als»; A₂ «sich als».

³²³¹ Vgl. unten S. 714f.

³²³² «jeder Akt der Verwaltung»] A «der Verwaltung»; F* «jeder Akt der Verwaltung».

³²³³ «Generalklausel ... gegeben ist.»] A «Generalklausel statuiert ist.»; F* «Generalklausel ... gegeben ist.».

³²³⁴ Vgl. oben S. 356f.

³²³⁵ «Realisierung ... Pflicht»] A₁ «Realisierung durch den ersteren als Pflicht»; A₂ «Realisierung im ersteren als Pflicht»; F* «Realisierung ... Pflicht».

Jenem Rechtssatze gegenüber, den das Staatsorgan zu realisieren hat, z. B. Richter und Strafvollzugsbeamte im Verhältnis zum Strafrechtssatze (durch welchen Diebstahl, Mord usw. mit Strafe bedroht, also eine Pflicht des Staates zur Strafe, eine Pflicht der Untertanen zur Unterlassung des Deliktes statuiert wird) – diesem Rechtssatze gegenüber kann das Staatsorgan niemals als Persönlichkeit, d. h. als Pflichtsubjekt in Betracht kommen. In Bezug auf diesen Rechtssatz kann zwischen Staat und Organ überhaupt keine Relation, sondern³²³⁶ muß eine Identität angenommen werden. Denn in dem den Staatswillen *realisierenden* Organe³²³⁷ handelt der Staat selbst. Die so qualifizierte Handlung des Organes ist Handlung des Staates. Den Rechtssatz, welcher den Staat zu einem Verhalten verpflichtet, *befolgt* der Staat und – handelt es sich um einen Rechtssatz im engeren Sinne – eventuell auch der Untertan. Das Staatsorgan führt ihn aus und steht in dem spezifischen Subjektsverhältnis nur³²³⁸ zu dem Rechtssatze, der seine Dienstpflicht statuiert, dem Disziplinarrechtssatze.

Zwischen dem vom Staatsorgane zu realisierenden Rechtssatze und dem Staatsorgane liegt³²³⁹ kein derartiges Subjektsverhältnis vor. Das Staatsorgan kann ihm gegenüber nicht als Person, das ist als Endpunkt der Zurechnung in Betracht kommen, weil gerade dieser Rechtssatz jene Regel enthält, auf Grund welcher die den Staatswillen realisierenden Handlungen nicht dem physisch Handelnden selbst, sondern der Staatsperson zugerechnet werden müssen. Diese Zurechnung der Organhandlungen geht gleichsam durch die physisch Handelnden und ihren psychischen Willen hindurch auf einen hinter ihnen gedachten Punkt; und dieser gemeinsame Zurechnungspunkt aller Organhandlungen ist der Wille oder die Persönlichkeit des Staates. Eine solche Staatspersönlichkeit ist mit der Persönlichkeit der Organe in Bezug auf den durch das betreffende Staatsorgan zu realisierenden Rechtssatz logisch unvereinbar. Denn im Verhältnis zu einem Rechtssatze Persönlichkeit sein – und nur im Verhältnis zu einem Rechtssatze kann man Person sein – heißt Endpunkt der Zurechnung sein. Der oben charakterisierte Zurechnungsprozeß bedeutet aber geradezu die Eliminierung, die für die juristische Konstruktion erfolgte Ausschaltung des physisch handelnden, den Staatswillen realisierenden Organes. Weil das Organ in dieser Relation nicht als Endpunkt, sondern als Durchgangspunkt der rechtlichen | Zurechnung fungiert, hat es rechtlich keinen „Willen“; darum ist es unrichtig, den Staat auch durch seine Organe „wollen“ zu lassen. Läßt man den Staat einen „Willen“ haben, kann er durch seine Organe nur mehr „handeln“, denn „wollen“ heißt Endpunkt der Zurechnung sein. Und indem der Staat – immer nur im Verhältnis zu dem durch das Staatsorgan zu

| 529

³²³⁶ «Relation, sondern»] A₁ «Relation, sondern»; A₂ «Relation also auch kein Rechtsverhältnis sondern»; F* «Relation, sondern».

³²³⁷ «Organe»] A₁ «Rechtssatze»; A₂ «Organe».

³²³⁸ «Subjektsverhältnis nur»] A «Subjektsverhältnis der Befolgung nur»; F* «Subjektsverhältnis nur».

³²³⁹ «Rechtssatze ... liegt»] A₁ «Rechtssatze liegt»; A₂ «Rechtssatze ... liegt».

realisierenden Rechtssatze – allein als Willenssubjekt in Betracht kommt, kann er auch nur allein als Persönlichkeit gelten. Und in diesem Sinne, d. h. nur in der Relation zu dem von ihm zu realisierenden Rechtssatze, ist das Staatsorgan juristisch keine Person.

Dies ist jedoch keineswegs unvereinbar mit der Tatsache, daß das Staatsorgan als Subjekt seiner Organpflichten, wie jedes Pflichtsubjekt, Rechtspersönlichkeit besitze; denn als Subjekt seiner Organpflicht kommt es nicht jenem Rechtssatze gegenüber in Betracht, der die Staatspflicht statuiert³²⁴⁰, die es zu realisieren hat, jenem Rechtssatze, für den nur der Staat, nicht das Organ als Person in Erscheinung tritt, sondern als Pflichtsubjekt und somit als Person steht das Staatsorgan dem Disziplinarrechtssatze gegenüber; dieser Rechtssatz ist es, der das Staatsorgan verpflichtet, einen Willen des Staates – das ist also eine Rechtspflicht des Staates (oder objektiv: einen Rechtssatz) – innerhalb eines bestimmten Ressorts oder Dienstkreises zu verwirklichen. Diesem Rechtssatze gegenüber, auf dem die konkrete Dienstpflicht eines bestimmten Organes beruht, erscheint das Organ als verpflichtetes Subjekt, als Person. Dieser Rechtssatz allein läßt sich im Verhältnis zum Organ subjektivieren, denn nur dieser Rechtssatz läßt sich auf das Organ anwenden. Ihn kann das Organ „befolgen“ und ihn allein „verletzen“. Im Verhältnis zu diesem Rechtssatze kommt das Organ ebenso als möglicher Rechtsverletzer in Betracht wie alle Untertanen gegenüber den Rechtssätzen, durch die sie rechtlich verpflichtet werden, und doch ist es auch in dieser Hinsicht „Organ“ und seine bezüglichen Rechtspflichten spezifische Organpflichten. Verletzt das Organ diesen seine Dienstpflicht statuierenden Rechtssatz, so verwirkt es die Disziplinarunrechtsfolgen und in eben diesem Augenblicke kann sein Verhalten nicht mehr dem Staate, sondern muß ihm selbst, der Organperson, zugerechnet werden. Das dienstpflichtwidrig handelnde Organ ist nicht mehr Durchgangs-, sondern Endpunkt der rechtlichen Zurechnung: das Organ in dieser Relation Person.

Die scharfe Trennung in dem Verhältnis des Organes einerseits gegenüber dem von ihm zu realisierenden Rechtssatze und dem darin ausgesprochenen Staatswillen, resp. der darin statuierten Staatspflicht – andererseits gegenüber dem von dieser spezifischen Organ[tätigkeit verpflichtenden Disziplinarrechtssatze – diese prinzipielle Unterscheidung löst³²⁴¹ auch den Widerspruch, der darin gelegen scheint, daß die Staatsperson nicht unrecht oder pflichtwidrig handeln kann, dennoch aber Staatspflichten unerfüllt bleiben, ja, auch das Gegenteil von dem geschehen mag, was Wille und Pflicht des Staates ist. Denn die hier vollzogene

³²⁴⁰ «der die Staatspflicht statuiert»] A₁ «der jene Pflicht der Staatsperson statuiert»; A₂ «der die Staatspflicht statuiert».

³²⁴¹ «Person. [... löst »] A₁ «Person. [Auch darin zeigt sich die Bedeutung der hier vollzogenen Konstruktion, daß nur die scharfe Trennung in dem Verhältnis des Organes einerseits zu der von ihm zu realisierenden Rechtssatze und dem darin ausgesprochenen Staatswillen resp der darin statuierten Staatspflicht – andererseits zu dem diese spezifische Organtätigkeit verpflichtenden Disziplinarrechtssatze – daß diese prinzipielle Unterscheidung das Problem löst, das darin gelegen ist [bricht ab]; A₂ «Person. [... löst ».

Konstruktion ermöglicht es, einen solchen Unrechtstatbestand, dessen tatsächliches Vorkommen nicht³²⁴² in Abrede gestellt werden kann, als Rechtswidrigkeit des Staatsorganes aufzufassen, das in Verletzung seiner Organpflicht unterlassen hat, den Staatswillen zu realisieren, wie er ihm durch den Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in³²⁴³ seine Kompetenz gesetzt ist; so kann dieser Unrechtstatbestand als Verletzung eines das Staatsorgan verpflichtenden Rechtssatzes dem Staatsorgane zugerechnet und die innere Unhaltbarkeit eines staatlichen Unrechtes vermieden werden.

Die hier durchgeführte Konstruktion beruht auf der Auffassung, daß das Staatsorgan als Subjekt seiner Amts- oder Dienstpflicht, d. i. also im Verhältnis zu jenen Sätzen, die es zu seiner spezifischen Organtätigkeit verbinden, vom formaljuristischen Standpunkte aus die gleiche Stellung einnimmt, wie die Untertanen als Subjekte aller ihrer Rechtspflichten im Verhältnis zu den diese Rechtspflichten statuierenden Rechtssätzen; m. a. W. es werden die Organpflichten als Rechtspflichten der Staatsorgane anerkannt. Diese Konstruktion kann freilich nicht als *communis opinio* bezeichnet werden. Die herrschende Lehre unterscheidet³²⁴⁴ zwischen Rechtspflicht und Amtspflicht, welche letztere sie nicht als Rechtspflicht gelten läßt, und setzt das Staatsorgan, d. h. in ihrem Sinne den physischen Organträger als Subjekt seiner Organpflicht dem Untertan als Subjekt der Rechtspflichten nicht gleich¹⁾. Allein, eine solche Unterscheidung zwischen Rechtspflichten und rechtlich doch irgendwie relevanten Organpflichten muß entschieden abgelehnt werden. Es gibt für den Juristen nur eine Art von Pflichten, das sind Rechtspflichten, alle anderen, seien es religiöse, sittliche politische oder sonstige Pflichten sind für seine Betrachtung nicht vorhanden. Eine Pflicht ist entweder eine Rechtspflicht oder sie ist für die rechtliche Konstruktion überhaupt keine Pflicht. Die Annahme von Amtspflichten neben den allgemeinen Rechtspflichten bedeutet die Preisgabe des einheitlichen Pflichtbegriffes, der ein Zentralbegriff und das Grundpostulat aller juristischen Konstruktion ist. Die Unterscheidung zwischen Amtspflichten und Rechtspflichten ist tatsächlich unhaltbar und führt bei den Theoretikern, die sie vornehmen, zu offenbaren Widersprüchen. Dies wird aus dem folgenden ersichtlich sein.

| 531

Was die Organ- oder Amtspflicht von den übrigen Rechtspflichten unterscheiden könnte, wäre entweder die Person des Subjektes oder die Art ihrer Sanktion.

¹⁾ Vgl. z. B. *Anschütz* a. a. O. S. 78 und *Seligmann* a. a. O. S. 104.³²⁴⁵

| 530

³²⁴² «dessen tatsächliches Vorkommen nicht»] A «dessen Möglichkeit nicht»; F* «dessen tatsächliches Vorkommen nicht».

³²⁴³ «Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in»] A₁ «Disziplinarrechtssatz in»; A₂ «Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in».

³²⁴⁴ «Lehre unterscheidet»] A «Lehre der Laband-Jellinekschen Schule unterscheidet»; F* «Lehre unterscheidet».

³²⁴⁵ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 78; *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 104.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so hat man die Amts- oder Organpflichten darum nicht als Rechtspflichten anerkennen wollen, weil man die Organe nicht als Rechtssubjekte gelten lassen durfte. Leugnet man aber eine selbständige rechtliche Subjektivität³²⁴⁶ der Organe, dann stellen die Amtspflichten subjektlose Pflichten dar, was natürlich ein nonsens sein muß. Nun weichen die Vertreter dieser Konstruktion einem solchen Vorwurfe dadurch aus, daß sie erklären, Subjekt der Organpflichten sei der Staat. So sagt z. B. *Anschiütz* ausdrücklich, „daß man nicht von Rechten und Pflichten eines Staatsorganes, sondern nur des Staates selbst reden kann“⁽¹⁾. Freilich spricht derselbe Autor kurz vorher von³²⁴⁸ „der Dienstpflicht der Beamten“⁽²⁾. Dabei muß betont werden, daß gerade mit der Annahme des Staates als des Subjektes aller Organpflichten die Notwendigkeit, die letzteren als Rechtspflichten zu erkennen, unvermeidlich wird. Denn dann fällt natürlich das Moment, das den Rechtspflichtcharakter der Organpflichten auszuschließen scheint: die mangelnde Persönlichkeit ihres Subjektes, weg. Die Pflichten der Staatsperson als Rechtspflichten zu erkennen, ist schließlich der Sinn alles Staatsrechtes! Und auch *Anschiütz* steht durchaus auf dem Standpunkte der Möglichkeit rechtlicher Verpflichtung des Staates.

Die Konstruktion, welche Amtspflicht und Staatspflicht identifiziert, die Behauptung, es gebe keine Pflichten der Organe, resp. Organträger, man könne nur von Pflichten des Staates sprechen, führt, ganz durchgedacht, zu schwer haltbaren Konsequenzen. So ist es schlechterdings unmöglich, die Kompetenzabgrenzung der Staatsorgane untereinander auf Grund dieser Konstruktion theoretisch durchzuführen. Die durch Kompetenzbestimmungen näher determinierte Amtspflicht hat notwendig³²⁵⁰ einen doppelten Inhalt. Einerseits wird das Organ zu ganz bestimmter Funktion verbunden, andererseits wird es aber auch verpflichtet, *nur* diese Handlungen und³²⁵¹ keine anderen vorzunehmen: d. h., es ist zur Unterlassung von Handlungen verpflichtet, zu deren Vornahme ein anderes Organ kompetent ist. So ist z. B. nach der österreichischen Exekutionsordnung (vom 27. Mai 1896, RGB Nr. 79) § 18³²⁵² zur Exekution auf ein im Inlande gelegenes und in einem öffentlichen Buche eingetragenes, unbewegliches | Gut nur das³²⁵³ Bezirksgericht, d. h. der Bezirksrichter verpflichtet, bei welchem sich die Einlage über das

|532

|531

¹⁾ a. a. O. S. 73. ³²⁴⁷

²⁾ a. a. O. S. 71. ³²⁴⁹

³²⁴⁶ «selbständige rechtliche Subjektivität»] A₁ «selbständige Subjektivität»; A₂ «selbständige rechtliche Subjektivität».

³²⁴⁷ *Anschiütz*, Studien (Anm. 2506), S. 73.

³²⁴⁸ «vorher von»] A «vorher ebenso ausdrücklich von»; F* «vorher von».

³²⁴⁹ *Anschiütz*, Studien (Anm. 2506), S. 71.

³²⁵⁰ «notwendig»] A₁ «bekanntlich»; A₂ «notwendig».

³²⁵¹ «diese Handlungen und»] A₁ «diese und»; A₂ «diese Handlungen und».

³²⁵² § 18 Nr. 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896, über das Executions- und Sicherungsverfahren (Executionsordnung), RGBl 1896/79.

³²⁵³ «Gut nur das»] A₁ «Gut das»; A₂ «Gut nur das».

betreffende Gut befindet. Damit ist jeder Bezirksrichter verpflichtet, Exekutionen außerhalb seines Kompetenzsprengels, also im Gebiete eines anderen kompetenten Gerichtes zu unterlassen. Vollzieht das inkompetente Gericht eine Exekution, liegt zweifellos eine Pflichtverletzung vor und zwar eine Verletzung der Amtspflicht des inkompetenten Bezirksrichters. Identifiziert man Amtspflicht und Staatspflicht, dann muß man wohl oder übel zugeben, daß der Staat ebendasselbe zu unterlassen verpflichtet ist, was derselbe Staat zu tun verpflichtet ist! Wendet man ein, daß der Staat als Bezirksgericht A nicht der Staat als Bezirksgericht B sei, dann hat man die Einheit der Staatspersönlichkeit geopfert, derzuliebe man die Identifizierung von Amtspflicht und Staatspflicht vornehmen zu müssen glaubte. Die gegenseitige Abgrenzung der Willenssphären der einzelnen Organe untereinander, die Kompetenzabgrenzung, ist bei der Identifizierung von Staats- und Organpflicht unbegreiflich.

Eine überaus wichtige Erscheinung, die ohne die Annahme selbständiger Organpflichten, die nicht Staatspflichten sind, juristisch unkonstruierbar wäre, sind die *Freiheitsrechte*. Es wurde bereits in einem anderen Zusammenhange¹⁾ ³²⁵⁵ hervorgehoben, daß es Unterlassungspflichten des Staates nicht geben könne. Das hängt damit zusammen, daß der Staat nur dazu rechtlich verpflichtet ist und ihm daher nur dasjenige zugerechnet werden kann, was er ausdrücklich und positiv gewollt hat. Die Organe des Staates sind – im Rechtsstaate³²⁵⁶ – nur zur Vornahme jener Akte verpflichtet, die in der Rechtsordnung, d. h. in einem Rechtssatze ausdrücklich als vom Staate gewollt bezeichnet sind. Handeln sie mehr, repräsentieren sie nicht mehr den Staat. Beabsichtigen die Gesetzgeber, daß der Staat irgend etwas *nicht tue*, so brauchen sie einfach den Staat in der Rechtsordnung diese Handlung nicht wollen zu lassen, d. h. es genügt, daß in der Rechtsordnung ein Rechtssatz fehlt, in dem der Staat dasjenige tun will, was der Gesetzgeber nicht haben möchte. Da der Staat kein Unrecht begehen kann, darf bei einem solchen Zustand der Rechtsordnung kein Vorgehen eines Staatsorganes, das die betreffende verpönte Handlung setzt, dem Staate zugerechnet, als Staatsakt betrachtet werden. Und weil der Staat eine derartige Handlung nicht³²⁵⁷ begehen kann, wäre es töricht, ihn zur Unterlassung einer solchen ausdrücklich zu verpflichten. Allein, die menschlichen Organe können ein Unrecht begehen. Sie können tatsächlich Eingriffe vornehmen, zu denen sie mangels eines bezüglichen Rechtssatzes als Organe nicht befugt sind. Wenn auch ein solcher Tatbestand schon auf Grund des die Dienstpflicht statuierenden, durch die Kompetenzbestimmungen näher determinierten Disziplinar-

| 533

¹⁾ Vgl. oben S. 438 ff. ³²⁵⁴

| 532

³²⁵⁴ Vgl. oben S. 578–591.

³²⁵⁵ Anmerkung in F* eingefügt.

³²⁵⁶ «im Rechtsstaate»] A «nach konstitutionellem Prinzip»; F* «im Rechtsstaate».

³²⁵⁷ «eine derartige Handlung nicht»] A «ein solches Unrecht nicht»; F* «eine derartige Handlung nicht».

rechtssatzes eine strafbare Rechtswidrigkeit³²⁵⁸ bedeutet, so ist doch immerhin eine ausdrückliche Bestimmung, welche die Unterlassung gewisser derartiger³²⁵⁹ Eingriffe pflichtmäßig statuiert, außerdem noch möglich, wenn auch nicht notwendig. Sie hebt aus dem Komplexen dessen, was das Staatsorgan zu unterlassen bei Verwirkung der Disziplinarrechtsfolgen verpflichtet ist, einen bestimmten Tatbestand heraus und bildet so im Zusammenhange mit den die Disziplinarunrechtsfolgen statuierenden Vorschriften einen Rechtssatz, durch welchen die Unterlassungspflicht eines Staatsorganes normiert wird. Einen solchen Rechtssatz mag man als eine wiederholende Norm bezeichnen, weil er eine Pflicht aufstellt, die schon anderweitig geschaffen ist; man mag vielleicht auch darin nur eine Deklaration erblicken, daß eine bestimmte *Unterlassungspflicht eines Staatsorganes* besteht. In Bezug auf die *Staatsperson* aber kann den negativen Verfassungsbestimmungen über Freiheitsrechte überhaupt kein rechtlich relevanter Sinn abgewonnen werden. Nach dieser Richtung bedeuten sie nur die Konstatierung, daß der Staat zu irgendeinem Verhalten *nicht verpflichtet* ist, was natürlich sehr verschieden ist von der *Verpflichtung zu einer Unterlassung*.

Mehr als ein wiederholender Rechtssatz oder eine bloße Deklaration über schon bestehende Unterlassungspflichten der Staatsorgane ist in den fraglichen Verfassungsbestimmungen dann zu erblicken, wenn sie zugleich besondere, von den allgemeinen Disziplinarunrechtsfolgen verschiedene Sanktionen für das pflichtwidrige Verhalten der Staatsorgane aufstellen. Als Beispiel sei hier das österreichische Gesetz vom 6. April 1870, RGB. Nr. 42 zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses³²⁶⁰ erwähnt; durch dieses wird das im Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 142, Art. 10)³²⁶¹ gewährleistete Freiheitsrecht, das mit den Worten charakterisiert wird: „Das Briefgeheimnis darf nicht verletzt und die Beschlagnahme von Briefen nur in Kriegsfällen etc. vorgenommen werden“, näher ausgeführt.

Es enthält eine Reihe von Strafbestimmungen *gegen Staatsorgane*. § 1 sagt nach Festlegung des Verletzungstatbestandes: „Diese Übertretung ist, wenn sie von einem Beamten oder Diener oder einer anderen im öffentlichen Dienste bestellten Person in Ausübung des Amtes oder Dienstes verübt wurde, mit Arrest bis zu sechs Monaten, außerdem aber mit Geldstrafe bis zu fünfhundert | Gulden österreichischer Währung oder mit Arrest bis zu drei Monaten zu bestrafen“. Hier ist ein

|534

³²⁵⁸ «eine strafbare Rechtswidrigkeit»] A₁ «ein strafbares Unrecht»; A₂ «eine strafbare Rechtswidrigkeit».

³²⁵⁹ «Unterlassung gewisser derartiger»] A₁ «Unterlassung derartiger»; A₂ «Unterlassung bestimmter derartiger»; F* «Unterlassung gewisser derartiger».

³²⁶⁰ Gesetz vom 6. April 1870, zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses, RGBl 1870/42.

³²⁶¹ Art 10 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142: „Das Briefgeheimnis darf nicht verletzt und die Beschlagnahme von Briefen, außer dem Falle einer gesetzlichen Verhaftung oder Haussuchung, nur in Kriegsfällen oder auf Grund eines richterlichen Befehles in Gemäßheit bestehender Gesetze vorgenommen werden.“

selbständiger, die Staatsorgane zu einer bestimmten Unterlassung verpflichtender Strafrechtssatz gegeben. Deutlich tritt aus den zitierten Gesetzesstellen als Subjekt jener Unterlassungspflicht, durch die das Briefgeheimnis im Interesse der Untertanen geschützt wird, das Staatsorgan und nicht die Staatsperson hervor. Nur auf die „in Ausübung des Amtes oder Dienstes“ befindliche Organperson, nicht auf den Staat bezieht sich der – materiell eine Strafdrohung darstellende – Rechtssatz. So zeigt sich denn, daß die Unterscheidung von Staatsperson und Organperson, von Staats- und Organpflicht insofern von Bedeutung ist, als die Freiheitsrechte der Untertanen wohl als Unterlassungspflichten der Staatsorgane, nicht aber als irgendwelche Pflichten der Staatsperson einer juristischen Konstruktion zugänglich sind.

Die Differenz zwischen Organ- und Staatspflicht, die eine Identifizierung beider unmöglich macht, besteht nicht nur in der Richtung, daß das Organ zu *Unterlassungen* verpflichtet sein kann, die nicht als Inhalt einer Staatspflicht erkannt werden dürfen, das Organ ist als solches auch zu *Handlungen* rechtlich verpflichtet, für welche die Staatsperson als Pflichtsubjekt anzunehmen, keine Möglichkeit, zumindest keine Notwendigkeit gegeben ist. Wenn auch das Staatsorgan nur insofern den Staat repräsentiert, als es einen Willen des Staates zu eigenem Handeln realisiert, wenn auch eine Person nur dieser Realisierung des Staatswillens wegen Staatsorgan ist, so haben dennoch nicht *alle* Organpflichten nur die Realisierung eines Willens der Staatsperson zu einem eigenen Handeln zum Inhalt. Es gibt tatsächlich eine Reihe von Organpflichten, d. h. Pflichten, die speziell nur Staatsorgane haben, die zu einem Handeln verbinden, das dem Staate zuzurechnen, keinen vernünftigen Sinn hätte. Das Tragen³²⁶² einer Uniform im Dienste, die

³²⁶² «auch nicht notwendig. ... Das Tragen» (6823–68324)] A «auch nicht notwendig. Sie wird dann von Bedeutung sein, wenn sie gewisse Ausschreitungen der Organe unter besondere, die allgemeinen Disziplinarunrechtsfolgen verschärfende Sanktionen stellt. Jedenfalls wird aber durch derartige Unterlassungspflichten statuierende Rechtssätze nur das Organ nicht aber die Staatsperson negativ verpflichtet. Diese und keine andere Bedeutung haben diejenigen Bestimmungen der Verfassung, durch welche die sog. Freiheitsrechte der Untertanen statuiert werden. Durch dieselben werden gewisse Kompetenzüberschreitungen der Organe unter ausdrücklicher Hervorhebung verboten oder unter besondere Straffunktion gestellt. Nicht die Staatsperson wird verpflichtet das Briefgeheimnis zu wahren d. h. Briefe nicht zu eröffnen, denn die Staatsperson ist ohne eine ausdrückliche Verpflichtung zur Eröffnung fremder Briefe nicht kompetent hiezu und damit ist kein Staatsorgan zu einer derartigen Brieföffnung befugt, richtiger ist disziplinariter verpflichtet jede solche Verletzung des Briefgeheimnisses zu unterlassen. Nur die Reaktion gegen den absoluten Staat, der zu allem befugt war was das oberste Organ der Monarch resp dessen Diener mit dessen Zustimmung taten, und nur dort eine Schranke war, wo sie ausdrücklich durch Gesetz gezogen war, führte zur Statuierung der sog. Freiheitsrechte. Während aber die Exekution des absoluten Staates alles tun kann, was nicht in der Rechtsordnung ausdrücklich untersagt ist, kann die Exekution des konstituierenden Staates nur tun was in der Rechtsordnung ausdrücklich als Wille und Pflicht des Staates statuiert ist. Und somit zeigt sich daß die Konstruktion der Freiheitsrechte nur als Unterlassungspflichten der Staatsorgane, nicht des Staates möglich ist, und daß schon die Möglichkeit von solchen Unterlassungspflichten der Staatsorgane und der theoretischen Unmöglichkeit von den Pflichten gleicher Art hier der Staatsperson eine Identifizierung von Organ und Staatspflichten unmöglich macht. [Die Unmöglichkeit einer Identifizierung von Organ und Staatspflicht erweist sich auch durch die Tatsache, daß es eine Reihe von spezifischen

Einhaltung bestimmter Amtsstunden zum Beispiel, sind Dienstpflichten, als deren Subjekt wohl das Organ als solches, nicht aber die Staatsperson gelten kann. Ueberdies handelt es sich hier meist um Pflichten, die für die verschiedenen Organkategorien verschieden sind, so zwar, daß oft das eine Organ zu tun verpflichtet ist, was das andere zu unterlassen hat. Unterscheidet man da wiederum zwischen dem Staate in diesem und dem Staate in jenem Organe, dann ist es um die Einheit der Staatsperson geschehen. Der Ausweg aus allen diesen Widersprüchen führt notwendig zur prinzipiellen Scheidung von Rechtspflichten des Staates und Rechtspflichten der Staatsorgane und zu der damit verbundenen Anerkennung der letzteren als selbständige Rechtspersonen. Die Vereinbarkeit der einheitlichen Staatspersönlichkeit mit der Persönlichkeit ihrer | Organe auf Grund der Unterscheidung von Rechtssätzen, welche den Staat und Rechtssätzen, welche die Organe verpflichten, ist hier dargetan worden.

|535

Daß also ein Unterschied zwischen der Organpflicht und der Rechtspflicht der anderen Untertanen bezüglich der Person des Pflichtsubjekts nicht besteht, insofern eine Identifizierung des Organes mit der Staatsperson hinsichtlich der Organpflichten unmöglich ist, geht aus dem bisher Gesagten hervor. Was nun den zweiten Punkt betrifft, in dem eine Differenz zwischen Organpflicht und Rechtspflicht der Untertanen gefunden werden könnte: die Art der Sanktion, sei folgendes bemerkt:

Die Sanktion der Amtspflicht ist regelmäßig die Disziplinarunrechtsfolge. In ihrer formal-juristischen Natur erweist sie sich als völlig gleichartig mit der Sanktion jeder anderen Rechtspflicht, nämlich als Wille des Staates, unter gewissen Umständen einen Nachteil über die Person zu verhängen: Reaktion gegen das Unrecht. Inhaltlich mögen sich die Disziplinarunrechtsfolgen, z. B. Verweis, Amtsenthebung, Versetzung etc. von den kriminellen Strafen, wie Freiheitsentziehung etc. und der zivilen Exekution unterscheiden, obgleich disziplinarische Geldstrafen auch materiell den kriminellen Unrechtsfolgen dieser Art entsprechen; auch mag das Verfahren ein verschiedenes sein, auf Grund dessen eine kriminelle und auf Grund dessen eine Disziplinarstrafe verhängt wird; doch all das hat für die formelle Natur der Rechtspflichten, die durch die eine oder die andere Art der Sanktion garantiert werden, keine Bedeutung.

Amtspflichten gibt, als deren Subjekt lediglich ein menschliches Individuum erscheinen kann, bei denen die Zurechnung zum Staate als ausgeschlossen gelten muß. Es zeigt sich in diesen Fällen tatsächlich, daß das Staatsorgan nicht immer und ausnahmslos dh nicht im ganzen Umfange seiner Tätigkeit den Staat repräsentiert wenn es seine Amtspflicht erfüllt. Denn zum Inhalt seiner Organpflicht gehört nicht nur, daß das Organ einen bestimmten Staatswillen zu realisieren hat, sondern auch *wie* das Organ diesen Willen zu realisieren habe. Letzteres kann wohl mehr oder weniger im freien Ermessen des Organs gelegen sein, muß es jedoch nicht; ja regelmäßig wird bis zu einem gewissen Grade die Art und Weise der Realisierung des Staatswillens pflichtmäßig vorgeschrieben sein. Auf die Details dieser Staats-Willensausführung erstreckt sich nun die Zurechnung zum Staate nicht; denn diese Modalitäten sind eben der menschlichen Natur des Organes angepaßt. Das Tragen»; F* «auch nicht notwendig. ... Das Tragen».

Auch ändert³²⁶³ es das Wesen der Organpflicht nicht wesentlich, wenn ihre Verletzung ganz in der gleichen Weise sanktioniert ist, wie die durch das Strafgesetz statuierten Pflichten der Untertanen. Die Rechtspflicht der Beamten, keine Bestechung anzunehmen, die im allgemeinen Strafgesetzbuche aufgestellt wird und deren Verletzung eine nach dem allgemeinen Kriminalverfahren von den ordentlichen Gerichten zu verhängende Freiheitsstrafe nach sich zieht, ist in keinem anderen Sinne eine Amts- oder Organpflicht als alle übrigen Verpflichtungen der Staatsorgane, die sich von den Rechtspflichten der Untertanen nicht prinzipiell unterscheiden, sondern nur gewissen Personen in deren Eigenschaft als Staatsorganen zukommen. Allerdings repräsentiert ein Staatsorgan gerade in Verletzung einer Organpflicht nicht mehr die Staatsperson³²⁶⁴ und handelt also nicht mehr als Staatsorgan; und tatsächlich scheint es bedenklich, Pflichten, bei deren Verletzung das Organ nicht mehr als Organ, d. h. als Repräsentant des Staates in Betracht kommt³²⁶⁵, und auch solche, deren Erfüllung keine dem Staate zurechenbare Handlung bedeutet, gerade³²⁶⁶ als „Organpflichten“ zu bezeichnen. Allein, dieser Terminus hat eben keinen anderen Sinn, als daß er solche Rechtspflichten bezeichnen will, die nur jener Person zukommen und somit nur von jener Person verletzt werden können, die auch als Staatsorgan fungiert. Nur weil sie – auf Grund besonderer Voraussetzungen – Staatsorgan ist, d. h. als solches handeln kann und soll, unter gewissen Umständen den Staat repräsentiert, kommen ihr eine Reihe von Rechtspflichten zu, die anderen Personen fremd sind. Und in diesem Sinne ist es kein Widerspruch, von Organpflichten zu sprechen, die gewissen Personen in ihrer Eigenschaft als Staatsorganen zukommen, wenn auch diese Personen gerade bei Verletzung dieser Pflichten nicht als Staatsorgane, d. h. als Repräsentanten des Staates zu gelten haben. Denn in dieser spezifischen Organrelation stehen sie

| 536

³²⁶³ «keine Bedeutung. [Auch ändert] A «keine Bedeutung. Was den häufig hervorgehobenen Umstand betrifft, daß die Amtspflicht mit ihrer Sanktion durch Verordnung – also im Wege der Verwaltung statuiert wird, während die Rechtspflichten der Untertanen und deren Sanktion nur durch Gesetz begründet werden, so sei hier nur kurz bemerkt, daß die Rechtspflicht aus dem Rechtssatz abzuleiten ist, daß der Rechtssatz ein Urteil ist über einen bedingten Willen des Staates, und daß jeder Wille des Staates unter bestimmten Umstän[den] in bestimmter Weise zu handeln Inhalt eines Rechtssatzes ist, der – wenn dieser Wille auf eine Unrechtsfolge gerichtet ist; außer der Rechtspflicht des Staates (zu dieser Unrechtsfolge) auch nicht die Rechtspflicht eines anderen Subjektes (zu dem die Unrechtsfolge vermeidenden Verhalten) statuiert. Ist also ein Wille des Staates zu konstatieren, unter gewissen Umständen ein Staatsorgan – wenn auch nur disziplinariter – zu strafen – dann besteht ein Rechtssatz, der eine Rechtspflicht des Staates zu dieser Disziplinarstrafe und eine Rechtspflicht des Organs zu Unterlassung jenes Verhaltens statuiert, das mit der Disziplinarstrafe bedroht ist. Ob dieser Wille des Staates auf Grund eines Gesetzes (im formellen Sinne) oder auf Grund einer Verordnung zu konstatieren ist, ist zunächst gleichgültig. [Es ändert]; F* «keine Bedeutung. [Auch ändert].»

³²⁶⁴ «repräsentiert ... Staatsperson»] A₁ «handelt ein Staatsorgan gerade in Verletzung einer Organpflicht nicht mehr als [bricht ab]»; A₂ «repräsentiert ... Staatsperson».

³²⁶⁵ «das Organ ... kommt] A «das Organ nicht mehr als solches betrachtet kommt»; F* «das Organ ... kommt».

³²⁶⁶ «auch ... gerade] A «auch bei deren Erfüllung es nicht immer und ausnahmslos den Staat repräsentiert gerade»; F* «auch ... gerade».

überhaupt nicht zu den Rechtssätzen, durch die sie selbst verpflichtet werden, sondern zu jenen, die den Staat zu dem Verhalten verpflichten, das durch sie verwirklicht werden soll. Auch das seine Amtspflicht verletzende Staatsorgan ist in Beziehung auf diesen Rechtssatz, ist auf Grund der *Möglichkeit*, Staatswillen zu realisieren und die Staatsperson zu repräsentieren, noch³²⁶⁷ als Staatsorgan zu bezeichnen.

Seligmann, ein Autor³²⁶⁸, der die hier vertretene Ansicht durchaus nicht teilt, indem er die Amtspflichten nicht als Rechtspflichten gelten lassen will und die Rechtspersönlichkeit des Organes und damit die Gleichstellung mit den übrigen Untertanen entschieden in Abrede stellt,³²⁶⁹ sagt folgendes¹⁾: „Ein Beamter kann nur insoweit als Organ handeln, als das Recht dies bestimmt und insoweit gilt sein Wille als Staatswille. Begeht³²⁷¹ ein Beamter ein Amtsdelikt (*Seligmann* versteht darunter nur das kriminelle, strafgesetzlich geahndete Amtsunrecht³²⁷²) so hat er juristisch nicht als Organ, sondern als Untertan gehandelt. Die strafrechtlichen Bestimmungen über Amtsvergehen sind Rechtssätze, weil sie die Person des Beamten nicht in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan, sondern als Untertan treffen.“ Nun wurde gerade gezeigt, in welchem Sinne man – ohne Widersprüche zu begehen – ohne weiteres sagen kann, daß die strafrechtlichen Bestimmungen über Organdelikte die Person in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan treffen. Das Gegenteil ist deshalb nicht gut möglich, weil solche Bestimmungen eben nur für Organe in Betracht kommen und nur von Organen verletzt werden können. *Seligmann* selbst kann sich ja dieser Terminologie nicht entziehen, denn er läßt die Bestimmungen „den Beamten“ treffen, und wenn er hinzufügt, nicht in seiner Eigenschaft als Staatsorgan, so ist zu bemerken, daß „Be|amter“ und „Staatsorgan“ hier dasselbe ist. Ueberdies spricht er von „Amtsvergehen³²⁷³“, was keinen Sinn hätte, wenn es sich nicht um Vergehen handelte, die nur von „Beamten“, d. h. von Personen begangen werden können, die, wenn auch nicht gerade in Begehung dieser Delikte, so doch in anderer Hinsicht Beamte, d. h. Staatsorgane sind.

Diese andere Beziehung freilich fehlt der *Seligmannschen* Konstruktion, die darum in sich widerspruchsvoll bleiben muß. Das Wichtigste aber an den eben zitierten Sätzen – und ihr richtiger Kern – ist, daß *Seligmann* mit ihnen nichts anderes sagen wollte und ausdrücklich gesagt hat, als daß das Staatsorgan als

|537

|536 |¹⁾ a. a. O. S. 104 Anm. 4. ³²⁷⁰

³²⁶⁷ «realisieren und die Staatsperson zu repräsentieren, noch»] A₁ «realisieren, noch»; A₂ «realisieren und die Staatsperson zu repräsentieren, noch».

³²⁶⁸ «bezeichnen. [*Seligmann*, ein Autor »] A₁ «bezeichnen. Ein Autor»; A₂ «bezeichnen. [*Seligmann* ein Autor ».

³²⁶⁹ Vgl. oben S. 679 in und bei Anm. 3245.

³²⁷⁰ *Seligmann*, Gesetz (Anm. 2237), S. 104 Anm. 3 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³²⁷¹ «Staatswille. Begeht»] A «Staatswille. (Richtiger wäre wohl: gilt sein Wille nicht sondern nur der des Staates!) Begeht»; F* «Staatswille. Begeht».

³²⁷² «Amtsunrecht»] A₁ «Unrecht»; A₂ «Amtsunrecht».

³²⁷³ «Amtsvergehen»] A₁ «Amtsdelikt»; A₂ «Amtsvergehen».

Subjekt der durch Strafrechtssätze statuierten Amtspflichten³²⁷⁴ formal die gleiche Stellung einnimmt wie die Untertanen als Subjekte aller übrigen Rechtspflichten. Daraus folgt aber unwiderleglich, daß das Staatsorgan insoweit Pflichtsubjekt und Person ist. Ganz das Gleiche muß aber auch von den übrigen Amtspflichten der Staatsorgane gelten. Auch in *Verletzung* dieser Pflichten handelt das Organ nicht als Staatsrepräsentant, ist sein Wille – um mit *Seligmann* zu reden – nicht Staatswille!

Und so träfen – immer in der *Seligmannschen* Terminologie gesprochen – auch die disziplinarrechtlichen Bestimmungen³²⁷⁵ über alle anderen Amtsvergehen – die Person des Beamten nicht in ihrer Eigenschaft als Staatsorgan, sondern als „Untertan“, und wären somit nach der *Seligmannschen* Argumentation auch Rechtssätze, was freilich dieser Autor in Abrede stellt! Sind die Organe als Subjekte der Organpflicht: keine Bestechung anzunehmen, den Untertanen gleichgestellt, ist nicht einzusehen, warum sie dies nicht auch bezüglich der übrigen Organpflichten sein sollen, deren Verletzung die gleiche Reaktion des Staates mit sich bringt: die Unrechtsfolge und zwar die Disziplinarstrafe. Wollte man hier die Identität von Organ und Staatsperson aufrecht erhalten, käme man zu dem originellen Resultate, daß der Staat sich selbst bestraft!³²⁷⁶

³²⁷⁴ «Amtspflichten»] A₁ «Pflichten»; A₂ «Amtpflichten».

³²⁷⁵ «die disziplinarrechtlichen Bestimmungen»] A₁ «die Bestimmungen»; A₂ «die disziplinarrechtlichen Bestimmungen».

³²⁷⁶ «bestraft!»] A «bestraft! Die Verschiedenheit des Verfahrens und der Behörden die im Falle eines kriminellen und eines bloß disziplinären Amtsunrechtes die Strafe verhängen, kann für die Pflichtstellung nicht maßgebend sein.»; F* «bestraft!».

haben erwiesen für dich nicht wenig bezeugt dass ich bei jener Gelegenheit
 erschienen sein willam, dessen Anwesenheit dir schon zu Recht
 davon ein Merkmal nicht fehl beweist: Ich beschleunige
 mich dir zu gleichermaßen, sollte man mich ein Anzeichen
 will von dem ich nicht zweifeln dass ich fortwährend
 Meinem Namen gegen die ursprüngliche Bekleidung, dass ich
 Menschlich halbes besuche! Ich beschleunige fort und fort
 sondern ich dich beschleunige die in jener nicht zu vernachlässigen
 ist mit mir selbst ich gleich dem ^{Alten} gleich dem ich beschleunige
 beschleunigen, Mann für die ~~beschleunigen~~ beschleunigen will maß
 gebend sein.

In dem Augenblick von dem Augenblicke an in dem Augenblicke
 von dem Augenblicke an beschleunige fort man in der Person mich in jenem
 Augenblicke nicht vernachlässigen. Meine beschleunigen die fort
 dem Menschlichen mit Beschleunigen mit die mich beschleunigen
 beschleunigen die Beschleunigen Beschleunigen fort, beschleunigen
 nichts sondern dem Beschleunigen beschleunigen beschleunigen

XXI. Kapitel.

Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen.

In der Lehre von der Organpersönlichkeit in ihrem Verhältnis zur Lehre vom Rechtssatze hat man in der Theorie einen gewissen | Zirkelschluß nicht vermieden. Man sprach den Staatsorganen mit Rücksicht auf die einheitliche Staatsperson die Rechts- und Pflichtsubjektivität ab, konstruierte demgemäß neben den Rechtspflichten rechtlich irgendwie relevante Amtspflichten und qualifizierte die Bestimmungen, auf denen diese Amtspflichten beruhten, nicht als Rechtssätze, weil sie sich nicht an Personen im Rechtssinne wendeten. Aus der mangelnden Rechtssatznatur dieser Bestimmungen aber schloß man wieder auf die mangelnde Persönlichkeit der Organe und umgekehrt.

| 538

Die Annahme von rechtlich irgendwie relevanten Amtspflichten³²⁷⁷, die nicht Rechtspflichten sind, war notwendig verbunden mit der Unterscheidung von Rechtssätzen und irgendwie rechtlich verpflichtenden Normen, die keine Rechtssätze sind. Diese Unterscheidung von staatlicher Norm und Rechtssatz ist ein charakteristisches Merkmal der Konstruktion, deren sich die herrschende Theorie bei der Lehre von der rechtlichen Stellung des Staatsorganes bedient. Auch hiefür findet sich in der mehrerwähnten Arbeit von *Anschütz* die präziseste Formulierung. Dieser Autor erklärt den Begriff der Norm für den weiteren und den des Rechtssatzes für den engeren. „Der Rechtssatz ist eine Norm mit bestimmten Merkmalen“¹⁾. Unter „Norm“ versteht er jeden vom Staate – sei es seitens der Legislative oder seitens der Exekutive – ausgehenden Befehl²⁾, unter Rechtssatz nur ganz bestimmte staatliche Befehle. Ohne hier auf das von *Anschütz* behauptete spezifische Unterscheidungsmerkmal zwischen Norm und Rechtssatz einzugehen – nur in Parenthese sei konstatiert, daß *Anschütz* den *Jellinekschen* Rechtssatzbegriff akzeptiert, dessen Wesen sein besonderer *Zweck* ist,³²⁸⁰ womit allein schon diese Konstruktion auf Grund des hier entwickelten Standpunktes abzulehnen ist – sei bemerkt, daß diese Identifizierung von Norm und Befehl völlig unzulässig ist.

¹⁾ a. a. O. S. 36.³²⁷⁸

²⁾ a. a. O. S. 36.³²⁷⁹

| 538

³²⁷⁷ «von rechtlich irgendwie relevanten Amtspflichten»] A₁ «von Amtspflichten»; A₂ «von rechtlich irgendwie relevanten Amtspflichten».

³²⁷⁸ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 36.

³²⁷⁹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 36.

³²⁸⁰ Vgl. oben S. 336–338.

Das Wesen der Norm ist die Statuierung eines Sollens, einer Pflicht; dies kann, muß aber nicht in Befehls- oder Imperativform geschehen. Die Ausführungen des ersten und zweiten Buches dieser Untersuchung³²⁸¹ haben gezeigt, daß gerade der Rechtssatz oder die Rechtsnorm eine andere Form aufweist. Allerdings ist *Anschütz* Vertreter der hier verworfenen Imperativtheorie und muß seinen Rechtssatz, den³²⁸² er als staatlichen Imperativ auffaßt, von den zahlreichen anderen staatlichen Befehlen, die er unmöglich als Rechtssätze anerkennen kann, irgendwie unterscheiden. Daß dies nur durch das unjuristische Konstruktionsmittel des Zweckmomentes zum Scheine geht, wird in anderem Zusammenhange noch zu prüfen sein.³²⁸³ Das | Wesen der Norm ist nicht die Befehlsform, sondern ihre verpflichtende Funktion. Nicht jeder Befehl ist eine Norm, sondern nur der eine Pflicht statuierende Befehl, wie jeder eine Pflicht statuierende Satz. Und darum mag es auch Befehle des Staates oder der Staatsorgane geben, die, weil sie keine Pflichten statuieren, keine Normen und darum auch keine Rechtssätze sind. Da es keine anderen rechtlich relevanten Pflichten als Rechtspflichten geben kann, ist die Annahme von staatlichen Normen, die keine Rechtssätze sind, ein Unding.

Zu solchen Normen, die keine Rechtssätze sind, zählt *Anschütz* – und mit ihm die herrschende Lehre – nicht nur Verfügungen der Verwaltung, sondern auch Verwaltungsverordnungen, d. h. alle jene Verordnungen der Exekutive, denen der spezifische Zweck des Rechtssatzes, der Rechtssetzungszweck mangelt.

Da³²⁸⁴ der Zweck das wesentliche Moment ist, dessentwegen solche Normen – „Verwaltungsnormen“ – keine Rechtssätze sind, ist auch die Gesetzesform nicht geeignet, solche Normen zu Rechtssätzen zu machen.

Was nun die Rechtsstellung des Staatsorganes und dessen Verhältnis zu den für diese Stellung maßgebenden Normen betrifft, so führt *Anschütz* folgendes aus¹⁾: „Die Hauptaufgabe der Verwaltung ist nun zunächst die Herstellung des Behördenapparates, vermittels dessen sie ihre Zwecktätigkeit ausübt; – die Regelung der Staatsorganisation durch organisatorische Vorschriften kann Gegenstand einer Verwaltungsverordnung sein. Die Einkleidung einer solchen Organisationsordnung in die Gesetzesform ist ohne rechtliche Veränderung ihrer Substanz möglich.“ Und des weiteren formuliert er die Streitfrage: „Ist die Staatsorganisation ein Bestandteil der Rechtsordnung? Sind die Vorschriften, welche die organische und funktionelle Seite der Staatsgewalt betreffen, begrifflich und aprioristisch als Rechtssätze aufzufassen?“³²⁸⁶ Und diese Frage glaubt *Anschütz* mit Rücksicht auf

| 539 |¹⁾ a. a. O. S. 72.³²⁸⁵

³²⁸¹ Vgl. oben S. 80–188 und 191–432.

³²⁸² «Rechtssatz, den»] A₁ «Rechtssatz von den zahlreichen Befehlen den»; A₂ «Rechtssatz den».

³²⁸³ Vgl. unten S. 703–705.

³²⁸⁴ «mangelt.] Da»] A₁ «mangelt.] Und unter diesen Verwaltungsverordnungen weist *Anschütz* wiederum [bricht ab]; A₂ «mangelt.] Da».

³²⁸⁵ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 72.

³²⁸⁶ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 72.

die mangelnde Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane verneinen zu müssen. „Hier- nach können die ‚Ressortverhältnisse‘ der Behörden wohl durch Normen, nicht aber durch Rechtssätze abgegrenzt sein: Das Recht ist seinem Wesen nach nie innerpersönlich, sondern setzt eine Mehrheit von Personen voraus, zwischen deren Willenssphären es seine Schranken zieht. Eine Mehrheit von Staatsorganen ist aber keine Mehrheit von Personen³²⁸⁷. Die organisatorischen Normen ermangeln somit prinzipiell des Rechtscharakters; sie sind, falls nicht besondere Momente bei ihnen hinzutreten – wozu der Erlaß in Gesetzesform an sich nicht gehört – als Verwaltungsnormen | aufzufassen. Wären die organisatorischen Normen wirklich | 540 Rechtssätze, so müßte in Staaten, wo der Erlaß von Rechtssätzen ausschließlich Sache des Gesetzgebungsorganes (und seiner Delegatäre) ist, z. B. im Reiche und in Preußen, jede organisatorische Norm in Form des Gesetzes oder der gesetzlich autorisierten Verordnung erlassen werden. Dem widerspricht aber die Staatspraxis sowohl im Reich als in Preußen. Sowohl Reichszentralbehörden als preußische Ministerien sind ihrerzeit durch kaiserliche bzw. königlich preußische Erlässe organisiert worden, Erlässe, die als Verwaltungsverordnungen aufzufassen sind und als Akte der administrativen Organisationsgewalt des Staatsoberhauptes keiner gesetzlichen Delegation bedürfen.“³²⁸⁸

In diesen Ausführungen, welche die *communis opinio* der herrschenden Lehre darstellen, ist Falsches und Richtiges enthalten. Richtig ist, daß die organisatorischen Bestimmungen keine Rechtssätze enthalten, falsch, daß sie überhaupt „Normen“ sind und irgendwelche rechtlich relevanten Pflichten statuieren. Denn die organisatorischen Bestimmungen, die gewöhnlich in Form von Verordnungen erlassen werden, enthalten nicht etwa keine Rechtssätze, *obgleich* sie irgendwelche Pflichten, nämlich Amtspflichten statuieren, sie enthalten vielmehr keine Rechts- sätze, *weil* sie keine Pflichten statuieren, sondern nur bestehende Rechtspflichten geltend machen.

Diese Stellung der organisatorischen Bestimmungen im Verhältnis zu den Or- ganen und deren Pflichten wird somit des näheren zu begründen und auch die Frage zu erörtern sein, welche Bedeutung Gesetz und Verordnung für den Rechts- satz und insbesondere für den die Organstellung normierenden Rechtssatz haben. Damit tritt an diese Untersuchungen die Notwendigkeit heran, zu der Lehre vom Gesetze im formellen und materiellen Sinne Stellung zu nehmen.³²⁸⁹ Dabei sollen die hieher gehörigen Probleme nicht in ihrem vollen Umfange aufgerollt werden. Mit Rücksicht auf die allseitige und erschöpfende Diskussion, der die erwähnten Fragen in der neueren Literatur unterzogen wurden, wird es genügen, die Haupt-

³²⁸⁷ «Personen»] A₁ «Menschen»; A₂ «Personen».

³²⁸⁸ Anschütz, Studien (Anm. 2506), S. 74 f.

³²⁸⁹ «heran ... zu nehmen.»] A₁ «heran zu dem allgemeinen Probleme Stellung zu nehmen, daß in der [bricht ab]»; A₂ «heran zu der Lehre vom Gesetze im formalen und materiellen Sinne und zur Lehre von Gesetz und Verordnung im allgemeinen Stellung zu nehmen.»; F* «heran ... zu nehmen.».

punkte hervorzuheben und das Verhältnis der hier vertretenen Grundanschauung zu diesen zu fixieren. Die von *Laband* begründete, von *Jellinek* und *Anschütz* vornehmlich durchgeführte Unterscheidung zwischen einem Gesetze im formellen und einem Gesetze im materiellen Sinne kann in der neueren Doktrin als die herrschende angesehen werden. Von den vereinzelt Gegnern³²⁹⁰, die eine Trennung des Gesetzesbegriffes in die beiden angedeuteten Richtungen verwerfen und die Einheit des Gesetzesbegriffes postulieren, ist *Haenel* hervorzuheben, dessen energische und hochbedeutende Polemik gegen die *Laband-Jellineksche* Theorie jedoch wirkungslos blieb.

[541] | Der Gegensatz der beiden Anschauungen und ihr spezifischer Inhalt ist am schärfsten in den Sätzen zum Ausdrucke gebracht, die *Haenel* in seiner Studie: „Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne“⁽¹⁾ formuliert hat. Die von *Laband* begründete Lehre ist durch die folgenden beiden Dogmen charakterisiert: „1. Die Form des Gesetzes kann auch einen Inhalt haben, der einen Rechtssatz nicht darstellt. 2. Die Form der Verwaltung³²⁹² kann auch einen Rechtssatz zum Inhalte haben.“³²⁹³ Erübrigt noch hinzuzufügen, daß diese Lehre als Gesetz im formellen Sinne jedes Produkt³²⁹⁴ des Gesetzgebungsprozesses erklärt, während als Gesetz im materiellen Sinne ein Akt der Gesetzgebung oder Verwaltung dann gilt, wenn er einen Rechtssatz zum Inhalte hat.

Von den beiden angeführten Dogmen läßt *Haenel* das zweite ohne weiteres gelten²⁾. Wogegen er mit allem Nachdrucke Stellung nimmt, ist nur der erste Satz, daß nämlich die Form des Gesetzes etwas anderes als einen Rechtssatz enthalten könne. Er stellt vielmehr das Gegendogma auf: „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt“. Damit erklärt er jedes formelle Gesetz zugleich für³²⁹⁶ ein materielles und lehnt es ab, Verordnungen, die Rechtssätze³²⁹⁷ enthalten – und er räumt diese Möglichkeit ohne weiteres ein – als Gesetze im materiellen Sinne zu bezeichnen³⁾.

Wenn das im folgenden abzuleitende Endresultat dieser Untersuchungen gleich jetzt vorweg genommen werden darf, so sei festgestellt, daß die hier vertretene

[541] |¹⁾ Studien zum deutschen Staatsrechte. Leipzig 1888. S. 99 ff.³²⁹¹

²⁾ Vgl. a. a. O. S. 107.³²⁹⁵

³⁾ a. a. O. S. 110.³²⁹⁸

³²⁹⁰ «den vereinzelt Gegnern»] A₁ «den Gegnern»; A₂ «den vereinzelt Gegnern».

³²⁹¹ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 99–354.

³²⁹² «Verwaltung»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 107: «Verordnung».

³²⁹³ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 107.

³²⁹⁴ «jedes Produkt»] A₁ «jeden Akt»; A₂ «jedes Produkt».

³²⁹⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 107.

³²⁹⁶ «Gesetz zugleich für»] A₁ «Gesetz für»; A₂ «Gesetz zugleich für».

³²⁹⁷ «die Rechtssätze»] A₁ «die wie auch er zugibt Rechtssätze»; A₂ «die Rechtssätze».

³²⁹⁸ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 110 – in dem in diesem Absatz in Anführungszeichen gesetzten Satz fasst Kelsen in eigenen Worten die Ausführungen *Haenels* zusammen.

Gesamtkonstruktion³²⁹⁹ in ihrer Anwendung auf das fragliche Problem in dem Grundsatz mündet: *Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes.*

Damit ist der *Laband-Jellinek-Anschützschens* Theorie gegen die *Haenelsche* Auffassung zugestanden, daß die Gesetzesform auch einen anderen Inhalt haben könne als gerade einen Rechtssatz, ja, im schärfsten Widerspruch zu *Haenel*: daß die Gesetzesform weit genug sei, um jeden beliebigen Inhalt zu erfassen.³³⁰⁰ Damit ist aber auch gegen die *Laband-Jellinek-Anschützschens* Theorie und die mit ihr in diesem Punkte übereinstimmende Lehre *Haenels* die Möglichkeit von Rechtssätzen in Form von Verordnungen zurückgewiesen³³⁰¹; vielmehr wird behauptet, daß für jeden Rechtssatz die Gesetzesform nachzuweisen sein müsse. Da sohin jeder Rechtssatz Gesetzesform haben oder, mit anderen Worten: jedes Gesetz im materiellen Sinne zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein muß, nicht aber umgekehrt, kann³³⁰² eine Diskrepanz von Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne nur insofern entstehen, als ein Gesetz im formellen Sinne etwas anderes als einen Rechtssatz zum Inhalte hat. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gesetze beschränkt sich daher lediglich darauf, daß das Wort „Gesetz“ das eine Mal zur Bezeichnung einer äußeren Form (ohne Rücksicht auf ihren Inhalt), das andere Mal als Bezeichnung für einen bestimmten (und zwar für einen nur in der auch als „Gesetz“ bezeichneten Form möglichen) Inhalt dient.

| 542

Die beiden Begriffe, die für die jeweilige Lösung des in Rede stehenden Problems maßgebend sind, der Begriff des Rechtssatzes und der Begriff der Form des Gesetzes, sind in diesen Untersuchungen bereits entwickelt worden.³³⁰³ Was insbesondere den letzteren betrifft, so sei hier hervorgehoben, daß nach konstitutionellem Prinzip die³³⁰⁴ Form des Gesetzes trägt, was die wesentlichen Merkmale desselben aufweist, die da sind: Parlamentsbeschluß (übereinstimmende Beschlüsse beider Häuser), Sanktion des Monarchen, Promulgation und Publikation. Was immer diese Qualifikation hat, d. h. das im Gesetzblatte in der vorgeschriebenen Weise Abgedruckte (Publikationserfordernis), vom Parlamente zum Gegenstande eines Beschlusses Gemachte, vom Monarchen Sanktionierte und Promulgierte hat die Gestalt eines konstitutionellen Gesetzes. Man kann es ein Gesetz im formellen Sinne nennen, wenn man sich dessen bewußt bleibt, damit *gar nichts* über seinen Inhalt ausgesagt zu haben. Da aber natürlich diese Form im konkreten

³²⁹⁹ «Gesamtkonstruktion»] A₁ «Konstruktion»; A₂ «GesamtKonstruktion».

³³⁰⁰ «erfassen.»] A «erfassen.»^{Fn}vgl dagegen *Haenel aaO^{Fn}*; F* «erfassen.».

³³⁰¹ «*Haenels* ... zurückgewiesen»] A₁ «*Haenels* zurückgewiesen [bricht ab]»; A₂ «*Haenels* ... zurückgewiesen».

³³⁰² «muß, nicht aber umgekehrt, kann»] A₁ «muß, kann»; A₂ «muß, nicht aber umgekehrt kann».

³³⁰³ Vgl. insb. oben S. 80, 394 f., 674 f., 691–693.

³³⁰⁴ «daß nach konstitutionellem Prinzipie die»] A₁ «daß die»; A₂ «daß nach konstitutionellem Prinzipie die».

Falle irgendeinen³³⁰⁵ Inhalt haben muß, liegt die Gefahr nahe, daß man unter „Gesetz im formellen Sinne“ das Total-Objekt, nämlich den in der spezifischen Form auftretenden *Inhalt* versteht, was allerdings falsch wäre. Es dürfte sich daher empfehlen, statt von einem Gesetze im formellen Sinne stets nur von einer Gesetzes-Form zu sprechen, da nur dieser Terminus mit genügender und jedes Mißverständnis ausschließender Deutlichkeit³³⁰⁶ zum Ausdrucke bringt, daß es ausschließlich und allein eine *Form* und in keiner Weise auch irgendein Inhalt ist, der hier mit „Gesetz“ bezeichnet wird.

Der Hervorhebung dieses Momentes bedarf es gerade deshalb ganz besonders, weil der Begriff des formellen Gesetzes, so³³⁰⁷ wie ihn die herrschende Lehre entwickelt hat, zweifellos ein *inhaltliches* Element aufweist. Denn dieser Begriff enthält in der Darstellung der maßgebenden Theoretiker nicht³³⁰⁸ nur die oben angeführten formellen Qualifikationen; als formelles Gesetz wird ein ganz bestimmter Inhalt bezeichnet, der mit den Elementen: Parlamentsbeschluß, Sanktion, Promulgation und Publikation angeblich notwendig verbunden | ist: nämlich *der Wille des Staates*. Die herrschende, von *Laband* begründete Anschauung erkennt in jedem Gesetzgebungsakte, m. a. W. in³³⁰⁹ *allem*, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert ist, einen Staatswillen. Sehr deutlich kommt dies in der trefflichen Schrift von *Anschütz* zum Ausdruck, die sich mit der Lehre vom formellen Gesetze befaßt und die Theorie³³¹⁰ der *Laband-Jellinekschen* Schule zusammenfaßt und fortführt. „Das formelle Gesetz“ erklärt *Anschütz*¹⁾ „als eine Form der staatlichen Willensäußerung“ und er spitzt die Problemstellung auf die Frage zu: „Welcher Inhalt kann in denjenigen staatlichen Willensäußerungen, welche der Form ihrer Erlassung wegen die Bezeichnung ‚Gesetz‘ verdienen, nachgewiesen werden?“⁽²⁾ ³³¹³ Es ist also ein *Willensakt des Staates*, der wegen gewisser Formen, die er aufweist, „Gesetz“ genannt wird, und nicht diese Form selbst. Die Bezeichnung „Gesetz im formellen Sinne“ soll also nicht bloß eine Aussage über eine bestimmte Form, sondern auch über einen ganz bestimmten Inhalt, ein dieser Form angeblich wesentliches Sub-

| 543 |¹⁾ a. a. O. S. 9.³³¹¹

²⁾ a. a. O. S. 9.³³¹²

³³⁰⁵ «Form im konkreten Falle irgendeinen»] A₁ «Form irgend einen»; A₂ «Form im konkreten Falle irgend einen».

³³⁰⁶ «Deutlichkeit»] A «Weise»; F* «Deutlichkeit».

³³⁰⁷ «der Begriff des formellen Gesetzes, so»] A₁ «der Gesetzesbegriff so»; A₂ «der Begriff des formellen Gesetzes so».

³³⁰⁸ «enthält ... nicht»] A₁ «enthält nicht»; A₂ «enthält ... nicht».

³³⁰⁹ «Gesetzgebungsakte, m. a. W. in»] A₁ «Gesetzgebungsakte in»; A₂ «Gesetzgebungsakte m. a. W. in».

³³¹⁰ «Theorie»] A₁ «Ergebnisse»; A₂ «Theorie».

³³¹¹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 9.

³³¹² *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 9.

³³¹³ Anmerkung in F* eingefügt.

strat sein. Sofern die herrschende Lehre unter dem Terminus „Gesetz im formellen Sinne“ lediglich eine Form bezeichnet haben will, ganz unabhängig von ihrem Inhalt, eine Form, die jeden beliebigen Inhalt erfassen kann, so ist sie mit sich selbst in Widerspruch und muß mit ihrem formellen Gesetzesbegriff arg³³¹⁴ ins Gedränge kommen. Denn wenn jeder Gesetzgebungsakt einen Staatswillen enthält, dann kann die Gesetzesform nicht schlechthin jeden Inhalt haben, dann kann sie nur das erfassen, was, der Natur des Willens nach, dessen Gegenstand sein, was vom Staate *gewollt* werden kann. Der Inhalt des Willens – wie immer man diesen Begriff fassen möge – ist ein beschränkter; man kann nicht *alles* wollen. Erkennt man insbesondere – wie in diesen Untersuchungen dargetan wurde³³¹⁵ – daß der „Wille“ des Staates nur auf seine eigene Handlung gerichtet sein kann, weil Wille des Staates nur die Bezeichnung für eine besondere Art der Zurechnung gewisser menschlicher Handlungen ist, dann könnte nur dort ein formelles Gesetz angenommen werden, wo der Inhalt dessen, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen promulgiert, sanktioniert und publiziert wurde, eine entsprechende Zurechnungsregel ergäbe, auf Grund deren gewisse menschliche Handlungen dem Staate zuzurechnen sind, oder, figürlich ausgedrückt, den Beschluß des Staates zu einem bestimmten Handeln bedeutete. Hat man weiter, wie dies hier geschah, den Rechtssatz als die eben bezeichnete Zurechnungsregel erkannt, | als das Urteil über einen Willen des Staates, dann ergäbe sich als unausweichliche Konsequenz, was *Haenel* im Widerspruch zur herrschenden Lehre behauptet: daß jedes formelle Gesetz einen Rechtssatz enthalte und somit stets auch ein materielles Gesetz sei.

| 544

Aber auch wenn man im Sinne der Imperativtheorie den Staat das rechtmäßige Verhalten der Untertanen „wollen“ läßt, wird die eben angedeutete Konsequenz kaum zu vermeiden sein. Zumindest müßte jedes Gesetz im formellen Sinne einen „Befehl“ des Staates enthalten und wo ein solcher Befehl nicht vorläge, könnte von einem formellen Gesetz nicht die Rede sein.

Tatsächlich gelangt jedoch die herrschende Lehre zu ganz anderen Konsequenzen. Sie unterscheidet neben formellen Gesetzen, die Rechtssätze enthalten und daher zugleich materielle Gesetze sind, solche, die wohl Befehle oder „Normen“ beinhalten, die aber keine Rechtssätze sind, und schließlich sogar solche formelle Gesetze, die auch keine „Normen“ enthalten, sogenannte Gesetze ohne normativen Inhalt¹⁾. Diese letzteren seien zunächst näher in Augenschein genommen.

Einen nur einigermaßen juristischen Willensbegriff vorausgesetzt, müßte man sich wohl vergeblich fragen, was für ein Wille des Staates vorläge, wenn es etwa den

¹⁾ Vgl. *Anschtütz* a. a. O. S. 39.³³¹⁶

| 544

³³¹⁴ «muß mit ihrem formellen Gesetzesbegriff arg»] A₁ «muß zu schwer [bricht ab]»; A₂ «muß mit ihrem formellen Gesetzesbegriff arg».

³³¹⁵ Vgl. insb. oben S. 293–300, 318–320, 543 f., 571–573.

³³¹⁶ *Anschtütz*, Studien (Anm. 2506), S. 39.

am Gesetzgebungsprozesse beteiligten Menschen beliebt sollte, das Einmaleins zum Gegenstand eines vom Monarchen sanktionierten, promulgierten und³³¹⁷ publizierten Parlamentsbeschlusses zu machen. Das Einmaleins kann der Staat ebensowenig „wollen“ wie der Mensch, selbst dann nicht, wenn der Wille des Staates dasselbe wäre, wie die so bezeichnete psychische Tatsache. Denn der Mensch kann das Einmaleins *denken, sprechen, schreiben*, aber er kann nicht das Einmaleins *wollen*.

Diese verhältnismäßig naheliegende und selbstverständliche Tatsache bedarf dennoch einer gewissen Hervorhebung angesichts der Argumentation, mit der die herrschende Lehre staatliche Willensakte (nämlich formelle Gesetze) ohne normativen Inhalt nachzuweisen versucht. *Anschütz* erklärt nämlich²⁾, es müsse zugegeben werden, „daß der Imperativ nicht die einzige Sprachform ist, deren sich die Staatsgewalt bedient und bisher bedient hat. Der Staatswille kann sich vielmehr wie der Wille des Individuums auch durch Aussagen, Ankündigungen, *Urteile*, kurz in Formen kundgeben, die einen normativen Inhalt nicht aufweisen und aus denen niemandem ein Recht oder eine Pflicht erwächst“. Nun muß man beim Menschen scharf unterscheiden zwischen dem Willen, etwas zu *tun*, und dem Willen, diesen ersteren Willen oder diese Absicht zu *erklären*. Nur der erstere | 545 Wille ist es, von dem man vergleichsweise beim Staate sprechen kann. Wenn in Gesetzesform dem Übeltäter Strafe angedroht wird, so kommt als Staatswille lediglich der Wille, zu strafen, und nicht etwa ein Wille, diesen Strafwillen³³¹⁹ zu *erklären*, in Betracht. Denn ein Wille des Staates, zu strafen, ist überhaupt erst dann vorhanden, wenn schon die Erklärung erfolgt ist, während beim Menschen der Wille zu einem Handeln, der Beschluß perfekt ist und erst nach dessen Perfektion der Wille, den Beschluß zu erklären, auszusprechen, niederzuschreiben etc. hinzutritt. Eine Analogie des Staatswillens zum menschlichen Willen ist eben nur höchst unvollkommen zulässig. Festgehalten³³²⁰ muß jedenfalls werden, daß sich im Gesetze der „Wille“ des Staates nicht auf das Erklären, sondern nur auf den Inhalt der Erklärung bezieht.

Wie der Mensch Erklärungen abgeben kann, die (zwar als solche gewollt, dennoch) kein Wollen, sondern ein Denken oder ein Fühlen ausdrücken sollen, so kann natürlich auch in Gesetzesform eine solche Erklärung abgegeben werden. So kann in Gesetzesform ein logischer Beweis³³²¹ für das Dasein Gottes, ein Urteil

2) a. a. O. S. 40. ³³¹⁸

³³¹⁷ «sanktionierten, promulgierten und»] A₁ «sanktionierten und»; A₂ «sanktionierten, promulgierten und».

³³¹⁸ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 40.

³³¹⁹ «Strafwillen»] A₁ «Willen»; A₂ «StrafWillen».

³³²⁰ «zulässig. Festgehalten»] A₁ «zulässig. Wenn ein formelles Gesetz nun überhaupt nicht die Erklärung eines Wollens, sondern eines Denkens ist, wie z. B. [bricht ab]»; A₂ «zulässig. Festgehalten».

³³²¹ «ein logischer Beweis»] A₁ «ein Beweis»; A₂ «ein logischer Beweis».

über die Eigenschaften eines Monarchen u. a. erscheinen; es dürfte nicht schwer fallen, Beispiele für solche Gesetze zu erbringen. Nun kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß der Inhalt dieser Erklärungen vom Staate nicht „gewollt“ werden kann, weil der Inhalt ein Ausdruck des Denkens und nicht des Wollens ist. Was „gewollt“ werden könnte, wäre allein das Erklären der Gedanken; das kann aber nicht als Inhalt eines staatlichen „Willens“ angesehen werden, weil es, zu den Elementen der Gesetzesform gehörig, eine Voraussetzung für den Staatswillen ist und daher nicht zugleich sein Inhalt sein kann. Liefse man den Staat nicht nur handeln, sondern auch „urteilen“ wollen, hieße das soviel, wie der juristischen Person des Staates nicht nur einen Willen, sondern auch ein Denken zuschreiben; man müßte logischerweise neben Staatswillensakten auch Staatsgedanken gelten lassen, eine Konsequenz, die wohl als unhaltbar bezeichnet werden muß¹⁾.

Den Fehler der herrschenden Konstruktion, in jedem formellen Gesetze³³²³ einen Staatswillen zu sehen und so in den Begriff der Gesetzesform ein materielles Element aufzunehmen, hat *Haenel* noch in verstärktem Maße übernommen; er hat jedoch – im Gegensatz zur *Laband-Jellinek-Anschützschens* Richtung – die notwendigen Konsequenzen nicht vermieden.

| Auch nach *Haenel* ist jedes formelle Gesetz ein Willensakt des Staates. Er sagt: „Alle Gesetzgebung, jedes Gesetz beruht nach Maßgabe der konstitutionellen Verfassungen Deutschlands auf dem Zusammenwirken des Staatsoberhauptes und der Volksvertretung. Nur hierauf beruhenden *Willensakten* des Staates kommt positivrechtlich die Bezeichnung als Gesetz zu“⁽¹⁾. Allein, *Haenel* geht noch einen Schritt weiter, indem er den Willen des Staates, als der sich jedes formelle Gesetz darstellt, näher bestimmt. Es ist nicht ein Wille des Staates, selbst zu handeln, sondern – *Haenel* steht auf dem Boden der Imperativtheorie – ein auf das rechtmäßige Verhalten der Untertanen gerichteter „Wille“ des Staates. *Haenel* erklärt: „Form des Gesetzes ist alsdann jeder für den, den es angeht, erkennbare *Befehl* des Souveräns“⁽²⁾. Daß das formelle Gesetz gerade einen solchen Willen des Staates bedeuten müsse, glaubt *Haenel* aus der „sakramentalen“ Promulgationsformel schließen zu dürfen, die ein wesentliches Formerfordernis für das konstitutionelle Gesetz ist und die dem Wesen nach lautet: „Wir – der Kaiser oder Landesherr – *verordnen* mit Zustimmung der Volksvertretung, was folgt.“³³²⁶ Die Richtigkeit dieser

| 546

¹⁾ Allerdings spricht *Laband* von einer „geistigen Tätigkeit“ des Staates, von einem „staatlichen Wollen und Denken“; vgl. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. I. S. 677. Vgl. dazu *Haenel* a. a. O. S. 187 ff.³³²²

| 545

¹⁾ a. a. O. S. 146.³³²⁴

²⁾ a. a. O. S. 140.³³²⁵

| 546

³³²² *Laband*, Staatsrecht I² (Anm. 2946), S. 675 f.; *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 187–189.

³³²³ «jedem formellen Gesetze»] A₁ «jedem Gesetze»; A₂ «jedem formellen Gesetze».

³³²⁴ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 146 – Hervorhebung von Kelsen.

³³²⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 140 – Hervorhebung von Kelsen.

³³²⁶ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 160.

Annahmen vorausgesetzt, ist es nur konsequent, wenn *Haenel* behauptet: „Form des Gesetzes hat nur, weil nur dieses sie ohne Widerspruch und Widersinn haben kann, was unter der Formel darstellbar ist: Wir verordnen und verkünden³³²⁷ rechtsverbindlich; darstellbar unter derselben ist aber nur: was Wille des Staates ist und was Nachachtung und Gehorsam heischt“⁽³⁾. Damit ist ihm ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, den Rechtssatz als notwendigen Inhalt der Gesetzesform zu erklären.

Allein, beide Voraussetzungen, auf Grund deren *Haenel* zu seinem Resultat gelangt, sind falsch. Denn nicht alles, was vom Parlament beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert wurde ist ein Wille oder, richtiger: *enthält* einen Willen³³²⁹ des Staates. Überdies aber hat die Promulgationsformel keineswegs die Bedeutung, die *Haenel* ihr beimißt.

Vor allem bedeutet der Gesetzgebungsprozeß *überhaupt nicht* die Erzeugung eines staatlichen Willens in dem psychologischen Sinne, wie es die *Labandsche* Schule und wie es auch *Haenel* annimmt. Schon im 2. Buche dieser Untersuchungen³³³⁰ wurde gezeigt, daß es schlechterdings ausgeschlossen ist, in Bezug auf den Inhalt dessen, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und schließlich publiziert wird, einen psychischen | Tatbestand nachzuweisen, der sich als „Gesamt-Wille“ des Staates darstellt oder diesen Inhalt auch nur von einem einzigen Organe als gewollt erscheinen läßt. Die³³³¹ für die Jurisprudenz so verhängnisvolle psychologische Deutung des Willensbegriffes äußert auch hier ihre Folgen. Wenn es richtig ist, was diese Untersuchungen ergeben haben,³³³² daß „Wille des Staates“ nur der Ausdruck für eine einheitliche Zurechnungsmöglichkeit menschlicher Handlungen ist³³³³, und wenn Gesetzesform alles hat, was vom Parlament beschlossen, vom Monarchen sanktioniert, promulgiert und publiziert ist, dann enthält durchaus nicht jedes formelle Gesetz einen Willen des Staates, sondern nur jenes, dessen Inhalt eine entsprechende Zurechnungsregel abgibt, oder m. a. W. dem ein Beschluß des Staates zu einem bestimmten eigenen Handeln zu entnehmen ist.

Was aber die „sakramentale“ Promulgationsformel betrifft, so kann diese ebensowenig, wie sie für das Verhältnis zwischen Monarch und Parlament inner-

3) a. a. O. S. 160.³³²⁸

³³²⁷ «verkünden»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 160: «verkündigen».

³³²⁸ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 160.

³³²⁹ «ein Wille oder, richtiger: *enthält* einen Willen»] A₁ «ein Willen»; A₂ «ein oder richtiger: *enthält* einen Willen»; F* «ein Wille oder, richtiger: *enthält* einen Willen».

³³³⁰ Vgl. insb. oben S. 272–300.

³³³¹ «Staates ... Die»] A₁ «Staates oder auch nur eines Organes darstellt. Die»; A₂ «Staates ... Die».

³³³² Vgl. oben S. 250–253, 293–296, 301, 604 f., 630–632, 642, 665 f.

³³³³ «eine ... ist»] A₁ «eine Zurechnungsmöglichkeit ist»; A₂ «eine einheitliche Zurechnungsmöglichkeit menschlicher Handlungen ist».

halb des Gesetzgebungsprozesses irgendeine formal-juristische Bedeutung³³³⁴ hat¹⁾, von irgendeinem Einflusse auf die Qualifikation des nachfolgenden Gesetzesinhaltes sein. Die Promulgationsformel führt ihre besondere Stilisierung in den verschiedenen Verfassungen auf historisch-politische Momente zurück und nur historisch-politische Bedeutung kommt ihr zu. Es ist insbesondere für die Frage nach dem möglichen Inhalte des formellen Gesetzes und der Richtung des im Gesetze enthaltenen Staatswillens völlig gleichgültig, ob die Einleitungsformel lautet: Ich, Monarch, gebiete ... etc. etc. – oder – was ja den tatsächlichen Verhältnissen besser entspräche: Das Parlament hat beschlossen und der Monarch hat sanktioniert, wie folgt: ...²⁾ Es kann nur von einer grammatischen Inkongruenz zwischen der imperativischen Eingangsformel und dem folgenden nicht imperativisch gehaltenen Gesetzestexte die Rede sein. Tatsächlich sind die wenigsten Gesetzestexte in imperativischer Sprachform durchgeführt, ein deutliches Zeichen, wie gleichgültig die sakramentale Eingangsformel und überhaupt die ganze Sprachform des Gesetzestextes ist. Pflichten und Rechte werden nicht dadurch geschaffen, daß sich der „Gesetzgeber“ eines Imperatives, daß er sich dieser oder jener „Sprachform“ bedient, sondern dadurch, daß im Gesetze unter gewissen Bedingungen gewisse Handlungen des Staates in Aussicht gestellt werden.

Wie wenig *Haenel* selbst die sakramentale Promulgationsformel berücksichtigt, wenn sie ihm zu seiner Konstruktion nicht paßt, das zeigt der Umstand, daß er das Gesetz als Wille des *Staates* gelten | läßt, obgleich es nach der Eingangsformel | 548 lediglich als Wille des Monarchen erscheint, und daß er mit Nachdruck die Gleichordnung der Stellung des³³³⁷ Monarchen neben der des Parlamentes im Gesetzgebungsprozesse hervorhebt¹⁾, obgleich man gerade aus der Promulgationsformel einen Vorrang des Monarchen vor dem Parlamente deduzieren könnte und auch tatsächlich deduziert hat²⁾. Die Tatsachen zeigen, daß keineswegs alles, was vom Parlamente beschlossen, vom Monarchen sanktioniert und unter Voraussetzung einer imperativischen sakramentalen Formel promulgiert und publiziert wird, ein Wille des Staates oder gar ein Nachachtung und Gehorsam heischender *Befehl* des Staates ist. Wenn *Haenel* die Form des Gesetzes nur dort sieht,

| 1) Vgl. oben S. 412 ff.³³³⁵ | 547

2) Vgl. *Anschütz* a. a. O. S. 42 ff.³³³⁶

| 1) Vgl. a. a. O. S. 149.³³³⁸ | 548

2) Vgl. oben S. 412 ff.³³³⁹

³³³⁴ «irgendeine formal-juristische Bedeutung»] A₁ «irgend eine Bedeutung»; A₂ «irgend eine formal-juristische Bedeutung».

³³³⁵ Vgl. oben S. 549–567.

³³³⁶ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 42–46.

³³³⁷ «die Gleichordnung der Stellung des»] A₁ «die koordinative Gleichordnung des»; A₂ «die Gleichordnung der Stellung des».

³³³⁸ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 149.

³³³⁹ Vgl. oben S. 549–567.

wo *alle* diese Voraussetzungen gegeben sind, so begeht er den Fehler, den Begriff der „Form“ des Gesetzes durch Aufnahme materieller Elemente, wie es der Gehorsam heischende Wille des Staates ist, der nur *Inhalt* der Gesetzesform sein kann, zu verengen. Es ist etwa so, als ob man den Begriff des Wasserglases nur auf alle jene Gläser beschränken wollte, die tatsächlich Wasser enthalten, und ein in der Form ganz gleiches Glas nicht als Wasserglas gelten ließe, weil es gerade nur Luft oder Kieselsteine enthielte. *Haenel* – und ebenso auch die *Laband-Anschütz*-sche Richtung – erfaßt den „Willen des Staates“ als Form, während er gerade im Verhältnis zum Gesetze als dessen *Inhalt* und zwar als dessen *möglicher*, nicht *notwendiger* Inhalt erscheint.

Wenn der herrschenden Lehre – gegen deren eigene Voraussetzungen – zugegeben werden muß, daß die Gesetzesform auch etwas anderes als Rechtssätze zum Inhalte haben kann, so muß ihr doch entschieden in Abrede gestellt werden, daß die Gesetzesform Normen zum Inhalte haben könne, die nicht Rechtssätze sind. Auf das Unbefriedigende, das eine Zerreißung des einheitlichen Rechtsnormbegriffes in die Begriffe Rechtssatz und Rechtsnorm, die kein Rechtssatz ist, vom allgemeinen methodologischen und terminologischen Standpunkte aus an sich hat, wurde bereits hingewiesen.³³⁴⁰ Jetzt sei der innere Grund und damit der letzte Irrtum aufgezeigt, auf dem diese falsche Differenzierung beruht.

Es bildet das Wesen der Imperativtheorie, der gemeinsamen Basis der *Laband-Jellinekschen* wie der *Haenelschen* Anschauungsweise, daß sie das Gesetz als ein Befehlen und, im Zusammenhange damit, die³³⁴¹ Gesetzgebung als eine *Handlung* des Staates erfaßt. Das die Rechtssubjekte Verpflichtende und Berechtigende wird
 | 549 nicht so sehr als eine in Ruhe befindliche, über allen schwebende | Rechtsordnung, denn vielmehr als eine *Aktion*, ein Vorgang gedacht, als eine Funktion des Staates, die etwa der Handlung eines einen Befehl aussprechenden Menschen gleichgesetzt wird. So bezeichnet z. B. *Anschütz* das Gesetz als „die vom Staate ausgehende *Anordnung* eines Rechtssatzes“⁽¹⁾ und an zahlreichen Stellen die Gesetzgebung als Funktion oder Handlung des Staates.

Faßt man aber die Gesetze als Anordnungen, Befehle, kurz, als Handlungen des Staates auf, ergibt sich die Notwendigkeit, sie von anderen Befehlen oder Handlungen des Staates zu unterscheiden, die nicht Gesetzesform aufweisen; so die Befehle, die der Staat durch seine exekutiven Organe, d. h. im Wege der Verwaltung erläßt und die man alle unmöglich auch als Gesetze im materiellen Sinne, als Rechtssätze gelten lassen kann. Nennt man die staatlichen Befehle Normen, dann muß man wohl oder übel zwischen Normen unterscheiden, die Rechtssätze sind

| 549 |¹⁾ a. a. O. S. 1.³³⁴²

³³⁴⁰ Vgl. oben S. 691 f.

³³⁴¹ «als ein Befehlen und, im Zusammenhange damit, die»] A₁ «als Befehl des Staates die»; A₂ «als ein Befehlen und im Zusammenhange damit die».

³³⁴² *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 1.

und solchen, die es nicht sind, wenn man nicht in jeder Willensäußerung, d. h. in jeder Handlung des Staates eine Norm erblicken will²⁾. Denn wenn der *Befehl* das Wesentliche der Norm ist, kann materiell zwischen dem Befehle eines Schutzmannes an das Publikum, sich zu entfernen, und dem Befehle des Staates in³³⁴⁴ Gesetzesform, nicht zu stehlen, kein Unterschied zu sehen sein. Will man in der staatlichen Handlung, die sich im Befehle des Schutzmannes manifestiert, nicht ebenso wie in der staatlichen Handlung, die in der Erlassung oder Anordnung des Strafgesetzes besteht, einen Rechtssatz erblicken, dann muß man zwischen Normen, die Rechtssätze sind, und Normen, die es nicht sind, unterscheiden.

Nun wurde schon in einem anderen Zusammenhange darauf aufmerksam gemacht,³³⁴⁵ daß die Einzelvorgänge, die unter dem Namen Gesetzgebung zusammengefaßt werden, nicht als Handlung des Staates aufgefaßt werden können. Rechtssatz oder Gesetz im materiellen Sinne ist niemals eine Handlung des Staates, wie es jeder Akt der Verwaltung sein muß. Es ist unrichtig, das Gegenstück zur Verwaltung in der Gesetzgebung des Staates, also wiederum in einer Handlung, wenn auch in einer anderen Art von Handlung zu sehen, vielmehr ist der *Verwaltung* des Staates die *Rechtsordnung* gegenüberzustellen. Rechtsordnung und Verwaltung stehen zu einander nicht im Verhältnis zweier Handlungen derselben Person, sondern – wenn schon ein Vergleich gebraucht werden soll – des Wollens und Handelns. Denn die Verwaltung ist ebenso ausschließlich und allein der handelnde Staat, wie die Rechtsordnung der wollende | ist. Darum kann kein Akt der Verwaltung jemals ein Bestandteil der Rechtsordnung – nämlich Rechtssatz – sein³³⁴⁶; es ist von vornherein ausgeschlossen, irgendeine Handlung des Staates unter die gleiche Kategorie mit dem Rechtssatze zu bringen, eben weil sie unter eine ganz andere gehört. Erkennt man aber, daß Rechtssatz und Staatshandlung (Verwaltung, Exekutive) unter zwei einander ausschließende Kategorien gehören, dann erweist sich die Unterscheidung von Normen, die Rechtssätze und Normen, die keine Rechtssätze, sondern andere Handlungen des Staates sind, als überflüssig. Denn alle diese der Exekutive angehörigen Handlungen des Staates können schon deshalb niemals mit Rechtssätzen unter einen Hut gebracht werden, weil sie Handlungen des Staates sind.

Dazu kommt noch ein Zweites. Die herrschende Lehre begeht den schweren Fehler, daß sie die Grenze zwischen Rechtsordnung und Verwaltung auch noch dadurch bis zur Unkenntlichkeit verwischt, daß sie Rechte und Pflichten nicht nur durch die Rechtsordnung, sondern auch durch die Verwaltung statuieren läßt.

²⁾ Vgl. *Anschütz* a. a. O. S. 14.³³⁴³

³³⁴³ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 14.

³³⁴⁴ «Befehl eines ... in»] A₁ «Befehl des Schutzmanns und dem Befehl in»; A₂ «Befehl eines ... in».

³³⁴⁵ Vgl. oben S. 192f., 543–547, 581f. Anm. 1.

³³⁴⁶ «Rechtsordnung – nämlich Rechtssatz – sein»] A₁ «Rechtsordnung sein»; A₂ «Rechtsordnung – nämlich Rechtssatz – sein».

Ebenso wie man in ungenauer, den einzig rechtlich relevanten Zusammenhang³³⁴⁷ verdunkelnder Ausdrucksweise subjektive Rechte und Pflichten als durch *Rechtsgeschäfte* begründet darstellt, wie man z. B. sagt, daß die Pflicht³³⁴⁸, das Darlehen zurückzugeben und das Recht, das Darlehen zurückzufordern, durch den Vertrag oder den Willen der Parteien geschaffen werde, während es doch ausschließlich und allein die Rechtsordnung ist, die diese wie alle anderen subjektiven Pflichten und Rechte statuieret, so nimmt die herrschende Lehre auch Verwaltungsakte an und zwar Verwaltungsbefehle, „Normen“, die Pflichten und Rechte statuieren. So sagt *Anschütz* ausdrücklich von Anordnungen der Exekutive, daß sie „an einen Tatbestand Rechte und Pflichten knüpfen: sind es doch Normen, so gut wie andere¹⁾“. Und er fügt hinzu: „Aber sie können nicht als Rechtsnormen, nicht als Bestandteile des objektiven Rechtes bezeichnet werden“³³⁵⁰. Damit ist er natürlich in die Notwendigkeit versetzt, ein spezifisches Kriterium aufzuzeigen, durch das sich die Normen, die Rechtssätze sind, von jenen unterscheiden, die zwar auch Rechte und Pflichten statuieren, aber dennoch keine Rechtssätze sind. Demgegenüber muß hier betont werden, daß die Verwaltungsbehörden ebenso wenig Pflichten und Rechte statuieren können, wie die Parteien des Privatrechtes, denn der Staat als Exekutive steht in keinem anderen Verhältnis zur Rechtsordnung als alle übrigen Subjekte und nur durch die Rechtsordnung können Pflichten und Rechte statuieret werden. Wenn | sich an einen Verwaltungsbefehl Pflichten und Rechte knüpfen, so ist es die Rechtsordnung und ausschließlich und allein diese, nicht aber der Verwaltungsbefehl, welche die bezüglichlichen Pflichten und Rechte dadurch statuieret, daß sie an den Verwaltungsbefehl, *als Voraussetzung oder Bedingung*, resp.³³⁵¹ an die Nichtbeobachtung des Befehles gewisse Unrechtsfolgen knüpft. Dieser Gedanke wird noch in anderem Zusammenhange weiter zu verfolgen sein.³³⁵² Hier sei nur auf die Disharmonie einer Konstruktion aufmerksam gemacht, die Pflichten und Rechte auf zwei, ihrer Natur nach, völlig wesensverschiedene Quellen zurückführt. Es bedeutet die gänzliche Aufhebung der für alle Rechtskonstruktionen grundlegenden Voraussetzung: der Relation zwischen Rechtsordnung und Rechtssubjekt, wenn man, die Grenze zwischen ihnen verwischend, beiden die gleiche Funktion zuspricht. Das ist aber der Fall, wenn man den handelnden Staat, den Staat als Verwalter, als³³⁵³ Rechtssubjekt, also als eine

| 551

| 550

¹⁾ a. a. O. S. 21.³³⁴⁹

³³⁴⁷ «rechtlich relevanten Zusammenhang»] A₁ «rechtlichen Zusammenhang»; A₂ «rechtlich relevanten Zusammenhang».

³³⁴⁸ «Pflicht»] A₁ «Rechtspflicht»; A₂ «Pflicht».

³³⁴⁹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 21.

³³⁵⁰ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 21.

³³⁵¹ «an den ... resp.»] A₁ «an die Voraussetzung des Verwaltungsbefehles gewisse resp»; A₂ «an den ... resp».

³³⁵² Vgl. unten S. 712–718.

³³⁵³ «man den ... als»] A₁ «man den Staat als»; A₂ «man den ... als».

unter der Rechtsordnung stehende, weil durch die Rechtsordnung verpflichtete oder berechtigte Person, selbst Pflichten und Rechte schaffen läßt. Man muß vielmehr mit aller Zähigkeit daran festhalten, daß Pflichten und Rechte nur durch die Rechtsordnung, resp. deren Einheiten, die Rechtssätze, statuiert werden. Es kann keine anderen verpflichtenden und berechtigenden Normen als Rechtssätze geben. Diese sind aber in den Gesetzen (im formellen Sinne) niedergelegt. Dabei ist hier einstweilen noch als Konstruktionspostulat vorausgesetzt, was später näher zu beweisen sein wird,³³⁵⁴ daß Rechtssätze in einer anderen als der Gesetzesform nicht erscheinen können.

Lehnt man die Möglichkeit ab, daß Pflichten und Rechte durch die Verwaltung geschaffen werden, dann fällt auch von diesem Gesichtspunkte aus die Notwendigkeit weg, unterscheidende³³⁵⁵ Kriterien aufzustellen zwischen Rechtssätzen einerseits und von der Verwaltung ausgehenden, ebenfalls Pflichten und Rechte statuierenden „Normen“ andererseits. Denn letztere gibt es nicht.

Damit ist im Prinzipie jenem besonderen Begriffe des Rechtssatzes die Basis entzogen, der von *Jellinek*¹⁾ konstruiert und insbesondere von *Anschütz* weiter ausgebildet wurde und der gerade auf der hier verworfenen Unterscheidung³³⁵⁷ von Normen und Rechtssätzen beruht. Zur Kritik dieses Rechtssatzbegriffes sei nur noch das Folgende hinzugefügt.

Schon *Anschütz*²⁾ hat hervorgehoben, daß *Jellinek* in seinem dem fraglichen Probleme gewidmeten Werke eine präzise Definition | des Rechtssatzes vermissen läßt. Doch kommt die Quintessenz seiner Anschauung in dem folgenden Satze zum Ausdruck: „Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinne, hat es jedoch irgendeinen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalte nach als Anordnung eines Verwaltungsaktes³³⁵⁹ oder als ein Rechtsspruch sich charakterisiert“⁽¹⁾. Den wissenschaftlichen Fortschritt in *Jellineks* Theorie erblickt *Anschütz* „nicht nur in der Konstatierung des von *Laband* zuerst hervorgehobenen, allen

| 552

¹⁾ Gesetz und Verordnung S. 241. ³³⁵⁶

| 551

²⁾ a. a. O. S. 32. ³³⁵⁸

¹⁾ a. a. O. S. 240. ³³⁶⁰

| 552

³³⁵⁴ Vgl. unten S. 708 f.

³³⁵⁵ «fällt auch ... unterscheidende»] A₁ «fällt die Notwendigkeit zwischen Rechtssätzen und Verwaltungsakten unterscheidende»; A₂ «fällt auch ... unterscheidende».

³³⁵⁶ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 241.

³³⁵⁷ «der hier verworfenen Unterscheidung»] A₁ «der Unterscheidung»; A₂ «der hier verworfenen Unterscheidung».

³³⁵⁸ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 32.

³³⁵⁹ «Verwaltungsaktes»] A₁ «Verwaltungssatzes»; A₂ «Verwaltungsaktes».

³³⁶⁰ *Jellinek*, Gesetz (Anm. 2531), S. 240.

Rechtssätzen eigentümlichen Momentes der Abgrenzung der Willenssphären (‚soziale Schrankenziehung‘), sondern vor allem in dem Nachweis, daß dem Rechtssatzbegriff außer diesem *objektiven* Merkmale des schrankenziehenden, normativen Charakters noch ein *subjektives*, in der Absicht des Gesetzgebers nachzuweisendes Merkmal: der Erlaß zum *nächsten Zweck* der Schrankenziehung, eigentümlich ist³³⁶²). Und von diesem Gesichtspunkte aus nimmt *Anschütz* die Abgrenzung zwischen Norm und Rechtssatz vor. Als Rechtssatz bezeichnet er „jede – in Gesetzes- oder Ordnungsform auftretende – staatliche Norm, deren nächster Zweck die Abgrenzung der im Staate sich findenden Willenssphären³³⁶³ ist.“³³⁶³ Während nun die Abgrenzung der Willenssphären beim Rechtssatze als die primäre Zweckfolge der Staatswillensäußerung erscheine, müsse sie bei den anderen Normen als eine sekundäre Zweckfolge gelten. So sei zwar jeder Rechtssatz eine Norm, nicht aber jede Norm ein Rechtssatz. Der Rechtssatz sei eine Norm mit bestimmten Merkmalen. „Diese Merkmale sind zum Teil objektiver, zum Teil subjektiver Natur: letztere sind zu suchen *in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes (Gesetzgebungsorgan, Monarch, Behörde) im Augenblicke der Erlassung.*“ „Das subjektive Merkmal der Rechtssetzungsakte kennzeichnet den Zweck, welchen der Befehlende bei Erlaß der Norm im Auge hat³⁾“.

Der *Jellinek-Anschütz*sche Rechtssatzbegriff ist auf dem Zweckmomente aufgebaut. Der besondere Zweck ist es, der dem Rechtssatze in der *Jellinek-Anschütz*schen Konstruktion das Wesen verleiht. Eine Widerlegung der *Jellinekschen* Theorie auf ihrer eigenen Basis, von ihren eigenen Voraussetzungen aus, d. h. unter prinzipieller Akzeptierung des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung |ist bereits in treffender Weise von *Haenel* erfolgt¹⁾. Vom Standpunkte dieser Untersuchungen muß der *Jellinek-Anschütz*sche Rechtssatzbegriff in erster Linie wegen seiner methodischen Voraussetzungen, wegen der Aufnahme des Zweckmomentes abgelehnt werden. Nirgends tritt das Willkürliche dieser Art von Begriffsbildung deutlicher zu Tage, als gerade in jenen Fällen, in denen der Zweck als principium individuationis in der Gestalt der „Absicht des Gesetzgebers“ erscheint. An Goethes Wort muß man denken: „Was Ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist zumeist der Herren eigener Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln“³³⁶⁶, wenn man sieht, wie es der spekulierenden Juristen höchsteigene und individuelle

²⁾ a. a. O. S. 33. ³³⁶¹

³⁾ a. a. O. S. 36/37. ³³⁶⁴

| ¹⁾ a. a. O. S. 246 ff. insbes. 256 ff. ³³⁶⁵

³³⁶¹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 33 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³³⁶² «Willenssphären»] *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 33: «Willenssphäre».

³³⁶³ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 33.

³³⁶⁴ Beide Zitate: *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 36 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³³⁶⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 246–262, insb. 256–262.

³³⁶⁶ *Johann Wolfgang von Goethe*, Faust I, Tübingen 1808, Vers 577–579 (Faust).

Ansichten sind, die sie dem „Gesetzgeber“ als Absichten in die Schuhe schieben. Zumal dieser mystische „Gesetzgeber“ gar nicht existiert! Wenn *Anschütz* das subjektive Merkmal des Rechtssatzes, den nächsten Zweck „in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes im Augenblicke der Erlassung“³³⁶⁷ sucht,³³⁶⁸ so setzt er eben jenen realpsychischen Willen voraus, der angeblich im Gesetzgebungsakte erzeugt wird. Aber kann denn wirklich irgend jemand ernstlich glauben, daß die dem schriftlichen Gesetzesantrag zustimmenden Abgeordneten (die den Inhalt dieses Antrages meist gar nicht oder nur höchst ungenau kennen) und der den schriftlichen Parlamentsbeschluß (vielleicht ungelesen) durch seine Unterschrift sanktionierende Monarch zusammen mit der durch die Druckpresse erfolgenden Publikation einen realpsychischen Willen erzeugen, der den Inhalt des Publizierten zum Gegenstande hat und irgendwelche objektiv konstatierbaren Absichten verfolgt? Diese höchst verschiedenen Faktoren sind es aber, die zusammen das abgeben, was man mit einer ungenauen Abbeviatur den „Gesetzgeber“ nennt; diese ungenaue Abbeviatur wird aber zur unerhörten Fiktion, wenn man den „Gesetzgeber“ zu einem Menschen macht, indem man ihm einen einheitlichen Willen und einheitliche Absichten andichtet.

Aber auch wenn Rechtssätze nicht nur in Gesetzesform auftreten könnten, auch wenn die von der Exekutive ausgehenden „Normen“ Rechtssätze sein könnten und wenn – wie es der Vorstellung der herrschenden Lehre entspricht – ein einzelner Mensch, etwa der Monarch als Staatsorgan Rechtssätze erließe, also tatsächlich ein einheitlicher Wille „des die Norm erlassenden Staatsorganes“³³⁶⁹ behauptet werden könnte, so müßte doch der Wille oder die Absicht dieses Menschen als innerpsychische Tatsachen für³³⁷⁰ den Begriff des Rechtssatzes, für die Frage, ob ein Rechtssatz vorliegt oder nicht, irrelevant | bleiben. Es ist sehr zu | 554
bezweifeln, ob im Bewußtsein des eine Verordnung erlassenden Ministers die lediglich von der *Jellinekschen* Schule gemachte Unterscheidung eines *nächsten* und eines entfernteren Zweckes der Norm³³⁷¹ konstatierbar ist; und doch müßte – nimmt man das *Jellinek-Anschützische* Kriterium des Rechtssatzes ernst – in jedem einzelnen Falle bei der Frage, ob eine Rechtsverordnung vorliegt, d. h. ob Rechtssätze in der Verordnung enthalten sind, auf dieses „subjektive“, in der Willensrichtung des die Norm erlassenden Staatsorganes zu suchende Merkmal zurückgegriffen werden. Allein, für den Juristen, der nicht Fiktions-Psychologie betreibt, liegt nichts anderes vor als das objektive Moment des objektiv erkennbaren Gesetzes- oder Verordnungstextes.

³³⁶⁷ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 36.

³³⁶⁸ «Staatsorganes im Augenblicke der Erlassung“ sucht,»] A₁ «Staatsorgans“ sucht»; A₂ «Staatsorgan im Augenblicke der Erlassung“ sucht».

³³⁶⁹ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 36 – dazu ergänzend oben S. 704 bei Anm. 3364.

³³⁷⁰ «Menschen als innerpsychische Tatsachen für»] A₁ «Menschen für»; A₂ «Menschen als innerpsychische Tatsachen für».

³³⁷¹ «der Norm»] A₁ «der erlassenen Norm»; A₂ «der Norm».

Auf die Frage, welchen Inhalt die Gesetzesform aufweisen könne, ist somit zu antworten: Die Gesetzesform kann entweder einen Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten³³⁷², resp. die näheren Umstände oder Bedingungen dieses Willens enthalten; dann enthält sie auch Rechtssätze, denn dann werden durch sie³³⁷³ auch Rechtspflichten – zumindest des Staates – statuiert. In diesem Falle liegt auch ein Gesetz im materiellen Sinne vor. Oder aber die Gesetzesform weist keinen Inhalt auf, der sich als Wille des Staates zu irgendeinem eigenen Verhalten oder als nähere Bestimmung eines solchen Willens darstellt; dann enthält sie auch keine Rechtssätze; es werden mit ihr weder Pflichten noch Rechte statuiert; was hier die Form eines Gesetzes hat, ist rechtlich völlig irrelevant, ein solches Gesetz ist gleichsam eine hohle Nuß.

Nunmehr ist aber die Frage zu untersuchen, ob Rechtssätze in einer anderen als der Gesetzesform möglich sind, insbesondere ob nicht auch im Wege der Verwaltung Rechtssätze aufgestellt werden können; auch ist darzutun, inwieferne der vorangeschickte Grundsatz Geltung hat: daß das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes sei.

Den Standpunkt der herrschenden Lehre dieser Frage gegenüber präzisiert *Anschütz*¹⁾ in den Worten: „Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein, außer wenn gleichfalls durch ein formelles Gesetz auf dieses Erfordernis verzichtet ist“. Dieser „Verzicht“ auf die Gesetzesform des Rechtssatzes wird nunmehr zu prüfen sein; es ist zu untersuchen, ob der bezügliche Tatbestand wirklich einen „Verzicht“ auf die Gesetzesform bedeutet oder formaljuristisch anders zu qualifizieren ist. Das ist von der herrschenden Lehre zugegeben, daß nach konstitutionellem Grundsatz | *prinzipiell*³³⁷⁵ nur in Gesetzesform

| 555

Rechtssätze zu erlassen seien. Es fragt sich nur, ob die Modalitäten, unter denen die Statuierung von Rechtssätzen und damit von Rechtspflichten und subjektiven Rechten im Wege der Verwaltung materiell möglich scheint, formal-juristisch keine andere Deutung zulassen, als die eines „Verzichtes“ auf die Gesetzesform.

Das Wesen des³³⁷⁶ konstitutionellen Rechtsstaates ist darin zu erblicken, daß seine ganze Tätigkeit, d. h. alle Handlungen, die als Staatsakte zu gelten haben, auf

| 554

¹⁾ a. a. O. S. 88.³³⁷⁴

³³⁷² «bestimmten eigenen Verhalten»] A₁ «bestimmten Verhalten»; A₂ «bestimmten eigenen Verhalten».

³³⁷³ «dann werden durch sie»] A₁ «dann statuiert sie»; A₂ «dann werden durch sie».

³³⁷⁴ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 88.

³³⁷⁵ «daß nach konstitutionellem Grundsatz *prinzipiell*»] A₁ «daß *prinzipiell*»; A₂ «daß nach konstitutionellem Grundsatz *prinzipiell*».

³³⁷⁶ «normierenden Rechtssatz haben. ... Das Wesen des» (69131–70629)] A₁ «normierenden Rechtssatz haben. Das letztere Problem bildet allerdings einen wesentlichen Bestandteil der Lehre vom Rechtssatz in seinem Verhältnis zur Lehre vom Gesetz im formellen u materiellen Sinne u zur Lehre von Gesetz u Verordnung. Darum muß [sic] schon an dieser Stelle gewisse Untersuchungsergebnisse vorweggenommen werden, deren ausführliche Darstellung einem späteren Kapitel vorbehalten sind.»] Das Wesen des»; A₂ «normierenden Rechtssatz haben. ... Das Wesen des».

Rechtssätzen beruhen; denn diese Rechtssätze sind ja – wie hier schon wiederholt betont wurde³³⁷⁷ – die einzigen Zurechnungsregeln, auf Grund deren eine menschliche Handlung nicht dem physisch Handelnden, sondern der Staatsperson zugerechnet werden kann. Diese Zurechnungsregel stellt sich dar als Urteil über einen bedingten Willen³³⁷⁸ des Staates. Die Voraussetzungen nun, deren Erfüllung notwendig ist, damit das bezügliche Urteil gefällt werden könne, die³³⁷⁹ Zurechnungsregel wahr sei, damit, bildlich gesprochen, der Wille des Staates entstehe, ein Rechtssatz zustande komme, sind in ihrer Gesamtheit der Gesetzgebungsprozeß. Der Wille des Staates, als dessen Realisierung sich die Exekutive, das ist der Inbegriff des staatlichen Handelns, darstellt, „entsteht“ nur im Wege der Gesetzgebung. In Gesetzesform muß jener bedingte Wille³³⁸⁰ des Staates erscheinen, der den Inhalt des Rechtssatzes bildet. Da die Rechtspflicht nur die subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes ist, muß jede Rechtspflicht in Gesetzesform statuiert sein.

Daß die Gesetzgebung als die einzige und ausschließliche Quelle des Staatswillens betrachtet werden muß, hat seinen Grund in der Notwendigkeit eines einheitlichen Staatswillens. Nähme man etwa neben der Gesetzgebung, d. i. dem Prozesse, der durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch entsteht, noch einen zweiten selbständigen und von dem ersteren unabhängigen Ausgangspunkt des³³⁸¹ Staatswillens an, etwa den Monarchen allein, dann wäre die Annahme einer einheitlichen Staatsperson mangels eines einheitlichen Staatswillens nicht möglich. Denn³³⁸², sind beide Willenszentren tatsächlich von einander unabhängig, ist die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Willensäußerungen gegeben und damit jede Konstruktion einer Staatsperson unmöglich. Glaubt man durch eine Kompetenzabgrenzung zwischen beiden Abhilfe schaffen zu können, so ist zu bemerken, daß darin eine arge Selbsttäuschung gelegen ist, da diese Abgrenzung von der einen der beiden Willensquellen ausgehen müßte, womit die Unabhängigkeit der anderen unvereinbar wäre.

Der Grundsatz, daß³³⁸³ alle Akte der Exekutive sich als Realisierung eines Rechtssatzes darstellen müssen, oder m. a. W. daß die ganze | Tätigkeit des konstitutionellen Staates eine gesetzmäßige sein muß, bezieht sich auf die richterliche wie auf die Verwaltungstätigkeit des Staates im engeren Sinne und betrifft in letzterer Hinsicht nicht nur die Verfügung³³⁸⁴, sondern auch die Verordnung. Das

| 556

³³⁷⁷ Vgl. oben S. 293–300, 318–321, 543 f., 571–573, 698.

³³⁷⁸ «einen bedingten Willen»] A₁ «einen Willen»; A₂ «einen bedingten Willen».

³³⁷⁹ «Urteil gefällt werden könne, die»] A₁ «Urteil, die»; A₂ «Urteil gefällt werden könne, die».

³³⁸⁰ «muß jener bedingte Wille»] A₁ «muß der Wille»; A₂ «muß jener bedingte Wille».

³³⁸¹ «Ausgangspunkt des»] A₁ «Ausgangspunkt (oder Endpunkte der Zurechnung!) des»; A₂ «Ausgangspunkt des».

³³⁸² «möglich. Denn»] A₁ «möglich. Dies zeigt sich schon dann sehr deutlich, wenn man bedenkt, das dasjenige was bildlich Quelle oder Ausgangspunkt des [bricht ab]»; A₂ «möglich. Denn».

³³⁸³ «Der Grundsatz, daß»] A₁ «Daß»; A₂ «Der Grundsatz Daß».

³³⁸⁴ «die Verfügung»] A₁ «die Regelung eines einzelnen Falles die [bricht ab]»; A₂ «die Verfügung».

konstitutionelle Prinzip, daß Verordnungen nur auf Grund von Gesetzen erlassen werden können, bedeutet tatsächlich, daß jede Verordnung nur eine „Ausführungs“verordnung ist¹⁾.

Da dem Gesetze im formellen Sinne jeder beliebige Inhalt gegeben werden kann, ist die Möglichkeit vorhanden, in Gesetzesform im einen oder anderen Falle die³³⁸⁶ sogenannte Bildung des Staatswillens wenigstens *materiell* anderen als den gesetzgebenden Faktoren zu übertragen. Man spricht in einem solchen Falle von einer Delegation. Diese liegt vor, wenn durch Gesetz ein exekutives Staatsorgan ermächtigt wird, durch einen spezifischen Verwaltungsakt: die Verordnung, sowohl den Inhalt als auch die Bedingungen eines Staatswillens festzusetzen. Wenn z. B. gesetzlich bestimmt wird, daß der Justizminister im Verordnungswege regeln solle, wie und unter welchen Umständen der Wucher zu bestrafen sei. In dieser formalgesetzlichen Delegation erblickt die herrschende Lehre den „Verzicht“ auf die Gesetzesform.

Fraglich³³⁸⁷ ist nun, wie das Verhältnis einer solchen delegierten Verordnung zu einem ermächtigenden Gesetze zu konstruieren ist. Ein doppelter Weg scheint sich zu eröffnen. Man kann – und das ist die übliche Art, das Problem zu lösen – die delegierte Verordnung dem Gesetze gleichsetzen, indem man sich auf die Tatsache stützt, daß beide den gleichen *Inhalt* haben können. Man kommt in Gemäßheit dieser Konstruktion zu dem Resultate, daß Rechtssätze sowohl durch Gesetz als auch durch delegierte Verordnung statuiert werden können, daß der Wille des Staates in beiden zur Entstehung kommt. Allein, bei einer solchen Konstruktion kommt das wesentlichste Moment in dem Verhältnis zwischen dem ermächtigenden Gesetze und der dieses Gesetz realisierenden Verordnung nicht zum Ausdruck: Die exekutive Natur der Verordnung in Beziehung auf das Gesetz, die Tatsache, daß die Verordnung ein Akt der Verwaltung ist und als solcher formell im Gegensatze zur Rechtsordnung steht, deren Vollziehung³³⁸⁸ nur die Verwaltung ist. Eine Verordnung, die Rechtssätze statuiert, wäre Rechtsordnung und Verwaltung zugleich, was in einem übertragenen Sinne soviel bedeutete, wie zugleich Ursache und Wirkung sein. *Es ist von höchstem begriffsökonomischen und systematisch-ästhetischen Werte*, die | Grenze zwischen Rechtsordnung und Verwaltung so zu ziehen, daß beide Begriffe einander ausschließen. Darum muß in dem vorliegenden Verhältnis zwischen delegierter Verordnung und ermächtigenden-

|557

|556

¹⁾ Vgl. die in ihrem Resultate hiermit übereinstimmenden Ausführungen *Haenels* a. a. O. S. 282 ff.³³⁸⁵

³³⁸⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 281–290.

³³⁸⁶ «Gesetzesform im einen oder anderen Falle die»] A₁ «Gesetzesform die»; A₂ «Gesetzesform im einen oder anderen Falle die».

³³⁸⁷ «bestrafen sei. ...»] Fraglich] A₁ «bestrafen sei. Fraglich»; A₂ «bestrafen sei. In dieser Delegation erblickt nun die herrschende Lehre den „Verzicht“ auf die Gesetzesform. Fraglich»; A₃ «bestrafen sei ...»] Fraglich».

³³⁸⁸ «Vollziehung»] A₁ «Verwirklichung»; A₂ «Vollziehung».

dem Gesetze das Schwergewicht auf das letztere gelegt werden. Dies geschieht dadurch, daß man die Bedeutung der gesetzlichen Ermächtigung oder Delegation in die Formel faßt: Der Staat will unter Umständen, die durch die Exekutive zu bestimmen sind, so handeln, insbesondere so strafen oder exequieren, wie es ebenfalls durch die Exekutive bestimmt werden wird. *Die gesetzliche Delegation bedeutet einen Blankettrechtssatz.*

Diesem gegenüber stellt sich die delegierte Verordnung lediglich als Exekutivakt, als Realisierung desselben dar. Indem sie das im Gesetze enthaltene Blankett ausfüllt, die Bedingungen und den Inhalt des *im Gesetze erscheinenden*³³⁸⁹ *Staatswillens* festsetzt, kann sie wohl *materiell* als „Erzeugerin“ dieses Willens gelten; allein, dieses Moment ist – wie ja schon früher wiederholt hervorgehoben – wegen seines materiellen Charakters für die juristische Konstruktion irrelevant. Formell – und das ist hier das Ausschlaggebende – müssen die durch die Verordnung geschaffenen Bestimmungen als im Gesetze enthalten gedacht werden, denn die Verordnung stellt sich formell nur als eine Ausfüllung des Gesetzesblankettes dar. Damit ist der Sitz aller Rechtssätze, die materiell ihren Inhalt von der delegierten Verordnung erhalten, formell in das ermächtigende Gesetz zu verlegen; durch das Gesetz werden die bezüglichen Rechtspflichten statuiert und nicht durch die Verordnung; und es³³⁹⁰ kann der Grundsatz aufrecht erhalten bleiben, *daß die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist.* Nur durch diese Konstruktion kommt die für die juristisch-formale Betrachtung wesentliche Tatsache zum Ausdrucke, daß eine Verordnung den Inhalt von Rechtssätzen nur im Rahmen eines Gesetzes feststellen kann^{1) 3391}.

¹⁾ Die im Texte durchgeführte Konstruktion ist nur eine Konsequenz des hier vertretenen spezifischen Begriffes der *Verwaltung*, deren formal-juristische Qualifikation in der Exekutive, der Vollziehung oder Realisierung der Rechtsordnung erkannt wurde. Auffallend ist, daß *Haenel*, zu dessen größten Verdiensten es gehört diesen Rechtsbegriff der Verwaltung richtig erfaßt zu haben, dennoch der sogenannten Rechtsverordnung oder, wie er sie nennt, der „gesetzvertretenden Verordnung“³³⁹² gegenüber seine Grundauffassung nicht ganz konsequent durchgeführt und sich so um die systematisch höchst wichtige Erkenntnis gebracht hat, daß das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist. Gerade daß er auch die sogenannte Rechtsverordnung dem Gesetze gegenüber nur³³⁹³ als „Ausführungsverordnung“³³⁹⁴ gelten ließ, hätte ihn veranlassen müssen, das formale Verhältnis zwischen dem delegierenden Gesetze und der „ausführenden“ Rechtsverordnung anders zu konstruieren als er dies getan hat, wenn er der Rechts[ver]ordnung dieselbe | Funktion zuweist wie dem Gesetze. Dies ist materiell richtig, aber formell falsch. Der Erkenntnis, daß die Rechtsverordnung nur den Inhalt dessen festsetzt, was formal schon das delegierende

| 557

| 558

³³⁸⁹ «*erscheinenden*»] A₁ «*statuiertem*»; A₂ «*erscheinendem*».

³³⁹⁰ «Damit ist ... und es!»] A₁ «Damit sind alle Rechtssätze, die materiell ihren Inhalt von der Verordnung erhalten, formell in das ermächtigende Gesetz zu verlegen; und es»; A₂ «Damit ist ... und es».

³³⁹¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

³³⁹² *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 282.

³³⁹³ «Rechtsverordnung dem Gesetze gegenüber nur»] A₁ «Rechtsverordnung nur»; A₂ «Rechtsverordnung dem Gesetze nur»; F* «Rechtsverordnung dem Gesetze gegenüber nur».

³³⁹⁴ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 282.

| Die herrschende Lehre bezeichnet Verordnungen, die Rechtssätze enthalten, als Rechtsverordnungen, zählt diese Verwaltungsakte der Rechtsordnung des Staates zu³⁴⁰² und setzt ihnen alle übrigen Verordnungen, die keine Rechtssätze enthalten, als Verwaltungsverordnungen im engeren Sinne entgegen. Während für die sogenannten Rechtsverordnungen eine gesetzliche Delegation gefordert wird, verzichtet man seltsamerweise auf eine solche bei den Verwaltungsverordnungen. Man betrachtet sie als Akte der „freien“ Verwaltung und begnügt sich, von ihnen zu verlangen, daß sie sich innerhalb der gesetzlichen Schranken halten. Die Unzulässigkeit dieser Konstruktion ist hier anläßlich der Kritik des Verwaltungsbegriffes dargetan worden.³⁴⁰³ An dieser Stelle sei noch bemerkt, daß es keinen Unterschied macht, ob die Verordnung auf Grund einer ausdrücklichen, für den speziellen Fall erteilten Delegation des Gesetzes erlassen wird oder sich auf eine allgemeine Ermächtigung stützt. Wenn *Anschütz* betont, daß für die Verordnungen des Monarchen, durch welche Ministerien errichtet werden, keine gesetzliche Delegation nachweisbar sei, daß diese Verordnungen „Akte der administrativen Organisa-

tion feststellt, oder mit anderen Worten, daß die Rechtsverordnung nur den Rahmen ausfüllt, der durch das delegierende Gesetz geschaffen ist, der Sitz der materiell durch die Rechtsverordnung geschaffenen Rechtssätze formell in dem delegierenden Gesetze ist – dieser Erkenntnis kam *Haenel* zum Greifen nahe. Er sagt a. a. O. S. 281:³³⁹⁵ „Die konstitutionelle Form des Gesetzes ist hier diesen³³⁹⁶ Verfassungen notwendig für Alles, was der staatlichen Regelung durch Rechtssätze fähig und bedürftig ist.“ Man sollte meinen, daß dieser Grundsatz nur mit anderen Worten sagt, was hier in dem Satze formuliert wurde: Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes. Allein³³⁹⁷, *Haenel* fügt hinzu: „Nur das Gesetz selbst kann eine Vertretung in dieser seiner Funktion anordnen“³³⁹⁸ und glaubt damit eine Ausnahme von dem ersteren Grundsatz ausgesprochen zu haben. Und doch zeigt gerade die von *Haenel* gewählte Terminologie, derzufolge die Rechtsverordnung das Gesetz *vertritt*, daß es formal-juristisch nicht befremdlich, sondern geradezu notwendig ist, die Funktion der Rechtsverordnung formal dem³³⁹⁹ *delegierenden Gesetze zuzurechnen, sowie man die Handlung des Stellvertreters auf Grund der von dem Vertretenen erteilten Vollmacht diesem letzteren zurechnet*. So wie kraft der erteilten Vollmacht für die formal-juristische Betrachtung nicht³⁴⁰⁰ der körperlich handelnde Stellvertreter sondern der Vertretene das bezügliche Rechtsgeschäft abschließt, so statuiert den Rechtssatz nicht die *Rechtsverordnung*, die auf Grund und in Ausführung des die Delegation enthaltenden Gesetzes die materiellen Bestimmungen enthält, sondern das *Gesetz*, das die Delegation, d. h. die Vollmacht erteilt.³⁴⁰¹

³³⁹⁵ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 281.

³³⁹⁶ «hier diesen»] *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 281: «hier, nach diesen».

³³⁹⁷ «des Rechtssatzes. Allein»] A «des Allein»; F* «des Rechtssatzes. Allein».

³³⁹⁸ *Haenel*, Gesetz (Anm. 2578), S. 281.

³³⁹⁹ «die Funktion der Rechtsverordnung formal dem»] A₁ «die formale Funktion der Rechtsverordnung dem»; A₂ «die Funktion der Rechtsverordnung formal dem».

³⁴⁰⁰ «Vollmacht für die formal-juristische Betrachtung nicht»] A₁ «Vollmacht nicht»; A₂ «Vollmacht für die formaljuristische Betrachtung nicht».

³⁴⁰¹ «so statuiert ... Vollmacht erteilt.»] A₁ «so statuiert [bricht ab]»; A₂ «so ist es nicht die Rechtsverordnung, die auf Grund und in Ausführung des die Delegation enthaltenen Gesetzes materiell [bricht ab]»; F* «so statuiert ... Vollmacht erteilt.»

³⁴⁰² «Rechtsordnung des Staates zu»] A₁ «Rechtsordnung zu»; A₂ «Rechtsordnung des Staates zu».

³⁴⁰³ Vgl. oben S. 709 Kelsen-Anm. 1 (711).

559 tionsgewalt des Monarchen“ seien,³⁴⁰⁴ so ist das zwar an sich richtig, aber es fehlt die juristische Konstruktion dieser Tatsachen! | Denn die administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im konstitutionellen Staate doch nur auf der Verfassung, dem Gesetze beruhen. Wenn der konstitutionelle Monarch Behörden errichten und abschaffen kann, ohne daß zu jedem dieser Organisationsakte eine besondere gesetzliche Ermächtigung nötig ist, so hat das darin seinen Grund, daß in der Verfassung, also in Gesetzesform ganz allgemein statuiert ist, daß der Monarch die Organisationsgewalt habe und organisatorische Verordnungen erlassen könne. Ohne eine solche allgemeine Bestimmung der Verfassung gäbe es keine bezügliche Kompetenz des Monarchen, weil es an einer Zurechnungsregel fehlte, derartige Akte des Monarchen als Staatsfunktion gelten zu lassen. Und diese allgemeine Delegation der Verfassung ist ihrem Wesen nach nicht verschieden von der speziellen gesetzlichen Delegation³⁴⁰⁵, auf der nach der herrschenden Lehre jede Rechtsverordnung beruhen muß, ist formell wesensgleich mit allen jenen gesetzlichen Bestimmungen, als deren Realisierung sich jeder Verwaltungsakt und daher auch jede Verordnung auszuweisen³⁴⁰⁶ hat.

Es ist somit die Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen insoferne abzulehnen, als der formelle Sitz des Rechtssatzes stets nur das Gesetz, niemals die Verordnung sein kann; zurückzuweisen³⁴⁰⁷ wäre hier aber auch die Konstruktion der herrschenden Lehre, derzufolge auch Verwaltungsverordnungen „Normen“, wenn auch keine Rechtssätze und dementsprechend Amtspflichten, wenn auch keine Rechtspflichten statuieren können. Wie ist aber dann das Verhältnis der organisatorischen Verwaltungsverordnungen zu den Amts- oder Organpflichten aufzufassen?

Die gesetzliche Delegation, deren vollkommenstes Beispiel im Vorhergehenden dargestellt wurde, muß nicht soweit gehen, daß sowohl die Bedingungen als auch der Inhalt des im Gesetze ausgesprochenen Staatswillens der Exekutive zur Bestimmung überlassen werden. Vielmehr kann im Gesetze der Rechtssatz in Bezug auf den Inhalt des staatlichen Willens, das „Was“ des Staatswillens vollständig ausgedrückt sein und nur die Bedingungen, an die dieser Staatswille geknüpft ist, der Festsetzung durch³⁴⁰⁸ Verwaltungsakte überlassen bleiben. Das auf die Rechtssatzformel reduzierte Gesetz lautet dann: Unter Umständen, die ein Exekutivorgan zu bestimmen hat, will der Staat diese (im Gesetze genau bezeichnete) Handlung vornehmen, insbesondere eine bestimmte Strafe oder Exekution verhängen. In diesem Falle ist es von vornherein jedem Zweifel entrückt, daß die Konstruktion

³⁴⁰⁴ Vgl. *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 75.

³⁴⁰⁵ «speziellen gesetzlichen Delegation»] A₁ «speziellen Delegation»; A₂ «speziellen gesetzlichen Delegation».

³⁴⁰⁶ «Verwaltungsakt ... auszuweisen»] A₁ «Verwaltungsakt auszuweisen»; A₂ «Verwaltungsakt u somit auch jede Verordnung auszuweisen».

³⁴⁰⁷ «kann; zurückzuweisen»] A₁ «kann; der Rechtssatz ausschließlich als Bestandteil der Rechtsordnung zu gelten hat [bricht ab]»; A₂ «kann; zurückzuweisen».

³⁴⁰⁸ «ist, der Festsetzung durch»] A₁ «ist, durch»; A₂ «ist, der Festsetzung durch».

als Sitz des Rechtssatzes das Gesetz und nicht den Verwaltungsakt annehmen muß. Hier ist es ohne weiteres klar, daß die mit dem Rechtssatze verbundene Rechtspflicht | nicht durch den Verwaltungsakt – sei es nun Verfügung oder Verordnung – sondern durch das Gesetz statuiert ist. Die rechtlich wesentliche Funktion des betreffenden Verwaltungsaktes besteht hier lediglich darin, *daß er die durch das Gesetz statuierte Rechtspflicht geltend macht.*

| 560

Solcher Art sind auch die organisatorischen Verwaltungsverordnungen! Sie enthalten generelle Vorschriften, Befehle an die Staatsorgane, indem sie bestimmte Geschäfte bestimmten Organen auftragen. Sie enthalten regelmäßig *nicht* die Statuierung der Disziplinarunrechtsfolge, die gewöhnlich in Gesetzesform erlassen wird. Wie immer dem aber auch sei, die Rechtspflicht der Staatsorgane – und eine andere Pflicht gibt es nicht – wird durch den Disziplinarrechtssatz statuiert, der stets *formell*, regelmäßig auch *materiell* im Gesetze enthalten, auf³⁴⁰⁹ die Rechtsatzformel reduziert, lautet: Wenn ein Organ sich nicht so verhält, wie es die kompetente Exekutivbehörde vorschreibt, so will der Staat bestimmte Unrechtsfolgen, die Disziplinarstrafen, verhängen. *Diese durch den Disziplinarrechtssatz statuierte Dienstpflicht der Staatsorgane ist es, die durch die organisatorischen Verordnungen, ebenso wie durch einen konkreten Dienstbefehl, geltend gemacht, aber nicht statuiert wird.*

Insoferne durch ein Gesetz lediglich Pflichten und Kompetenzen des Staates festgelegt werden, liegt noch keine Organisation vor. Die Sätze, die den Willen und die Pflicht des Staates ausdrücken, zu strafen, zu exequieren, Eisenbahnen zu bauen, Armenpflege zu unterhalten etc. sind keine Organisationsbestimmungen. Solche liegen erst in jenen Sätzen vor, welche bestimmen, durch welche Organe dieser Wille des Staates realisiert werden soll. Im konstitutionellen Staate ist das oberste Organ der Exekutive der Monarch. Das ist in der Verfassung ausdrücklich ausgesprochen. Und dieses Prinzip, *daß* der Staat durch den Monarchen und die ihm unterordneten Staatsorgane handeln will, wäre allein schon genügend, um auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zur Organisation diese Funktion, das „Wie“ der gesamten Staatstätigkeit zu bestimmen, als in³⁴¹⁰ der Kompetenz des Monarchen stehend zu erkennen. Mangels besonderen gesetzlichen Vorbehaltes, durch den für gewisse Organisationen ein spezielles Gesetz gefordert wird, kann die Exekutive mit dem Monarchen an der Spitze Behörden schaffen und verändern, deren Kompetenz abgrenzen und inhaltlich bestimmen, indem sie jedem einzelnen Organe die Realisierung eines bestimmten Teiles des im Gesetze ausgesprochenen Staatswillens zuweist.

³⁴⁰⁹ «der stets *formell*, regelmäßig auch *materiell* im Gesetze enthalten, auf»] A₁ «der direkt oder indirekt im Gesetze auf»; A₂ «der stets *formell*, regelmäßig und im Gesetze enthalten auf»; F* «der stets *formell*, regelmäßig auch *materiell* im Gesetze enthalten, auf». – Das ohne Einfügezeichen am Seitenrand des Autographen notierte: «(dem Inhalte nach durch speziell oder allgemein delegierte Verordnung)» wurde in A₂ wieder gestrichen.

³⁴¹⁰ «Funktion ... als in»] A₁ «Funktion in»; A₂ «Funktion das „Wie“ der gesamten Staatstätigkeit zu bestimmen in».

| 561 Durch die hier vollzogene Konstruktion ist die unsinnige Unterscheidung zwischen Rechtssätzen und staatlichen „Normen“, die keine Rechtssätze sind, und die damit zusammenhängende Distinktion zwischen Rechtspflichten und rechtlich irgendwie relevanten Pflichten, die aber keine Rechtspflichten sind, überflüssig geworden. Es ist aber auch die geradezu groteske Konsequenz der herrschenden Theorie vermieden, in jedem konkreten Dienstbefehl, etwa in der Anordnung des Amtsvorstandes an den Amtsdienner, das Amtlokal zu heizen, eine pflichtstatuierende „Norm“ zu erblicken. Wenn sich *Anschutz* dagegen verwehrt, in solchen Dienstbefehlen Rechtssätze zu erblicken,³⁴¹¹ so ist ihm beizustimmen, allein er macht es nicht viel anders, wenn er solche Befehle als staatliche „Normen“ gelten läßt, durch die irgendeine rechtlich relevante Pflicht entsteht. Denn auch durch diesen Dienstbefehl wird – nicht anders als durch eine generelle Verordnung – die schon bestehende, durch das Gesetz, resp. den darin formell enthaltenen³⁴¹² Disziplinarrechtssatz statuierte Dienstpflicht des Organes geltend gemacht und nicht erst geschaffen. Darum ist auch ein solcher Dienstbefehl kein Rechtssatz und keine rechtlich relevante staatliche „Norm“, was dasselbe ist.

Die Dienstpflicht der Staatsorgane ist eine sogenannte Blankettpflicht und der sie statuierende Rechtssatz ein Blankettrechtssatz: Er verpflichtet unter Disziplinarstrafsanktion das Staatsorgan zu jenem Verhalten, das auf Grund der öffentlichen Anstellung innerhalb des von der kompetenten vorgesetzten Behörde festgesetzten Dienstkreises durch generelle Verordnung oder individuelle Verfügung gefordert wird.

Ebenso wie der an Staatsorgane gerichtete Verwaltungsbefehl, so statuiert der an die übrigen Untertanen gerichtete Verwaltungsakt, der ein bestimmtes Verhalten der Adressaten fordert, keine Rechtspflicht, sondern macht nur eine schon bestehende Rechtspflicht geltend. Es wäre freilich verfehlt, wollte man annehmen, daß in dem Befehle des Polizeiorganen an das Publikum eine Pflichtstatuierung und daher eine Norm gelegen sei. Nicht der Schutzmann schafft die im Augenblicke des Befehles existente Pflicht „auseinanderzugehen“, sondern die Rechtspflicht, sich zu entfernen – und eine Rechtspflicht ist dies, da eine andere Pflicht für den Juristen unvorstellbar ist – erwächst für jeden einzelnen aus der Rechtsordnung und zwar aus dem die allgemeine Gehorsamspflicht des Untertanen gegenüber der Verwaltung statuierenden Rechtssatz: Wenn jemand dem unter gewissen Umständen erfolgten Befehle eines bestimmten Verwaltungsorganes nicht Folge leistet, will der Staat ihn strafen. Nicht der Staat als Verwalter, in einer Eigenschaft, in der er selbst Rechtspflichtsubjekt³⁴¹³ und somit allen anderen Pflichtsubjekten koordiniert | ist, nicht der Staat in der Person des Schutzmannes statuiert die Rechtspflicht des Untertanen, dem Polizeibefehle zu gehorchen, sondern der Staat als Rechtsordnung, richtiger, die Rechtsordnung selbst (da der Staat

³⁴¹¹ Vgl. *Anschutz*, Studien (Anm. 2506), S. 15 – vgl. oben S. 662.

³⁴¹² «darin formell enthaltenen»] A₁ «darin enthaltenen»; A₂ «darin formell enthaltenen».

³⁴¹³ «Rechtspflichtsubjekt»] A₁ «Pflichtsubjekt»; A₂ «Rechtspflichtsubjekt».

als Träger der Rechtsordnung eine rechtliche Personifikation³⁴¹⁴ nicht zuläßt). Der Befehl des Schutzmannes kommt nur als Voraussetzung in Betracht, an die der Rechtssatz den die Rechtspflicht sanktionierenden Willen des Staates, die Rechtspflicht der Untertanen knüpft. Die Verwaltung macht nur die von der Rechtsordnung geschaffene Gehorsampflcht der Untertanen geltend. Es ist der Irrtum der Imperativtheorie, die das Wesen der verpflichtenden Norm in der Befehlsform erblickt, die im Rechtssatze einen auf das rechtmäßige Verhalten der Pflichtsubjekte gerichteten Willen des Staates sieht, in den Befehlen der Verwaltung „Normen“ zu vermuten und durch solche Befehle Pflichten statuieren zu lassen. Die allgemeine Gehorsampflcht der Untertanen ist das Korrelat der allgemeinen Dienstpflicht der Staatsorgane. Wie diese, so ist auch jene eine Blankettpflicht, der bezügliche Rechtssatz, sowie der Disziplinarrechtssatz, ein Blankettpflichtgesetz. In der Rechtsordnung selbst ist ihm noch kein konkreter Inhalt gegeben, kein bestimmtes Handeln oder Unterlassen dem Subjekte materiell vorgeschrieben. Einen bestimmten Inhalt erhält die Gehorsampflcht des Untertanen erst durch den jeweiligen Befehl der Verwaltungsbehörde, wobei es wieder keinen Unterschied macht, ob dieser Verwaltungsakt eine individuelle Verfügung³⁴¹⁵ oder eine generelle Verordnung ist¹⁾.

Gegen die in den bisherigen Ausführungen durchgeführte Konstruktion, welche die organisatorischen Verordnungen³⁴²⁰, wie überhaupt alle Verwaltungsakte, nur als Geltendmachung, nicht als Statuierung von Rechtspflichten erscheinen läßt und darum in diesen Bestimmungen keine Rechtssätze anerkennt, könnte von einem nicht rein formal-juristischen Standpunkte aus eingewendet werden, daß

¹⁾ Der³⁴¹⁶ hier durchgeführten Konstruktion scheint *Anschütz*, der³⁴¹⁷ typische Vertreter der herrschenden Lehre, trotz deren so abweichenden Konsequenzen von vornherein nicht allzuferne gestanden zu sein. Er sagt nämlich a. a. O. S. 71:³⁴¹⁸ „Wenn die Autorität der Rechtsnormen aus ihrem Wesen selbst folgt und jedermann, den es angeht, den Rechtsnormen Gehorsam leisten muß, so folgt der Umstand, daß einer Verwaltungsnorm gehorcht werden muß, nicht direkt aus ihrer Natur, sondern indirekt, vermittelt des Rechtssatzes, daß die Verwaltung bezüglich ihrer Anordnungen das Recht auf Gehorsam hat; diesem Rechte entspricht einerseits die Dienstpflicht der Beamten, andererseits die allgemeine Gehorsampflcht des Staatsbürgers.“ Wenn aber *Anschütz* die Dienstpflicht der Beamten wenigstens „indirekt“ auf³⁴¹⁹ einem Rechtssatze beruhen läßt, bleibt es unbegreiflich, weshalb | er die Amtspflichten nicht als Rechtspflichten, aber noch unbegreiflicher, weshalb er die Organe nicht als Rechtssubjekte gelten läßt! Der Widerspruch zwischen Voraussetzung und Konsequenz ist klar! |

³⁴¹⁴ «eine rechtliche Personifikation»] A₁ «eine Personifikation»; A₂ «eine rechtliche Personifikation».

³⁴¹⁵ «eine individuelle Verfügung»] A₁ «eine Verfügung»; A₂ «eine individuelle Verfügung».

³⁴¹⁶ «Der»] A₁ «Daß die herrschende Lehre, daß insbesondere der hier zitierte typische Vertreter derselben *Anschütz*, in so schroffem Gegensatze zu der oben durchgeführten Konstruktion steht, ist umso verwunderlicher, als [bricht ab]»; A₂ «Der».

³⁴¹⁷ «scheint *Anschütz*, der»] A₁ «scheint der»; A₂ «scheint *Anschütz* der».

³⁴¹⁸ *Anschütz*, Studien (Anm. 2506), S. 71.

³⁴¹⁹ «Beamten wenigstens „indirekt“ auf»] A₁ «Beamten auf»; A₂ «Beamten wenigstens „indirekt“ auf».

³⁴²⁰ «Verordnungen»] A₁ «Bestimmungen»; A₂ «Verordnungen».

derjenige, der den Inhalt einer Rechtspflicht bestimmt, dieselbe nicht nur geltend mache, sondern auch schaffe. Man könnte – wie ja schon oben angedeutet¹⁾ – mit Berücksichtigung des materiellen Momentes in der Ausfüllung des Blankettrechtssatzes, in der Feststellung der Bedingungen, an die sich der staatliche Wille zur Unrechtsfolge knüpft, die „Bildung“ des Staatswillens sehen und die „erzeugenden“ Faktoren als Ausgangspunkt der Norm und Verpflichtung gelten³⁴²² lassen. Die Unzulässigkeit dieser Konstruktion aus allgemein methodischen Gründen wurde bereits dargetan.³⁴²³ Hier soll sie überdies durch eine Analogie aus dem Privatrechte ad absurdum geführt werden, die umso bedeutungsvoller ist, als sie einen tiefen Einblick in das Verhältnis³⁴²⁴ von Rechtsordnung und Verwaltung bietet.

Der Fall eines Blankettrechtssatzes und einer Blankettrechtspflicht ist auch im Privatrechte sehr häufig. Das bürgerliche Gesetzbuch – in der für den Rechtssatz notwendigen Verbindung mit der Exekutionsordnung – setzt den Inhalt der zivilen Rechtspflicht in der Regel nicht fest, sondern überläßt die Bestimmung derselben der Parteiwillkür. Was der A dem B rechtlich zu leisten verpflichtet ist, hängt in vielen Fällen von dem Übereinkommen zwischen beiden ab. Der Rechtssatz, auf Grund dessen der Schuldner dem Gläubiger 1000 als empfangenes Darlehen zu retournieren verpflichtet ist, ist ein Blankettrechtssatz und lautet: Wenn jemand eine Quantität vertretbarer Sachen mit dem Versprechen empfangen hat, eine gleiche Quantität derselben Qualität zurückzugeben, und wenn der Darlehensempfänger diese Schuld nicht retourniert, dann will der Staat auf Klage des Gläubigers exequieren. Das Substrat der Rechtspflicht, die pflichtmäßig zurückzuerstattende Summe, wird³⁴²⁵ im konkreten Falle von den Parteien bestimmt. Sie füllen den Blankettrechtssatz aus, geben der Blankettrechtspflicht einen bestimmten Inhalt. Zur vollkommenen Deutlichkeit gelangt die Analogie bei einer Parallele zwischen der öffentlichen Organpflicht und der privaten Dienstpflicht. Man darf nicht in Zweifel ziehen, daß die nach geschlossener *locatio conductio operarum*³⁴²⁶ bestehende Dienstpflicht des Arbeitnehmers auf dem Gesetze, dem bürgerlichen Gesetzbuche beruht. Die Verpflichtung des Arbeiters, die im Rahmen des Dienstvertrages erteilten Aufträge auszuführen, wie es der Arbeitgeber vorschreibt, ist Rechtspflicht, denn die Nichtbefolgung ist Kontraktbruch und durch die zivilen Unrechtsfolgen sanktioniert. Niemand darf annehmen, der Arbeitgeber sei es, der den Arbeiter verpflichtet, dessen Dienstpflicht statuiert. Das ist hier schon deshalb unmöglich, weil dann mit demselben Rechte auch der Arbeiter

¹⁾ Vgl. oben S. 549f.³⁴²¹

³⁴²¹ Vgl. oben S. 700–702.

³⁴²² «Faktoren ... gelten»] A₁ «Faktoren als normierende und verpflichtende Komp[etenz] gelten»; A₂ «Faktoren ... gelten».

³⁴²³ Vgl. oben S. 700–703.

³⁴²⁴ «das Verhältnis»] A₁ «das rechtliche Verhältnis»; A₂ «das Verhältnis».

³⁴²⁵ «Rechtspflicht ... wird»] A₁ «Rechtspflicht wird»; A₂ «Rechtspflicht ... wird».

³⁴²⁶ Lat.: *locatio conductio operarum*; dt.: Dienstvertrag.

selbst als derjenige bezeichnet | werden könnte, der seine Dienstpflicht statuierte, also Selbstverpflichtung vorläge, was widersinnig ist. Vielmehr ist es zweifellos und nach einzig korrektem Sprachgebrauche das Gesetz, welches den Dienstnehmer verpflichtet, alle Aufträge des Dienstgebers im Rahmen des Vertrages auszuführen. Der Dienstgeber, der einen konkreten Auftrag erteilt, macht nur die durch das Gesetz geschaffene Rechtspflicht des Arbeitnehmers für die konkrete Verrichtung geltend; genau so wie der Verwaltungsbefehl oder die Verwaltungsverordnung die Dienstpflicht des Organes geltend macht.

|564

Nähme³⁴²⁷ man an, daß es der Arbeitsherr sei, der mit jedem Auftrage eine Pflicht des Arbeiters schafft – sowie manche annehmen, daß es die Exekutive sei, die mit ihren Verfügungen oder Verordnungen die Pflicht des Organes zur anbefohlenen Dienstleistung statuiert – bedeutete dies eine Gleichstellung des *dem Gesetze* ebenso wie der Arbeiter *unterworfenen* Arbeitgebers ebendiesem Gesetze. (So wie es eine Gleichstellung der Verwaltung mit der Rechtsordnung bedeutet, wenn man durch Verwaltungsakte Rechtspflichten statuieren läßt. Beispiel: die Rechtsverordnung der herrschenden Lehre). Man müßte annehmen, der Wille des Arbeitsherrn sei dem Willen des Staates in der Rechtsordnung dadurch gleichgestellt, daß der Staat in der Rechtsordnung von vornherein als seinen Willen oder als die Bedingungen seines Willens erklärt, was der Arbeitsherr innerhalb gewisser Grenzen wolle. Und diese Konstruktion müßte analog in allen jenen Fällen angewendet werden, in denen der konkrete Inhalt der Rechtspflicht nicht schon durch das Gesetz selbst, sondern erst durch Parteiwillkür festgesetzt wird. Eine³⁴²⁸ solche Konstruktion ist zu verwerfen, weil sie jede Grenze³⁴²⁹ zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem Willen der der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte verwischt. Tatsächlich ist auch eine solche Auffassung des Parteiwillens³⁴³⁰ im Verhältnis zu der Rechtsordnung auf dem Gebiete des Privatrechtes niemals ernstlich vertreten worden. Allein, in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung nimmt der Staat als Subjekt von Pflichten und Rechten, der Staat als Subjekt der Verwaltung, prinzipiell die gleiche Stellung ein, wie alle übrigen Personen, denen er gerade in dieser Relation koordiniert, nicht übergeordnet ist. Das ist die nicht abzuweisende Konsequenz jener Theorie, die sich bemüht, den Staat rechtlich, d. h. als Rechts- und Pflichtsubjekt, als Person zu erfassen. Darum ist es ebenso unzulässig, dem Staat als Verwalter, wenn er einen spezifischen Verwaltungsakt – sei es Verfügung oder Verordnung – setzt, die Fähigkeit, Pflichten zu statuieren zuzuerkennen, die nur der Rechtsordnung zukommt, wie es widersinnig wäre, irgendeine zivile Rechtspflicht nicht durch | das Gesetz, sondern durch eine der vertragschließenden Parteien statuieren zu lassen.

|565

³⁴²⁷ «geltend; genau ... [Nähme] A₁ «geltend. [Nähme]; A₂ «geltend; genau... [Nähme]».

³⁴²⁸ «wird. Eine»] A₁ «wird – und hieße nichts anderes als die Parteiwillkür [bricht ab]»; A₂ «wird. Eine».

³⁴²⁹ «jede Grenze»] A₁ «jeden Unterschied»; A₂ «jede Grenze».

³⁴³⁰ «des Parteiwillens»] A₁ «der Privatwillkür»; A₂ «des Parteiwillens».

Wie dem privaten Arbeitsgeber die vom Gesetze ohne konkreten Inhalt gelassene, rein formale Dienstpflicht des Arbeitnehmers zur Verfügung steht, um ihr im Rahmen des Vertrages einen Inhalt zu geben, so hat die Verwaltung die vom Gesetze inhaltlos gelassene, rein formale Blankettpflicht der Staatsorgane innerhalb der Grenzen der staatlichen Kompetenz, soweit es die Ausführung des in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillens erfordert, mit³⁴³¹ einem Inhalt zu erfüllen, geltend zu machen. Keine andere Bedeutung haben organisatorische Verordnungen³⁴³², deren von der herrschenden Lehre anerkannter rein administrativer Charakter gerade hierin zum Ausdruck kommt. Nur durch Ausfüllung der rein formalen Blankettdienstpflichten seiner Angestellten erfolgt – auch in Form genereller Verordnungen – die Organisation eines großen Privatunternehmens. Und die organisierende, verordnende, administrative Tätigkeit der Staatsperson als Verwalter ist ihrer rechtlichen Natur nach keine andere. Nur daß man dabei den wesentlichen Unterschied im Auge behalten muß, daß die Privatpersonen [bei] dieser³⁴³³ administrativen Tätigkeit tatsächlich „innerhalb der gesetzlichen Schranken“ frei³⁴³⁴, d. h. nur an die Zustimmung der mitkontrahierenden Partei gebunden sind und nur nicht gegen die bestehenden Gesetze verstoßen dürfen, während der Staat, resp. die Staatsorgane an die Schranken der Gesetze gebunden sind, indem sie zu jeder Aktion, zu jeder Bestimmung in einer Verordnung der gesetzlichen Grundlage bedürfen, da ihre gesamte Tätigkeit nur als Realisierung eines in der Rechtsordnung schon ausgesprochenen Staatswillens erscheinen kann.

Kurzer Erörterung bedarf noch die Frage, welche Bedeutung organisatorische Bestimmungen in Gesetzesform haben. Die herrschende Lehre ist – wie aus den früher angeführten Zitaten *Anschütz'* hervorgeht³⁴³⁵ – der Ansicht, daß die Aufnahme in ein formelles Gesetz nicht geeignet ist, den³⁴³⁶ organisatorischen Bestimmungen den spezifischen Charakter von Verwaltungsakten zu nehmen. Die herrschende Lehre erblickt auch in Gesetzesform tragenden organisatorischen Bestimmungen keine Rechtssätze. Dieses Resultat ist folgerichtig aus der Grundanschauung entwickelt, welche die *Jellinek-Anschütz'sche* Theorie bezüglich des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verwaltung vertritt. Vom Standpunkte der hier akzeptierten Konstruktion findet die aufgeworfene Frage folgende Lösung. Da durch die organisatorischen Vorschriften nur die Bedingungen festgestellt werden, an die sich der Wille des Staates knüpft, der den Inhalt des die Organpflichten statuierenden Rechtssatzes bildet, ist es von vornherein ausgeschlossen, solche

|566

³⁴³¹ «Kompetenz ... mit»] A₁ «Kompetenz dh. nur insoweit mit»; A₂ «Kompetenz es die Ausführung des in der Rechtsordnung enthaltenen Staatswillens erfordert, mit»; F* «Kompetenz ... mit».

³⁴³² «Verordnungen»] A₁ «Bestimmungen»; A₂ «Verordnungen».

³⁴³³ «Privatpersonen [bei] dieser»] A₁ «Privatpersonen bei der Geltendmachung dieser»; A₂ «Privatpersonen bei dieser».

³⁴³⁴ «tatsächlich ... frei»] A₁ «tatsächlich frei»; A₂ «tatsächlich ... frei».

³⁴³⁵ Vgl. oben S. 690 f.

³⁴³⁶ «Gesetz nicht geeignet ist, den»] A₁ «Gesetz den»; A₂ «Gesetz nicht geeignet ist den».

Bestimmungen als Rechtssätze gelten zu lassen. In diesem negativen Endresultate ist also der herrschenden Lehre beizupflichten. Allein, nicht in der Begründung. Denn ein Gesetz, das organisatorische Bestimmungen enthält, kann – wie jedes Gesetz im formellen Sinne – niemals als Verwaltungsakt angesehen werden. Ein Verwaltungsakt ist als Funktion der Exekutive nur als Tätigkeit von Staatsorganen denkbar; die Legislative ist jedoch – wie früher dargetan³⁴³⁷ – niemals als Staatsfunktion und die an der Legislative beteiligten Menschen darum niemals als Staatsorgane zu erkennen. Für die juristische Konstruktion kommt das „Gesetz“ überhaupt nicht als Funktion oder Tätigkeit, d. h. also genetisch in Betracht, sowie dies bei den Verwaltungsakten, den Entscheidungen, Verfügungen und Verordnungen der Exekutive einschließlich der Rechtssprechung³⁴³⁸ der Fall ist; es gibt m. a. W. im Rahmen der juristischen Konstruktion keine staatliche Tätigkeit der „Gesetzgebung“, die der Tätigkeit der Verwaltung analog wäre. In den Bereich der Rechtserkenntnis tritt das Gesetz erst als fertiges Faktum, gleichsam als das Endprodukt einer Tätigkeit – nicht diese Tätigkeit selbst, weil diese nicht als solche der Staatsperson zugerechnet werden kann³⁴³⁹. Darum ist die Vorstellung von Verwaltungsakten in Gesetzesform widersinnig.

Wenn in organisatorischen Bestimmungen, die in Gesetzesform erscheinen, keine Rechtssätze erblickt werden können, so ist dies deshalb der Fall, weil und insofern diese Bestimmungen nur³⁴⁴⁰ einen Teil jener Elemente enthalten, die zu den wesentlichen Bestandteilen des Rechtssatzes gehören. Denn sie statuieren nur die Bedingungen eines³⁴⁴¹ Staatswillens, nicht diesen Willen selbst. Es sind – wenn der Terminus erlaubt ist – unvollständige Rechtssätze oder Bestandteile von solchen. Nur zusammen mit den Disziplinarstrafbestimmungen bilden sie Rechtssätze und statuieren Rechtspflichten; ebenso wie die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches nur zusammen mit den die zivile Unrechtsfolge statuierenden Vorschriften der Exekutionsordnung Rechtssätze und Rechtspflichten normieren.

Wendet man ein, daß es materiell keinen Unterschied mache, ob organisatorische³⁴⁴² Bestimmungen in Gesetzform oder als Verordnung erscheinen, da in beiden Fällen der gleiche Zweck erfüllt werde, so ist zu entgegnen, daß diese Tatsache zwar richtig ist, für die juristische Konstruktion aber nicht maßgebend sein kann, da diese nur das formale, nicht das materielle (Zweck-)Moment zu berücksichtigen hat. Gesetz und Verwaltungsakt kommen nur in ihrer formalen Qualität in Betracht und nur in dieser formalen Relation lassen sie sich unterscheiden.

³⁴³⁷ Vgl. oben S. 565 Anm. 1, 581 f. Anm. 1, 609–612, 626–628, 638.

³⁴³⁸ «Verwaltungsakten ... Rechtssprechung»] A «Verwaltungsakten – den Verfügungen und Verordnungen der Exekutive oder der Rechtssprechung»; F* «Verwaltungsakten ... Rechtssprechung».

³⁴³⁹ «als solche der Staatsperson zugerechnet werden kann»] A₁ «als eine Tätigkeit der Staatsperson gelten kann»; A₂ «als solche der Staatsperson zugerechnet werden kann».

³⁴⁴⁰ «Bestimmungen nur»] A₁ «Bestimmung ihrem Inhalte nach nur»; A₂ «Bestimmungen nur».

³⁴⁴¹ «Bedingungen eines»] A₁ «Bedingungen nicht den Inhalt eines»; A₂ «Bedingungen eines».

³⁴⁴² «daß es ... organisatorische»] A₁ «daß organisatorische»; A₂ «daß es ... organisatorische».

|II. Abteilung.

Das subjektive Recht.

A. Der Begriff des subjektiven Rechtes.

XXII. Kapitel.

Die Interessentheorie.

Nachdem im vorhergehenden³⁴⁴³ der Nachweis erbracht wurde, daß die Annahme von Organpflichten, die nicht Rechtspflichten der Staatsperson sind, eine Notwendigkeit juristischer Konstruktion ist, und damit die selbständige Pflicht-Subjektivität und Rechts-Persönlichkeit³⁴⁴⁴ der Staatsorgane außer Zweifel gesetzt wurde, kann im folgenden das Problem der Organstellung von der Seite des subjektiven Rechtes her untersucht, d. h. die Frage aufgeworfen werden, ob Staatsorganen subjektive Rechte, Organrechte, zukommen und ob Staatsorgane auch als Subjekte von solchen Rechten³⁴⁴⁵ Rechtssubjekte, d. h. Personen im Rechtssinne sind. Damit ist diesen Untersuchungen die Gelegenheit gegeben, zu dem Begriffe des subjektiven Rechtes Stellung zu nehmen. Im Sinne der Gesamtkonstruktion des hier durchgeführten Systems ist somit zur Aufgabe gemacht, das subjektive Recht – ebenso wie vordem die subjektive Pflicht – aus dem objektiven Rechtssatz abzuleiten. Ist früher gezeigt worden, welches die Formel ist, nach der die Subjektivierung des objektiven Rechtssatzes zur Rechtspflicht eines bestimmten Subjektes vor sich geht, wie ein Rechtssatz der objektiven Ordnung gerade zu *meiner* Pflicht wird,³⁴⁴⁶ so ist nunmehr darzutun, wie die allgemeine Rechtsordnung eines³⁴⁴⁷ bestimmten einzelnen subjektives Recht statuiert, wie der Rechtssatz *mein* Recht bedeuten kann. Nur so und nicht anders kann die auf das sogenannte subjektive Recht gerichtete Fragestellung lauten, wenn man das subjektive Recht ebenso wie die subjektive Pflicht als etwas nur durch die objektive Rechtsordnung Statuiertes erkennt – also in beiden nur eine subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes

³⁴⁴³ Vgl. oben S. 663–687.

³⁴⁴⁴ «die selbständige Pflicht-Subjektivität und Rechts-Persönlichkeit»] A₁ «die Rechtspflicht-Persönlichkeit»; A₂ «die selbständige Pflicht-Subjektivität und Rechts-Persönlichkeit».

³⁴⁴⁵ «von solchen Rechten»] A₁ «von Rechten»; A₂ «von solchen Rechten».

³⁴⁴⁶ Vgl. oben S. 474–511.

³⁴⁴⁷ «wie die allgemeine Rechtsordnung eines»] A₁ «wie ein objektiver Rechtssatz eines»; A₂ «wie die allgemeine Rechtsordnung eines».

erblickt und die naturrechtliche Anschauung verwirft, die Recht und Pflicht als | etwas von der Rechtsordnung unabhängig Existentes³⁴⁴⁸, durch die Rechtssätze lediglich Geschütztes oder Garantiertes gelten läßt.

Man begeht gewiß keine Übertreibung, wenn man behauptet, daß von allen juristischen Grundbegriffen gerade³⁴⁴⁹ der des subjektiven Rechtes in der theoretischen Literatur der am meisten erörterte ist. Ja, es hat dieser Begriff das wissenschaftliche Interesse in einem solchen Maße für sich in Anspruch genommen, daß der ihm gleichgeordnete Begriff der subjektiven Pflicht von der Theorie fast ganz vernachlässigt wurde. Diese – hier schon früher hervorgehobene³⁴⁵⁰ – Tatsache findet ihren schärfsten Ausdruck durch den in der herrschenden Theorie allgemein üblichen und auch in der vulgären Praxis gehandhabten Sprachgebrauch, demzufolge als „Recht im subjektiven Sinne“ ausschließlich und allein die Berechtigung verstanden wird. Nur für diese, nicht die einzige und auch nicht die wesentliche oder notwendige subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes wird ein Terminus gebraucht, der seinem Wortlaute nach vor allem auf die subjektive Rechtspflicht Anwendung zu finden hätte, die – wie bereits früher dargetan³⁴⁵¹ – in erster Linie als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes – d. h. als Recht im subjektiven Sinne – zu gelten hat.

Der Ursprung dieses *Sprache*gebrauches, der von der einschneidendsten und folgeschwersten Rückwirkung auf die juristische *Begriffsbildung* war, führt bis zu den Anfängen der neueren juristischen Theorie überhaupt: bis auf die Naturrechtslehre zurück. Schon die Vertreter dieser heute zwar verlassenen, tatsächlich aber noch vielfach fortwirkenden, lange nicht überwundenen Richtung haben „subjektives Recht“ und „Berechtigung“ schlechthin identifiziert und dem Begriffe der Rechtspflicht durchaus nicht jene Stellung eingeräumt, die ihm im Systeme der Rechtsbegriffe gebührt. Schon auf diese ersten Begründer einer allgemeinen³⁴⁵² Rechtsspekulation ist zurückzuführen, daß es überhaupt an einem selbständigen Worte fehlt, mit dem die neben der subjektiven Pflicht mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes oder objektiven Rechtes, das, was man als „Berechtigung“ versteht, bezeichnet würde, daß die heutige Terminologie mit dem gleichen Worte „Recht“ sowohl den objektiven Rechtssatz als auch die eine seiner beiden subjektiven Erscheinungsformen charakterisiert – ein Sprachzustand, der zweifellos daran die Schuld trägt, daß man auch heute das mit „Recht“ Bezeichnete als³⁴⁵³ die einzige subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes erkennt und beachtet, die andere aber: die subjektive Pflicht, ignoriert.

³⁴⁴⁸ «Rechtsordnung unabhängig Existentes»] A₁ «Rechtsordnung Verschiedenes unabhängig existentes»; A₂ «Rechtsordnung Unabhängig Existentes».

³⁴⁴⁹ «allen juristischen Grundbegriffen gerade»] A₁ «allen Grundbegriffen das subjektive [bricht ab]»; A₂ «allen juristischen Grundbegriffen gerade».

³⁴⁵⁰ Vgl. oben S. 436.

³⁴⁵¹ Vgl. oben S. 435, 663–665.

³⁴⁵² «einer allgemeinen»] A₁ «einer juristischen allgemeinen»; A₂ «einer allgemeinen».

³⁴⁵³ «das mit „Recht“ Bezeichnete als»] A₁ «das „Recht“ als»; A₂ «das mit „Recht“ Bezeichnete als».

|569

Der Sprachgebrauch der Naturrechtslehre mag seine Erklärung | vornehmlich in historisch-psychologischen Momenten finden. Man vergegenwärtige sich, daß diese Theorie zur Zeit des absoluten Polizeistaates entstand und nicht zum geringsten als politische Reaktion gegen diesen zu verstehen ist, ja, ihrer ganzen Struktur nach – wie heute allgemein zugegeben – mehr einen materiell-ethischen³⁴⁵⁴ als formal-juristischen Charakter hat. Dem tief in das Privatleben eingreifenden, das Individuum mit einem dichten Netz von Verboten und Geboten fesselnden Staate galt es mit einem politischen Postulate entgegenzutreten, das sich in das Gewand der Theorie kleidete, daß der Mensch von Natur aus, im vorstaatlichen Zustande „frei“ sei, daß der Staat ihn dieser Freiheit zum großen Teile beraube³⁴⁵⁵ und diesen Raub nur dadurch rechtfertigen könne, daß er den Rest der Freiheit *schütze*. Nur der eminent ethisch-politische Charakter der Naturrechtslehre macht es begreiflich, daß diese – im Grunde gegen den Staat und dessen Recht gerichtete – Theorie als „Recht“ oder „natürliches Recht“ jene³⁴⁵⁶ angeborene, vor- oder außerstaatliche *Freiheit* bezeichnete, die durch den Staat und dessen Recht gefährdet war, durch diese Faktoren nicht etwa geschaffen, sondern nur eingeschränkt werden konnte. Der Begriff des „Naturrechtes“ ist von vornherein ein subjektiver und steht seiner Natur nach in einem bewußten *Gegensatz* zu dem, was in der modernen Rechtslehre ausschließlich und allein als „Recht“ im objektiven oder subjektiven Sinne gelten kann: dem *positiven* Rechte.

Es ist eine in der Geschichte der Wissenschaften keineswegs vereinzelte Erscheinung, daß ein Terminus so sehr seine Bedeutung³⁴⁵⁷ verliert, daß er schließlich das Gegenteil dessen beinhaltet, was er ursprünglich bezeichnete. Wenn „Recht“ seiner Natur nach Ordnung und damit Bindung oder Gebundenheit bedeutet, dann vollzieht sich in der Terminologie des Naturrechtes ein Bedeutungswandel, der einer direkten Umkehrung gleichkommt; denn das „Recht“ der fraglichen Theorie ist identisch mit Freiheit. Psychologisch ist dieser Vorgang durchaus erklärlich. Denn es ist nur natürlich, daß zu einer Zeit weitgehender persönlicher Einschränkung³⁴⁵⁸ des Individuums durch den Staat und sein Recht, bei einem Zustande, der für das subjektive Empfinden den Kreis des vom Staate Gebotenen oder Verbotenen größer scheinen läßt als die staatsfreie Sphäre des Individuums, eine³⁴⁵⁹ auf Staat und Recht gerichtete Betrachtung vor allem die Frage aufwirft: Was ist durch die staatliche Ordnung *nicht* geboten oder verboten,

³⁴⁵⁴ «zugegeben – mehr einen materiell-ethischen»] A₁ «zugegeben – einen mehr ethischen»; A₂ «zugegeben – mehr einen materiell ethischen».

³⁴⁵⁵ «Freiheit zum großen Teile beraube»] A₁ «Freiheit beraube»; A₂ «Freiheit zum Großenteile beraube».

³⁴⁵⁶ «„natürliches Recht“ jene»] A₁ «„natürliches“ dh im bewußten Gegensatz zu politischen Rechten eben jene»; A₂ «„natürliches Recht“ eben jene».

³⁴⁵⁷ «seine Bedeutung»] A₁ «seine ursprüngliche Bedeutung»; A₂ «seine Bedeutung».

³⁴⁵⁸ «weitgehender persönlicher Einschränkung»] A₁ «weitgehender Einschränkung»; A₂ «weitgehender persönlicher Einschränkung».

³⁴⁵⁹ «Recht ... eine»] A₁ «Recht, eine»; A₂ «Recht ... eine».

was bleibt vom Staate und seiner Ordnung frei? Für die Erscheinung der nur durch das positive Recht statuierten Rechtspflicht war für eine solche Betrachtung kein Raum. Denn nicht auf die Schranken war sie gerichtet, sondern auf das Beschränkte; nicht der Schutz, sondern das zu Schützende bildete ihren Gegenstand. Zum Objekt ihrer Spekulation machte sie nicht das formale Moment: die durch die positive Rechtsordnung gezogenen Grenzen, sondern das materielle: was diese Grenzen enthalten. Der Rechtsbegriff des Naturrechtes – er war der Begriff eines „subjektiven“ Rechtes – erfaßte gerade dasjenige, was im Sinne des positiven Rechtes *nicht* Recht war; und zwar in dem doppelten Sinne sowohl dessen, was noch nicht positives Recht war und als natürliches Recht gegen die herrschende Ordnung von der Naturrechtslehre postuliert wurde, als auch dessen, was als materielle Seite der Totalerscheinung seiner Natur [nach] nicht als Recht im formalen Sinne gelten konnte.

|570

Dieser³⁴⁶⁰ Rechtsbegriff des Naturrechtes, dessen Grundcharakter ein materiell-politischer, dem formal-juristischen direkt entgegengesetzter ist, lebt noch im subjektiven Rechtsbegriffe der modernen Theorie dem Wesen nach fort. Alle Konstruktionen des subjektiven Rechtes, die in der neueren Rechtslehre versucht wurden, weisen unverkennbar den spezifischen Wesenszug des Naturrechtes auf. Sie erfassen ausschließlich oder teilweise das *substantielle Element* jener Erscheinung, deren *Form* lediglich das Recht bedeutet.

Durch die Rechtsordnung werden die Subjekte³⁴⁶¹ zu einem bestimmten Verhalten, sei es einem Handeln oder einem Unterlassen, rechtlich verpflichtet. In der Statuierung dieser Rechtspflichten besteht der Schutz, den die Rechtsordnung gewährt³⁴⁶²; die von der Rechtsordnung statuierte Pflicht bedeutet die Grenze oder Schranke, auf deren einer Seite die Gebundenheit des Verpflichteten, auf deren anderer Seite aber die „Freiheit“ und „Geschütztheit“ aller übrigen gelegen ist. Es ist nur der für die formal-juristische Betrachtung nicht mehr zu erfassende materielle *Reflex* der Rechtspflicht in einem Zustande zu erblicken, der sich für einen oder viele daraus ergibt, daß jemand zu einer Handlung oder Unterlassung rechtlich verpflichtet ist. Nennt man diesen materiellen Reflex einer Rechtspflicht das „subjektive Recht“, wie das jene Theorie tut, die jeder Rechtspflicht ein entsprechendes komplementäres „subjektives Recht“³⁴⁶³ entgegensetzt, so begeht man den methodischen Fehler, gerade die für die juristische Konstruktion irrelevante *materielle Kehrseite* jener Totalerscheinung zu erfassen, deren entgegengesetzte formale für den Rechtsbegriff allein in Betracht kommt. Ein Beispiel erläutere das Gesagte. Durch den Strafrechtssatz, der die Rechtspflicht, den Diebstahl zu unter-

³⁴⁶⁰ «*nicht* Recht war; ... [Dieser]» A₁ «*nicht* Recht war. [Dieser]»; A₂ «*nicht* Recht war; ... [Dieser]».

³⁴⁶¹ «werden die Subjekte»] A₁ «werden Rechtspflichten [bricht ab]»; A₂ «werden die Subjekte».

³⁴⁶² «Rechtsordnung gewährt») A₁ «Rechtsordnung dem Individuum gewährt»; A₂ «Rechtsordnung gewährt».

³⁴⁶³ «entsprechendes komplementäres „subjektives Recht“») A₁ «entsprechendes „subjektives Recht“»; A₂ «entsprechendes komplementäres „subjektives Recht“».

lassen, statuiert, wird ein Zustand der Geschütztheit geschaffen. Ein „subjektives Recht, nicht bestohlen zu werden“, bedeutete lediglich eine vom Standpunkte des Interessenten | erfolgende vulgäre³⁴⁶⁴ Umschreibung der bestehenden Rechtspflicht aller, nicht zu stehlen. Juristisch relevant ist an dem zu charakterisierenden Tatbestand lediglich die bezeichnete Rechtspflicht. Nur das materielle Negativ desselben kommt in dem obenerwähnten Terminus zum Ausdruck. Tatsächlich wird man unter den modernen Theoretikern kaum einen finden, der ein solches subjektives Recht jemandes auf Unterlassung von Delikten seitens aller anderen annimmt. Allein, nicht anders liegt es auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Das als subjektives Recht geltende Eigentum ist *zunächst* auch nur der materielle Reflex der zivilen Rechtspflicht, sich von jeder Einwirkung auf gewisse Güter zu enthalten. Das meist als negativer Eigentumsinhalt bezeichnete „Recht“, alle anderen von seinem Eigentume auszuschließen, ist, korrekt juristisch ausgedrückt, nur die qualifizierte *Rechtspflicht* dieser anderen. Daß der sogenannte positive³⁴⁶⁵ Inhalt des Eigentums das „Recht“, mit seiner Sache nach Belieben zu schalten – der Rechtsgenuß – eine juristisch irrelevante Tatsache ist, wurde ja in der Literatur schon zur Genüge erkannt¹⁾, aber noch immer nicht in seiner ganzen Tragweite erfaßt. Gerade in dieser Vorstellung von dem „Recht“ auf ein eigenes Tun oder Lassen, in der Auffassung des Rechtes als „dürfen“ steckt der spezifische Grundfehler des Naturrechtes, das mit „Recht“ die von der Staatsordnung frei gelassene Sphäre, das Nicht-Gebotene oder Verbotene – das Nichtgesollte, also Gedurfte identifizierte. Nur die vollkommene Emanzipation von dieser materiellen Vorstellungsweise kann zu einer korrekten juristischen Begriffsbildung führen. Wenn das Eigentum trotzdem ein „subjektives Recht“ und nicht bloß der Reflex von subjektiven Rechtspflichten ist, so ist dafür ein anderes Kriterium maßgebend, von dem später die Rede sein wird.³⁴⁶⁷

In der modernen Literatur werden der Hauptsache nach drei Theorien des subjektiven Rechtes unterschieden: die Zweck- oder Interessentheorie *Iherings* und seiner Anhänger, die Willentheorie der Romanisten, als deren Hauptvertreter *Windscheid, Arndts*³⁴⁶⁸ u. a. zu nennen sind; und endlich jene Theorie, welche eine Kombination des Interesse- und des Willensmomentes³⁴⁶⁹ im Begriffe des subjek-

| 571 |¹⁾ Vgl. z. B. *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, passim.³⁴⁶⁶

³⁴⁶⁴ «eine vom ... vulgäre»] A₁ «eine vulgäre»; A₂ «eine vom ... vulgäre».

³⁴⁶⁵ «die qualifizierte ... positive»] A₁ «die *Rechtspflicht* dieser anderen. Daß der positive»; A₂ «die eben qualifizierte *Rechtspflicht* dieser anderen. Daß der sogenannte positive».

³⁴⁶⁶ *August Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878.

³⁴⁶⁷ Vgl. zur Klage unten S. 732–734, 755–757, 779f., 785–786.

³⁴⁶⁸ Karl Ludwig Arndts (1803–1878, 1870 geadelt zu Karl Ludwig Arndts Ritter von Arnesberg), Zivilrechtslehrer und Rechtshistoriker (Bonn, München und Wien) sowie Politiker. Wichtiges Werk: Lehrbuch der Pandekten, München 1852 (14. Aufl., Stuttgart 1889).

³⁴⁶⁹ «Kombination des Interesse- und des Willensmomentes»] A₁ «Kombination bei der Zweck [bricht ab]»; A₂ «Kombination des Interesse- u des Willensmomentes».

tiven Rechtes versucht; sie wurde durch *Bernatzik* begründet und ist von *Jellinek* akzeptiert und eigenartig fortgeführt worden.

Die Kritik dieser Theorien, die hier der positiven Darstellung einer selbständigen Konstruktion des subjektiven Rechtes vorausgehen muß, wird im Rahmen vorliegender Untersuchungen sich nur mit den typischen Ergebnissen zu befassen haben und die verschiedenen, für die Grundprinzipien unwesentlichen Abweichungen der zahlreichen Autoren, die sich mit dem fraglichen Problem befaßten, außer Acht lassen.

| 572

Der Grundfehler der naturrechtlichen Theorie, die in ihrem Begriffe des subjektiven Rechtes nur den materiellen Reflex der Rechtspflicht erfaßt, kehrt am deutlichsten in der *Iheringschen* Zweck- oder Interessentheorie wieder. *Ihering* definiert bekanntlich das subjektive Recht als „rechtlich geschütztes Interesse“¹⁾, weil nur um des Interesses willen die Rechtsordnung subjektive Rechte gewähre, das subjektive Recht nur dem Schutze individueller Interessen diene. Das konstituierende Merkmal dieser Definition bildet der Zweck.

Die gründlichste und einzig prinzipielle Widerlegung der *Iheringschen* Theorie ergibt sich durch den Hinweis, daß das Zweckmoment, das der Konstruktion des fraglichen Rechtsbegriffes zugrunde gelegt wird, von vornherein die Entstehung eines solchen Rechtsbegriffes unmöglich macht. Denn das materielle Zweckmoment kann niemals Bestandteil eines formalen Rechtsbegriffes sein. Allein, diese methodische, letzten Endes unbeweisbare, weil nur aus dem Zusammenhange mit der gesamten Weltanschauung sich ergebende Grundauffassung teilt *Ihering* nicht; er bezeichnet eine rein formalistische Rechtskonstruktion als von vornherein verfehlt²⁾. Eine wirksamere Widerlegung wird daher die *Iheringsche* Theorie von ihrem eigenen Standpunkte aus erfahren können. Es wird zu zeigen sein, wie haltlos und in sich widerspruchsvoll der von *Ihering* geschaffene Begriff des subjektiven Rechtes gerade auf Basis der Zwecktheorie ist.

Was in der naturrechtlichen Theorie die vom positiven Rechte eingeschränkte, dem Individuum unabhängig von aller staatlichen Ordnung angeborene „Freiheit“ bedeutet, das ist in der *Iheringschen* Definition das „Interesse“. Ganz so wie die Theoretiker des Naturrechtes unterläßt es *Ihering*, das subjektive Recht aus dem objektiven abzuleiten; vielmehr begreift er das subjektive Recht als etwas vom Rechtssatze Wesensverschiedenes. Das objektive Recht ist ein Formales, ist Schutz oder Beschränkung; das subjektive Recht *Iherings* ist, wie das der Naturrechtstheoretiker, ein Materielles: der Gegenstand des Schutzes, das Geschützte. Zwischen dem Rechte im objektiven und dem Rechte im subjektiven Sinne läßt

¹⁾ Geist des römischen Rechtes III. Teil. 4. Aufl. 1888. S. 339.³⁴⁷⁰

²⁾ a. a. O. S. 341.³⁴⁷¹

| 572

³⁴⁷⁰ *Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig 1888, S. 339.

³⁴⁷¹ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 340f. Anm. 447a.

|573 *Ihering*, ganz so wie die Naturrechtstheorie, einen Gegensatz bestehen: den Gegensatz von Form und Inhalt; ein Gegensatz der so vollständig ist, daß | beide Endpole mit dem gleichen Worte „Recht“ zu bezeichnen, schon an und für sich als terminologisch unzulässig gelten muß. Der Unterschied zwischen der naturrechtlichen und der *Iheringschen* Auffassung – wenn von einem solchen in diesem Punkte überhaupt die Rede sein kann – besteht nur darin, daß jene in dem Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Rechte die Tatsache der Beschränkung betont, während diese das Moment des Schutzes hervorhebt. Tatsächlich sind Schutz und Beschränkung nur die beiden Seiten der einen von der objektiven Rechtsordnung ausgehenden Funktion. Das Interesse des Individuums wird durch die Rechtsordnung ebenso beschränkt, wie die Freiheit geschützt wird, und umgekehrt: Die Freiheit des Individuums wird durch die Rechtsordnung ebenso beschränkt, wie das Interesse geschützt wird. Der eine Rechtspflicht statuierende Rechtssatz bedeutet in gleicher Weise eine Beschränkung der Freiheit und des Interesses des Verpflichteten, wie er einen Schutz der Freiheit und des Interesses der anderen bedeutet. Alles, was zur Freiheitssphäre gehört, kann Gegenstand eines Interesses sein. *Ihering* subjektiviert einfach das Freiheitsmoment des Naturrechtes.

Damit scheint er allerdings der naturrechtlichen Theorie einen Vorsprung abzugewinnen, indem er zum Inhalte seines subjektiven Rechtes statt des rein negativen Momentes der objektiven „Freiheit“ ein positives, das konkrete subjektive „Interesse des Individuums“ setzt. Allein, dieser Vorteil ist nur ein scheinbarer. Tatsächlich ist das *Iheringsche* Interesse nichts anderes als die negative Freiheitssphäre des Naturrechtes, der Zustand der Geschüttheit oder Beschränkung durch die Rechtsordnung. Es gelingt *Ihering* nicht, den Begriff des subjektiven Rechtes zu etwas anderem als dem bloßen materiellen Reflex der Rechtspflicht zu machen, ihn aus der Negative der durch die Rechtsordnung geschützten und beschränkten Freiheitssphäre herauszuheben. Das wird im einzelnen die folgende Untersuchung zeigen.

Behauptet man mit *Ihering* als einen Zweck der Rechtsordnung, die Interessen der Individuen zu schützen, so kann dies zunächst nur in dem Sinne zu verstehen sein, daß man als Aufgabe der Gesetze den Schutz desjenigen betrachtet, was das Individuum selbst im konkreten Falle als Interesse empfindet. Denn das Interesse ist ein rein psychischer und zwar ein individual-psychischer Tatbestand, über dessen Existenz oder Nichtexistenz ausschließlich und allein der Seelenzustand eines Einzelmenschen maßgebend ist. Allein, diese Auffassung führt zu unhaltbaren Konsequenzen; denn sie hat die Annahme zur Folge, daß die Rechtsordnung in allen Fällen keinen Schutz gewährt und somit auch kein subjektives Recht vorhanden wäre, wo es trotz der | von der Rechtsordnung für den Fall eines Interesses gegebenen³⁴⁷² Schutzmöglichkeit an einem konkreten Interesse des Subjektes

³⁴⁷² «Rechtsordnung ... gegebenen»] A₁ «Rechtsordnung gegebenen»; A₂ «Rechtsordnung ... gegebenen».

fehlte! D. h. man wäre auch rechtlich nur insolange Eigentümer einer Sache, als man an derselben ein psychisches Interesse hätte, man hätte kein subjektives³⁴⁷³ Recht auf Rückgabe eines Darlehens, wenn man das Interesse daran verloren oder niemals gehabt hätte. Nun ist dies offenbar mit den Bestimmungen des objektiven Rechtes im Widerspruch! Kein Rechtssatz macht die Existenz eines³⁴⁷⁴ subjektiven Rechtes resp. einer fremden Pflicht von dem Nachweis eines psychischen Interesses abhängig oder fordert einen solchen Nachweis für die Geltendmachung. Diese letztere Bestimmung wäre umso unsinniger, als ja die Geltendmachung selbst ein Ausdruck des Interesses wäre. Die völlige Bedeutungslosigkeit eines konkreten individuellen Interesses – und ein anderes ist nicht denkbar – für die juristische Konstruktion des subjektiven Rechtes ist offenkundig! Der Millionär, der gegebenen Falles an der Rückzahlung eines kleinen Darlehens nicht das geringste Interesse hat, ja, vielleicht sogar an der Nichtzurückgabe interessiert ist, muß vom Juristen dennoch als „berechtigt“ bezeichnet werden; denn der Terminus „er hat ein Recht auf Rückgabe“ bedeutet, daß er rechtlich zurückfordern *kann*, nicht daß er tatsächlich rückfordert oder, was im Prinzipie dasselbe ist: rückfordern will oder daran ein Interesse hat. Das subjektive Recht auf Rückgabe von der Bedingung³⁴⁷⁵: „wenn er interessiert ist“, abhängig machen, ist vom Standpunkte des Juristen aus eine Überflüssigkeit und kann nur für den Psychologen von Bedeutung sein, weil und insoferne dieser seine Betrachtung auf eine ganz andere Welt als die des Juristen, nämlich auf die Wirklichkeitswelt der Tatsachen, des *Seins* richtet³⁴⁷⁶ und fragt, wann der Berechtigte sein Recht geltend macht. Es liegt eine Verwechslung der juristisch-normativen – das Können des subjektiven Rechtes entspricht³⁴⁷⁷ dem Sollen der subjektiven Pflicht – mit der psychologisch-explikativen Methode vor. Erklärt man das subjektive Recht als ein Interesse, dann muß das erstere mit der Existenz des letzteren stehen und fallen. Die absurde Konsequenz dieser Auffassung tritt am schärfsten hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die menschliche Psyche gar nicht fähig ist, soviele Interessen dauernd wach zu erhalten, als ihrem Träger subjektive Rechte in diesem Sinne von der Jurisprudenz zugesprochen werden müssen. Hunderte Dinge stehen dauernd in jemandes Eigentum, ohne daß er beständig sein Interesse auf sie richten kann. Das Interesse ist eben eine psychische Tatsache und eine derartige Interessentheorie wäre ein Schulbeispiel für die ungeheuerlichen Konsequenzen der in das Gebiet der Psychologie verirrt Jurisprudenz.

³⁴⁷³ «hätte kein subjektives»] A «hätte subjektives»; F* «hätte kein subjektives».

³⁴⁷⁴ «die Existenz eines»] A₁ «die Geltendmachung eines»; A₂ «die Existenz eines».

³⁴⁷⁵ «hat. Das subjektive Recht auf Rückgabe von der Bedingung»] A₁ «hat. Die Hinzufügung [bricht ab]»; A₂ «hat. Das subjektive Recht auf Rückgabe von der Bedingung».

³⁴⁷⁶ «Tatsachen, des *Seins* richtet»] A₁ «Tatsachen richtet»; A₂ «Tatsachen, des *Seins* richtet».

³⁴⁷⁷ «das Können des subjektiven Rechtes entspricht»] A₁ «das rechtliche Können entspricht»; A₂ «das Können des subj. Rechtes entspricht».

| 575 | Nun versteht wohl *Ihering* unter „Interesse“ gar nicht das konkrete, wirkliche Interesse des berechtigten Individuums! Er muß notgedrungen zugeben, daß der Mangel eines subjektiven Interesses oder Nutzens im konkreten Falle durchaus nicht die Annahme eines subjektiven Rechtes ausschließe. Es komme nur auf die Möglichkeit eines Interesses an. Und zwar hat *Ihering* mit seiner Definition nicht das Interesse im Auge, das der einzelne Berechtigte tatsächlich hat, sondern dasjenige, das der *Gesetzgeber* als Durchschnittsinteresse annimmt und in der Rechtsordnung schützt. Er erklärt¹⁾, daß „jedes in *thesi*³⁴⁷⁹ zugelassene Recht den Ausdruck eines vom Gesetzgeber nach dem Standpunkte seiner Zeit für schutzfähig und schutzbedürftig anerkannten Interesses“ enthält, und bezeichnet demgemäß als Subjekt des Rechtes denjenigen, „dem der Nutzen desselben vom Gesetz zuge-dacht ist“, den „Destinatär“²⁾. Die Theoretiker, die dann, auf *Ihering* fußend, das Interesse als Inhalt oder Gegenstand des subjektiven Rechtes gelten ließen, haben mit Nachdruck betont, daß es sich hier nur um Durchschnittsinteressen handle³⁾.

Geht man dieser Konstruktion an den Leib, dann zeigt sich, welch bösen Streich die Zwecktheorie ihren Vertretern in diesem Falle gespielt hat. Der Zweck, der hier als Absicht des mysteriösen „Gesetzgebers“ auftritt, wird wohl dem Worte nach in die Definition aufgenommen, ist aber tatsächlich dem Begriffe entschlüpft.

Daß es die „Absicht des Gesetzgebers“ d. h. der bei der Gesetzgebung faktisch mitwirkenden Menschen oder, noch genauer, der Redaktoren des Gesetzestextes gewesen sein mag, Interessen zu schützen, ist höchstwahrscheinlich; man müßte sie für unvernünftig halten, wollte man überhaupt die Möglichkeit zugeben, sie hätten einen Schutz statuiert, ohne ein Interesse der Geschützten anzunehmen. Die Behauptung, daß der „Gesetzgeber“ Interessen schützen wolle, bedeutet tatsächlich nichts anderes, als daß er zweckmäßig tätig war. In diesem Sinne ist das vom Gesetzgeber angenommene Interesse nichts anderes als der Grund oder das *Motiv* seiner Normierung und als solches schon an und für sich weder für die Interpretation noch für die juristische Konstruktion relevant. Denn maßgebend ist für den Juristen stets nur der tatsächlich ausgedrückte Wille des Staates, nicht die Motive, Meinungen oder Absichten des „Gesetzgebers“. Wollte man es als eine tatsächlich im Gesetze zum Ausdruck gelangte, somit Staatswillen gewordene Absicht des Gesetzgebers ansehen, daß zum Schutze auch ein Interesse hinzu-
 | 576 | kommen müsse, damit ein subjektives | Recht gegeben sei, dann dürfte man vor

| 575 | ¹⁾ a. a. O. S. 343, ³⁴⁷⁸

²⁾ a. a. O. S. 336, ³⁴⁸⁰

³⁾ Vgl. z. B. *Bernatzik*, a. a. O. S. 241 ³⁴⁸¹ und die bezüglichen Ausführungen dieser Untersuchungen unten S. 576 ff. ³⁴⁸²

³⁴⁷⁸ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 343.

³⁴⁷⁹ Lat.: in *thesi*; dt.: theoretisch.

³⁴⁸⁰ Beide Zitate: *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 336.

³⁴⁸¹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 241.

³⁴⁸² Vgl. unten S. 730–738.

12

Prinzip der für sich selbständig ist und nicht beliebig veränderlich ist,
 nachweisbare Substanz "nachweisbar" im Sinne, in dem Begriffsgehalt
 den gemeinliche als Inhalt des Begriffes des Begriffs,
 einem der Teilung enthalten vom Inhalt des Begriffs ist,
 von "Substanz", + ^{der} ~~der~~ Substanz, im Sinne mit + 200 1336
 Theorie als auch der Substanz als Inhalt des Begriffs.
 Nach dem Inhaltlichen Begriff gehalten werden, jedoch mit
 dem Begriff verbunden, daß es bei jeder wie in dem Begriff
 enthalten sein sollte.

Just wenn die der Substanz von dem Inhalt, dann nicht, aber
 nicht bei jeder Substanz die Substanz in dem Staat - in dem Staat
 haben in dem Staat sollen enthalten sein. Das Gesetz, das kein
 als "Gesetz" des Staates ist, nicht gehalten "mit Staat" nicht
 nach dem Inhaltlichen Begriff, in dem Staat in dem Staat
 ist aber nicht der Staat Substanz mit Staat.
 das es in dem Staat "Gesetz" ist, das kein der Staat
 der Staat Substanz Substanz Substanz, der Staat Substanz

Seite aus dem Autographen (7289-72820; 72835-72837)

keinem Falle Halt machen, in dem eine im Gesetz gegebene Schutzmöglichkeit des entsprechenden Interesses in concreto darbt; dann müßte man in diesem Falle den Schutz absprechen und die Existenz eines subjektiven Rechtes leugnen. Allein³⁴⁸³, es ist überhaupt schon eine grundfalsche Vorstellung, die den Gesetzgeber oder das Gesetz das „subjektive Recht“ geben läßt; denn das subjektive Recht ist ein Rechtsbegriff, den nicht der „Gesetzgeber“ oder das Gesetz bildet, sondern die Theorie. Das Gesetz kann einen Schutz statuieren und kann diesen Schutz von der Existenz eines Interesses abhängig machen. Ob damit oder wann überhaupt ein subjektives Recht gegeben ist, das hat allein die Theorie zu entscheiden.

Es ist vollkommen ausgeschlossen, das Zweck- oder Interessenmoment als *Begriffsmerkmal* des subjektiven Rechtes gelten zu lassen, wenn man den Grundsatz akzeptiert, daß die Frage, ob im konkreten Falle ein subjektives Recht vorliege, davon unabhängig sei, ob in diesem konkreten Falle auch ein *individuelles* Interesse vorhanden ist; denn damit ist für den *Begriff* des subjektiven Rechtes auf das Merkmal „Interesse“ verzichtet. Es ist aber logisch unmöglich, das Moment eines sogenannten *generellen* Interesses in den individuellen *Begriff* des subjektiven Rechtes aufzunehmen. Gerade dieser Fehler ist typisch für die in neuerer Zeit übliche Konstruktion der sogenannten „*generellen*“ *Rechtsbegriffe*! Es ist eine Täuschung, die durch das *Wort* hervorgerufen wird, wenn man die Aufnahme des Interessenmomentes in den subjektiven Rechts-Begriff auch gegenüber jenen Fällen, in denen es offenbar an einem Interesse fehlt, damit rechtfertigen zu können glaubt, daß man betont, diese Fälle seien Ausnahmen von der Regel, es sei mit dem Interesse nicht ein konkretes, individuelles, sondern ein *Durchschnittsinteresse* gemeint. *Denn es gibt nur konkrete, individuelle Interessen und das Wort „Durchschnitts“interesse ist bloß die Bezeichnung für die Tatsache, daß ein gewisses Interesse regelmäßig gegeben ist; bedeutet somit nicht selbst ein Interesse, sondern nur eine Relation, ist der Ausdruck für ein Verhältnis von Interessen, wie der „Gesamtwille“ kein Wille, sondern nur eine Relationsbezeichnung ist. Und darum kann wohl ein Interesse von der Rechtsordnung geschützt sein, niemals aber ein Durchschnittsinteresse. Bedient man sich aber dennoch des letzteren Ausdruckes, so ist damit nur unpräzise der Gedanke ausgedrückt, daß der Schutz, den die Rechtsordnung gewährt, regelmäßig oder durchschnittlich Interessen (d. h. individuellen | Interessen) zugute kommt, daß das aber nicht ausnahmslos der Fall ist, daß somit das Interesse nicht³⁴⁸⁴ notwendig mit dem von der Rechtsordnung gewährten Schutze³⁴⁸⁵ verbunden sein muß. Faßt man also den Schutz als einen Bestandteil des subjektiven Rechtes, dann kann das Interesse niemals mehr ein wesentliches Merkmal des subjektiven Rechts-Begriffes sein! Die schon an früherer Stelle gerügte³⁴⁸⁶ Vorstellung von „gene-*

|577

³⁴⁸³ «darbt; ... Allein»] A₁ «darbt. Allein»; A₂ «darbt; ... Allein».

³⁴⁸⁴ «Interesse nicht»] A₁ «Interesse kein wesentliches [bricht ab]»; A₂ «Interesse nicht».

³⁴⁸⁵ «dem von der Rechtsordnung gewährten Schutze»] A₁ «dem Schutze»; A₂ «dem von der RO gewährten Schutze».

³⁴⁸⁶ «schon an früherer Stelle gerügte»] A «schon anlässlich der Kritik der Hold-von-Ferneckschen Konstruktion gerügte»; F* «schon an früherer Stelle gerügte».

rellen Rechtsbegriffen“³⁴⁸⁷ *beruht auf dem beschämenden logischen Fehler*³⁴⁸⁸, *den Begriff mit der Regel zu verwechseln!* Denn letztere kann wohl Ausnahmen haben, d. h. nur generell, nur in der Mehrzahl der Fälle gelten, niemals aber ein Begriff! Die bei den *Rechtsgeschäften* übliche Unterscheidung zwischen essentialia und naturalia negotii,³⁴⁸⁹ zwischen notwendigen oder wesentlichen und bloß möglichen, regelmäßigen Eigenschaften ist bei den *Begriffen* und somit auch bei den Rechtsbegriffen unmöglich. Es ist bedauerlich, daß man Rechtstheoretiker daran erinnern muß, *daß ein Begriff nur wesentliche Merkmale haben, daß er kein Element enthalten kann, bei dessen Fehlen er nicht seine Wesenheit verliert.*

Darum kann das Interesse kein Begriffsmerkmal des subjektiven Rechtes sein. Der grobe logische Fehler, dessen sich die hier bekämpfte Konstruktion schuldig macht, führt dann notwendigerweise zu dem, was hier eine Fiktion im schlechtesten Sinne genannt wurde; *und jede Fiktion bezeichnet – wie eine Warnungstafel – die Stelle, an der die juristische Konstruktion verunglückt ist.* Hält man nämlich an der Definition des subjektiven Rechtes als eines rechtlich geschützten Interesses fest, dann muß man in den Fällen, wo es an einem solchen Interesse tatsächlich fehlt *und man dennoch aus irgendeinem Grunde ein subjektives Recht annehmen zu müssen glaubt*, ein solches Interesse *gegen* die Tatsachen präsumieren, d. h. fingieren! Dieser Vorgang aber muß schon jedem juristisch nicht Verbildeten die wahre Bedeutung der *Iheringschen* Definition klar machen! Denn sofort muß die Frage aufsteigen, welcher Grund es denn sein kann, einen das „Interesse“ entbehrenden Tatbestand trotz der Definition dennoch als subjektives Recht gelten zu lassen! Einer anderen Quelle als der einmal aufgestellten Definition kann doch das Kriterium dafür nicht entnommen werden, ob im konkreten Falle ein subjektives Recht vorliegt oder nicht! Wie kann es zu einem Hinzufingieren³⁴⁹⁰ des Interesses zu einem konkreten Tatbestande kommen, wenn an Hand des | definierten Begriffes vor einem konkreten Falle nicht Halt gemacht werden darf, der kein Interesse, also nicht alle Wesensmerkmale des subjektiven Rechtes aufweist? Der ganze zur Fiktion führende Vorgang zeigt aber deutlich, daß ihm eigentlich ein anderer als der auf das Interesse eingestellte Begriff eines subjektiven Rechtes zu Grunde liegt: ein Begriff, dem das Moment des Interesses fehlt.

| 578

So ist es mit dem materiellen (Zweck-)Elemente in dem *Iheringschen* Begriffe des subjektiven Rechtes bestellt; und es ist sicherlich bezeichnend, daß *Ihering*, der die rein formale Konstruktion der Rechtsbegriffe verwirft,³⁴⁹¹ das *materielle*

³⁴⁸⁷ Vgl. oben S. 730.

³⁴⁸⁸ «*beschämenden logischen Fehler*»] A₁ «*beschämenden Fehler*»; A₂ «*beschämenden logischen Fehler*».

³⁴⁸⁹ Lat.: essentialia negotii; dt.: Mindestinhalt eines Vertrages, dessen er zu seiner Wirksamkeit bedarf; – lat.: naturalia negotii; dt.: Vertragsbestandteile, bei deren Fehlen der Vertrag dennoch wirksam ist, weil das Gesetz Regelungen bereithält.

³⁴⁹⁰ «*einem Hinzufingieren*»] A₁ «*einer Fiktion*»; A₂ «*einem Hinzufingieren*».

³⁴⁹¹ Vgl. oben S. 725 in und bei Anm. 3471.

Moment, den von ihm als Wesen aller Rechtsbegriffe bezeichneten Zweck, nur auf dem Wege einer Fiktion in seinen Begriff bringt!

Die Fortsetzung der Analyse des *Iheringschen* subjektiven Rechtsbegriffes wird auch von einem anderen Gesichtspunkte dessen Unhaltbarkeit erweisen.

Die *Iheringsche* Definition des subjektiven Rechtes, die neben dem materiellen Momente des Interesses das formelle des Schutzes enthält, scheidet nicht nur daran, daß *Ihering* subjektive Rechte annehmen muß, denen keine³⁴⁹² konkreten *Interessen* entsprechen, sondern *Ihering* gibt seine eigene Definition auch dadurch auf, daß er nicht alle vom *Rechte geschützten* Interessen als subjektive Rechte gelten lassen zu können glaubt. Er sagt: „Nicht jedes Gesetz, welches ein Interesse schützt, schafft dem Interessenten ein Recht³⁴⁹³ im subjektiven Sinne“, und im unmittelbaren Anschluß daran bezeichnet er dieses³⁴⁹⁴ Recht im subjektiven Sinne als „einen Rechtsanspruch auf Gewährung dieses Schutzes“³⁴⁹⁵. Darunter ist die Klage (*actio*) zu verstehen und es ist völlig unbegreiflich, warum *Ihering* in diesem Satze den Begriff des subjektiven Rechtes auf das formale Element beschränkt. Dieser Satz steht im offenkundigsten Widerspruche zu der eigenen Definition *Iherings*; im unmittelbaren Anschluß an ihn führt *Ihering* aus: „Das Gesetz, welches im Interesse gewisser Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten zugute, es fördert, schützt sie in ihrem Geschäftsbetriebe und dennoch gewährt es ihnen keine Rechte“.³⁴⁹⁶ Mit seiner Definition glaubt *Ihering* diese Tatsache dadurch in Einklang bringen zu können, daß er sagt: „Es liegt hier nur eine bloße Reflexwirkung vor, ein Verhältnis, das mit dem Rechte die allergrößte Ähnlichkeit hat, aber umso sorgfältiger von ihm geschieden werden muß.“³⁴⁹⁷ Diese Scheidung bleibt *Ihering* allerdings schuldig¹⁾. Wenn er behauptet, „der Staat erläßt das

[578, 579] ¹⁾ Dem Begriffe der „Reflexwirkung“ hat *Ihering* eine eigene Monographie | gewidmet, auf die er auch im obigen Zusammenhange hinweist;³⁴⁹⁸ es ist „Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen“ in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, von *Ihering* und *Unger*. X. Bd. 1871, S. 242 ff.³⁴⁹⁹ Allein, trotz der ausdrücklichen Verweisung auf diese Schrift wird man in derselben vergeblich näheren Aufschluß gerade über den im Texte angeführten Fall des Unterschiedes zwischen subjektivem Recht und Reflexwirkung suchen. Ja, der in dem erwähnten Aufsätze entwickelte Begriff der Reflexwirkung ist durchaus ungeeignet, die durch Zollgesetzgebung geschützten Interessen der Fabrikanten zu erfassen. Denn *Ihering*, der übrigens bei dieser Begriffsentwicklung von einem rein privatrecht-

³⁴⁹² «daß *Ihering* subjektive Rechte annehmen muß, denen keine»] A₁ «daß es subjektive Rechte gibt, die [bricht ab]»; A₂ «daß *Ihering* subjektive Rechte annehmen muß, denen keine».

³⁴⁹³ «ein Recht»] A₁ «ein subjektives Recht»; A₂ «ein Recht».

³⁴⁹⁴ «er dieses»] A₁ «er – ganz im Widerspruche zu seiner bisherigen Definition, dieses»; A₂ «er dieses».

³⁴⁹⁵ Beide Zitate: *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 351.

³⁴⁹⁶ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 351.

³⁴⁹⁷ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 351.

³⁴⁹⁸ Vgl. *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 351 Anm. 463a.

³⁴⁹⁹ *Rudolf von Ihering*, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 10 (1871), S. 245–354 – Kelsen gibt in A «245 ff.» an.

Gesetz in Wirklichkeit in seinem Interesse, | welches hier freilich mit dem der Fabrikanten Hand in Hand geht“,³⁵⁰⁴ so ist das kein besonderes Merkmal der Schutzzollgesetze, denn jedes Gesetz kann sowohl im Interesse der Gesamtheit (und nicht des Staates, der als juristische Person kein psychisches Interesse hat), als³⁵⁰⁵ auch im Interesse einzelner Menschen erlassen angesehen werden. Schließlich charakterisiert *Ihering* diese „Reflexwirkung“ damit, daß er anführt, die Fabrikanten haben keinen Anspruch auf Vollzug des Schutzzollgesetzes, „die Anwendung desselben ist von ihrem Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig, lediglich Sache der betreffenden Behörden“³⁵⁰⁶. Man sollte nun annehmen, daß der Unterschied zwischen den rechtlich geschützten Interessen, die subjektive Rechte sind, und jenen, die es nicht sind, in der Form des Schutzes gelegen, daß die Abhängigkeit des Schutzes von dem eigenen Wollen oder Nichtwollen, m. a. W. die Privatklage das Wesentliche | des subjektiven Rechtes sei. Diese Ansicht hat *Ihering* auch tatsächlich ursprünglich vertreten. Allein, in den späteren Auflagen seines Werkes, wahrscheinlich unter dem steigenden Drucke der Theorie des öffentlichen Rechtes, die den Begriff des subjektiven Rechtes von der *actio emanzipierte*, sah er sich veranlaßt, seinen Standpunkt aufzugeben.³⁵⁰⁷ Mit ausdrücklicher Berufung

lich-subjektiven Standpunkte ausgeht, definiert die Reflexwirkung dort „als *unabsichtliche* und unabwendliche Folge *fremder* Handlungen, Zustände, Rechte für dritte Personen“. (a. a. O. S. 276).³⁵⁰⁰ Der durch das Zollgesetz bewirkte Schutz ist nach *Iherings* eigener Behauptung die ausdrückliche *Absicht* des Gesetzgebers;³⁵⁰¹ auch ist hier die Quelle der Reflexwirkung: das Gesetz, durchaus nicht in eine der drei von *Ihering* aufgestellten Kategorien von Reflexwirkungsquellen nämlich: Recht (im³⁵⁰² subjektiven Sinne), Handlung und faktischer Zustand einzureihen. Und selbst wenn man etwa das „Schutzzollgesetz“ als Handlung des „Gesetzgebers“ auffassen wollte, so wäre damit dennoch keine Subsumtionsmöglichkeit geschaffen, weil *Ihering* ausdrücklich diese Reflexwirkung auf eine „dritte“ Person bezieht, also eine andere (d. i. erste oder zweite) Person im *privatrechtlichen* Sinne voraussetzt, in der die reflexwirkende Tatsache eintritt. Als „dritte“ Person kommt man den beiden kontrahierenden Teilen, niemals aber dem Gesetze oder dem „Gesetzgeber“ gegenüber in Betracht. Alle Beispiele seines reichen kasuistischen Materiales weisen eine solche „primär beteiligte Person“ (a. a. O. S. 290)³⁵⁰³ auf, von deren subjektivem Recht, Handlung oder faktischem Zustand die Reflexwirkung für den „dritten“ ausgeht. Wer sollte aber für die Reflexwirkung eines Schutzzollgesetzes die „primär beteiligte Person“ sein, da es doch der „Gesetzgeber“ nicht sein kann? Nach der in der Abhandlung durchgeführten Theorie könnten die Fabrikanten nur als die primär beteiligten Personen gelten und schon darum die Wirkung des Schutzzollgesetzes auf sie nicht als Reflexwirkung im *Iheringschen* Sinne betrachtet werden.

³⁵⁰⁰ *Ihering*, Reflexwirkung (Anm. 3499), S. 276 – Hervorhebungen teilweise vom Autor, teilweise von Kelsen.

³⁵⁰¹ Vgl. S. 732, insb. bei Anm. 3496.

³⁵⁰² «Recht (im)»] A₁ «Recht, Zustand (im)»; A₂ «Recht (im)».

³⁵⁰³ *Ihering*, Reflexwirkung (Anm. 3499), S. 290.

³⁵⁰⁴ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 351 f.

³⁵⁰⁵ «Interesse hat, als»] A₁ «Interesse haben kann) als»; A₂ «Interesse hat) als».

³⁵⁰⁶ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 352.

³⁵⁰⁷ Kelsen nimmt hier Bezug auf *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 352: „Ich sehe mich an dieser Stelle genöthigt, eine Ansicht, die ich in den vorhergehenden Auflagen vorgetragen habe, zurückzunehmen. Sie lautete: ganz dasselbe, wie von dem obigen Gesetz, gilt auch von den Polizei- und Kriminalgesetzen, sie schützen uns, aber nicht in der Form eines uns zustehenden Rechts.“

auf die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte, denen keine Klage zur Seite stehe, erklärt er: „Privatklage und Recht im subjektiven Sinne decken sich also nicht“¹⁾. Damit ist er aber neuerdings vor die Frage gestellt, wie sich eigentlich die rechtlich geschützten Interessen, die er als subjektive Rechte gelten läßt, von jenen unterscheiden, die nur Reflexwirkungen sind. Und *Ihering* sagt: „Ich erblicke das unterscheidende Merkmal in der Möglichkeit der Konstatierung einer individuellen Rechtsverletzung“²⁾. Nun bedeutet dies, wörtlich genommen, einen offenbaren *circulus vitiosus*! Denn auf die Frage, wann ein subjektives, i. e. individuelles Recht vorliegt, ergeht die Antwort: wenn ein individuelles Recht verletzt werden kann! *Ihering* meint aber wahrscheinlich gar nicht das, was er gesagt hat; er hat wahrscheinlich keine³⁵¹⁰ individuelle „Rechts“verletzung, sondern eine solche *Interessen*verletzung im Auge. Das geht aus den folgenden Sätzen hervor: „Werden die Schutzzölle nicht richtig gehandhabt, so ist es nicht dieser bestimmte Fabrikant oder Landwirt, der darunter leidet, sondern alle – die Wirkung der mangelhaften Handhabung des Gesetzes verliert³⁵¹¹ sich ins Allgemeine, Unbestimmte. Ganz anders, wenn jemand an der Ausübung seines Wahlrechtes verhindert oder seiner Freiheit beraubt wird“ etc.³⁾ Die Unhaltbarkeit dieses Kriteriums zeigt sich sofort. Denn ob jemand durch eine schlechte Handhabung der Schutzzollgesetze sein höchstindividuelles Interesse verletzt fühlt, das ist doch stets *quaestio facti*, eine psychische Tatsache, die durchaus von vornherein nicht ausgeschlossen ist; jeder Protest seitens eines Fabrikanten oder Landwirtes gegen die Gesetzesverletzung durch die Zollbehörde müßte die Annahme einer individuellen Interessenverletzung und damit eines subjektiven Rechtes im Sinne *Iherings* notwendig machen. Allein, *Ihering* bedient sich wiederum einer groben Fiktion! Er präsümiert einfach als nicht vorhanden, was er juristisch für irrelevant hält, er behauptet, es sei nicht in der Welt des Seins, der Wirklichkeit, bloß weil er es in seiner Konstruktion nicht brauchen kann. Tatsächlich beweist dieser Prozeß nur die juristische Bedeutungslosigkeit des Interessenmomentes für die eigene Theorie *Iherings*. Die Fiktion, zu

| 581 | der seine Konstruktion ausartet, wirkt aber umso krasser, | wenn man sich nur die gewöhnlichsten Tatsachen des Wirtschaftslebens vergegenwärtigt! Es wäre einfach unsinnig, nicht von der Verletzung individueller Interessen zu reden, wenn z. B. gegen die Bestimmungen des Zollgesetzes ein Artikel zollfrei eingelassen würde, den nur *eine* Firma oder ein Kartell aller Firmen erzeugt. Wer die zahlreichen Beschwerden kennt, die bei den Zollbehörden aus solchen Gründen einlaufen,

| 580 | ¹⁾ a. a. O. S. 352.³⁵⁰⁸

²⁾ a. a. O. S. 353.³⁵⁰⁹

³⁾ a. a. O. S. 353.³⁵¹²

³⁵⁰⁸ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 352.

³⁵⁰⁹ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 353.

³⁵¹⁰ «hat wahrscheinlich keine»] A₁ «hat keine»; A₂ «hat wahrscheinlich keine».

³⁵¹¹ «Wirkung ... verliert»] *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 353: «Wirkungen ... verlieren».

³⁵¹² *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 353.

dem wird es gewiß nicht einfallen, hier die Existenz und Verletzung höchst individueller Interessen zu leugnen. Auch die Tatsache, daß eine Verletzung des Zollgesetzes zahlreiche Fabrikanten trifft, so z. B. wenn ein Artikel, den viele Firmen erzeugen, gar nicht oder zu niedrig verzollt wird, ist kein Grund, die Verletzung individueller Interessen in Abrede zu stellen! Man muß dann mit demselben Rechte sagen, daß zahlreiche individuelle Interessen verletzt sind oder verletzt werden können, wie man bei Verletzung der Wahlordnung durch Nichtaufnahme vieler Wähler in die Wählerliste von einer Verletzung individueller Interessen spricht. *Ihering* irrt, wenn er die mit der schlechten Handhabung eines Schutz-zollgesetzes verbundene Möglichkeit, zahlreiche individuelle Interessen zu verletzen, für Unbestimmtheit und mangelnde Individualisiertheit der verletzten Interessen ausgibt.

Daß der Begriff der Rechtspersönlichkeit, die *Ihering* ausschließlich von der Seite des subjektiven Rechtes her erfaßt, indem er „Person“ und „Träger subjektiver Rechte“ identifiziert, dieselben Mängel aufweisen muß wie der Grundbegriff seines subjektiven Rechtes, ist selbstverständlich. Hier sei nur auf folgendes hingewiesen: Subjekt des Rechtes ist für *Ihering* derjenige Mensch, dem von der Rechtsordnung der Nutzen desselben zugebracht ist, der sogenannte „Destinatär“³⁵¹³, derjenige, dessen Interesse Schutz genießt. Verzichtet nun *Ihering* auf das Kriterium der actio, oder, nach seinen eigenen Worten, auf das Merkmal der Möglichkeit eines „Selbstschutzes“ des Interesses – und *Ihering* hält an diesem Kriterium nur für das römische Privatrecht fest,³⁵¹⁴ als ob der Begriff des subjektiven Rechtes im römischen Rechte ein anderer sein könnte als in irgendeinem anderen Rechte! – dann wird der Begriff der Rechtssubjektivität ebenso zu einem unjuristisch-materiellen und in seinem Umfange wertlos-weiten wie der des subjektiven Rechtes. So ist z. B. das eminente Interesse, das man in der Regel an der Unterlassung von Mord, Diebstahl usw. nicht nur an seiner eigenen Person, sondern auch an der seiner Mitmenschen hat, zweifellos durch die Rechtsordnung geschützt; die *Iheringsche* Ansicht führt dazu, daß man der bestehenden Rechtspflicht jedes einzelnen zur Unterlassung von Delikten die subjektiven Rechte aller anderen gegenüberstellen muß, die an der Unterlassung | interessiert und deren Interessen durch die Rechtsordnung geschützt sind. Ja, es gibt überhaupt keine Rechtspflicht, an deren Beobachtung nicht alle Rechtsgenossen interessiert sein können, wenn auch nur der eine oder andere auf Grund des materiellen Inhaltes der betreffenden Pflicht in besonderem Maße beteiligt ist. Damit erweitert sich der Begriff des Rechtssubjektes zu einem Umfange, der ihm jeden spezifisch juristisch-begriffsökonomischen Wert nimmt. Alles und jedes, in dessen Interesse die Rechtsordnung ihre Schutzfunktion ausübt, wird zum Rechtssubjekt, denn Rechtssubjekt ist Zwecksubjekt. Nicht einmal eine Beschränkung des Begriffes

| 582

³⁵¹³ Vgl. oben S. 728 in und bei Anm. 3480.

³⁵¹⁴ Vgl. *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 353–355, insb. 355.

Rechtssubjekt auf den Begriff Mensch ist möglich. Denn selbst wenn man den Begriff des Interesses nicht in dem objektiven Sinne des Zweckes, sondern in dem subjektiven eines psychischen Vorganges in dem Subjekte auffaßt und nur den Menschen als Träger solcher psychischer Vorgänge – Interessen – gelten lassen wollte, so muß man doch bedenken, daß der Mensch gerade in der von *Ihering* betonten Relation der Rechtsordnung gegenüber nicht als Subjekt sondern als *Objekt*, als Gegenstand des Schutzes, als Geschütztes in³⁵¹⁵ Betracht kommt. Bedenkt man weiter, daß die Existenz des spezifischen Seelenvorganges des Interesses auch nach der *Iheringschen* Konstruktion irrelevant bleibt, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß in derselben Relation, in welcher der Mensch nach der *Iheringschen* Konstruktion der Rechtsordnung gegenüber als „Subjekt“ des Rechtes steht, auch³⁵¹⁶ das Tier, ja, leblose Gegenstände stehen können, nämlich in Wahrheit als *Objekt* des Rechtes. Gerade die *Iheringsche* Konstruktion zeigt das Beispiel eines vollkommen willkürlich auf den Menschen beschränkten Persönlichkeitsbegriffes. Statuiert die Rechtsordnung die Pflicht, die Tötung eines Menschen zu unterlassen, und daneben die Pflicht, gewisse Tiere nicht zu töten, dann ist formal-juristisch kein Unterschied in dem Verhältnis zwischen dem so geschützten Menschen und den ebenso geschützten Tieren zu finden. Beide sind Objekte des Rechtsschutzes. Die Anschauung, daß nur der Mensch Endzweck der Rechtsordnung sei, daß alles andere, insbesondere die Tiere, nur um des Menschen willen, d. h. nur die menschlichen Interessen an diesen Objekten geschützt werden, ist an und für sich der Ausdruck eines besonderen *ethischen* Systems, ein naturrechtlicher Grundsatz, der keineswegs notwendig einer positiven Rechtsordnung zu entnehmen ist, deren Zwecke ja von vornherein außerrechtlicher Natur sind, für die juristische Konstruktion also gar nicht in Betracht kommen. Überdies ist das Dogma, das den Einzelmenschen zum alleinigen und Endzweck der Rechtsordnung macht, durchaus anfechtbar und wird von einem ethischen Standpunkte,
 | 583 der | über den engen, speziell durch das Christentum gezogenen Kreis³⁵¹⁷ der Menschheit hinausgeht und etwa alles Lebendige, also insbesondere auch Tiere erfaßt³⁵¹⁸, (wie er sich z. B. in der Weltanschauung der Inder findet) entschieden verworfen werden. Gerade die in neuerer Zeit anwachsenden ethischen Strömungen, die Tierschutzbewegung, zum Teil auch der Vegetarianismus, werden unmöglich zugeben können, daß die Aufgabe der Rechtsordnung nur der Schutz des Einzelmenschen³⁵¹⁹ sei. Zudem muß hervorgehoben werden, daß, selbst die frag-

³⁵¹⁵ «Objekt, als Gegenstand des Schutzes, als Geschütztes in»] A₁ «Objekt in»; A₂ «Objekt als Gegenstand des Schutzes, als Geschütztes in».

³⁵¹⁶ «daß in ... steht, auch»] A₁ «daß ebenso wie der Mensch nach der Iheringschen Konstruktion „Subjekt“ des Rechtes ist, auch»; A₂ «daß in derselben Relation in der der Mensch nach der Iheringschen Konstruktion der RO gegenüber als „Subjekt“ des Rechtes steht, auch».

³⁵¹⁷ «engen ... Kreis»] A₁ «engen Kreis»; A₂ «engen ... Kreis».

³⁵¹⁸ «also ... erfaßt»] A₁ «also auch Tiere und Pflanzen erfaßt»; A₂ «also ... erfaßt».

³⁵¹⁹ «daß die ... Einzelmenschen»] A₁ «daß nur der Mensch die einzige Aufgabe der RO der Schutz des Menschen»; A₂ «daß die Aufgabe der RO nur der Schutz des EinzelMenschen».

liche Einschränkung auf die Menschen zugegeben, niemals der Einzelmensch als Endzweck der Rechtsordnung, sondern stets nur die Gesamtheit der Menschen, deren Rechtsgemeinschaft als letzter Zweck gelten könnte. Gerade der Rechtsordnung gegenüber den Einzelmenschen als Selbstzweck anzunehmen, scheint die Täuschung einer allzu subjektiven Betrachtung zu sein. Auch das Eigentum schützt der Staat um allgemeiner Ordnung und Sicherheit willen! Faßt man als Rechtssubjekt das Subjekt des letzten Rechtsordnungszweckes, dann scheint es kein anderes Rechtssubjekt zu geben als diese Gesamtheit, deren rechtliche Organisation der Staat ist.

Eine kritische Analyse der *Iheringschen* Konstruktion ergibt somit, daß von den beiden Elementen des subjektiven Rechtsbegriffes der materielle, nämlich das Interesse vollkommen ungeeignet ist, Bestandteil des Rechtsbegriffes zu sein, daß dieses Element nur dem Worte nach und bloß fiktiv ein Merkmal des *Iheringschen* subjektiven Rechtes ist. Was im *Iheringschen* Begriffe übrig bleibt, ist lediglich das Element des Geschütztseins, das³⁵²⁰ *Ihering* ungenau als formales bezeichnet. Denn dieser Zustand des Geschütztseins, der als einziger Inhalt des *Iheringschen* subjektiven Rechtes verbleibt, ist tatsächlich nur der *materielle Reflex* des durch die Rechtsordnung statuierten Schutzes, und dieser Schutz, nicht das Geschützte, ist das formale Moment; und dieser Schutz besteht in der Rechtspflicht, der subjektiven Erscheinungsform des Rechtssatzes. Damit ist die innere Verwandtschaft zwischen dem *Iheringschen* und dem naturrechtlichen Begriffe des subjektiven Rechtes neuerdings erwiesen¹⁾: in beiden | Konstruktionen erscheint das subjektive Recht nur als die substantielle Kehrseite der formalen Rechtspflicht. | 584

An dem vom Naturrechte wie von *Ihering* als „subjektives Recht“ erfaßten Tatbestande ist nicht der Inhalt, auf den beide Konstruktionen das Hauptgewicht

¹⁾ Die spezifisch naturrechtliche Anschauung über das Verhältnis von objektivem und subjektivem Rechte, derzufolge das eine nicht aus dem andern abgeleitet, das letztere keine bloße subjektive Erscheinungsform des ersteren ist, sondern dieses unabhängig von jenem besteht, durch dasselbe nur geschützt wird, kommt besonders deutlich auch in der *Dernburgschen* Definition des subjektiven Rechtes zum Ausdruck, die im Wesen mit der *Iheringschen* übereinstimmt, nur daß an Stelle des „Interesses“, das „Gut“ oder der „Anteil an den Lebensgütern“ gesetzt ist. Sie lautet: „Recht im subjektiven Sinne ist der Anteil an den Lebensgütern, welcher der allgemeine Wille | als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet.“ (Pandekten I. 7. Aufl. S. 85)³⁵²¹ | 584
Dernburg erklärt ausdrücklich, daß die subjektiven Rechte unabhängig von der Rechtsordnung – dem allgemeinen Willen – Existenz hätten, daß die Rechtsordnung diese von ihr schon vorgefundenen Rechte nur anerkenne oder gewährleiste, was dasselbe ist wie: schütze. Ja, er scheut nicht vor der Behauptung zurück, daß die subjektiven Rechte historisch dem objektiven Rechte vorausgehen!³⁵²² Es bedarf wohl kaum eines besonderen Nachweises für den offenbaren Zusammenhang mit der naturrechtlichen Konstruktion angeborener Rechte in einem vorstaatlichen Zustande!

³⁵²⁰ «Element des Geschütztseins, das»] A₁ «Element des Schützens, richt[ig]er dessen materieller Reflex: das Geschütztsein. Damit ist neuerlich die innere Verwandtschaft des [bricht ab]»; A₂ «Element des Geschütztseins, das».

³⁵²¹ *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin 1902, S. 85.

³⁵²² Vgl. *Dernburg*, Pandekten (Anm. 3521), S. 85.

legen, nämlich das Geschützte, sondern der Schutz selbst das juristisch Relevante: und zwar nicht als Eigenschaft eines anderen Elementes, sondern selbst als Hauptelement!

Wenn in der *Iheringschen* oder der naturrechtlichen Terminologie von subjektiven Rechten die Rede ist, so ist *juristisch* damit nur die subjektive Rechtspflicht begriffen, der beide Konstruktionen keinen besonderen Platz eingeräumt haben!

XXIII. Kapitel. Die Willenstheorie.

Die zweite, der *Iheringschen* Interessentheorie meist gegenübergestellte Konstruktion des subjektiven Rechtes, erblickt das Wesen des letzteren im Willen. Als „Wollendürfen“ oder als eine „vom objektiven Rechte anerkannte Willensmacht“ wird das subjektive Recht aufgefaßt; als typischer Vertreter dieser Richtung kann *Windscheid* angesehen werden. Das eigentliche Resultat der Willenstheorie ist nicht leicht zu fixieren, da die verschiedenen Anhänger dieser Lehre gerade in der Frage nicht ganz klar übereinstimmen, welcher Wille als das Substrat des subjektiven Rechtes anzusehen ist, und auch der Hauptvertreter, *Windscheid* selbst, eine schwankende Haltung einnimmt, die ihm nicht ermöglicht, einen einheitlichen, scharfumrissenen Begriff des subjektiven Rechtes zu liefern.

Es sind zunächst zwei ganz verschiedene Tatbestände, die *Windscheid* unter dem Begriffe des subjektiven Rechtes zusammenfaßt¹⁾. Er unterscheidet Rechte auf ein eigenes Verhalten und Rechte auf ein | Verhalten anderer Personen. Rechte letzterer Art liegen nach *Windscheid* dann vor, wenn die Rechtsordnung auf Grund eines konkreten Tatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen zur freien Verfügung gestellt hat, zu dessen Gunsten dieser Befehl ergeht. „Sie überläßt es ihm, (dem Berechtigten) ob er von dem Befehle Gebrauch machen will, und im besonderen, ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will oder nicht. ... Das Recht ist *sein* Recht geworden.“³⁵²⁴

| 585

Als eine zweite Gruppe von subjektiven Rechten faßt *Windscheid* jene Fälle zusammen, in denen der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten der ersten Art. „Es wird dem Berechtigten ein maßgebender Wille zugeschrieben, nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung.“³⁵²⁵

Beide Arten von subjektiven Rechten soll die Definition umfassen: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.“³⁵²⁶

¹⁾ Pandekten I. 9. Auflage. S. 155 ff.³⁵²³

³⁵²³ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, hrsg. von Theodor Kipp, S. 155–166.

³⁵²⁴ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156.

³⁵²⁵ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156.

³⁵²⁶ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156.

da[ß] *Windscheid* trotz offenbaren Mangels eines entsprechenden Willensaktes³⁵³¹, ja, selbst bei durchaus entgegengesetztem Wollen des Subjektes ein subjektives Recht anerkennen muß! Sehr treffend sind die von *Thon*²⁾ gegen *Windscheid* angeführten Beispiele. So bleibt der Ehemann Eigentümer des veräußerten Dotalgrundstückes³⁵³³, obgleich er es offenbar nicht haben will, und der Gläubiger subjektiv berechtigt, auch wenn er die Rückgabe nicht nur nicht positiv will, sondern sogar die Annahme verweigert, letzterenfalls wenigstens bis zu einem gewissen im Gesetze bestimmten Zeitpunkte (Deposition³⁵³⁴ des Geschuldeten). Daß auch Willensunfähige subjektive Rechte haben können, wurde der *Windscheidschen* Theorie schon von *Ihering* vorgehalten³⁾, und daß man Rechte haben kann, ja, sogar meist hat, ohne ihren Inhalt zu wollen, ja, ohne daß man davon etwas weiß oder zu wissen braucht, ist jedem klar, der nur das Wort „Wille“ in dem von *Windscheid* und seinen Anhängern gebrauchten psychischen Sinne tatsächlich ernst nimmt.

Diese Einwände hat *Windscheid* in den späteren Auflagen seines Werkes durch eine Argumentation zu entkräften gesucht, die seiner ursprünglichen Theorie und dem Sinne seiner Konstruktion völlig fremd ist, wobei er jedoch den alten Wortlaut seiner Definition beibehalten,³⁵³⁶ nur daß er ihm eine neue Deutung gegeben hat. *Windscheid* anerkennt zunächst, daß die dem Bestande des subjektiven Rechtes – der Willensmacht – entsprechende Willensunterworfenheit und somit das subjektive Recht selbst „unabhängig ist von dem realen Willen³⁵³⁷ des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung“³⁵³⁸. *Windscheid* gibt zu, daß Willensunfähige Rechte haben, daß man Subjekt von Rechten sein kann, ohne von deren Existenz etwas zu wissen, geschweige ihren Inhalt zu wollen. Die Lösung dieses Widerspruches zu seiner Definition des subjektiven Rechtes glaubt *Windscheid* in Anschluß an die *Thonsche* Theorie zu finden. Er erklärt, „daß der im subjektiven Rechte gebietende Wille nur der der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten.“³⁵³⁹ Denn die Rechtsordnung sei es, die das rechtmäßige Verhalten des dem Berechtigten gegenüberstehenden Verpflichteten wolle, und nur dieser Wille sei das Wesentliche. Dieser erst später seiner Definition unterlegte

| 587

²⁾ Rechtsnorm und subjektives Recht S. 220 ff.³⁵³²

³⁾ Geist des römischen Rechtes 4. Aufl. III. Teil. S. 332.³⁵³⁵

³⁵³¹ «Willensaktes»] A₁ «Wollens»; A₂ «Willensaktes».

³⁵³² *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 220–222.

³⁵³³ Ein Dotalgrundstück ist eine zur Mitgift (lat.: dos) gehörige unbewegliche Sache, bezüglich deren der Ehemann nach römischem Recht einer Verfügungsbeschränkung unterliegt.

³⁵³⁴ Lat.: depositio; dt.: Hinterlegung.

³⁵³⁵ *Ihering*, Geist III.1⁴ (Anm. 3470), S. 332.

³⁵³⁶ Kelsen nimmt Bezug auf *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156 Anm. 3: „Ich halte also die in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs aufgestellte Definition des R[echts] fest.“

³⁵³⁷ «Willen»] *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 157: «Wollen».

³⁵³⁸ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 157 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁵³⁹ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 158.

Sinn ist jedoch vor allem unvereinbar mit dem Wortlaute dieser Definition des subjektiven Rechtes als der von der Rechtsordnung anerkannten und gewährleisteten Willensmacht. Wenn es der Wille der Rechtsordnung ist, der das Substrat des subjektiven Rechtes bildet, dann kann es nicht ein von der Rechtsordnung anerkannter oder gewährleisteter sein, denn ein solcher muß notwendig ein anderer als der der Rechtsordnung sein, da die Rechtsordnung ihren eigenen Willen ebensowenig anzuerkennen oder zu gewährleisten in der Lage ist, wie sie ihren eigenen Willen wollen kann. Aber ganz abgesehen von diesem Widerspruche erhebt sich die Frage, wie denn der Wille der Rechtsordnung zum subjektiven Rechte jemandes werden soll, zu dessen Gunsten, in dessen Interesse der Befehl der Rechtsordnung ergangen ist, wenn auf das Kriterium des Interesses verzichtet wird. Darauf sagt nun *Windscheid*, der Wille der Rechtsordnung sei darum subjektives Recht einer Person, weil die Rechtsordnung den *Inhalt* ihres Willens dem Willen dieser Person entnehme, der Wille dieser Person also materiell für den Befehl der Rechtsordnung maßgebend sei: „Selbst wenn die Rechtsordnung den *Inhalt* ihres Befehles aus dem Willen³⁵⁴⁰ einer Person entnimmt, befiehlt doch sie allein, nicht diese Person. Aber für diesen zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Befehl hat die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten selbst entscheidend gemacht. Sein Wille ist maßgebend für das Verhalten der ihm Gegenüberstehenden, weil er maßgebend ist für einen für ihr Verhalten maßgebenden Rechtsbefehl“³⁵⁴¹ (zum rechtmäßigen Verhalten der dem Berechtigten Verpflichteten).

| 588 | Es ist nicht leicht, diesen Knäuel sich ineinander verwickelnder Widersprüche und Denkfehler zu entwirren! Vor allem der ganze große Irrtum der Imperativtheorie mit allen seinen Unklarheiten, insbesondere mit seinem „Willen“ der Rechtsordnung, der dem psychischen Willen des Menschen vollkommen gleichgestellt wird und zum Inhalte das rechtmäßige Verhalten der *anderen* Subjekte hat! An anderer Stelle ist der innere Widerspruch dieser Konstruktion dargetan worden¹⁾; hier soll die Kritik auf Basis der Imperativtheorie selbst erfolgen.

Ein Widerspruch ist es, wenn *Windscheid* von einem rein *formalen* Standpunkte aus als das Substrat des *subjektiven Rechtes* den Willen der Rechtsordnung erklärt, wobei er ausdrücklich hervorhebt, daß es irrelevant sei, woher der *Inhalt* dieses Willens komme, und dann wieder den *objektiven* Willen der Rechtsordnung gerade dadurch zum *subjektiven* Rechte werden läßt, daß er nunmehr – mit einem vollkommenen Standpunktwechsel, nämlich ganz von einem das materielle Moment erfassenden Gesichtspunkte³⁵⁴³ aus – die Subjektivierung der Rechtsnorm

| 588 | ¹⁾ Vgl. oben S. 189 ff.³⁵⁴²

³⁵⁴⁰ «Willen»] *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 158: «Wollen».

³⁵⁴¹ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 158 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁵⁴² Vgl. oben S. 301–361.

³⁵⁴³ «einem das materielle Moment erfassenden Gesichtspunkte»] A₁ «einem materiellen Gesichtspunkte»; A₂ «einem das materielle Moment erfassenden Gesichtspunkte».

zum subjektiven Rechte auf Grund des Willens-*Inhaltes* vornimmt, den der Rechtsbefehl durch den „realen“ Willen der Subjekte³⁵⁴⁴ erhalte, obgleich er vorher gerade diese Provenienz des Willensinhaltes als irrelevant für die Tatsache bezeichnet hat, daß der Wille der Rechtsordnung und nicht der „reale“ Wille der Partei Substrat des subjektiven Rechtes sei! Wäre wirklich der Wille der Rechtsordnung Substrat des subjektiven Rechtes, müßte konsequenterweise die Rechtsordnung als einziges Rechtssubjekt anerkannt werden. Allein, *Windscheid* durfte begrifflicherweise diese Konsequenz nicht ziehen. Darum mußte er den formalen Standpunkt, den er nur zu dem Zwecke eingenommen hatte, um den oben bezeichneten Einwänden zu begegnen, wiederum aufgeben und zur alten Position zurückkehren; er erklärt die objektive Norm darum als subjektives Recht, weil ihr Inhalt durch den realen Willen der Partei bestimmt werde. Nur vergißt *Windscheid* dabei, daß er kurz vorher zugeben muß, daß dieser „reale“ Wille in zahlreichen Fällen fehle, in denen dennoch ein subjektives Recht vorhanden ist! Woher erhalte also in einem solchen Falle der Wille der Rechtsordnung seinen Inhalt? Gäbe es stets einen „realen“ Willen der Subjekte, welcher der Norm ihren Inhalt gibt, wäre *Windscheid* ja gar nicht gezwungen gewesen, diesen „realen“ Willen des Berechtigten als Substrat des subjektiven Rechtes aufzugeben und an seine Stelle | den –
 offenbar nicht „realen“ – Willen der Rechtsordnung zu setzen! Und dann noch eins: Wenn der an den Verpflichteten gerichtete Befehl der Rechtsordnung ein subjektives Recht des gegenüberstehenden Berechtigten ist, weil und insofern dessen Wille den Inhalt der Pflicht – d. i. des staatlichen Willens oder Befehles im Sinne der Imperativtheorie *Windscheids* – bestimmt, m. a. W.: weil der Staat in der Rechtsordnung durch eine Blankettnorm dem einen (Verpflichteten) befiehlt, was ein anderer (der Berechtigte) will, so muß in allen jenen Fällen, in denen der Inhalt der Rechtspflicht und somit des staatlichen Befehles durch Vertrag, d. h. durch *Willensübereinstimmung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem* gebildet wird, dieser Befehl auch subjektives Recht des Verpflichteten sein; denn dessen Wille ist für den Inhalt des Rechtsbefehls ebenso maßgebend, wie der des mitkontrahierenden Verpflichteten! Der Verpflichtete wäre zugleich und in Bezug auf das Gleiche Berechtigter, seine Pflicht stets auch sein Recht. Das bedeutet natürlich die vollständige Auflösung des subjektiven Rechtsbegriffes!

| 589

Bei einem angesehenen und verdienstvollen Autor, wie *Windscheid*, muß eine derartige – in einer anderen als der juristischen Disziplin wohl beispiellose – Begriffskonfusion vor allem die Frage nach der letzten Wurzel dieses beschämenden Tiefstandes wachrufen. Und da kann denn nicht zweifelhaft sein, daß die vollkommene Verwirrung in der *Windscheidschen* Konstruktion ihren tiefsten Grund in der mißverständlichen Auffassung des Willensbegriffes hat, der im Mittelpunkte des *Windscheidschen* Systems steht. Von dem im juristischen Sprachgebrauche

³⁵⁴⁴ «durch den „realen“ Willen der Subjekte»] A₁ «durch die Subjekte»; A₂ «durch den „realen“ Willen der Subjekte».

üblichen und an sich richtigen³⁵⁴⁵ Dogma ausgehend, daß subjektive Rechtsfähigkeit Willensfähigkeit, daß Person und Wille identische Qualitäten seien, ist *Windscheid*, wie alle anderen Theoretiker, dadurch völlig in die Irre geraten, daß er das Wort „Wille“ nicht in seinem spezifisch ethisch-juristischen Sinne erkannt, sondern in der Bedeutung einer psychischen Tatsache genommen hat.^{3546, 3547} Damit war aber eine Kette der unsinnigsten Fiktionen unausweichlich. Die heftige Gegnerschaft, die seit *Ihering* dem sogenannten Willensdogma entstanden ist und zur Begründung der Zwecktheorie geführt hat, die an Stelle des Willens das³⁵⁴⁸ Interessenmoment als konstituierendes Merkmal des subjektiven Rechtsbegriffes setzte,³⁵⁴⁹ ist ausschließlich auf diesen größten aller Irrtümer³⁵⁵⁰ zurückzuführen, in dem die juristische Theorie jemals befangen war, die den „Willen“ psychologisch zu erfassen suchte. Und der gleiche Grund ist es auch, der auf dem Gebiete der Strafrechtstheorie das Dogma von der *Willensschuld* | ad absurdum geführt hat und die Theorie veranlaßte, an Stelle dieser in die schwersten Widersprüche verwickelten und von jämmerlichen Fiktionen notdürftig gestützten Anschauung die Lehre von der *Wissensschuld* zu setzen. Damit ist freilich in beiden Fällen – sowohl für den Begriff des subjektiven Rechtes als auch für den Schuldbegriff das Übel nicht an der Wurzel erfaßt, denn die Unbrauchbarkeit des psychischen Willensmomentes hat nur zu seiner Ersetzung durch ein anderes psychisches Moment – Interesse – Wissen – geführt und noch nicht die Erkenntnis herangereift, daß es die Unzulässigkeit eines real-psychischen Momentes für die juristische Konstruktion überhaupt und nicht die Mängel irgendeines besonderen psychischen Momentes sind, die alle jene Widersprüche und Fiktionen mit sich bringen, die das Willensdogma als Fehlkonstruktion erweisen.

Windscheid will seine Konstruktion der subjektiven Rechte erster Kategorie der *Thonschen* Theorie entnommen haben.³⁵⁵¹ Allein, es kann nur ein vollkommenes Mißverständnis dieser Theorie sein, wenn er es als unwesentliche Differenz zwischen seiner und der *Thonschen* Auffassung bezeichnet, daß *Thon* es ablehnt, den an den Verpflichteten gerichteten, zu³⁵⁵² Gunsten des Berechtigten erlassenen Rechtsbefehl *dessen* Recht zu nennen, und nur den im Falle des Ungehorsams gegen den Widerstrebenden gerichteten Befehl an die Staatsorgane zur Gewährung der Rechtshilfe dem Berechtigten zu eigen sein läßt, weil dieser und *nur* dieser

³⁵⁴⁵ «und an sich richtigen»] A «und wirklich richtigen»; F* «und an sich richtigen».

³⁵⁴⁶ «einer psychischen Tatsache genommen hat.»] A₁ «einer juristischen Tatsache erfaßt hat.»; A₂ «einer psychischen Tatsache genommen hat.».

³⁵⁴⁷ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 155 f.

³⁵⁴⁸ «die an Stelle des Willens das»] A₁ «die das»; A₂ «die an Stelle des Willens das».

³⁵⁴⁹ Dazu oben S. 725–738.

³⁵⁵⁰ «aller Irrtümer»] A₁ «aller juristischen Irrtümer»; A₂ «aller Irrtümer».

³⁵⁵¹ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 155 Anm. * (mit Bezug auf *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466)), S. 157 f.).

³⁵⁵² «den an den Verpflichteten gerichteten, zu»] A₁ «den zu»; A₂ «den an den Verpflichteten gerichteten zu».

Befehl von der Zustimmung, der actio des Berechtigten abhängt.³⁵⁵³ Das ist aber die wesentlichste, nicht zu vermeidende Konsequenz¹⁾ der *Thonschen* Grundanschauung, derzufolge die ganze Rechtsordnung in eine Reihe von Imperativen³⁵⁵⁵ rechtmäßigen Verhaltens aufgelöst wird. Denn einer Subjektivierung ist dann tatsächlich nur jener Rechtssatz (d.h. Imperativ) fähig³⁵⁵⁶, der in seiner Existenz an die Mitwirkung des Subjektes gebunden, durch diese bedingt ist. Das trifft aber ausschließlich und allein bei dem an die Behörden gerichteten Straf- oder Exekutionsbefehle zu. Diese Konstruktion hat offenbar den Nachteil, daß bei ihr von einem subjektiven Rechte auf fremdes pflichtmäßiges Verhalten keine Rede sein kann, sondern nur von einem Rechte auf Realisierung der Unrechtsfolge; allein, dieses Resultat ist mit der *Thonschen* Imperativtheorie notwendig verbunden und *Windscheid*, der diese Theorie gerade in Bezug auf die Konstruktion des subjektiven Rechtes akzeptiert³⁵⁵⁷, gerät zu seiner Voraussetzung in Widerspruch, wenn er die Konsequenz verleugnet.

| Was nun die subjektiven Rechte zweiter Kategorie betrifft, die *Windscheid* aufstellt, so sind seine bezüglichen Ausführungen so dürftig und unpräzise, daß es schwer fällt ein festes Bild zu gewinnen. Tatsächlich hat *Kipp*, der das *Windscheidsche* Werk zuletzt edierte, diese Rechte zweiter Art vollständig aufgegeben und die darunter fallenden Tatbestände entweder nicht als subjektive Rechte im wissenschaftlichen Sinne gelten lassen oder sie den Rechten erster Kategorie zugewiesen¹⁾. Das Charakteristikum dieser subjektiven Rechte zweiter Art besteht darin, daß sie – im Gegensatz zu denen der ersten Kategorie – Rechte auf ein eigenes Verhalten sind. Welcher Art dieses Verhalten ist, wird nicht eindeutig bestimmt. *Windscheid* sagt: Rechte der ersten Art zu begründen, zu beenden, zu übertragen.³⁵⁵⁹ Es scheint, daß er damit als subjektives Recht die Fähigkeit bezeichnen wollte, Handlungen mit Rechtswirkungen vorzunehmen. Diese Auffassung entspräche auch der Generaldefinition des subjektiven Rechtes als „rechtlich anerkannte Willensmacht“³⁵⁶⁰. Allein, tatsächlich ist der Begriff des subjektiven Rechtes bei *Windscheid* noch viel weiter. Nicht nur auf Handlungen mit Rechtsfolgen, sondern auch auf andere anerkennt *Windscheid* subjektive Rechte, indem er den

| 591

¹⁾ Allerdings eine von *Thon* selbst nicht klar gezogene Konsequenz; vgl. unten S. 624 ff.³⁵⁵⁴

| 590

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 163.³⁵⁵⁸

| 591

³⁵⁵³ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 158.

³⁵⁵⁴ Vgl. unten S. 783–786.

³⁵⁵⁵ «Imperativen»] A₁ «Befehlen»; A₂ «Imperativen».

³⁵⁵⁶ «Rechtssatz (d.h. Imperativ) fähig»] A₁ «Rechtssatz fähig»; A₂ «Rechtssatz (dh Imperativ) fähig».

³⁵⁵⁷ «Theorie ... akzeptiert»] A₁ «Theorie akzeptiert»; A₂ «Theorie ... akzeptiert».

³⁵⁵⁸ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 163 – die vom Herausgeber Theodor Kipp hinzugefügten Ausführungen sind jeweils in eckige Klammern gesetzt.

³⁵⁵⁹ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156.

³⁵⁶⁰ Vgl. *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156 – dazu ergänzend oben S. 739 bei Anm. 3526.

Genuß der durch die Rechtsordnung geschützten Güter als Rechtsausübung betrachtet. Und diesem erweiterten Umfange entspricht dann die ebenfalls gebrauchte Definition des subjektiven Rechtes als „Wollendürfen“^{3561 2)}. Dazu bemerkt *Thon*³⁾: „Das bloße Erlaubtsein (Dürfen) eines Wollens erhebt die Willensäußerung noch nicht zur Rechtsausübung, sondern erst die Gewährleistung desselben³⁵⁶³ seitens der Rechtsgemeinschaft, die Beihilfe, welche letztere dem Berechtigten verspricht. Zwischen der verbotenen und der rechtlich geschützten Willensbetätigung liegt das unendlich weite Feld des Erlaubten oder genauer gesagt des nicht Verbotenen⁴⁾ 3565: | das Feld der natürlichen, durch keinen Rechtsatz beschränkten *Freiheit*¹⁾. Das Wollendürfen würde nur das Unverbotene sein³⁵⁶⁶, nicht den *Schutz des Handelns* bezeichnen. Aber es wird von *Windscheid* nicht bloß an die Rechtsverfolgung gedacht, für ihn ist, *wie für Ihering* und die gesamte Doktrin, jeder Genuß des geschützten Gutes, Rechtsausübung, das³⁵⁶⁷ Wollendürfen nicht nur Rechtsverfolgung, sondern vornehmlich Genießendürfen.“

| 592

Damit ist aber eklatant dargetan, daß *Windscheid*, ganz ebenso wie *Ihering*,³⁵⁶⁸ in den spezifisch naturrechtlichen Begriff des subjektiven Rechtes geraten ist. Als subjektives Recht erscheint nun auch bei *Windscheid* der ganze Kreis der von der Rechtsordnung umgrenzten staatsfreien Sphäre des Individuums, der

²⁾ „Wollen-dürfen“ ist nicht dasselbe wie „Willensmacht“, die ein „Wollen-können“ bedeutet.

³⁾ a. a. O. S. 221. ³⁵⁶²

⁴⁾ Diesem Satze *Thons* kann hier nicht ganz beigeppflichtet werden. Denn auch das ganze Feld des Erlaubten oder Gedurften muß wohl als rechtlich geschützt angesehen werden, insoferne jeder Eingriff in diese Sphäre verboten, d. h. die entsprechende Unterlassung als Rechtspflicht statuiert ist. „Spazierengehen“ ist rechtlich erlaubt oder, richtiger, nicht verboten. Aber es ist als Betätigung der persönlichen Freiheit geschützt, denn jede Verhinderung wäre als Verletzung der persönlichen Freiheit zu strafen. Unter den gedurften Handlungen der Subjekte sind³⁵⁶⁴ gewisse rechtlich insoferne qualifiziert, als sie als Bedingung für die Realisierung der Unrechtsfolge statuiert sind: die *actiones*. Das unendliche Gebiet der Freiheit liegt nicht zwischen dem Verbotenen und dem rechtlich Geschützten, sondern jenseits der *eigenen* Pflichten (und zwar des Gebotenen wie des Verbotenen), durch diese beschränkt, und diesseits der | Pflichten der anderen (deren Handlungs- und Unterlassungspflichten), durch diese geschützt.

| 592

¹⁾ Auch der Zusatz „durch keinen Rechtssatz beschränkt“ kann nicht als ganz zutreffend angesehen werden. Die „Freiheit“ im Sinne der staatsfreien Sphäre ist als Ganzes zweifellos stets durch Rechtssätze beschränkt; *Thon* denkt offenbar an die einzelnen innerhalb dieser Freiheitssphäre liegenden Handlungen und Unterlassungen; diese sind allerdings durch keinen Rechtssatz beschränkt.

³⁵⁶¹ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 159.

³⁵⁶² *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 221 f. – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

³⁵⁶³ «desselben»] *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 222: «derselben».

³⁵⁶⁴ «Handlungen der Subjekte sind»] A₁ «Handlungen sind»; A₂ «Handlungen der Subjekte sind».

³⁵⁶⁵ Anmerkung in A₂ eingefügt.

³⁵⁶⁶ «Unverbotene sein»] *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 222: «Unverbotensein».

³⁵⁶⁷ «Gutes, Rechtsausübung, das»] A₁ «Gutes, das»; A₂ «Gutes, Rechtsausübung, das».

³⁵⁶⁸ Vgl. oben S. 737 f.

materielle Reflex der durch die Rechtsordnung statuierten Pflichten. Darauf läuft nämlich das durch das objektive Recht geschützte oder garantierte Wollen- richtiger Handelndürfen hinaus. Und diese Konsequenz war für *Windscheid* in demselben Augenblicke unausweichbar, als er überhaupt Rechte auf ein eigenes Verhalten anerkannte. Ist es mein subjektives Recht, an einer Sache Eigentum zu erwerben und meine Sache zu verkaufen, dann muß es auch mein subjektives Recht sein, mein Pferd zu reiten, meinen Anzug zu tragen etc., aber auch spazieren zu gehen, zu atmen etc. Denn ob sich in dem einen Falle sogenannte Rechtsfolgen an meine Handlung knüpfen, im anderen aber nicht, das ist für mein Verhältnis zu der betreffenden Handlung, für das Verhältnis zwischen mir und der Handlung gleichgültig. Das subjektive Recht, das sich *an die Handlungen knüpft*, die *Windscheid* in der zweiten Kategorie seiner Rechte erfaßt, ist nicht das Recht zu dieser Handlung, sondern ein Recht *aus* dieser Handlung. Das „Recht“, ein Recht zu erwerben, zu übertragen oder zu beenden, kurz das Recht an einem oder über ein Recht ist eine höchst überflüssige, ja unmögliche Verdoppelung des Rechtsbegriffes und methodisch ebenso unsinnig, wie etwa der Wille zu wollen.

Ohne hier auf den Begriff der sogenannten Rechtsfolge einzugehen, sei nur nochmals hervorgehoben, daß die Rechtsordnung dadurch, daß sie eine Handlung mit Rechtsfolgen ausstattet, keineswegs ein Recht *auf* diese Handlung gewährt. Können doch geradezu verbotene Handlungen, d. h. solche, deren Unterlassung unter Strafsanktion Rechtspflicht³⁵⁶⁹ ist, nach herrschender Lehre „zivile Rechtsfolgen“³⁵⁷⁰ haben. So insbesondere im römischen Rechte, wo z. B. das *furtum*³⁵⁷¹ verboten, d. h. mit Strafe bedroht ist, aber zweifellos die eminente Rechtsfolge des juristischen Besitzes an der gestohlenen Sache und den Besitzschutz zur Rechtsfolge hat. Gibt es aber ein subjektives Recht auf das *furtum*?

Die Tatsache der Rechtsfolge aus einer Handlung ist vollkommen irrelevant für die Existenz eines Rechtes *auf* diese Handlung. Und das zeigt sich ja auch darin, das der vulgäre Sprachgebrauch³⁵⁷², der ein „Recht“ auf *Verkauf* einer Sache u. dgl. kennt, in demselben Sinne auch ein Recht auf den faktischen Genuß der Sache, auf Handlungen ohne Rechtsfolgen proklamiert. Und darum liegt der Grundfehler überhaupt in der Vorstellung eines *subjektiven Rechtes* auf *eigenes* Verhalten. Ein solches ist aber vom formal-juristischen Standpunkte aus ebenso undenkbar, wie eine *Pflicht* zu *fremdem* Verhalten. Ein³⁵⁷³ Recht auf etwas haben, kann nichts anderes bedeuten, als zu dem die Pflicht jemandes statuierenden Rechtssatz in einem besonderen Verhältnis stehen, kraft dessen der betreffende Rechtssatz zur

³⁵⁶⁹ «Unterlassung unter Strafsanktion Rechtspflicht»] A₁ «Unterlassung Rechtspflicht»; A₂ «Unterlassung unter Strafsanktion Rechtspflicht».

³⁵⁷⁰ «Lehre „zivile Rechtsfolgen“»] A₁ «Lehre „Rechtsfolgen“»; A₂ «Lehre „zivile Rechtsfolgen“».

³⁵⁷¹ Lat.: *furtum*; dt.: Diebstahl.

³⁵⁷² «der vulgäre Sprachgebrauch»] A₁ «der Sprachgebrauch»; A₂ «der vulgäre Sprachgebrauch».

³⁵⁷³ «Verhalten. Ein»] A₁ «Verhalten. Das eigene Verhalten kann im Verhältnis zur Rechtsordnung nur Gegenstand einer eigenen Rechtspflicht, oder [bricht ab]»; A₂ «Verhalten. Ein».

Verfügung des Berechtigten ist. Daß auch die *Thonsche* Konstruktion, die ja der hier einstweilen nur angedeuteten sehr nahe kommt, die Annahme eines subjektiven Rechtes auf das fremde pflichtmäßige Verhalten nicht zuläßt, wurde bereits erwähnt. Die spätere Durchführung der hier als richtig erkannten Konstruktion wird die Ursache dieses Mangels der *Thonschen* Lehre aufzuzeigen und zu vermeiden haben.³⁵⁷⁴

³⁵⁷⁴ Vgl. unten S. 781–789.

XXIV. Kapitel.

Die Kombinationstheorie.³⁵⁷⁵

|594 Vorher muß jedoch Stellung genommen werden zu einer dritten Gruppe von Konstruktionen, die eine Lösung des subjektiven Rechts-Problems versuchten. Es sind dies jene Theorien, die aus einer Kombination des Zweck- und Willens-Dogmas hervorgegangen sind und die sich dadurch charakterisieren, daß sie im Begriffe des subjektiven Rechtes sowohl das Zweck- als auch das Willensmoment vereinigen, wobei das Hauptgewicht bald auf den einen, bald auf den anderen der beiden Faktoren gelegt wird. Der bedeutendste Vertreter | dieser Richtung ist *Bernatzik*, der mit seiner hier mehrfach zitierten und für die Theorie des subjektiven Rechtes hochbedeutsamen Arbeit: „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere“¹⁾, die heute speziell auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes herrschende Anschauung von der Struktur des subjektiven Rechtes³⁵⁷⁷ begründet hat. Insbesondere hat auch *Jellinek* die spezifisch *Bernatziksche* Kombination des Zweck- und Willensmomentes für seinen Begriff des subjektiven Rechtes akzeptiert²⁾.

Eine Kritik der Kombinationstheorie ist von vornherein schon durch die Stellung gegeben, die man gegenüber der Zweck- und gegenüber der Willentheorie im einzelnen einnimmt. Es werden sich die meisten Argumente für und wider diese beiden Theorien auch für und wider die Kombination vorbringen lassen. Wer das Zweckmoment als dem Rechtsbegriffe fremd erachtet, kann es auch in seiner Verbindung mit dem Willensmomente nicht akzeptieren und wenn der Wille – im psychischen Sinne – sich als ungeeignet erweist, ein konstituierendes Merkmal des Rechtsbegriffes zu bilden, so muß dies für ihn auch dann gelten, wenn er neben anderen Faktoren verwendet wird. Mit Rücksicht auf die vorangegangenen Untersuchungen³⁵⁷⁹ wird daher an dieser Stelle nur mehr die spezifische Bedeutung zu würdigen sein, die sich aus der Kombination beider Elemente ergibt.

|594 |¹⁾ Archiv für öffentliches Recht V. S. 169 ff.³⁵⁷⁶

²⁾ Vgl. dessen System S. 44 ff.³⁵⁷⁸

³⁵⁷⁵ «Die Kombinationstheorie.»] in F* eingefügt.

³⁵⁷⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 169–318.

³⁵⁷⁷ «Anschauung von der Struktur des subjektiven Rechtes»] A₁ «Anschauung vom subjektiven Rechte»; A₂ «Anschauung von der Struktur des subjektiven Rechtes».

³⁵⁷⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 54–67.

³⁵⁷⁹ Vgl. oben S. 720–749.

Wenngleich *Bernatzik* sowohl den Zweck als den Willen und zwar beide Momente zusammen als für den Begriff des subjektiven Rechtes und Rechtssubjektes wesentlich³⁾ erklärt, so geht doch aus seinen Definitionen beider Begriffe deutlich hervor, daß er – und darin folgt er im Prinzip den Spuren *Iherings*³⁵⁸¹ – das Hauptgewicht auf das Zweckmoment legt. Denn er bezeichnet das subjektive Recht als einen *Zweck* und zwar: als einen „menschlichen Zweck, behufs dessen Realisierung die Rechtsordnung die Möglichkeit einer Willensherrschaft dadurch anerkennt, daß sie rechtliche Wirkungen an dieselbe knüpft, gleichviel wem dieser Wille angehört“⁴⁾. Diese Betonung des Zweckmomentes zeigt sich dann noch besonders deutlich in der Definition des Rechtssubjektes. Sind nämlich Zweck- und Willensmoment³⁵⁸³ einander gleichbedeutend koordiniert, beide gleich wesentlich, dann müssen bei der Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Zweck- und Willensträger – und gerade die Anerkennung dieser Möglichkeit ist ein Charakteristikum der *Bernatzikschen* Konstruktion – konsequenterweise zwei Subjekte desselben Rechtes angenommen werden und zwar sowohl der Träger des Zweckes als auch | der Träger des Willens. Obzwar nun *Bernatzik* die dem Interessenmoment³⁵⁸⁴ gleich wesentliche Stellung des Willenselementes ausdrücklich hervorhebt, indem er z. B. sagt: „Es ist ganz gleichgültig, ob ein Rechtsinstitut die Interessen dieser oder jener Subjekte schützen will, solange die Rechtsordnung den Willen nicht anerkennt, dessen eigene, selbständige Tätigkeit dieselben zur Realisierung zu bringen befugt ist“¹⁾, obzwar er zugibt, daß die Dispositionsmöglichkeit (das Willensmoment) „ein wesentliches Element im Begriffe von Recht und Rechtssubjekt ist“²⁾, so läßt er als Rechtssubjekt dennoch ausschließlich und allein das Zwecksobjekt gelten: „Rechtssubjekt ist daher der Träger eines jeden menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, daß sie dem zu seiner Realisierung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht“³⁾. Der Träger des zur Realisierung des Zweckes erforderlichen Willens muß, wie bereits bemerkt, nach der *Bernatzikschen* Konstruktion durchaus nicht immer das Interessen- oder Zwecksobjekt, sondern kann eine ganz andere Person sein. Dieses Willenssubjekt jedoch will *Bernatzik* nicht als Rechtssubjekt anerken-

| 595

³⁾ a. a. O. S. 233. ³⁵⁸⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 263. ³⁵⁸²

¹⁾ a. a. O. S. 234. ³⁵⁸⁵

²⁾ a. a. O. S. 239. ³⁵⁸⁶

³⁾ a. a. O. S. 233. ³⁵⁸⁷

| 595

³⁵⁸⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233.

³⁵⁸¹ Zum Ansatz *Iherings* vgl. oben S. 725–738.

³⁵⁸² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263.

³⁵⁸³ «Willensmoment»] A₁ «Willenssubjekt»; A₂ «Willensmoment».

³⁵⁸⁴ «Interessenmomente»] A₁ «Zweckmomente»; A₂ «Interessenmomente».

³⁵⁸⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 234.

³⁵⁸⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 234 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

³⁵⁸⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233.

nen. Er sagt ausdrücklich im unmittelbaren Anschluß an seine oben zitierte Definition: „Also nicht das Subjekt dieses Willens ist Rechtssubjekt und Recht daher nicht ein ‚Wollen-dürfen‘⁴⁾“.

Damit nähert sich seine Auffassung außerordentlich der *Iherings*. Seine Theorie stellt sich als eine Modifikation der *Iheringschen* dar, indem er als subjektives Recht nicht schlechtweg *jeden* geschützten Zweck, resp. jedes geschützte Interesse, sondern nur den durch Anerkennung von Willensmacht geschützten⁵⁾ Zweck gelten³⁵⁹⁴ läßt.

Will man sich klar machen, inwieweit die *Bernatziksche* Definition einen Fortschritt gegenüber der *Iheringschen* bedeutet, muß man zunächst prüfen, was unter dem zur Realisierung des Interesses oder Zweckes erforderlichen, von der Rechtsordnung mit rechtlicher Kraft versehenen Willen zu verstehen ist, der allein jenen besonderen Schutz des Interesses bedeutet, durch welchen dieses zum subjektiven Rechte erhoben wird. Unter Realisierung eines Zweckes oder Interesses ist gemeinhin dessen Erfüllung zu verstehen. *Bernatzik* spricht auch von dem „Interesse, das man durchschnittlich daran hat, daß ein Darlehen zurückerstattet, eine qualifizierte tatsächliche Innehabung nicht gestört werde, daß die Gatten sich Treue bewahren ...¹⁾“. Nun bringt es die Eigenart der Rechtsordnung mit sich, daß sie erst dann in ihre spezifischen Wirkungen tritt, wenn die von ihr zu schützenden Interessen bereits verletzt sind. Sie ist wohl in der Lage, in gewissen Fällen die Verletzung des Interesses wieder zu heilen, durch Exekution z. B., aber in vielen Fällen ist dies gar nicht mehr möglich, z. B. gerade bei den letzteren von *Bernatzik* angeführten Beispielen. Hier kann die durch die Rechtsordnung garantierte „Realisierung des Interesses“³⁵⁹⁶ nicht mehr dessen Erfüllung bedeuten, sondern lediglich die Verhängung der auf die Verletzung gesetzten Unrechtsfolge. Dies ist

4) a. a. O. S. 233.³⁵⁸⁸

5) *Bernatzik* bedient sich zwar in seiner Definition nicht des Wortes „Schutz“ oder „geschützter“ Zweck, vielmehr gebraucht er den Terminus: von der Rechtsordnung „anerkannter“ Zweck.³⁵⁸⁹ Allein *Bernatzik* beschränkt den für seinen Begriff des subjektiven Rechtes in Betracht kommenden Schutz³⁵⁹⁰ der Rechtsordnung auf jene Fälle, in denen er durch Anerkennung einer Willensmacht erfolgt. Er spricht auch selbst von einem „das Interesse *schützenden* Willen“ a. a. O. S. 263³⁵⁹¹; vgl. auch die *Bernatzik'schen* Ausführungen S. 233/234^{3592, 3593}

596 |¹⁾ a. a. O. S. 234.³⁵⁹⁵

³⁵⁸⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233.

³⁵⁸⁹ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233 – dazu ergänzend oben S. 751 bei Anm. 3582.

³⁵⁹⁰ «Allein ... Schutz»] A₁ «Allein B umschreibt [bricht ab]»; A₂ «Allein B läßt eben den Schutz [bricht ab]»; A₃ «Allein B beschränkt eben den für seinen Begriff des subj. Rechtes in Betracht kommenden Schutz»; F* «Allein ... Schutz».

³⁵⁹¹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁵⁹² «auch die *Bernatzik'schen* Ausführungen S. 233/234»] A₁ «auch S 233/234»; A₂ «auch die *Bernatzikschen* Ausführungen S 233/234».

³⁵⁹³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233 f.

³⁵⁹⁴ «Zweck gelten»] A «Zweck als subjektives Recht gelten»; F* «Zweck gelten».

³⁵⁹⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 234.

³⁵⁹⁶ Vgl. oben S. 751 bei Anm. 3585.

auch im ersten Falle so, nur daß dort eben die Verhängung der Unrechtsfolge zugleich eine Gutmachung des Schadens ist. Darum muß, sofern man *zum Wesen des subjektiven Rechtes* gehörig, d. h. also *in allen Fällen*, wo ein solches vorliegt, eine von der Rechtsordnung garantierte Realisierung des Interesses annimmt, unter dieser „Realisierung des Interesses“ eben die Verhängung der Unrechtsfolge durch den Staat verstanden werden. Der zur Realisierung erforderliche „Wille“ muß daher unter allen Umständen der des Staates sein. In gewissen Fällen allerdings kann – muß aber nicht – neben diesem Willen des Staates auch der eines anderen Subjektes, etwa der des Interessenten oder seines Stellvertreters, behufs Realisierung des Interesses in der Weise von der Rechtsordnung anerkannt werden, daß der Wille des Staates zur Verhängung der Unrechtsfolge bedingt wird durch eine actio seitens des Interessenten oder dessen Stellvertreters. Jedenfalls ist aber der Wille des Staates in erster Linie zur Realisierung oder zum Schutze der Interessen erforderlich.

Daraus geht schon hervor, daß der Schutz eines Interesses durch die Rechtsordnung gar nicht anders erfolgen kann als dadurch, daß ein zur Realisierung des Interesses erforderlicher Wille – nämlich der des Staates – rechtliche Kraft erhält. Da die *Bernatziksche* Definition unter den zur Realisierung des Interesses erforderlichen Willen den des Staates nicht ausscheidet, ja, durch den Zusatz: „gleichviel wem dieser Wille angehört“³⁵⁹⁷, die Möglichkeit den Staatswillen als zweckrealisierenden Faktor anzusehen offenhält, scheint³⁵⁹⁸ sie somit keine wesentliche Änderung der *Iheringschen* Definition³⁵⁹⁹ zu bedeuten, | denn sie umschreibt lediglich den Begriff des Schutzes, ohne das subjektive Recht auf eine engere Grenze als das rechtlich geschützte Interesse zu beschränken.

| 597

Wenn *Bernatzik* dennoch mit Nachdruck den Unterschied seiner Auffassung von der *Iheringschen* hervorhebt, indem er sagt: „nicht jedes Subjekt eines Zweckes, der durch die Rechtsordnung geschützt wird, ist Rechtssubjekt, selbst wenn ihm der Nutzen des betreffenden Rechtsinstitutes von der Rechtsordnung³⁶⁰⁰ ‚zugesacht‘ ist“, wenn er fortfährt: „Es kann rechtlich geschützte Interessen geben, die doch keine Rechte sind, weil *ihre Träger* an der Verwirklichung derselben keinen Anteil haben“³⁶⁰¹, so lassen sich diese Ausführungen keineswegs aus seiner Definition ableiten, ja, der letztzitierte Satz steht sogar insofern in einem gewissen Widerspruche zu der Definition, als dort ausdrücklich die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes auch dann zugegeben ist, wenn dem Träger desselben – das ist nach der Definition des Rechtssubjektes der Träger *des Zweckes* – kein Anteil an der Realisierung des Zweckes eingeräumt ist, vielmehr der zur Verwirklichung des Interesses notwendige Wille einem anderen Subjekte zukommt!

³⁵⁹⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263 – dazu ergänzend oben S. 751 bei Anm. 3582.

³⁵⁹⁸ «ausscheidet ... scheint»] A₁ «ausscheidet, scheint»; A₂ «ausscheidet ... scheint».

³⁵⁹⁹ Vgl. oben S. 725–738, insb. 725, 728–735.

³⁶⁰⁰ «der Rechtsordnung»] *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233: «dem Gesetze».

³⁶⁰¹ Beide Zitate: *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233 – Hervorhebungen von Kelsen.

Allein, nicht aus der Definition, sondern aus den in Form einer Folgerung aus der Definition gekleideten Sätzen geht die Begrenzung hervor, die *Bernatzik* an dem *Iheringschen* Begriff des subjektiven Rechtes vorgenommen hat: „Wenn *daher* der das Interesse schützende Wille der des Gemeinwesens selbst ist, so ist ein von diesem verschiedenes Rechtssubjekt nicht vorhanden. Hiedurch unterscheiden sich Rechte von rechtlich geschützten Interessen, d. h. von solchen, deren Schutz nicht einem dem staatlichen Willen gegenüber *selbständigen* Willen anvertraut ist¹⁾“. Gegen diese Konstruktion erheben sich sofort die schwersten Bedenken. Wenn der spezifische Unterschied³⁶⁰³ zwischen rechtlich geschützten Interessen und subjektiven Rechten darin zu finden sein soll, daß bei den letzteren der Schutz durch einen dem staatlichen Willen gegenüber selbständigen, also einen vom Willen der Staatsperson verschiedenen Willen erfolgt, dann muß es dahingestellt bleiben, wie es *subjektive Rechte des Staates selbst* geben kann, die diesem Kriterium entsprechen, da doch ein anderer als der Wille des Staates zur Realisierung seiner Interessen nicht in Betracht kommt. Und mit³⁶⁰⁴ dieser Konstruktion ist die Rechtspersönlichkeit des Staates überhaupt in Frage gestellt. Zwar scheint *Bernatzik* anzudeuten, daß im Falle der das Interesse schützende Wille der des *Staates* ist, auch nur | der Staat als Rechtssubjekt in Betracht komme; allein doch nur als Subjekt eines Rechtes, dem *Bernatzik* mangels eines Unterschiedes vom rechtlich geschützten Interesse den Rechtscharakter abspricht! Dabei gerät *Bernatzik* überdies mit seiner Definition des Rechtssubjektes in Konflikt. Denn Rechtssubjekt ist nach dieser nur der Träger des Zweckes und *nicht* der Träger des Willens. Sind also die Zwecke irgendwelcher Subjekte nur durch den *Willen des Staates* geschützt oder „realisiert“, dann kann auch der Staat, als bloßer Willensträger, nicht als Rechtssubjekt gelten.

| 598

Auf Grund anderer Ausführungen kann es den Anschein haben, als ob *Bernatzik* den zur Realisierung³⁶⁰⁵ des Interesses erforderlichen *dem Staate gegenüber selbständigen Willen*, den er als wesentliches Merkmal des subjektiven Rechtes bezeichnet, nicht gerade in dem Sinne verstanden wissen will, daß es sich dabei um einen von dem Willen der Staatsperson verschiedenen Willen einer anderen Person handeln müsse. Er sagt: „Das Subjekt dieses Willens, der herrschenden und handelnden Rechtsordnung gegenübergestellt, heißt ‚Partei‘ und deshalb kann man in dem Einräumen von Parteirechten seitens der Rechtsordnung das zweite

| 597

¹⁾ a. a. O. S. 263.³⁶⁰²

³⁶⁰² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263 – Hervorhebungen teilweise vom Autor, teilweise von Kelsen.

³⁶⁰³ «der spezifische Unterschied»] A₁ «der Unterschied»; A₂ «der spezifische Unterschied».

³⁶⁰⁴ «entsprechen ... Und mit»] A₁ «entsprechen. Ja es muß überhaupt als fraglich erscheinen, ob [bricht ab]»; A₂ «entsprechen ... Und mit».

³⁶⁰⁵ «den zur Realisierung»] A₁ «den zum Wesen des subjektiven Rechts gehörigen [bricht ab]»; A₂ «den zur Realisierung».

charakteristische Merkmal der Rechtssubjektivität erkennen“¹⁾ ³⁶⁰⁷. Da es nun zahlreiche Fälle gibt, in denen die Rechtsordnung der Staatsperson „Parteirechte“ einräumt, z. B. im Strafprozeß, so wäre in diesen Fällen auch nach der *Bernatzik-schen* Konstruktion die Annahme von subjektiven Rechten des Staates möglich; allein in allen diesen Fällen muß auch ein subjektives Interesse anderer Subjekte gegeben sein, sofern nämlich Interessen dieser Subjekte geschützt werden. Das wäre z. B. bei allen Strafrechtssätzen der Fall, die zwar im Interesse des Staates, aber stets auch im Interesse der einzelnen Individuen bestehen. Denn in allen diesen Fällen ist ein menschlicher Zweck d. h. ein Interesse und ein zur Realisierung desselben vom Staate anerkannter, dem staatlichen Willen gegenüber wenigstens formell (d. h. processualiter) selbständiger Wille, also beide Elemente des subjektiven Rechtes, die *Bernatzik* fordert, vorhanden. Da in allen diesen Fällen zwei Interessen[-] oder Zwecksobjekte – nämlich der Staat und der Untertan gegeben sind, müssen nach der *Bernatzik-schen* Definition des Rechtssubjektes beide Personen als Rechtssubjekte anerkannt werden. Damit aber auch zwei subjektive Rechte, nämlich sowohl das des Staates als auch das des Untertanen, deren Interessen koinzidieren. Die Anerkennung eines subjektiven Strafrechtes³⁶⁰⁸ der Untertanen, die nach der *Bernatzik-schen* Konstruktion unausweichlich ist, wenn auf Grund dieser die Annahme von subjektiven Rechten des Staates möglich sein soll, scheint die auf den ersten Blick gewonnene Einschränkung des *Iheringschen* Begriffes des subjektiven Rechtes, als eines rechtlich geschützten Interesses wieder aufzuheben.

| 599

Was nun den Inhalt des Willens betrifft, dem die Rechtsordnung zur Realisierung eines Interesses Rechtswirkungen verleihen muß damit das Interesse oder der Zweck ein subjektives Recht werde, so muß nach *Bernatzik* diese Anerkennung des Willens seitens der Rechtsordnung nicht notwendig durch Gewährung einer actio erfolgen. Es gebe Rechte, die nicht durch den staatlichen Zwangsapparat geschützt seien. Das Moment des Schutzes im Rechtsbegriffe sei in verschiedener Weise abgestuft, die Gewährung einer Klage³⁶⁰⁹ bedeute nur den höchsten Grad des Schutzes¹⁾. Allein, demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß der Schutz, den die Rechtsordnung einem Interesse gewährt, ausschließlich und allein in der Statuierung einer dem Interesse des Berechtigten korrespondierenden Pflicht auf Leistung des Interesseobjektes oder auf Unterlassung einer Interesse-

| ¹⁾ a. a. O. S. 234. ³⁶⁰⁶

| 598

| ¹⁾ a. a. O. S. 262. ³⁶¹⁰

| 599

³⁶⁰⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 234.

³⁶⁰⁷ Anmerkung in F* eingefügt.

³⁶⁰⁸ «koinzidieren. Die Anerkennung eines subjektiven Strafrechtes»] A₁ «koinzidieren. Ob dieses subjektive Strafrecht [bricht ab]»; A₂ «koinzidieren. Die Anerkennung eines subjektiven Strafrechtes».

³⁶⁰⁹ «die Gewährung einer Klage»] A₁ «die Klage»; A₂ «die Gewährung einer Klage».

³⁶¹⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 262.

Störung liegen kann, nicht aber in der *actio*, die nur die Bedeutung hat, daß dem Interessenten die Möglichkeit gegeben wird, über diesen Schutz zu verfügen, indem der eine Rechtspflicht statuierende Wille des Staates zur Unrechtsfolge von der *actio* des Berechtigten abhängig gemacht ist. Auch ohne Gewährung einer *actio* sind die Interessen der Subjekte durch die Rechtspflichten statuierende Rechtsordnung eminent geschützt und es ist nicht einzusehen warum die Möglichkeit einer Privatklage den Schutz der Rechtsordnung *erhöhen* soll. Ob³⁶¹¹ freilich eine Rechtspflicht der Untertanen anders als durch einen bedingten Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge statuiert werden kann, ist eine andere Frage, die an anderer Stelle erörtert wurde.³⁶¹² Aber selbst wenn man – wie *Bernatzik* – vom Standpunkte der Imperativtheorie³⁶¹³ dem nackten, sanktionslosen Befehle eines rechtmäßigen Verhaltens – wenn er nur in Gesetzesform ausgedrückt ist – verpflichtende Kraft zuspricht, so muß dennoch fraglich bleiben, wie ein durch irgendwelche Imperative geschütztes Interesse zum subjektiven Rechte werden kann, da doch die „Rechtswirkungen“, die an die zur Realisierung des Interesses erfolgenden Willensdispositionen geknüpft sind, nur wiederum – vom Standpunkte der Imperativtheorie aus – in Imperativen – also fremden Rechtspflichten bestehen und somit juristisch niemals ein anderer Tatbestand gegeben erscheint als: ein durch Imperative oder Rechtspflichten geschütztes Interesse. Daß auch vom Standpunkte der Imperativtheorie die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem objektiven, d. h. die Subjektivierung der Norm | zum subjektiven Rechte nicht anders möglich ist als durch die *actio*, dadurch daß die Verfügung über den Imperativ dem Subjekte überlassen wird, das zeigt die Durchführung³⁶¹⁴ der Imperativtheorie in der Lehre *Thons*.^{3615, 3616}

So kann denn die Antwort, die *Bernatzik* auf die Frage nach dem Kriterium des subjektiven Rechtes gibt, nachdem er das Moment der *actio* ausgeschieden hat, nicht als befriedigend angesehen werden, wenn er sagt: „Von einem Recht wird man aber schon dann sprechen müssen, wenn die Tatsache vorliegt, daß die staatliche Autorität eine Willensdisposition als eine berechnigte, befugte erklärt und anerkennt.“³⁶¹⁷ Denn das hieße die Terminologie des Gesetzgebers zur gesetzlichen Theorie proklamieren. Was der Gesetzgeber als „Recht“ bezeichnet, wozu er

³⁶¹¹ «ist. Auch ... Ob»] A₁ «ist. Ob»; A₂ «ist. Auch ohne Gewährung einer *actio* sind die Interessen der Subjekte durch die Rechtspflichten statuierende RO eminent geschützt und es ist nicht einzusehen warum die Möglichkeit einer Privatklage den Schutz der Rechtsordnung *erhöhen* soll denn die o[ben] e[rwähnten] [zwei Worte unlesbar] Ob»; F* «ist. Auch ... Ob».

³⁶¹² Vgl. oben S. 369.

³⁶¹³ «*Bernatzik* – vom Standpunkte der Imperativtheorie»] A₁ «*Bernatzik* – die Imperativtheorie»; A₂ «*Bernatzik* – vom Standpunkte der Imperativtheorie».

³⁶¹⁴ «die Durchführung»] A₁ «die einzig konsequente Durchführung»; A₂ «die Durchführung».

³⁶¹⁵ «*Thons*.»] A₁ «*Thons*. Allein für *Bernatzik* liegt das Problem des subjektiven Rechtes nicht in dessen Ableitung aus dem Rechtssatz; er behauptet es als Zweck oder Interesse, dh als etwas von der Rechtsordnung unabhängiges.»; A₂ «*Thons*.».

³⁶¹⁶ Vgl. unten S. 781–785.

³⁶¹⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 262f.

jemanden für „berechtigt“ erklärt, das kann für die rein theoretische Frage nach dem subjektiven Rechte nicht maßgebend sein, denn der Gesetzgeber bedient sich häufig der Termini „Recht“ und „Berechtigtsein“ in demselben vulgären Sprachgebrauche, wie er unter Laien üblich ist und wie ihn *Bernatzik* an anderer Stelle¹⁾ so treffend als wissenschaftlich unbrauchbar verworfen hat. Der „Gesetzgeber“ spricht von einem „Rechte“ auf freie Meinungsäußerung, von einem Rechte des Eigentümers seine Sache zu benützen, ohne daß die Theorie sich hätte hindern lassen, in dem einen wie in dem andern Falle die Existenz eines solchen subjektiven Rechtes zu leugnen. Es liegt nicht in der Macht oder Kompetenz der Rechtsordnung, Theorien aufzustellen oder Grundbegriffe des Rechtes zu konstruieren²⁾. Und wenn *Bernatzik* solche Interessen, denen keine Klagsmöglichkeit, sondern andere an den zur Realisierung des Interesses erforderlichen Willen geknüpfte Rechtswirkungen zur Seite stehen, als nicht „vollkommen entwickelte Rechte“ bezeichnet, dann läuft er Gefahr, denselben Fehler zu begehen, den er an *Otto Mayer* und *Gierke* so scharf und berechtigt tadelt: daß diese Autoren von „Fast“-Persönlichkeiten, oder von „unvollkommenen Persönlichkeiten“ sprechen³⁾!

Die *Bernatziksche* Theorie ist hier deshalb von besonderer Bedeutung, weil auf ihrer Basis eine eigenartige und selbständige Konstruktion der Rechtsstellung der Staatsorgane durchgeführt wurde.

Die Frage nach der Persönlichkeit der Staatsorgane wird von *Bernatzik* – wie es ja schon seine Definition der Persönlichkeit bedingt – ausschließlich von der Seite des subjektiven Rechtes erfaßt. Er untersucht lediglich, ob die Staatsorgane Subjekte von subjektiven Rechten sind und kommt dabei zu dem Resultate, daß die Rechte, die von den Staatsorganen ausgeübt werden, „fremde Rechte“³⁶²¹, das heißt nicht ihre eigenen sondern die des Staates sind. Er sagt von den Staatsorganen: „Sie üben nicht eigene Rechte aus, denn keinem Unbefangenen wird es beifallen, ein Gericht für das Subjekt des Rechtes, zu strafen, zu richten, ein Steueramt für das Subjekt des Rechtes, Steuern zu heben, eine politische Behörde für das Subjekt des Rechtes, Soldaten einzuziehen, zu halten! Ein oder mehrere Willen realisieren hier ein *fremdes Recht*: das ist das ganze Rätsel¹⁾.“ Auf Grund seiner auf

| 601

¹⁾ a. a. O. S. 317.³⁶¹⁸

| 600

²⁾ Daß *Bernatzik* selbst sich durch die Nomenklatur des Gesetzgebers nicht gebunden erachtet, darüber vgl. a. a. O. S. 267/68.³⁶¹⁹

³⁾ a. a. O. S. 213.³⁶²⁰

¹⁾ a. a. O. S. 231.³⁶²²

| 601

³⁶¹⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 317.

³⁶¹⁹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 267 f.

³⁶²⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 213 – *Bernatzik* bezieht sich auf *Otto Mayer*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886, S. 27; *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 172 f. (*Bernatzik* nennt irrtümlich S. 171).

³⁶²¹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 231.

³⁶²² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 230 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

den Zweck eingestellten Definition des Rechtssubjektes spricht *Bernatzik* den Staatsorganen die Rechtspersönlichkeit ab. Sie seien wohl Willensträger, indem ja die staatlichen Zwecke nur durch die Organe, resp. deren psychischen Willen realisiert werden, sie seien aber nicht Zweckssubjekte und darum auch nicht Rechtssubjekte; denn ihr Wille werde von der Rechtsordnung nur darum mit rechtlichen Wirkungen versehen, damit der Zweck des Staates erfüllt werde, und darum ist der Staat allein als Subjekt dieses Zweckes auch Subjekt der von den Organen realisierten Rechte²⁾. *Bernatzik* leugnet die selbständige Rechtssubjektivität der staatlichen Behörden mit der Begründung: „Es³⁶²⁴ mangelt ihnen die Selbständigkeit des Zweckes, ihre Aufgaben fallen mit den Staatszwecken zusammen³⁶²⁵, ihre Vertreter sind den staatlichen Organen gegenüber nicht Partei, sondern selbst Teile der staatlichen Willensorganisation³⁾.“

Allein, damit ist nicht nur die Rechtssubjektivität der Staatsorgane in Abrede gestellt, sondern auch – wendet man die *Bernatziksche* Definition des subjektiven Rechtes konsequent an – die Rechtssubjektivität des Staates geopfert. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß die von den Staatsorganen realisierten Staatszwecke nach der ausdrücklichen Definition *Bernatziks* keine subjektiven Rechte, sondern lediglich rechtlich geschützte Interessen sind, denn *Bernatzik* erklärt, wie bereits bemerkt,³⁶²⁷ man könne neben dem Zweckmomente „in³⁶²⁸ dem Einräumen von Parteirechten das zweite charakteristische Merkmal der Rechtssubjektivität erkennen“⁴⁾; er stellt als Unterschied zwischen subjektiven Rechten und bloß rechtlich geschützten Interessen den Umstand fest, daß der Schutz der letzteren „nicht einem dem staatlichen Willen gegenüber selbständigen Willen anvertraut ist“⁵⁾ und sagt nun von den Staatsorganen, deren Wille die Staatszwecke realisiert, sie seien dem Staate³⁶³¹ (d. h. in seiner äußeren | Erscheinungsform, also wi[e]derum Staatsorganen) gegenüber „*nicht Partei sondern selbst Teile der staatli-*

|602

2) Vgl. a. a. O. S. 315 ff. ³⁶²³

3) a. a. O. S. 255. ³⁶²⁶

4) a. a. O. S. 234. ³⁶²⁹

5) a. a. O. S. 263. ³⁶³⁰

³⁶²³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 315–318.

³⁶²⁴ «Rechtssubjektivität ... Begründung: „Es»] A₁ «Rechtssubjektivität mit den Worten: „Es»; A₂ «Rechtssubjektivität ... Begründung: „Es».

³⁶²⁵ «mit den Staatszwecken zusammen»] A₁ «mit denen des Staates zusammen»; A₂ «mit den Staatszwecken zusammen».

³⁶²⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 255.

³⁶²⁷ Vgl. oben S. 755 bei Anm. 3606.

³⁶²⁸ «könne neben dem Zweckmomente „in»] A₁ «könne „in»; A₂ «könne neben dem Zweckmomente „in».

³⁶²⁹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 234.

³⁶³⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263.

³⁶³¹ «Staate»] A₁ «Staatsorgane»; A₂ «Staate».

chen Willensorganisation“³⁶³² 1). Hier ist jede Möglichkeit, ein subjektives Recht des Staates und somit Rechtssubjektivität desselben anzunehmen, ausgeschlossen, denn den die Staatszwecke realisierenden Staatsorganen und somit dem von ihnen repräsentierten Staate ist³⁶³⁴ nicht einmal eine formale Parteirolle eingeräumt und somit auch der oben angedeutete Weg abgeschnitten, der einzig noch zu einer Subsumption des Staates unter die *Bernatziksche* Definition des Rechtssubjektes führen könnte. Es wäre denn, man entschlösse sich zwischen der Persönlichkeit des Staates und den übrigen Rechtssubjekten begrifflich eine wesentliche Unterscheidung zu machen, was freilich *Bernatzik* selbst mit Entschiedenheit zurückweist²⁾. Es ist gerade ein Hauptverdienst seiner Untersuchung, die *Einheitlichkeit des Personenbegriffes für das ganze Rechtsgebiet* betont, ja sogar die übliche Unterscheidung zwischen „physischen“ und „juristischen“ Personen abgewiesen zu haben³⁾.

Wenn *Bernatzik* die Staatsorgane nur als Willensträger, nicht als Rechtssubjekte gelten läßt, so setzt er sich damit in einen bewußten Gegensatz zum Willensdogma. Dabei läßt er neben dem psychischen Willen der menschlichen Organe, durch den die Staatszwecke realisiert werden, keinen anderen Staatswillen gelten. Er lehnt die organische Auffassung, „daß es einen vom Willen seiner Organe spezifisch verschiedenen Willen des Staates gibt“⁴⁾, mit Entschiedenheit ab und erklärt: „Wollen oder Handeln *im psychologischen Sinne* einem Gemeinwesen selbst zuzuschreiben, ist eine mystische, unklare Idee ...“⁵⁾. Mit großem Scharfsinn hält *Bernatzik* dem Willensdogma vor, daß die Annahme des Willens als Substrat der Persönlichkeit den Staat in ebensoviele Rechtssubjekte auflösen müsse, als er physische Willensträger – die Organe – habe⁶⁾. Denn ein Wille im

¹⁾ Ja die folgende Stelle scheint nicht nur die subjektiven Rechte des Staates, sondern überhaupt alle subjektiven öffentlichen Rechte in Frage zu stellen. B. erklärt nämlich a. a. O. S. 263: ³⁶³³ „In allen Verhältnissen des öffentlichen Rechtes, wo ja die ‚öffentlichen Interessen‘ nichts sind als eine Vielheit von solchen rechtlich geschützten Interessenträgern, gewährt die staatliche Rechtsordnung Interessenschutz, aber ohne daß ein vom staatlichen Willen abgezewigter oder abgesonderter Wille selbständig konstituiert würde.“

²⁾ Vergl. a. a. O. S. 178, 182 und insbesondere S. 201. ³⁶³⁵

³⁾ Vgl. a. a. O. S. 192/193. ³⁶³⁶

⁴⁾ *Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich, 1889 S. 157 ff. ³⁶³⁷

⁵⁾ a. a. O. S. 219. ³⁶³⁸

⁶⁾ a. a. O. S. 208. ³⁶³⁹

³⁶³² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 255 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁶³³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 263 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁶³⁴ «Staatsorganen ... Staate ist») A₁ «Staatsorganen ist»; A₂ «Staatsorganen ... Staat ist».

³⁶³⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 178, 182, 201.

³⁶³⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 192 f.

³⁶³⁷ *Hugo Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 158.

³⁶³⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 218 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³⁶³⁹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 208.

psychologischen Sinne – und *Bernatzik* faßt dieses Wort nur in diesem Sinne – sei nur innerhalb der Menschen | möglich. Darum erklärt er als das Wesen der juristischen Persönlichkeit des Staates den Zweck. Der Staat ist ein Gemeinwesen, und ein Gemeinwesen „ein derartiger menschlicher Verband, der einen Gesamtzweck durch das Mittel der Willenseinigung verfolgt“⁽¹⁾.

Nun ist die Annahme eines einheitlichen staatlichen Gesamtzweckes von der Annahme eines einheitlichen Gesamtwillens des Staates kaum irgendwie verschieden. Man kann nämlich den Begriff „Zweck“ in einem subjektiven und in einem objektiven Sinne nehmen, je nachdem man den Zweck, den ein Individuum sich selbst setzt und verfolgt, oder den Zweck, den man mit einem Objekte verbindet, im Auge hat. Der Zweck eines Menschen ist ein innerpsychischer Vorgang des Zweckträgers, der Zweck eines Gegenstandes, einer Einrichtung liegt außerhalb desselben, liegt nur in der Vorstellung, die Menschen mit dem betreffenden Objekte verbinden. Es ist fast selbstverständlich, daß der Zweck als Substrat der Persönlichkeit nur in dem ersteren, subjektiven Sinne verstanden werden kann; nur ein dem Staate oder sonst einem Gemeinwesen immanenter Zweck könnte als Substrat der Persönlichkeit in Betracht kommen, denn welchen Zweck der einzelne mit dem Staat verbindet³⁶⁴¹, muß natürlich irrelevant bleiben, zumal das ja von der Weltanschauung und politischen Überzeugung des einzelnen abhängt und eine Einheitlichkeit in der Anschauung über den Staatszweck kaum zu erzielen ist. Tatsächlich³⁶⁴² scheint auch *Bernatzik* unter dem Gesamtzwecke des Staates einen Zweck im ersteren Sinne zu verstehen und zwar einen dem Gesamtwillen ganz analogen sozialpsychischen Vorgang, wenn er sagt: „Die Bildung eines Gesamtzweckes ist ein internpsychologischer Vorgang, dessen Dunkelheiten dadurch natürlich potenziert werden, daß er sich schließlich in einem Gedankengange (der ‚Anerkennung‘) einer unbestimmten Vielheit von Menschen verliert“⁽²⁾.

Gegen die Annahme eines solchen psychischen Gesamtzweckes des Staates ist ganz das Gleiche einzuwenden, was früher gegen die Konstruktion eines psychischen Staatswillens vorgebracht wurde,³⁶⁴⁴ zumal „wollen“ und sich einen „Zweck setzen“ oder „verfolgen“ für die hier maßgebende Betrachtung dasselbe ist. Von einem Gesamtzwecke als einer „internpsychologischen“ Tatsache kann eben nur dann und nur insoferne die Rede sein, als in einer Mehrheit von Menschen tat-

| 603 |¹⁾ a. a. O. S. 242.³⁶⁴⁰

²⁾ a. a. O. S. 247.³⁶⁴³

³⁶⁴⁰ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 242.

³⁶⁴¹ «Zweck der einzelne mit dem Staat verbindet»] A₁ «Zweck oder richtiger welche Zwecke der Einzelne mit dem Staat, oder den einzelnen staatlichen Einrichtungen, den einzelnen Rechtsätzen verbindet»; A₂ «Zweck der Einzelne mit dem Staat verbindet».

³⁶⁴² «Einheitlichkeit ... ist. Tatsächlich»] A₁ «Einheitlichkeit des Staatszweckes von diesem Standpunkte aus unmöglich zu erzielen wäre. Tatsächlich»; A₂ «Einheitlichkeit ... ist. Tatsächlich».

³⁶⁴³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 247.

³⁶⁴⁴ Vgl. oben S. 289–294, 533 f.

sächlich eine gleichartige, übereinstimmende Zwecksetzung, also ein bestimmter gleichartiger Seelenvorgang stattfindet, wobei es hier dahingestellt bleiben mag, ob dieser Vorgang der Zwecksetzung „bewußt“ oder auch unbewußt³⁾ vor sich gehen kann. Innerhalb | der formal-juristischen Gemeinschaft von Menschen des Staates | 604 einen solchen Vorgang zu behaupten, ist nur im Wege einer Fiktion möglich und diese zeigt sich denn auch bei *Bernatzik* in der Akzeptierung der *Bierlingschen* „Anerkennungstheorie“,³⁶⁴⁶ die an anderer Stelle gewürdigt wurde.³⁶⁴⁷

Wenn der Zweck als Substrat der Persönlichkeit verwendet wird, dann ist aber der Gesamtzweck, ganz abgesehen von allem andern, schon deshalb nicht in gleicher Weise zu verwerten, weil – ebenso wie der Gesamtwille kein Wille – der Gesamtzweck kein Zweck, sondern lediglich der Ausdruck für eine bestimmte Relation von Zwecken ist, für die Tatsache, daß eine Reihe von³⁶⁴⁸ Menschen gleiche Zwecke haben. Diese *Relation* kann nicht Substrat einer Persönlichkeit sein. Dies springt ganz besonders deutlich ins Auge, wenn *Bernatzik* den Gesamtzweck als das „*Durchschnittsinteresse* der gegenwärtigen und künftigen Genossen¹⁾“ bezeichnet! Daß die Bezeichnung „*Durchschnittsinteresse*“ nur der Ausdruck für das *regelmäßige* Vorkommen gewisser Individualinteressen ist, wurde ja schon hervorgehoben;³⁶⁵⁰ und ebenso, wie es unmöglich ist, dieses Durchschnittsinteresse zum Merkmale des subjektiven Rechtsbegriffes zu machen, ist es unzulässig, dasselbe dem Begriffe der Persönlichkeit im allgemeinen oder der Staatspersönlichkeit im besonderen zugrunde zu legen.

Da von Zwecken im Sinne irgendwelcher psychischer Tatsachen nur bei Einzel-Menschen³⁶⁵¹ die Rede sein kann und auch Gesamtzwecke, selbst wenn solche innerhalb der staatlichen Gemeinschaft nachweisbar wären, nur als Relationsbezeichnung – als Abbeviatur für eine Vielheit von gleichen Zwecken – einen Sinn haben, kann, wenn von *Zwecken* des Staates als einer Institution die Rede ist, dies nur im objektiven, d. h. in demselben Sinne zu verstehen sein, wie von einem Zwecke des Sessels, des Wassers, der Eisenbahn usw. gesprochen wird. Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß ein objektiver Zweck nur einer der Welt des Seins angehörigen Tatsache, d. h. einem Gegenstande, einem Vorgange, sei es einem

³⁾ *Bernatzik* behauptet das letztere gegen *Sigwart* u. a. vgl. a. a. O. S. 248.³⁶⁴⁵

¹⁾ a. a. O. S. 241.³⁶⁴⁹

³⁶⁴⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 248; in Anm. 226 spricht *Bernatzik* von der „Opposition namhafter Philosophen unserer Zeit (vor Allem *Sigwarts*)“.

³⁶⁴⁶ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 247.

³⁶⁴⁷ Vgl. oben S. 484–491, 509–511.

³⁶⁴⁸ «die Tatsache, daß eine Reihe von»] A₁ «die Übereinstimmung von»; A₂ «die Tatsache daß eine Reihe von».

³⁶⁴⁹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 241 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³⁶⁵⁰ Vgl. oben S. 730f.

³⁶⁵¹ «nur bei Einzel-Menschen»] A₁ «nur in Menschen»; A₂ «nur bei EinzelMenschen».

physischen oder psychischen Akte zugesprochen werden kann. Zweck des Staates bedeutet daher, genau genommen, nur Zweck tatsächlicher Vorgänge oder Einrichtungen, die als solche des Staates zu gelten haben, d. h. des Staates in seiner äußeren Erscheinungsform der staatlichen Handlungen. Als Zweckobjekte oder Zweckträger, d. h. als dasjenige was einen Zweck hat, können³⁶⁵² somit nur diese dem Staate zuzurechnenden Handlungen gelten und nicht etwa der Staat selbst, |
 605 | der ja nichts ist als der gedachte Zurechnungspunkt³⁶⁵³ dieser Handlungen, der nichts ist, als das Postulat einer³⁶⁵⁴ formalen Konstruktion, und als solcher keinen anderen Zweck hat als einen denkökonomischen, nämlich den, zahlreiche gleichartige Zurechnungsprozesse³⁶⁵⁵ zusammenzufassen. Man beachte aber andererseits weiter, daß nur³⁶⁵⁶ über die nächsten, unmittelbaren sogenannten „Zwecke“ des Staates ein eindeutiges und einheitliches Urteil möglich ist; d. h. daß als „Zweck des Staates“ nur jene tatsächlichen Vorgänge, jene Handlungen als solche gelten können, die auf Grund der Rechtssätze nicht den physisch Handelnden, sondern der Staatsperson zugerechnet werden. So bezeichnet man als Zweck³⁶⁵⁷ des Staates, den Dieb zu strafen, den säumigen Schuldner zu exequieren, eine Schule zu bauen, Arme zu unterstützen usw. Welches z. B. der nächste Zweck dieser Handlungen ist, z. B. der Strafe, das ist schon wieder Ermessenssache des jeweiligen Betrachters. Zu behaupten, daß „Abschreckung“ oder „Besserung“ der Zweck sei, den *der Staat* mit der Strafe verfolge, dazu ist gar keine wie immer geartete Berechtigung gegeben; was dem Staate zugerechnet werden kann ist nichts anderes als die Strafe, das staatliche Handeln. Was die Absicht des „Gesetzgebers“, was die Ziele der Richter und Juristen sind, muß scharf von dem getrennt werden, was dem Staate zugerechnet wird.

Damit ist aber festgestellt, daß im Terminus „Zweck des Staates“ Zweckträger und Zweck zusammenfallen! Denn was als Zweck *des Staates* bezeichnet wird, das ist dasselbe, was in diesem Zusammenhange als „Staat“ zu verstehen ist, nämlich die äußere Erscheinungsform der *staatlichen Handlungen*, die wiederum als der einzig feststellbare „Zweck“ dieses Staates erkannt³⁶⁵⁸ wurden: m. a. W. der Staat in diesem Sinne erscheint als Selbstzweck. Das ist aber im Grunde genommen eine Negierung

³⁶⁵² «Handlungen. Als Zweckobjekte ... können»] A₁ «Handlungen. Zweckobjekte können»; A₂ «Handlungen. Als Zweckobjekte oder Zweckträger d h als dasjenige was einen Zweck hat, können».

³⁶⁵³ «der gedachte Zurechnungspunkt»] A₁ «der Zurechnungspunkt»; A₂ «der gedachte Zurechnungspunkt».

³⁶⁵⁴ «der nichts ist, als das Postulat einer»] A₁ «der an sich keinen Zweck haben kann, da er nichts ist als einer»; A₂ «der er nichts ist als das Postulat einer».

³⁶⁵⁵ «gleichartige Zurechnungsprozesse»] A₁ «gleichartige Prozesse»; A₂ «gleichartige Zurechnungsprozesse».

³⁶⁵⁶ «vergegenwärtigen ... daß nur» (76129–76211)] A₁ «vergegenwärtigen daß nur»; A₂ «vergegenwärtigen ... daß nur».

³⁶⁵⁷ «So bezeichnet man als Zweck»] A₁ «So ist Zweck»; A₂ «So bezeichnet man als Zweck».

³⁶⁵⁸ «„Zweck“ dieses Staates erkannt»] A₁ «„Zweck“ erkannt»; A₂ «„Zweck“ dieses Staates erkannt».

des Zweckes. Das Urteil: Zweck des Staates ist, den Dieb zu strafen, sagt vom Zweckträger nicht etwa einen neuen Zweck aus, sondern erklärt den Zweckträger für den Zweck selbst. Es kommt daher dem Urteile gleich: Zweck des Sessels ist ein Sessel zu sein und nicht etwa dem: Zweck des Sessels ist, darauf zu sitzen.³⁶⁵⁹

In Wahrheit sind die Zwecke des Staates identisch mit demjenigen, was der Staat „will“ oder handelt³⁶⁶⁰; der Ausdruck: dies oder jenes ist Zweck des Staates, bedeutet nichts anderes, als: dies oder jenes *will* der Staat, oder dieser Akt ist ein staatlicher, d. h. diese Handlung muß auf Grund der Rechtsordnung dem Staate zugerechnet werden. Damit ist dem Worte „Zweck“ der ihm besondere Sinn genommen: das³⁶⁶¹ Wort Zweck ist im Verhältnis zum Staate ebensowenig in seiner ursprünglichen Bedeutung gebraucht wie das Wort „Wille“ und ebenso wie dieses nur ein Ausdruck für die Zurechnung.

| 606

Trotz der Annahme eines psychischen Gesamtzweckes des Staates hat *Bernatzik* doch wieder an anderer Stelle eine der hier vertretenen Auffassung des „Staatszweckes“ sehr verwandte Ansicht vorgetragen, wenn er die Frage nach dem „letzten“ Zwecke des Staates ablehnt³⁶⁶², und bemerkt: „Nach diesem fragt der Jurist aber gar nicht; die Staatszwecke, welche die Basis der Persönlichkeit des Staates abgeben, sind vielmehr alle jene Zwecke, welche durch staatliche Normen als die zu verfolgenden Ziele der staatlichen Tätigkeit ausgedrückt sind, decken sich also genau mit der Kompetenz ihrer höchsten und unabhängigen Willensträger und sind Bestandteile der Rechtsordnung des Staates geworden, ...“¹⁾. Es ist *Bernatzik* vollkommen zuzustimmen, wenn er erklärt, die „letzten“ Zwecke des Staates seien nichts anderes als Regeln der Politik; „die Zwecke³⁶⁶⁴ hingegen, welche das Substrat seiner Persönlichkeit bilden, müssen schon in der Rechtsordnung des Staates ihren Ausdruck und somit auch ihre Begrenzung gefunden haben“²⁾. Begreift man aber unter den „Zwecken“ des Staates die Kompetenzen desselben, dann³⁶⁶⁶ muß

¹⁾ a. a. O. S. 235.³⁶⁶³

²⁾ a. a. O. S. 235.³⁶⁶⁵

| 606

³⁶⁵⁹ «Damit ist aber ... zu sitzen.» (76225–7634) Absatz in A₂ eingefügt.

³⁶⁶⁰ «„will“ oder handelt»] A₁ «„will“, d. h. es handelt sich bei den „Zwecken“ des Staates ebensowenig um [bricht ab]»; A₂ «„will“, oder handelt».

³⁶⁶¹ «genommen: das»] A₁ «genommen: Die Behauptung, Zweck des Staates ist den Dieb zu strafen hat tatsächlich keinen anderen Sinn, wie die: Zweck des Sessels ist ein Sessel zu sein, und nicht etwa den: der Zweck des Sessels ist: darauf zu sitzen. Denn das letztere Urteil sagt von dem *Zweckkörper* eine Eigenschaft aus: *den Zweck* –, das Urteil: Zweck des Staates ist den Dieb zu strafen beinhaltet keine Eigenschaft des angeblichen Zweckobjektes Staat, sondern lediglich eine Qualifikation des als Zweck formulierten Vorganges: Es sagt, daß die Bestrafung des Diebes unter gew. Umständen dem Staate zuzurechnen ist. Denn [bricht ab]»; A₂ «genommen: das».

³⁶⁶² «Staates ablehnt»] A₁ «Staates mit der Motivierung ablehnt»; A₂ «Staates ablehnt».

³⁶⁶³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 235.

³⁶⁶⁴ «Zwecke»] *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 235: «Staatszwecke».

³⁶⁶⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 235.

³⁶⁶⁶ «Kompetenzen desselben, dann»] A₁ «Kompetenzen, oder was dasselbe ist, den in der Rechtsordnung ausgesprochen[en] Willen des Staates zu verschiedenen Handlungen, dann»; A₂ «Kompetenzen, desselben dann».

bei der offenbaren *Vielfältigkeit dieser Zwecke* die Frage offen bleiben, wie diese Elemente das Substrat einer einheitlichen Persönlichkeit bilden können. Tatsächlich verhehlt sich *Bernatzik* diese Schwierigkeit keineswegs. „Gewiß würde“ sagt er, „die ausschließliche Betonung des Zweckmomentes zu der Annahme führen, daß soviele juristische Personen bestehen, als ihr Zwecke gesetzt sind“³⁶³. Allein, die Lösung, die *Bernatzik* versucht, kann nicht als befriedigend erachtet werden. Er sagt: „Eine Einheit der Zwecke entsteht zwar in concreto, aber nur a posteriori durch das rein zufällige Zusammentreffen so und so vieler anerkannter Zwecke in einer *Willenseinheit*, welche dieselben zu verwirklichen berufen ist. Es können daher zweifellos einem Individuum, wie einer Verbandspersönlichkeit mehrere Zwecke gesetzt sein, ohne daß deshalb daraus mehrere Persönlichkeiten entstünden, weil und wenn jene Zwecke durch einen *einheitlichen Realisierungswillen* mit einander verbunden sind: *das einigende Band für die Vielheit der Zwecke ist dann der einheitliche Wille*“³⁶⁴. Es ist klar, daß *Bernatzik* hier die Einheit der Persönlichkeit auf der Willenseinheit begründet und nicht etwa den Zweck zum Substrate der Persönlichkeit macht, ja, sogar die Einheit der Persönlichkeit *gegen* das Zweckmoment und dessen Vielfältigkeit durchführt. | Dabei muß allerdings unaufgeklärt bleiben, wie diese Konstruktion mit der *Bernatzikschen* Polemik gegen das Willensdogma zu vereinbaren ist, das ganz im Sinne der letzten Konstruktion *Bernatziks* die Einheit der Staatspersönlichkeit eben wegen der Vielfältigkeit der Staatszwecke auf einem einheitlichen Staatswillen basiert. Wenn *Bernatzik* die Existenz eines einheitlichen Staatswillens zugibt – und er spricht auch an anderen Stellen von einem „Gesamtwillen“ der juristischen Person³⁶⁶⁹ – dann ist nicht zu begreifen, warum er das Willensdogma ablehnen zu müssen glaubt, zumal er selbst die Unzulänglichkeit des Zweckmomentes, auf das er seine Definition der Persönlichkeit stellt – „Rechtssubjekt³⁶⁷⁰ ist Träger eines menschlichen Zweckes ... etc.“³⁶⁷¹ sagt er ja – selbst zugesteht. Weil er einen von dem Willen der menschlichen Organe verschiedenen Staatswillen nicht anerkennen wollte, hält er den Anhängern des Willensdogmas entgegen, ihre³⁶⁷² Theorie zersprengt den Staat in ebensoviele Personen, als er Organe habe, und ruft aus: „Denn wo wäre das *einheitliche Band*,

³⁶³ a. a. O. S. 270.³⁶⁶⁷

³⁶⁴ a. a. O. S. 270.³⁶⁶⁸

³⁶⁶⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 270.

³⁶⁶⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 270 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³⁶⁶⁹ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), insb. S. 252 f.

³⁶⁷⁰ «Rechtssubjekt»] A₁ «Persönlichkeit»; A₂ «Rechtssubjekt».

³⁶⁷¹ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 233 – dazu ergänzend oben S. 751 bei Anm. 3587.

³⁶⁷² «hält er den Anhängern des Willensdogmas entgegen, ihre»] A₁ «hat er den Anhängern des Willensdogmas zugerufen, ihre»; A₂ «hat er auf Seite 208 den Anhängern des Willensdogmas entgegengehalten, ihre»; F* «hält er den Anhängern des Willensdogmas entgegen, ihre».

das diese verschiedenen Willen, die möglicher- ja wahrscheinlicherweise in Konflikt geraten werden, zusammenhält¹⁾“ Und sagt dann, nachdem er dem Zweckmome- jene Einheitlichkeit absprechen mußte, die für dessen Verwendung als Substrat der Persönlichkeit erforderlich ist: „*Das einigende Band* für die Vielheit der Zwecke ist dann der *einheitliche Wille*“³⁶⁷⁴. Ja, wenn es einen solchen gäbe und *Bernatzik* ihn nicht zu Anfang seiner Untersuchung geleugnet hätte,³⁶⁷⁵ wozu wäre dann die Einführung des Zweckmomentes nötig, das, wie *Bernatzik* ja selbst zugeht, an sich kein einigendes Substrat für eine Staatspersönlichkeit abgeben kann²⁾ ^{3683?}

¹⁾ a. a. O. S. 208.³⁶⁷³

²⁾ Wie *Bernatzik* sich diese Willenseinheit im Gemeinwesen denkt, ist eigentlich nicht von wesentlicher Bedeutung für die vorliegende Konstruktion, denn er läßt die Vielheit der *psychischen* Willen in den menschlichen Staatsorganen³⁶⁷⁶ nicht etwa durch das Zweckmoment zu einer Einheit werden, sondern wiederum nur durch „Willensoperationen“³⁶⁷⁷. *Bernatzik* betont zwar mit vollem Recht, daß der einheitliche Wille eines physischen Organismus nicht dasselbe sei, wie die Willenseinheit eines menschlichen Verbandsorganismus (a. a. O. S. 276/7)³⁶⁷⁸. Er stellt den Unterschied dahin fest, daß „im physischen Organismus die Einheitlichkeit des Willens durch die Natur selbst gegeben ist, während sie im Verbandsorganismus aus einer Vielheit von Einzelwillen erst erzeugt werden muß“, und bezeichnet diesen zur Einheit führenden Prozeß als „Willensorganisation“³⁶⁷⁹. Dieser Unterschied zwischen dem „durch die Natur selbst“ gegebenen Einheitswillen des natürlichen Organismus und dem aus einer psychischen Vielheit³⁶⁸⁰ von Einzelwillen erst erzeugten Gesamtwillen einer menschlichen Gemeinschaft wird jedoch dadurch stark gemildert, daß auch die künstliche Willenseinheit des letzteren bei *Bernatzik* einen³⁶⁸¹ *psychischen*, resp. sozialpsychischen Charakter trägt. Zwar betont *Bernatzik* die „psychische Einheit“ beim physischen Organismus *zum Unterschiede* gegenüber dem Verbandsorganismus, aber welchen Charakter kann wohl der Gesamtwille einer menschlichen Gemeinschaft haben, wenn *Bernatzik* den Prozeß, durch den die psychische Vielheit von Einzelwillen zur Einheit wird, als eine „Vielheit von Willensoperationen“, also wiederum nur *psychischen* Akten bezeichnet. Er sagt wörtlich: „Es besteht also beim physischen Organismus eine psychische *Einheit*, beim Verbandsorganismus eine psychische *Vielheit* von Einzelwillen, die erst durch das Medium einer, sei es gewillkürten, sei es aufgezwungenen *Anerkennung* (sic!) eines herrschenden Willens, somit durch eine Vielheit von *Willensoperationen* zu einer Einheit wird.“³⁶⁸² Wie dem übrigens auch immer sei, wichtig ist, daß *Bernatzik* hier einen einheitlichen Gesamtwillen der juristischen Person gelten läßt und „das einheitliche Band“, das die psychische Vielheit von Einzelwillen „zusammenhält“ und das er zu Beginn seiner Untersuchungen beim Willensdogma vermißt hat, hier doch nur im Willen, nämlich in einer „Vielheit von Willensoperationen“ findet.

³⁶⁷³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 208 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁶⁷⁴ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 270 – Hervorhebungen von Kelsen; dazu ergänzend oben S. 764 bei Anm. 3668.

³⁶⁷⁵ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), insb. S. 194–196.

³⁶⁷⁶ «den menschlichen Staatsorganen»] A₁ «den Staatsorganen»; A₂ «den menschlichen Staatsorganen».

³⁶⁷⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 277.

³⁶⁷⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 276 f.

³⁶⁷⁹ Beide Zitate: *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 277.

³⁶⁸⁰ «einer psychischen Vielheit»] A₁ «einer Vielheit»; A₂ «einer psychischen Vielheit».

³⁶⁸¹ «des letzteren bei *Bernatzik* einen»] A₁ «des einen»; A₂ «des letzteren bei *Bernatzik* einen».

³⁶⁸² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 277 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

³⁶⁸³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

| 607

| 608

|608 | Die Verwendung des Zweckmomentes birgt insbesondere bei der Konstruktion der Staatspersönlichkeit im Verhältnis zu den Organen noch eine kaum zu lösende Komplikation. Die Behauptung nämlich, daß die Organe keine Rechtssubjekte seien, weil nicht um ihrer selbst willen, sondern nur staatlicher Zwecke wegen ihr Willen mit Rechtswirkung versehen sei,³⁶⁸⁴ muß sich als eine nackte praesumptio juris et de jure erweisen, wenn man die nicht zu leugnende Tatsache in Berücksichtigung zieht, daß die Organe in der Regel – wenn schon *zunächst* kein *Recht*, so doch ein eminentes *Interesse* an ihrer Organstellung haben. Die Ausübung ihrer Organfunktion ist nicht nur in zahlreichen Fällen mit einer höheren sozialen Schätzung verbunden, sie gibt doch vor allem den Anspruch auf ein entsprechendes Gehalt. Nach der *Bernatzikschen* Definition liegt hier ein menschlicher Zweck vor, zu dessen Realisierung die Rechtsordnung einem Willen und zwar dem Willen des Zweckträgers selbst rechtliche Kraft verleiht: d. h. ein Rechtssubjekt; und das *Interesse* an der Organstellung muß sich somit als subjektives Recht³⁶⁸⁵ qualifizieren. Ob es in der „Absicht des Gesetzgebers“ lag, diesen Zweck der Organe anzuerkennen, muß gleichgültig bleiben, wenn nur die tatsächlichen Bestimmungen der Rechtsordnung die Realisierung dieses Zweckes ermöglichen. Geschieht dies in jener Form, die als Kriterium für ein subjektives Recht aufgestellt wird: nämlich durch Verleihung von rechtlichen Wirkungen an einen Willen – dann ist der Tatbestand eines subjektiven Rechtes und einer Rechtspersönlichkeit nicht mehr in Abrede zu stellen. Das ergäbe freilich das gerade Gegenteil des Resultates, zu dem *Bernatzik* gelangt, der ja die Rechtssubjektivität der Organe, weil mit der Staatspersönlichkeit in Widerspruch, negiert. Übt das Staatsorgan, |

|609 *staatliche Zwecke* realisiert – subjektive Rechte des Staates aus, weil sein Wille mit Rechtswirkung versehen ist, dann übt es, insofern es mit der Realisierung staatlicher Zwecke auch die eigenen Interessen verwirklicht – zugleich auch eigene Rechte aus. Es wäre damit bei jedem Organverhältnis der Fall gegeben, daß ein und dasselbe Interesse zweier verschiedener Subjekte durch *einen* von der Rechtsordnung anerkannten Willen realisiert wird. Es wären somit zwei Rechtssubjekte³⁶⁸⁶ und zwei mit einander eigenartig verbundene subjektive Rechte gegeben, deren Verhältnis zu einander dadurch charakterisiert ist, daß ein Rechtssubjekt, indem es sein eigenes Recht ausübt, zugleich das eines anderen realisiert. Diesen Tatbestand als ein zwischen zwei Subjekten „geteiltes“ Recht zu bezeichnen kann vom Standpunkte der Kombinationstheorie aus als³⁶⁸⁷ eine sehr treffende Terminologie gelten. *Bernatzik* ist es, der sich dieser Nomenklatur bedient. Die Konstruktion des zwischen der Staatsperson und dem Staatsorgane „geteilten Rech-

³⁶⁸⁴ Vgl. oben S. 757f., insb. bei Anm. 3626.

³⁶⁸⁵ «sich somit als subjektives Recht»] A₁ «sich als Recht»; A₂ «sich somit als subj. Recht».

³⁶⁸⁶ «zwei Rechtssubjekte»] A₁ «zwei subjektive Rechte und zwei Rechtssubjekte»; A₂ «zwei Rechtssubjekte».

³⁶⁸⁷ «ein zwischen ... aus als»] A₁ «ein „geteiltes“ Recht zu bezeichnen muß als»; A₂ «ein zwischen ... aus als».

tes“³⁶⁸⁸ ist die letzte und originellste Konsequenz seiner Theorie des subjektiven Rechtes. Nur freilich, daß *Bernatzik* – wie ja schon aus dem bisher Gesagten erhellt – diese Konstruktion durchaus nicht auf alle Fälle des Verhältnisses zwischen Staat und Organ angewendet wissen will, sondern sie bloß für gewisse Ausnahmen gelten läßt. Lediglich in einzelnen wenigen Fällen anerkennt nämlich *Bernatzik* neben dem durch die Willenstätigkeit des Organes realisierten subjektiven Rechte des Staates *ein Recht des Organes auf Organstellung* und somit auch neben der Rechtssubjektivität des Staates eine³⁶⁸⁹ Persönlichkeit des Organes.³⁶⁹⁰

Wenn hier behauptet wird, daß die Voraussetzungen der *Bernatzikschen* Konstruktion konsequenterweise in allen Fällen zur Annahme eines „geteilten Rechtes“ zwischen Staat und Organ und daher zur allgemeinen Anerkennung³⁶⁹¹ der Rechtssubjektivität der Staatsorgane führen müssen, so wird dies im folgenden noch des näheren zu beweisen sein. Jedenfalls muß gleich zu Anfang betont werden, daß die *Bernatziksche* Konstruktion des „geteilten“ Rechtes überhaupt die Möglichkeit bietet, die Persönlichkeit der Staatsorgane mit der Persönlichkeit des Staates in Einklang zu bringen; damit ist aber die von der herrschenden Lehre angenommene prinzipielle Unvereinbarkeit beider negiert, und was von *Bernatzik* in einzelnen Fällen gelten gelassen wird, nämlich daß ein Staatsorgan Rechtssubjekt sei, das kann auch als allgemeine Regel möglich sein, zumal wenn der Nachweis gelingt, daß der maßgebende Tatbestand in allen übrigen Fällen kein wesentlich anderer ist.

Jene in einer „Mehrheit von Rechtssubjekten bei der Einheit des | Rechtes“³⁶⁹² bestehende Gemeinschaft, die³⁶⁹³ *Bernatzik* als „geteiltes Recht“ bezeichnet, wird derart charakterisiert, daß vermöge derselben „die Ausübung des Rechtes des Einen zugleich das Recht des Andern zum Teil oder ganz befriedigt. Indem der Eine seinen Zweck, dessen Verwirklichung ihm die Rechtsordnung gewährleistet, realisiert, somit sein Recht ausübt, erfüllt er dann zugleich einen Zweck des anderen, welchen die Rechtsordnung in gleicher Art anerkennt, sei es vollständig, sei es, daß es noch besonderer ergänzender Leistungen bedarf, um diesen letzteren ganz zu befriedigen¹⁾.“ Zur Charakterisierung dieser Rechtsgemeinschaft führt

| 610

¹⁾ a. a. O. S. 280.³⁶⁹⁴

| 610

³⁶⁸⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 281.

³⁶⁸⁹ «somit auch neben der Rechtssubjektivität des Staates eine»] A₁ «somit wie Berna[tzik]»; A₂ «somit auch neben der Rechtssubjektivität des Staates eine».

³⁶⁹⁰ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 297–312.

³⁶⁹¹ «zur allgemeinen Anerkennung»] A₁ «zur Anerkennung»; A₂ «zur allgemeinen Anerkennung».

³⁶⁹² Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 281: „die Einheit des *Rechtes* (trotz Mehrheit von Subjecten desselben).“

³⁶⁹³ «Rechtes“ bestehende Gemeinschaft, die»] A₁ «Rechtes“, die»; A₂ «Rechtes“ bestehende Gemeinschaft, die».

³⁶⁹⁴ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 280.

nun *Bernatzik* an, daß sie „eine eigentümliche Verteilung der Dispositionsbefugnis unter die Gemeinschafter“ erfordere, „sodaß der Eine bei Ausübung seines Rechtes völlig oder fast völlig frei, während der Andere in seiner Dispositionsbefugnis ganz oder fast ganz beschränkt ist, (wenn nicht akzessorische Leistungen des ersteren dazutreten)²⁾.“ Allein, dieser Behauptung kann nicht ganz zugestimmt werden, denn von einer Teilung der Dispositionsbefugnis, also des zur Realisierung des gemeinschaftlichen Interesses erforderlichen Willens kann dann nicht die Rede sein, wenn das Recht des Einen ausschließlich und vollständig durch die Tätigkeit d. h. die Willensdisposition des Anderen realisiert wird, sodaß es einer ergänzenden Leistung oder Willensdisposition seitens des ersteren nicht bedarf. Ob der das eigene und fremde Recht uno actu Realisierende in dieser seiner Tätigkeit mehr, weniger oder gar nicht gebunden ist, kommt für eine *Teilung in der Ausübung* des Rechtes nicht in Betracht. Er kann gebunden sein, ohne daß die Ausübung mit dem Andern geteilt ist, zumal diese Bindung nicht durch den Willen des Anderen, sondern durch die Rechtsordnung statuiert sein kann. Nun ist gerade das Verhältnis zwischen Staat und Staatsorgan derart, daß durch die Tätigkeit des Staatsorganes der Staatszweck – und wenn man diesen Zweck als subjektives Recht bezeichnet – das Recht des Staates zu dem durch das Staatsorgan realisierten Akt ganz und gar erfüllt wird, so zwar daß es einer ergänzenden Handlung des Staates hiezu schon deshalb nicht bedarf, weil eine solche Handlung des Staates unmöglich ist: Der Staat handelt *nur durch Organe*. Gerade diesen Mangel einer *Teilung in der Ausübung des Rechtes* zwischen Staat und Staatsorgan erklärt nun *Bernatzik* als Grund dafür, daß dieses Verhältnis nicht als das eines geteilten Rechtes angesehen werden dürfe: „Geteilt ist daher hier (bei der als geteiltes Recht bezeichneten Gemeinschaft) nur die *Ausübung des Rechtes in zwei Willen* mit abgegrenzter | Sphäre³⁶⁹⁶, die Zwecke aber, welchen diese Willen dienen, werden von der Rechts-
611 | ordnung als identisch behandelt; es entsteht zwar eine Einheit dieser Zwecke, *aber die Einheit der Willen, die bei der juristischen Person notwendig vorhanden sein muß, fehlt hier*¹⁾.“

Dem gegenüber wurde bereits darauf hingewiesen, daß gerade im Hauptfalle des *Bernatzikschen* „geteilten Rechtes“, wenn nämlich der Eine dadurch, daß er sein Recht ausübt, das Recht des Andern „vollständig“, ohne daß es noch „besonderer ergänzender Leistungen bedarf“, erfüllt, keine *Teilung in der „Ausübung des Rechtes in zwei Willen mit abgegrenzter Sphäre“* vorliegen kann. In die *Bernatzik-sche* Argumentation hat sich fast unmerklich eine gewisse Begriffsverschiebung

²⁾ a. a. O. S. 280.³⁶⁹⁵

| 611 | ¹⁾ a. a. O. S. 281.³⁶⁹⁷

³⁶⁹⁵ Beide Zitate: *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 280.

³⁶⁹⁶ «abgegrenzter Sphäre»] *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 281: «abgegrenzten Sphären».

³⁶⁹⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 281 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt; Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

eingeschlichen. Während er nämlich anfänglich ganz im Einklange mit seiner auf den Zweck gestellten Rechtsdefinition die als „geteiltes Recht“ bezeichnete Rechtsgemeinschaft auf der *Gemeinschaftlichkeit* eines Zweckes aufbaut, gleichgültig, ob die Realisierung dieses Zweckes, die Willensdisposition, ganz bei dem einen der im Zweck vereinten Subjekte liegt oder zwischen ihnen geteilt ist – erklärt er später, die Geteiltheit des Rechtes beruhe auf der Teilung in der *Ausübung des Rechtes*, also der Willensdispositionen, was nun mit seiner Definition des subjektiven Rechtes in Widerspruch gerät, das als menschlicher Zweck bezeichnet ist, dessen Erfüllung zwar durch einen von der Rechtsordnung anerkannten Willen zu erfolgen hat, wobei es jedoch *gleichgültig bleibt, wessen Wille zur Realisierung anerkannt ist!* Für die Struktur eines subjektiven Rechtes dürfte es somit keine Bedeutung haben, ob der zur Realisierung des Zweckes erforderliche Wille ganz oder nur zum Teil einem anderen als dem Zweckssubjekte angehört²⁾.

| Untersucht man die besonderen Fälle, in denen *Bernatzik* ausnahmsweise im Verhältnis zwischen Staat und Organ ein subjektives Recht des letzteren, nämlich das auf Organstellung, und somit den Bestand eines zwischen Staat und Organ geteilten Rechtes zugesteht, so zeigt sich die Richtigkeit der vorgebrachten Behauptung. Rechte auf Organstellung spricht *Bernatzik* vor allem dem Monarchen, den Selbstverwaltungskörpern³⁶⁹⁹ und den Wählern³⁷⁰⁰ zu. Dabei nimmt er von vornherein diese eigenen Rechte auf Organstellung als feststehend an³⁷⁰¹ und sucht nur die vorliegenden Tatbestände als „geteilte Rechte“ zu erweisen.

|612

Was speziell die Stellung des Monarchen anlangt, so erklärt *Bernatzik*¹⁾: „... zweifellos übt der Monarch die staatlichen Hoheitsrechte doch auch aus Kraft

²⁾ Nebenbei sei bemerkt, daß auch das Verhältnis zwischen Stellvertreter und Stellvertretenen trotz der gegenteiligen Behauptung *Bernatziks* als „geteiltes Recht“ angesehen werden kann. Wenn *Bernatzik* a. a. O. S. 280/81³⁶⁹⁸ als Unterschied zwischen dem Stellvertretungsverhältnis und der als „geteiltes Recht“ bez. Gemeinschaft die Tatsache hervorhebt, daß der Stellvertreter nicht Subjekt des Rechtes sei, das er ausübt, daß er nicht auch eigenes, sondern nur fremdes Recht realisiere, so ist dies eine Behauptung, die keineswegs auf der *Bernatzikschen* Definition des subjektiven Rechtes beruht. Denn soferne der Stellvertreter ein Interesse an der Stellvertretung hat – und das dürfte in der Regel der Fall sein – muß er nach der *Bernatzikschen* Definition als Subjekt eines Rechtes auf Stellvertretung, d. h. als zu jenen Handlungen berechtigt gelten, durch die das Recht der Vertretenen realisiert wird. Denn zur Realisierung dieses Interesses wird seinem Willen von der Rechtsordnung rechtliche Kraft verliehen; ein anderes Kriterium aber für die Anerkennung eines Zweckes in der Rechtsordnung gibt es nicht, soferne man nämlich behaupten wollte, die Rechtsordnung anerkenne diesen Zweck des Stellvertreters nicht! Als Interesse, das durch die Rechtsordnung anerkannt wird, kann nur jenes bezeichnet werden, das an den Äußerungen des Willens besteht, den die Rechtsordnung mit Rechtswirkungen versieht. Eine nähere Bestimmung des Interesses, insbesondere in Bezug auf das Subjekt ist der *Bernatzikschen* Definition nicht zu entnehmen.

|612

¹⁾ a. a. O. S. 300 ff.³⁷⁰²

³⁶⁹⁸ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 280 f.

³⁶⁹⁹ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 299–308.

³⁷⁰⁰ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 310–312.

³⁷⁰¹ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 297.

³⁷⁰² *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 300 f.

„eigenen Rechtes“; dieses eigene Recht des Monarchen begründet *Bernatzik* jedoch nicht mit seiner Definition des subjektiven Rechtes sondern damit, daß er auf die „Wohlerworbenheit“ auf die Unentziehbarkeit, die Erblichkeit und Unverantwortlichkeit hinweist, mit denen die Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte verbunden ist.³⁷⁰³ Allein, zum Nachweise eines subjektiven Rechtes des Monarchen auf seine Organstellung wäre einzig und alle[i]n zu zeigen, daß die Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte im Interesse, Zweck des Monarchen sei und zur Realisierung dieses Zweckes von der Rechtsordnung ein Wille mit rechtlicher Wirkung versehen werde. Daß dieser Tatbestand gegeben ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber dieser Tatbestand liegt bei allen Organverhältnissen vor. Für den Nachweis eines zwischen Staat und Monarchen *geteilten* Rechtes genügte der Hinweis auf die Tatsache, daß durch Ausübung der Hoheitsrechte sowohl der Zweck des Staates als auch der des Monarchen realisiert werde. *Bernatzik* freilich muß auf Grund seiner modifizierten Konstruktion des geteilten Rechtes auch noch eine Teilung der Willensdisposition zwischen Staat und Monarchen aufzeigen. Dieser Versuch kann jedoch nicht³⁷⁰⁴ als gelungen betrachtet werden. Denn als „geteilt“ zwischen Staat und Monarch müßte allein die *Dispositionsbefugnis über das konkrete Recht* erwiesen werden, das als zwischen Staat und Monarch geteilt behauptet wird, da die | Teilung der Dispositionsbefugnis sich doch nur auf jenes Recht beziehen kann, das dessentwillen als geteilt gilt. Faßt man etwa das „staatliche Hoheitsrecht“, Beamte zu ernennen, oder jenes, Auszeichnungen zu verleihen, oder jenes, Eisenbahnen zu konzessionieren, ins Auge, von denen jedes einzelne durch den Monarchen realisiert und in der üblichen Terminologie als „Recht“ des Monarchen bezeichnet wird, so müßte gemäß der Konstruktion des „geteilten Rechtes“ gezeigt werden, daß die Willensdisposition in der Realisierung jedes einzelnen dieser Rechte „geteilt“ sei. Das ist natürlich nicht möglich. Was *Bernatzik* nun als Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen Monarchen und Staat anführt, das ist tatsächlich nichts anderes als die Abgrenzung zwischen der Kompetenz des Monarchen und der übrigen Kompetenz des Staates, von der die durch den Monarchen zu realisierende nur ein Teil ist! *Bernatzik* erklärt: „Die Verteilung der Willensmacht zwischen ihnen (Staat und Monarch) kann dabei in der verschiedensten Weise erfolgen. ... – Dieselbe kann schwanken zwischen der gänzlichen Übertragung der Fülle der Staatsgewalt an den Monarchen¹⁾ und der Degradierung desselben zur vollziehenden Behörde eines den Staat repräsentierenden Parlamen-

| 613 |¹⁾ In diesem Falle bestünde doch überhaupt keine „Teilung“ zwischen beiden, nicht einmal in der allgemeinen Kompetenz!

³⁷⁰³ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 301.

³⁷⁰⁴ «des Rechtes beruhe ... jedoch nicht» (7696–76936 u. 7701–77016)] zu dieser Passage ist kein Autograph überliefert.

tes³⁷⁰⁵. Und als Verteilungsmodus³⁷⁰⁶ des konstitutionellen Systems erklärt er: „Es anerkennt einen staatlichen Willen gegenüber dem des Monarchen, den derselbe einseitig nicht abändern oder aufheben kann, es beschränkt ihn bei Handhabung der wichtigsten Regierungsrechte, indem es die Zustimmung anderer staatlicher Organe, die von ihm nicht berufen noch abhängig sind, fordert, und es überträgt ihnen geradezu eine Funktion, die Rechtssprechung²⁾“.

Inwieferne diese allgemeine Kompetenzteilung zwischen dem Monarchen und den übrigen Staatsorganen, diese Abgrenzung zwischen den durch den Monarchen und den durch die übrigen Staatsorgane zu realisierenden Staatsfunktionen oder staatlichen Rechten eine Teilung der nur durch den Monarchen auszuübenden Rechte zwischen diesem und dem Staate bedeuten soll, muß dahingestellt bleiben. Wenn die Rechtssprechung nicht durch den Monarchen, sondern andere von ihm unabhängige Organe vollzogen wird und daher nicht ein „eigenes Recht des Monarchen“³⁷⁰⁸ bildet, so³⁷⁰⁹ sind doch deshalb die übrigen staatlichen Hoheitsrechte, die durch den Monarchen ausgeübt werden und auf deren Ausübung ihm darum ein „eigenes Recht“ zugesprochen wird, nicht *deshalb* zwischen Monarch und Staat *geteilt!* Und wenn der Monarch bei der Ausübung gewisser Hoheitsrechte an die Mitwirkung anderer Staatsorgane gebunden ist – | z. B. die Kontrasignatur der Minister – so kann eventuell von einer Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen ihm und einem anderen Organe, nicht aber zwischen ihm und dem Staate gesprochen werden, da eine Identifizierung eines solchen mitwirkenden Organes mit dem Staate – ganz abgesehen davon, daß nach *Bernatzikscher* Anschauung nur der Wille dieses Organes vorliegt – schon deshalb nicht zulässig ist, weil dann eine analoge Identifizierung mit dem Staate auch beim Monarchen vorgenommen werden müßte, was natürlich die erwünschte Teilung zwischen Staat und Monarch illusorisch machen würde. Übrigens spricht man gerade dann besonders von „eigenen“ Rechten des Monarchen – und somit müßte auch gerade dann eine solche Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen³⁷¹⁰ Staat und Monarch vorliegen – wenn es sich um Funktionen handelt, die der Monarch ausnahmsweise ohne³⁷¹¹ Kontrasignatur eines Ministers und ohne jede Zustimmung eines anderen Organes vornehmen darf, wie z. B. die sogenannten „Reservatrechte“, die der Krone in der

|614

2) a. a. O. S. 302.³⁷⁰⁷

³⁷⁰⁵ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 301 f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁷⁰⁶ «Verteilungsmodus»] A₁ «Modus»; A₂ «VerteilungsModus».

³⁷⁰⁷ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 302.

³⁷⁰⁸ Vgl. *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 300 f., 303.

³⁷⁰⁹ «wird und ... so»] A₁ «wird, so»; A₂ «wird und ... so».

³⁷¹⁰ «Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen»] A₁ «Teilung zwischen»; A₂ «Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen».

³⁷¹¹ «Monarch ausnahmsweise ohne»] A₁ «Monarch ohne»; A₂ «Monarch ausnahmsweise ohne».

österreichischen Verfassung in Bezug auf gewisse militärische Angelegenheiten zukommen.³⁷¹²

Ist im Verhältnis zwischen Staat und Monarchen die Annahme eines „geteilten Rechtes“ wenigstens insoferne möglich, als ein übereinstimmender Zweck beider Subjekte durch die Willensdisposition des einen mitrealisiert wird, so kann eine derartige Konstruktion für die Stellung des Wählers überhaupt nicht durchgeführt werden. Hier fehlt es zunächst an der Identität des Zweckes. Denn wenn die als Zweck des Monarchen aufgefaßte Organfunktion desselben zugleich auch als Zweck des Staates gelten kann, so hat dies eben darin seinen Grund, daß diese Tätigkeit des Monarchen als eines Staatsorganes auf Grund der Rechtsordnung dem Staate zugerechnet werden, d. h. als vom Staate „gewollt“ also auch „bezweckt“ gelten muß. Auf Grund der Annahme, daß der Wähler Staatsorgan sei, nimmt nun *Bernatzik* auch die Einheit des Zweckes zwischen Staat und Wähler an. Ohne auf die Frage der Organstellung des Wählers hier näher einzugehen, sei nur gezeigt, daß diese Einheit des Zweckes eine Fiktion ist, deren Unzulässigkeit rückwirkend die Organstellung des Wählers in Frage stellen muß. Denn daß zunächst die Interessen oder Zwecke der einzelnen Wähler unter einander im schärfsten Gegensatze stehen, gibt *Bernatzik* zu: Er sagt von der Gesamtheit der Wähler, daß sie keineswegs durch einen Gesamtzweck geeinigt seien; „vielmehr bestehen im Gegenteil die verschiedensten Einzelinteressen unverbunden nebeneinander, ja, sie stehen einander feindlich gegenüber. Denn jeder Wähler hat ein in der Regel sogar gerichtlich verfolgbares Interesse daran, die Wahl seiner Kollegen auszuschließen“⁽¹⁾. Wie könnte nun | zwischen dem Zwecke des Staates und dem jedes einzelnen Wählers eine Einheit angenommen werden, da doch zwei Größen einer dritten nicht gleich sein können, die untereinander nicht gleich sind? Trotzdem behauptet *Bernatzik*: „Daß jedoch ... die Rechtsordnung eine Interesseneinheit zwischen Wähler und Gemeinwesen annimmt und beabsichtigt, läßt sich nicht bezweifeln“⁽¹⁾. Daß „Zweck“ oder „Wille“ des mit seinem Kandidaten in der Minorität gebliebenen Wählers nicht „Zweck“ oder „Wille“ des Staates sein kann, ist offenkundig; will man die einheitliche Staatsperson nicht sich Widersprechendes wollen lassen, dürfte man nur jene Wähler als Staatsorgane gelten lassen, deren

| 614 |¹⁾ a. a. O. S. 311.³⁷¹³

| 615 |¹⁾ a. a. O. S. 311.³⁷¹⁴

³⁷¹² Vgl. dazu die im Zuge des Österreichisch-Ungarischen Ausgleichs erlassenen folgenden Verfassungsbestimmungen: Art 5 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145 („Der Kaiser führt den Oberbefehl über die bewaffnete Macht, erklärt Krieg und beschließt Frieden.“); § 5 Abs 2 Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146 („Die Anordnungen in Betreff der Leitung, Führung und inneren Organisation der gesammten Armee stehen ausschließlich dem Kaiser zu.“).

³⁷¹³ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 310 f. – das Zitat findet sich auf S. 311.

³⁷¹⁴ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 311.

Kandidat gewählt würde, was natürlich selbst dann unannehmbar wäre, wenn ein solcher „Wille“ des Staates konstruiert werden könnte. Der Wähler ist eben nicht Staatsorgan – wie an anderer Stelle des näheren ausgeführt werden wird³⁷¹⁵ – und sein Akt kann darum in keinem Falle als vom Staate „gewollt“ oder bezweckt gelten.

Was die nach der *Bernatzikschen* Konstruktion des „geteilten Rechtes“ notwendige Teilung der Willensdisposition zwischen Wähler und Staat anlangt, so wird folgendes erklärt: „Die Verteilung der Willensmacht ist im allgemeinen die, daß das Gemeinwesen durch Gesetz oder Statut mitwirkt bei der Wahl, indem es die Bedingungen des Wahlrechtes und der Wählbarkeit festsetzt, die Modalitäten seiner Ausübung regelt, je nach Umständen auch die Wahlen bestätigt und über ihre Gültigkeit durch seine Behörden judiziert; das Schwergewicht der Willensaktion, die Nennung des zu Berufenden aber liegt in der Hand des Wählers“⁽²⁾.

Soweit die Mitwirkung des Staates im Gesetze, in der Existenz der Wahlordnung bestehen soll, kann man sich begnügen, darauf hinzuweisen, daß eine derartige Mitwirkung des Staates bei der Ausübung eines jeden subjektiven Rechtes angenommen werden müßte, da bei jedem subjektiven Rechte der Staat im Gesetze dessen Bedingungen festsetzt, die Modalitäten seiner Realisierung regelt; es müßte somit bei jedem subjektiven Rechte eine solche Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen Staat und Rechtssubjekt angenommen werden, wie sie nach *Bernatzik* für ein zwischen Staat und Organ „geteiltes Recht“ charakteristisch ist.

Was die staatlichen *Handlungen* beim Wahlakte betrifft, so ist es zweifellos richtig, daß es solcher bedarf, um den Zweck des Wählers zu erfüllen; ja, das sogenannte „Wahlrecht“ besteht geradezu in der Pflicht des Staates zur Vornahme gewisser Akte, wie Annahme und Zählung der Stimmzettel, Anerkennung des von der Majorität | bezeichneten Kandidaten als Abgeordneten etc. Allein, in diesen Akten des Staates oder der Staatsorgane kann keine Teilung der Dispositionsbefugnis zwischen einem Organe und dem Staate gesehen werden. Denn ist der Wähler Staatsorgan, dann ist sein Wille Staatswille, seine Akte Staatsakte, denen die oben bezeichneten ergänzenden Akte nur wieder als Akte von anderen Staatsorganen hinzukommen.

| 616

Eine Teilung der Disposition zwischen Staat und Organ ist nicht denkbar, denn wenn die den Wahlakt durchführende Verwaltungsbehörde mit dem Staate identifiziert wird, ist kein Grund da, den in gleicher Weise als Staatsorgan gedachten Wähler mit dem Staate *nicht* zu³⁷¹⁷ identifizieren, womit aus der Gegenüberstellung Staat und Organ das Verhältnis einer zwischen Staat und Staat geteilten Dispositionsbefugnis würde.

²⁾ a. a. O. S. 311.³⁷¹⁶

³⁷¹⁵ Vgl. unten S. 849–851 sowie ergänzend oben S. 627 f.

³⁷¹⁶ *Bernatzik*, Studien (Anm. 2845), S. 311.

³⁷¹⁷ «Staate *nicht* zu»] A «Staate zu»; F* «Staate *nicht* zu».

Ebenfalls auf einer Kombination des Willens- mit dem Zweck- oder Interessenmomente beruht die *Jellineksche* Konstruktion des subjektiven Rechtes¹⁾. Hier wird das einseitige Willensdogma³⁷¹⁹ mit der Motivierung abgelehnt, daß die Rechtsordnung nicht imstande sei, den Willen an sich „ein Wollen schlechthin“³⁷²⁰, zu³⁷²¹ schützen. Denn ein „abstraktes Wollen“ sei psychologisch unmöglich. Als psychische Tatsache müsse jeder menschliche Willensakt einen konkreten Inhalt haben. „Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur Etwas wollen, wie wir auch nicht schlechthin sehen, hören, fühlen, denken, sondern wie alle sinnliche Wahrnehmung und geistige Überlegung ein Etwas zum Inhalte haben muß“²⁾. (Das Wollen wird somit rein psychologisch genommen.) Der Inhalt des Willens, den die Rechtsordnung als subjektives Recht schützt oder anerkennt, sei aber das Gut oder Interesse („ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke“³⁷²³). Darum sei die *Jheringsche* Zweck- oder Interessentheorie abzulehnen, weil sie auf das Willensmoment verzichte, denn „das vom Rechte geschützte Gut oder Interesse wird zu einem solchen nur dadurch, daß es zu menschlichem Wollen in Beziehung gesetzt wird“³⁾. Die *Jellineksche* Definition des subjektiven Rechtes lautet sonach: „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht“⁴⁾.

617 Von der Kombinationskonstruktion *Bernatziks* unterscheidet sich die *Jellineks* dadurch, daß ersterer in Anlehnung an *Jhering* das³⁷²⁶ Hauptgewicht auf das Interessen- oder Zweckmoment legt, indem er | das subjektive Recht als „menschlichen Zweck“ erfaßt,³⁷²⁷ während der letztere, mehr in der Richtung des Willensdogmas stehend, das Willensmoment bei der Begriffsbildung betont und das subjektive Recht als eine „menschliche Willensmacht“³⁷²⁸ gelten läßt. Aber ebenso, wie die *Bernatziksche* Definition nur scheinbar eine Modifizierung der *Jheringschen* ist und in Wahrheit keinen wesentlichen Fortschritt gegenüber dieser bedeutet,

616 |¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 41 ff.³⁷¹⁸

²⁾ a. a. O. S. 42.³⁷²²

³⁾ a. a. O. S. 43.³⁷²⁴

⁴⁾ a. a. O. S. 44.³⁷²⁵

³⁷¹⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 41–53.

³⁷¹⁹ «das einseitige Willensdogma»] A₁ «das Willensdogma»; A₂ «das einseitige Willensdogma».

³⁷²⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 42.

³⁷²¹ «schlechthin“, zu»] A₁ «schlechthin“, oder ein abstraktes Wollen zu»; A₂ «schlechthin“, zu».

³⁷²² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 42.

³⁷²³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 43.

³⁷²⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 43.

³⁷²⁵ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 44.

³⁷²⁶ «ersterer in Anlehnung an *Jhering* das»] A₁ «Ersterer das»; A₂ «Ersterer in Anlehnung an *Jhering* das».

³⁷²⁷ Vgl. oben S. 750f., insb. bei Anm. 3582; zu *Jhering* oben S. 725–738.

³⁷²⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 44.

kann auch die *Jellineksche* Definition als keine bemerkenswerte Änderung des Willensdogmas angesehen werden. Sie unterscheidet sich von der subjektiven Rechtsdefinition desselben: „rechtlich anerkannte Willensmacht“³⁷²⁹, nur³⁷³⁰ dadurch, daß sie in dem Wortlaute der Definition den Inhalt dieser Willensmacht näher spezifiziert, die von der Rechtsordnung anerkannt, als subjektives Recht zu gelten hat. Allein, dieser Inhalt ist ein selbstverständlicher, könnte gar kein anderer sein! Auch die Vertreter des Willensdogmas dürften nicht in Abrede gestellt haben, daß der im subjektiven Rechte anerkannte Wille auf ein Gut oder Interesse gerichtet sei. Da der „Wille“ auch im Sinne des Willendogmas psychologisch aufzufassen ist³⁷³¹, kann darunter unmöglich ein inhaltsloser auf nichts gerichteter Wille, ein „Wille an sich“ verstanden worden sein. Auf etwas anderes als ein Gut oder Interesse kann aber der menschliche Wille gar nicht gerichtet sein, da eben alles, was er sich zum Inhalt macht, für den Wollenden ein Gut oder Interesse bedeutet¹⁾. *Windscheid*, der prominenteste Vertreter des Willensdogmas, hat dies keineswegs bezweifelt²⁾. Darum trifft die Polemik *Jellineks* gegen das Willensdogma wenigstens in seiner modernen, nach-*Hegelschen* Form, so wie es z. B. von *Windscheid* vertreten wird, keinen wirklichen Gegner. Die *Jellineksche* Definition unterscheidet sich in Wahrheit von der *Windscheidschen*³⁷³³ gar nicht wesentlich. Sie nimmt nur in die Definition das überflüssige, weil selbstverständliche Moment des Willensinhaltes auf, was etwa denselben Sinn hat, wie wenn man in die Definition des Quadrates neben dem Merkmal der 4 Seiten- und Winkelgleichheit auch das der Diagonalengleichheit aufnehmen würde.

Da der auf ein Gut gerichtete *Wille* psychologisch³⁷³⁴ von dem *Interesse* nicht oder doch nicht wesentlich verschieden ist, wie bereits früher bemerkt wurde,³⁷³⁵ so muß die *Jellineksche* Gegenüberstellung beider Momente: „Die Willensmacht ist das formale, das Gut oder Interesse das materiale Element im subjektiven Rechte“⁽³⁾ – | als unzutreffend abgelehnt werden. Ein anderes ist es, was

| 618

¹⁾ Wobei nur zu betonen wäre, daß als Interesse streng genommen nicht der Gegenstand des „Wollens“, sondern der auf das Realisieren dieses Gegenstandes gerichtete psychische Akt oder Zustand zu bezeichnen ist. Man „will“ nicht ein Interesse, sondern hat ein Interesse an Etwas!

| 617

²⁾ Vgl. a. a. O. S. 157 ff.³⁷³²

³⁾ a. a. O. S. 45.³⁷³⁶

³⁷²⁹ *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 156 – ergänzend oben S. 739 in und bei Anm. 3526 und S. 745 in und bei Anm. 3560.

³⁷³⁰ «von der ... nur»] A₁ «von demselben nur»; A₂ «von der ... nur».

³⁷³¹ «auch ... aufzufassen ist»] A₁ «auch von den Vertretern psychologisch zu verstehen ist»; A₂ «auch ... aufzufassen ist».

³⁷³² *Windscheid*, Pandektenrecht (Anm. 3523), S. 157–166.

³⁷³³ Vgl. oben S. 739–741.

³⁷³⁴ «gerichtete *Wille* psychologisch»] A₁ «gerichtete psychologisch»; A₂ «gerichtete *Wille* psychologisch».

³⁷³⁵ Vgl. oben S. 740 f.

³⁷³⁶ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45.

Jhering – dem *Jellinek* bei dieser Distinktion im Prinzipie folgt – als formales und substantielles Element im Begriffe des subjektiven Rechtes einander gegenüber setzt. Denn *Jhering* bezeichnet als substantielles³⁷³⁷ Element, wie *Jellinek*, das Interesse, als formales Element aber die actio;³⁷³⁸ diese gilt nun freilich auch als „Willensmacht“ oder als Äußerung einer solchen; allein, sie ist nicht, wie bei *Jellinek*, auf das Gut gerichtet und darum mit dem Interesse ident – sondern auf den Rechtsschutz durch die Rechtsordnung. Indem bei *Jellinek* der Inhalt des „Willens“ derart ein ganz anderer ist als bei *Jhering*, verschwindet dort der Gegensatz zwischen Willen und Interesse, der hier – aber nur hier – unter die Kategorien des Formalen und des Materiellen subsumiert werden kann.

³⁷³⁷ «substantielles»] A₁ «formales»; A₂ «substantielles».

³⁷³⁸ Vgl. oben S. 725f.

^{vgl.} Inwiefern man fürchtet auf die Abklärung macht man sich die Begriffe
 nicht bewusst, allemal hat man nicht, man hat die Idee ist - verstanden
 nicht begriffen und man ist dem Bewusstsein nicht - sondern
 nur die Begrifflichkeit durch die Begriffsordnung. In dem Fall, wenn
 man versteht die "Abklärung" obwohl man wenig versteht ist es bei
 Klarheit, methodisch ist nicht der Gegensatz geistigen Stillen
 Intelligenz. Das ist - oder man für - ist nicht die Begriffsordnung
 sondern die Begriffsabklärung.

(Zu den mit der bisherigen Darstellung der Begriffsabklärung ^{begegneten}
 jedoch die Begriffsabklärung ist, die für die ^{darstellung} der Begriffsabklärung
 geläufige Begrifflichkeiten sind nicht die Begriffsabklärung des
 des Begriffsabklärung ist nicht die Begriffsabklärung.
 Die Begriffsabklärung ist für die Begriffsabklärung nicht
 die Begriffsabklärung, dass die Begriffsabklärung
 nicht die Begriffsabklärung der Begriffsabklärung, sondern
 die Begriffsabklärung der Begriffsabklärung.

das Begriffsabklärung ist nicht die Begriffsabklärung!
 Die Begriffsabklärung ist für die Begriffsabklärung nicht
 die Begriffsabklärung, dass die Begriffsabklärung
 nicht die Begriffsabklärung der Begriffsabklärung, sondern
 die Begriffsabklärung der Begriffsabklärung.

Seite aus dem Autographen (7764-77610)

*B. Die subjektiven Rechte des Staates und
die subjektiven Rechte gegen den Staat.*

XXV. Kapitel.

Die Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze
im engeren Sinne.

Schon aus der bisherigen Kritik der herrschenden Theorien³⁷³⁹ heben sich die Grundlinien ab, die für eine Konstruktion des subjektiven Rechtes richtunggebend sein müssen.

Das Hauptgewicht ruht auf einer richtigen Problemstellung! Als Kardinalfehler aller hier untersuchten Definitionen wurde die Tatsache erkannt, daß man im subjektiven Rechte etwas vom objektiven Rechte Wesensverschiedenes erfaßte; und dieses Resultat war bedingt durch den Mangel einer korrekten und präzisen Fragestellung. Man gab sich keine Rechenschaft, was der gesuchte Begriff eines subjektiven Rechtes dem Juristen zu leisten habe, man war sich nicht klar genug darüber, auf welche Frage er eine Antwort sein solle. Darum enthielt dieser Begriff ausschließlich oder doch zum größten, wesentlichsten Teile ein Element, das außerhalb aller juristischer Begriffsbildung liegt: Er zeigte nur, *was* das Recht (im objektiven Sinne) schütze oder anerkenne, ein substantielles Moment, während für den Juristen einzig und allein das „Wie“ in Betracht kommt: die Form. Der Fehler ist nicht unwesentlicher als der eines Schülers, der in der Geometrie nach
| 619 den Eigenschaften eines Würfels gefragt, | zur Antwort gibt, dieser Körper sei aus Holz oder Pappe, er habe dieses oder jenes Gewicht usw., und das Resultat für die Jurisprudenz nicht wertvoller, als die Meldung eines auf Erkundenschaftung der feindlichen Festungswerke gesandten Soldaten, der seinem Vorgesetzten von den prächtigen Straßen und Gärten, von dem Wohlstand und der Bildung der Bevölkerung in der befestigten Stadt berichtet. Denn das Recht ist Form und nicht Inhalt, ist Schutz und nicht Geschütztes.

Ist es das aber im objektiven Sinne, kann es auch nichts anderes im subjektiven Sinne sein! Darum muß Recht in der einen wie in der anderen Bedeutung dasselbe, nämlich der Rechtssatz sein und der Unterschied zwischen beiden nur in einer Relation erblickt werden. Man wird daher zu fragen haben, *wie* wird das objektive Recht zum subjektiven, wie wird insbesondere der Rechtssatz zur Berechtigung, d. h. zu meinem Rechte? Damit wird das subjektive Recht nicht als „Wille“ oder „Interesse“ oder als „Gut“ oder wie sonst die von der Rechtsordnung geschützten Objekte benannt werden mögen, sondern selbst als Schutz, als Bestandteil der

³⁷³⁹ Zur „Interessentheorie“ vgl. oben Kapitel XXII, S. 720–738, zur „Willenstheorie“ Kapitel XXIII, S. 739–749, und zur „Kombinationstheorie“ Kapitel XXIV, S. 750–776.

Rechtsordnung, nämlich als der Rechtssatz erkannt und zwar als der Rechtssatz in einer besonderen Beziehung auf ein Subjekt.

Ist einmal die Problemstellung in diesem Sinne fixiert, dann kann die Frage, auf welchem Wege sich die Subjektivierung des Rechtssatzes zur Berechtigung vollzieht, keiner Schwierigkeit mehr begegnen. Es ist sehr naheliegend, daß ein die Rechtspflicht irgend jemandes statuierender Rechtssatz insofern als *mein* Recht zu gelten hat, als ich auf Grund der Bestimmungen dieses Rechtssatzes zu diesem in einem solchen Verhältnisse stehe, daß er als der meinige, als mir zugehörig bezeichnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn dieser Rechtssatz zu meiner Verfügung steht, d. h. wenn der in dem Rechtssatze ausgedrückte bedingte Wille³⁷⁴⁰ des Staates zu einem bestimmten Verhalten unter anderem auch von *mir* abhängig gemacht, u. a. auch durch eine Äußerung meiner Person bedingt wird.

Faßt man zunächst nur den Rechtssatz im engeren Sinne ins Auge, nämlich jenen, der einen Willen des Staates zur Exekution oder Strafe beinhaltet und Rechtspflichten der Untertanen statuiert, so wird durch diese Rechtssätze ein subjektives Recht aller derer statuiert, von deren *Klage* (actio) die Realisierung der im Rechtssatze ausgesprochenen, an den Unrechtstatbestand geknüpften Unrechtsfolge abhängig gemacht wird. Diese Klage tritt neben den Unrechtstatbestand als ein weiteres, den Staatswillen bedingendes Moment hinzu. Der Rechtssatz lautet also z. B.: Wenn jemand ein Darlehen empfangen hat und es nicht rechtzeitig zurückerstattet, und wenn der Darlehensgeber hierauf Klage erhebt, will der Staat exequieren. Weil und insofern der staatliche Exekutionswille von der Klage des Darlehensgebers abhängig gemacht ist, kann der ganze, die Rechtspflicht der Darlehenszurückerstattung statuierende Rechtssatz als ein Recht des Darlehensgebers bezeichnet werden; und insofern der Rechtssatz in einer seiner subjektiven Erscheinungsformen als Pflicht auftritt, ist diese Pflicht des Einen in diesem Falle das subjektive Recht (die zweite subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes) eines³⁷⁴¹ Anderen. Insofern der *Rechtssatz mein Recht* ist, ist die durch den Rechtssatz statuierte *Pflicht* eines Anderen ebenfalls *mein Recht*, oder m. a. W.: habe ich ein Recht auf die Pflichterfüllung des Anderen. Die beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes stehen somit zueinander in einem derartigen Verhältnis, daß das Recht des Einen stets auf die Pflicht eines Anderen gerichtet ist; allerdings nicht auch umgekehrt. Denn jeder Rechtssatz statuiert wohl eine Pflicht, nicht jeder aber auch ein Recht, da der Wille zur Unrechtsfolge nicht *notwendig* von einer actio abhängig gemacht sein muß. Die Pflicht ist daher eine notwendige, das Recht³⁷⁴² aber nur eine mögliche subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes.

| 620

³⁷⁴⁰ «ausgedrückte bedingte Wille»] A₁ «ausgedrückte Wille»; A₂ «ausgedrückte bedingte Wille».

³⁷⁴¹ «Recht ... eines»] A₁ «Recht eines»; A₂ «Recht ... eines».

³⁷⁴² «Die Pflicht ... das Recht»] A₁ «Die subj. Pflicht ist daher die notwendige, das subj Recht»; A₂ «Die Pflicht ... das Recht».

Da der Rechtssatz im engeren Sinne eine doppelte Pflicht statuiert, nämlich einerseits die eines Untertanen zu einem pflichtmäßigen Verhalten, andererseits die des Staates, mangels dieses pflichtmäßigen Verhaltens eine Unrechtsfolge zu verhängen, ist das subjektive Recht, sofern eines statuiert wird, sowohl auf die eine wie die andere gerichtet. So hat der Darlehensgeber nicht nur ein Recht auf Rückgabe des Darlehens gegenüber dem Darlehensempfänger, sondern auch ein Recht auf Exekution gegenüber dem Staate. Das sind nun freilich nicht zwei von einander verschiedene Rechte, sondern er hat das eine nur, indem er das andere hat, es ist *derselbe Rechtssatz* und somit dasselbe Recht nur in zwei verschiedenen Relationen.

Was speziell die zweite Gruppe von Rechtssätzen im engeren Sinne betrifft, nämlich jene, die einen Willen des Staates, zu strafen, beinhalten, so ist dieser Wille regelmäßig nicht von der Klage eines Untertanen, sondern des Staates selbst abhängig gemacht. Aus prozessual-technischen Gründen wird ein eigenes Staatsorgan – der Staatsanwalt – mit der Erhebung der Anklage betraut, von der im Strafrechtssatze die Realisierung der Unrechtsfolge abhängig gemacht wird. Dadurch wird es zweifellos möglich, auf die Verpflichtung der Untertanen, die mit Strafe bedrohten Delikte zu unterlassen, ein subjektives Recht des Staates anzunehmen, das in der herrschenden Lehre als ein öffentliches Recht gilt, ebenso wie
 | 621 die Verpflichtung des | Untertanen, Delikte zu unterlassen, als öffentliche Rechtspflicht gilt. Allein³⁷⁴³, um diese Subjektivierung zu³⁷⁴⁴ ermöglichen, bedarf es im Grunde gar nicht der Vermittlung der nur aus prozessual-technischen Gründen statuierten Staatsanklage. Handelt es sich doch bei dieser Bedingung des staatlichen Strafwillens durch einen Willen des Staates offenbar nur um eine Scheinbedingung, da doch der Wille des Staates zur Anklage in demselben Augenblicke angenommen werden muß, als der Wille des Staates zur Strafe gegeben ist, d. h. im Augenblicke des vollendeten deliktischen Tatbestandes¹⁾. Ein durch sich selbst bedingter Wille ist aber im Grunde nicht³⁷⁴⁸ bedingt. Allein, die Subjektivierung des Strafrechtssatzes für den Staat, die Erkenntnis, daß die Pflicht der Untertanen, Delikte zu unterlassen, ein subjektives Recht des Staates ist, wird schon an und für

| 621 ¹⁾ Dieser Umstand legt eine Konstruktion nahe, derzufolge der Wille des Staates zu strafen nicht wiederum von³⁷⁴⁵ dem Willen des Staates, sondern von der Funktion des *Staatsorganes* abhängig gemacht wird. Es würde also die Erhebung der Anklage wider Straffällige³⁷⁴⁶ eine Pflicht der Organe sein, die nicht als besondere Pflicht³⁷⁴⁷ des Staates zu gelten hätte; ein neuerliches Beispiel für die Möglichkeit von Organpflichten, die nicht Staatspflichten sind! Damit würde am besten der Fall eine konstruktive Lösung finden, daß der Staat einen Verbrecher zwar strafen *will*, aber mangels einer Anklage des seine Pflicht verletzenden Staatsorganes nicht strafen *kann*.

³⁷⁴³ «anzunehmen ... Allein»] A₁ «anzunehmen. Allein»; A₂ «anzunehmen ... Allein».

³⁷⁴⁴ «diese Subjektivierung zu»] A₁ «diese zu»; A₂ «diese Subjektivierung zu».

³⁷⁴⁵ «nicht wiederum von»] A₁ «nicht von»; A₂ «nicht wiederum von».

³⁷⁴⁶ «Straffällige»] A₁ «Verbrecher»; A₂ «Straffällige».

³⁷⁴⁷ «als besondere Pflicht»] A₁ «als Pflicht»; A₂ «als besondere Pflicht».

³⁷⁴⁸ «Grunde nicht»] A «Grunde (dadurch) nicht»; F* «Grunde nicht».

sich dadurch ermöglicht, daß es eben des *Staates* Wille ist, der diese Pflicht statuiert, der in dem Strafrechtssatze enthalten ist. Weil dieser Strafrechtssatz von vornherein des Staates ist, sind die beiden durch ihn statuierten Pflichten, einmal die des Staates zur Strafe, dann die des Untertanen zum straffreien Verhalten dem Staate subjektiv zugeordnet und zwar die erste, weil sie von ihm selbst erfüllt wird, als seine eigene Pflicht, die zweite, die von anderen zu erfüllen ist, als sein Recht auf das entsprechende pflichtmäßige Verhalten.

Für das Verständnis der *bisher* durchgeführten Konstruktion des subjektiven Rechtes wird ein Vergleich mit der in mancher Hinsicht ähnlichen Theorie *Thons* von gewisser Bedeutung sein.

Es muß als das größte Verdienst *Thons* angesehen werden, daß dieser Autor mehr als alle anderen der richtigen Fragestellung in Bezug auf das Problem des subjektiven Rechtes nahe gekommen ist. Schon der Titel seines Buches „Rechtsnorm und subjektives Recht“³⁷⁴⁹ verrät, daß *Thon* der innige Konnex zwischen dem objektiven Rechte, dem Rechtssatze, und dem subjektiven Rechte, als der Berechtigung, nicht verborgen geblieben ist. An zahlreichen Stellen sieht man, daß *Thon* die Lösung des gestellten Problems in dem Sinne versucht, daß er das subjektive Recht aus dem objektiven der Norm ableitet. In den verschiedensten Variationen kehrt bei ihm | die Frage wieder: Wie wird aus dem objektiven Rechte das subjektive Recht, warum hat eine Norm, ein Bestandteil des objektiven Rechtes, als *mein* Recht, als subjektives Recht zu gelten? So sagt *Thon*: „Zum Privatrechte wird der den Interessen eines Einzelnen wider Einzelne gewährte Normenschutz (also das objektive Recht!) dadurch, daß usw. ...“⁽¹⁾, oder: „Zu seinem Rechte und zwar zu seinem Privatrechte, wird der Schutz der Persönlichkeit erst, soferne usw. ...“⁽²⁾. Und er sagt ganz allgemein: „Überall, wo wir einer Person eines der besprochenen Rechte zuschreiben, finden wir zunächst ein Gut oder ein Interesse derselben, welches die Rechtsordnung in ihren Schutz nimmt. Soweit letzterer durch das Dasein der staatlichen Imperative sowie durch die Androhung von Rechtsfolgen für den Fall der Übertretung oder endlich durch die Vollstreckung der Rechtsfolgen von Amtswegen gewährt wird, ist der Interessent betreffs dieses Schutzes lediglich passiv. Das geschützte Interesse ist sein, ebenso der Vorteil des Schutzes, aber an letzterem selbst ist er völlig unbeteiligt. *Es besteht mithin auch keine Veranlassung, den ihn schützenden Staatswillen als sein Recht zu bezeichnen. Dies kann man nur, falls der Interessent selbst zur Realisierung des Schutzes mit berufen wird*“⁽³⁾.

| 622

¹⁾ a. a. O. S. 133.³⁷⁵⁰

²⁾ a. a. O. S. 151.³⁷⁵¹

³⁾ a. a. O. S. 217.³⁷⁵²

| 622

³⁷⁴⁹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466).

³⁷⁵⁰ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 133 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁷⁵¹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 151.

³⁷⁵² *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 216f – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

Aus all diesen Ausführungen geht klar und deutlich hervor, daß *Thon* bestrebt war, das subjektive Recht nur als Norm, und zwar als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes (der für ihn ein Imperativ ist) zu erfassen. Mit einer jeden Zweifel ausschließenden Prägnanz kommt dieser Gedanke in der überaus treffenden Kritik zum Ausdruck, die *Thon* an der *Iheringschen* Definition des subjektiven Rechtes³⁷⁵³ übt, die, weil sie mit den hier vertretenen Anschauungen vollkommen übereinstimmt, wiedergegeben sei. *Thon* gibt zwar zu, „daß der praktische Zweck des Rechtes, ‚Nutzen, Vorteil, Gewinn (ist), der durch das Recht gewährleistet werden soll‘“³⁷⁵⁴ (*Ihering*)³⁷⁵⁵. Nun meint *Thon*, „daß der Zweck des Rechtes – von *Ihering* das substantielle Moment des Rechtes genannt – nicht in die Begriffsbestimmung desselben gehört. Im Recht ist nicht die schützende Schale, der Rechtsschutz, und der Kern – das Interesse – zu unterscheiden, nein, lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm. Das Recht ist nur Mittel, nie Selbstzweck, nämlich das Mittel, oder genauer, ein Mittel zur Ermöglichung eines gegenwärtigen oder künftigen Genusses. Letzterer selbst gehört so wenig zum Begriffe des Rechtes, wie zum Gartenzaun der Garten gehört, dessen Alleingenuß der Zaun ebenfalls | dem Eigentümer sichern soll. Darum ist auch in der vielbesprochenen Definition ‚Rechte sind rechtlich geschützte Interessen‘³⁷⁵⁶ meines Erachtens eine Umstellung nötig. Ein Recht ist nicht ein Interesse, das geschützt wird, sondern selbst das Schutzmittel eines Interesses. Alsdann entsteht auch Harmonie zwischen diesem und dem weiteren Worte (*Iherings*): ‚Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses, Selbstschutz des Interesses‘.³⁷⁵⁷ Was Interesse ist, kann nicht Sicherheit oder Selbstschutz desselben sein, und der Selbstschutz ist umgekehrt nicht das Interesse. Der mittels eines Vorlegeschlosses geschützte Keller und das Vorlegeschloß, das die Sicherheit bietet, sind nicht identisch¹⁾“. Klar und

| 623

| 623

¹⁾ a. a. O. S. 218, 219.³⁷⁵⁸ Ein schärferer Gegensatz zur *Iheringschen* Auffassung ist kaum denkbar als der in der *Thonschen* Konstruktion gelegene, derzufolge das Zweck- oder Interessenmoment³⁷⁵⁹ aus dem Rechtsbegriff ausscheidet! Darum ist es unbegreiflich, aus welchem materiellen Grunde *Thon* seine Kritik *Iherings* mit den Worten einleitet: „Die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes hat innerlich die nächste Verwandtschaft mit derjenigen, welche von *Ihering* aufgestellt worden ist.“³⁷⁶⁰

³⁷⁵³ Vgl. oben S. 725 bei Anm. 3470.

³⁷⁵⁴ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 – Klammerausdruck von *Thon* eingefügt.

³⁷⁵⁵ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 nimmt Bezug auf: *Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, 3. Aufl., Leipzig 1877, S. 317–354 (§§ 60, 61).

³⁷⁵⁶ *Ihering*, Geist III.1³ (Anm. 3755), S. 328 – vgl. ergänzend oben S. 725 in und bei Anm. 3470.

³⁷⁵⁷ *Ihering*, Geist III.1³ (Anm. 3755), S. 338.

³⁷⁵⁸ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 f. – Klammerausdruck von *Kelsen* eingefügt.

³⁷⁵⁹ «als der ... Interessenmoment») A₁ «als jener, der das Interessenmoment»; A₂ «als der in der *Thonschen* Konstruktion gelegene, der das Zweck- od Interessenmoment».

³⁷⁶⁰ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 – Hervorhebungen von *Kelsen*.

deutlich klingt aus dieser Argumentation der Grundsatz hervor: Recht ist Schutz und nicht Geschütztes! Allein die einzig mögliche Konsequenz für die eigene endgültige Definition³⁷⁶¹ des subjektiven Rechtes hat *Thon* nicht gezogen. Knapp vor dem Ziele ist er merkwürdigerweise ohne jede Motivierung von³⁷⁶² der Richtung abgebogen. Nachdem er noch unmittelbar vorher das subjektive Recht als *Normenschutz* erklärt hat, der nur dadurch subjektiviert werde, daß der Geschützte zur Realisierung des Schutzes mitberufen wird, indem ihm ein „Anspruch“ d. i. die „Macht zur Wachrufung der Imperative, welche dem Richter Rechtshilfe zu leisten befehlen²⁾“ gewährt wird, sagt er schließlich: „Aber nur die Gewährung eines eventuellen Anspruches seitens der Rechtsordnung erhebt *den normgeschützten Zustand* schon jetzt zum Rechte des Geschützten“³⁷⁶⁴. Damit zerstört *Thon* alles, was er bisher folgerichtig aufgebaut hat, und begeht denselben Fehler, den er *Ihering* so scharfsinnig vorgehalten: Er erklärt das subjektive Recht nicht mehr als Schutz, sondern als³⁷⁶⁵ ein Geschütztes, als den vom objektiven Recht *geschützten Zustand*! *Thon* fährt dann fort: „Das subjektive Recht wird durch die Verheißung eventueller Ansprüche begründet; *es besteht in der Aussicht auf solche*“³⁷⁶⁶.

Auch hier muß sich einem die Frage aufdrängen, was diese fast unbegreifliche Inkonsequenz verursacht haben mag! Und da dürfte man mit der folgenden Annahme kaum fehlgehen. Da *Thon* die gesamte Rechtsordnung in Imperative auflöst, die das rechtmäßige Verhalten der Verpflichteten zum Inhalte haben,³⁷⁶⁷ muß neben jedem die | Rechtspflicht eines Untertanen statuierenden Imperativ, ein an die Behörde gerichteter stehen, der die Verhängung der Unrechtsfolge für den Fall der Verletzung des ersteren Imperatives seitens des Untertanen anbefiehlt.

|624

Erkennt nun *Thon* das subjektive Recht prinzipiell als Norm, d. h. als einen Imperativ, und erblickt er die Subjektivierung der Norm zur Berechtigung des einzelnen darin, daß dem einzelnen ein Anspruch, d. h. die Macht zur Wachrufung des an den Richter auf die Verhängung der Unrechtsfolge gerichteten Imperatives gegeben ist, indem dieser Imperativ von der actio des Berechtigten abhängig gemacht wird, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß einer Subjektivierung eben nur jener an das Staatsorgan gerichtete Imperativ fähig ist, daß zum subjektiven Rechte nur jener Bestandteil der Rechtsordnung werden kann, der den Befehl

²⁾ a. a. O. S. 229.³⁷⁶³

³⁷⁶¹ «eigene endgültige Definition»] A₁ «eigene Definition»; A₂ «eigene endgültige Definition».

³⁷⁶² «merkwürdigerweise ohne jede Motivierung von»] A₁ «merkwürdiger Weise von»; A₂ «merkwürdiger Weise ohne jede Motivierung von».

³⁷⁶³ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 229.

³⁷⁶⁴ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁷⁶⁵ «Recht nicht mehr als Schutz, sondern als»] A₁ «Recht als»; A₂ «Recht nicht mehr als Schutz, sondern als».

³⁷⁶⁶ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 – Hervorhebungen von Kelsen; Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁷⁶⁷ Vgl. *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 1–11, insb. 8.

zur Unrechtsfolge enthält, nicht aber jener Imperativ, der die Pflicht zu dem rechtmäßigen Verhalten statuiert, bei dessen Fehlen erst jene andere, an die Behörden gerichtete Norm ergeht. Daraus folgte aber, daß von einem subjektiven Rechte auf die pflichtgemäße Leistung, das rechtmäßige Verhalten eines anderen niemals die Rede sein könnte, denn die eine solche Pflicht statuierende Norm wäre niemals zur Verfügung eines einzelnen; nur ein subjektives Recht auf die Realisierung der Unrechtsfolge durch den Staat oder das Staatsorgan wäre gegeben. Auch könnte ein subjektives Recht erst dann angenommen werden, wenn eine die fremde Pflicht statuierende Norm verletzt und somit die Voraussetzungen für den einer Subjektivierung fähigen Befehl an die Behörden gegeben wären. Das subjektive Recht wäre tatsächlich nichts anderes als der an die Behörden auf Verhängung der Unrechtsfolge gerichtete Imperativ³⁷⁶⁸ in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, durch deren actio dieser Imperativ bedingt ist. „Berechtigt sein“ hieße somit dasselbe, was *Thon* mit „einen Anspruch haben“ bezeichnet.

Diese aus der eigenen Imperativtheorie mit Notwendigkeit entspringende Konsequenz glaubte jedoch *Thon* vermeiden zu müssen. Hauptsächlich deshalb, weil er – dem Sprachgebrauche folgend – einerseits ein Recht auf das fremde pflichtmäßige Verhalten nicht missen wollte, andererseits das subjektive Recht nicht erst bei Lebendigwerden des an die Behörde gerichteten Imperatives existent sein lassen mochte. Darum erklärt er – freilich im Widerspruch zu seinen eigenen Voraussetzungen – schließlich den ganzen „normgeschützten Zustand“ d. h. den rein materiellen Reflex des an die Behörde aber auch des an den gegenüberstehenden Verpflichteten gerichteten Imperatives als subjektives Recht, und läßt dieses in der „Aussicht“ oder Anwartschaft auf einen Anspruch bestehen.

|625 |Die Imperativtheorie ist es, die es *Thon* unmöglich gemacht hat, seine gerade dem subjektiven Rechte gegenüber richtig erkannte formal-juristische Methode durchzuführen; denn die Imperativtheorie ist an und für sich ein schwerer Verstoß gegen diese Methode. Das hätte *Thon* bei seiner trefflichen Polemik gegen *Ihering* selbst aufstoßen müssen. Denn dort sagt er, „daß der Zweck des Rechtes nicht in die Begriffsbestimmung gehört¹⁾“; das muß wohl nicht nur für das subjektive, sondern auch für das objektive Recht gelten, denn es ist ein Hauptgrundsatz aller juristischen Konstruktion! Was ist aber das innerste Wesen der von *Thon* noch weit über *Binding* hinausgeführten Imperativtheorie? Daß sie den Zweck der Rechtsordnung, das rechtmäßige Verhalten der Subjekte zum Inhalte des Rechtsatzes macht²⁾! Angesichts solcher Widersprüche im Systeme eines Autors – und

|625 |¹⁾ a. a. O. S. 219.³⁷⁶⁹

²⁾ Vgl. oben S. 273 f.³⁷⁷⁰

³⁷⁶⁸ «gerichtete Imperativ»] A₁ «gerichtete, durch die actio der Partei bedingte Befehl [bricht ab]»; A₂ «gerichtete Imperativ».

³⁷⁶⁹ *Thon*, Rechtsnorm (Anm. 3466), S. 218 f.

³⁷⁷⁰ Vgl. oben S. 392–394.

zumal eines der allerbesten – bedarf es keiner weiteren Kritik mehr. Nur möge an solchen Symptomen, wenn sie bei führenden Namen – wie diese Untersuchungen zeigen – nicht allzuseiten auftreten, der allgemeine wissenschaftliche Tiefstand der neueren juristischen Theorie ermessen werden.

Die Hindernisse, welche eine imperativische Konstruktion des Rechtssatzes der korrekten Ableitung des subjektiven Rechtes aus diesem in den Weg legen, sind von vornherein bei der hier durchgeführten Konstruktion des Rechtssatzes nicht vorhanden. Denn dieser zufolge wird die Pflicht des Untertanen zu rechtmäßigem Verhalten und³⁷⁷¹ die Rechtspflicht des Staates, im Falle der Verletzung der ersteren eine Unrechtsfolge zu verhängen, nicht durch zwei selbständige, voneinander unabhängige, unverbunden nebeneinanderstehende Normen³⁷⁷², sondern durch einen einzigen Rechtssatz zusammen statuiert. Die Aufnahme der actio in den Rechtssatz als eine der den Willen des Staates zur Unrechtsfolge *bedingenden* Tatsachen ermöglicht somit eine Subjektivierung des ganzen nicht nur eine Pflicht des Staates, sondern auch die Pflicht eines Untertanen statuierenden Rechtssatzes zu der mit der actio ausgestatteten Person.

Das subjektive Recht ist hier der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist. Dabei ist aber ohne weiteres die Möglichkeit eines Rechtes sowohl auf das rechtmäßige Verhalten des gegenüberstehenden Verpflichteten als auch auf die Realisierung der Unrechtsfolge durch den Staat gegeben. Auch ist dieses subjektive Recht nicht erst existent, sobald – wie die Romanisten sagen – actio nata est³⁷⁷³, sondern schon vorher. Das Recht z. B. auf Rückgabe eines Darlehens³⁷⁷⁴ ist schon mit Hingabe desselben und nicht erst mit der Fälligkeit gegeben, denn ein Recht auf Rückgabe eines Darlehens haben, heißt nichts anderes, als mangels Rückzahlung durch Erhebung der actio die Realisierung der Unrechtsfolge herbeiführen können. Dabei muß allerdings hervorgehoben werden, daß zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte insofern keine Identität besteht, als der Rechtssatz (im objektiven Sinne) permanent ist, während die Dauer des subjektiven Rechtes beschränkt bleibt. Der Rechtssatz besteht, ohne daß ein konkretes subjektives Recht bestehen muß, soferne nämlich jene Relation nicht (noch nicht oder nicht mehr) gegeben ist, in welcher der Rechtssatz als subjektives Recht in Betracht kommt. Hier ist auch zu wiederholen, was früher über das Verhältnis³⁷⁷⁵ zwischen Rechtssatz und subjektiver Pflicht

| 626

³⁷⁷¹ «die Pflicht ... und»] A₁ «die Rechtspflicht der Untertanen und»; A₂ «die Pflicht ... und».

³⁷⁷² «Normen»] A₁ «Rechtssätze»; A₂ «Normen».

³⁷⁷³ Lat.: actio nata est; dt.: Klageerhebung.

³⁷⁷⁴ «Recht z. B. auf Rückgabe eines Darlehens»] A₁ «Recht auf Darlehen»; A₂ «Recht z B auf Rückgabe eines Darlehens».

³⁷⁷⁵ «das Verhältnis»] A «das analoge Verhältnis»; F* «das Verhältnis».

gesagt wurde¹⁾, denn das subjektive Recht ist in seiner Existenz durchaus an die gegenüberstehende Pflicht gebunden.

Das fragliche Verhältnis zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte (zwischen der objektiven und der subjektiven Relation des Rechtssatzes im engeren Sinne)³⁷⁷⁷ stellt sich folgendermaßen dar.

Innerhalb des Gesamtkomplexes der Bedingungen, an die der Wille des Staates, zu strafen oder zu exequieren (so wie er im Rechtssatze i. e. S. zum Ausdrucke kommt), geknüpft ist, sind bisher zwei Hauptbestandteile unterschieden worden: die als Unrechtstatbestand bezeichnete Gruppe von Bedingungen und die actio des berechtigten Subjektes.

Nunmehr soll auf wichtige Unterscheidungen innerhalb des als Unrechtstatbestand bezeichneten Komplexes aufmerksam gemacht werden.

Als Unrechtstatbestand muß dieser gesamte den Staatswillen zur Unrechtsfolge bedingende Komplex von Tatsachen deshalb bezeichnet werden, weil er als ganzer erfüllt, d. h. jede einzelne zu ihm gehörige Tatsache gegeben sein muß, damit der staatliche Wille zur Unrechtsfolge als unbedingt existent³⁷⁷⁸ angesehen werden kann. Allein, nicht dieser ganze Tatbestand kann als „Unrecht“ oder „Rechtswidrigkeit“ im eigentlichen Sinne angenommen werden. Denn außer der als Unrecht qualifizierten Handlung oder Unterlassung enthält er noch eine Reihe von anderen Tatsachen, ohne die das „Unrecht“ gar nicht verübt werden könnte, durch die es also selbst wieder bedingt ist. Kein Unrecht ist bedingungslos möglich.

|627 |Zieht man von dem als Unrechtstatbestand bezeichneten Gesamtkomplex bedingender Tatsachen die als Unrecht im eigentlichen Sinne geltende Handlung oder Unterlassung (z. B. das nicht rechtzeitige Rückerstatten des empfangenen Darlehens, oder die Ermordungs-, Diebstahlshandlung) ab, so muß³⁷⁷⁹ wiederum innerhalb der restlichen zum Unrechtstatbestande gehörigen Tatsachen (die sich in ihrer Gesamtheit dadurch charakterisieren, daß nach ihrer Vollendung das Unrecht erst möglich wird, somit jetzt erst eine Rechts- oder Pflichtverletzung eintreten kann) mehrere Tatsachengruppen unterschieden werden.

Zunächst kommen gewisse persönliche Qualifikationen der Rechts-, resp. Pflichtsubjekte in Betracht, die erfüllt sein müssen, damit eine Verpflichtung oder Berechtigung überhaupt möglich ist: die Rechts-, resp. Pflicht-(d. h. Verpflichtungs- darunter auch Delikts)fähigkeit; das sind: Erreichung eines bestimmten Alters, bestimmtes Geschlecht, Vollgebrauch der Vernunft u. a. m. Bei den eine Unterlassungspflicht statuierenden Strafrechtssätzen ist der gesamte Unrechtstat-

|626 |¹⁾ Vgl. oben S. 262/3.³⁷⁷⁶

³⁷⁷⁶ Vgl. oben S. 381 f.

³⁷⁷⁷ «Rechtssatzes im engeren Sinne») A₁ «Rechtssatzes»); A₂ «Rechtssatzes im engeren Sinne»).

³⁷⁷⁸ «als unbedingt existent») A₁ «als existent»; A₂ «als unbedingt existent».

³⁷⁷⁹ «muß») recte: müssen.

bestand nur aus diesen in persönlichen Qualifikationen des Pflichtsubjektes bestehenden³⁷⁸⁰ Bedingungen und der als Unrecht im eigentlichen Sinne qualifizierten Handlung zusammengesetzt. Hier entsteht die Rechtspflicht zur Unterlassung sowie das subjektive Recht des Staates auf die Unterlassung sofort mit Erfüllung der persönlichen Qualifikation (Deliktsfähigkeit).

Bei den übrigen Rechtssätzen – das sind alle Zivilrechtssätze und die eine *Handlungspflicht* statuierenden Strafrechtssätze – müssen, damit das subjektive Recht oder die subjektive Pflicht existent werde, d. h. damit die Möglichkeit jener spezifischen Relation gegeben sei, in welcher der Rechtssatz als subjektives Recht oder als subjektive Pflicht in Betracht kommt, zu den persönlichen Qualifikationen – der allgemeinen Rechts- resp. Pflichtfähigkeit der Subjekte – noch andere Tatsachen hinzukommen.

So muß z. B. eine Summe vertretbarer Sachen von der einen Person an eine andere gegeben werden mit der Vereinbarung der Rückerstattung einer gleichen Quantität der gleichen Qualität nach bestimmter Zeit beim Darlehensrechtssatz; bei den ein Unterlassen mit Strafe bedrohenden Rechtssätzen muß zu der persönlichen Qualifikation des Pflichtsubjektes noch eine Reihe positiver Bedingungen hinzutreten, unter denen das Subjekt zu der bezüglichen Handlung verpflichtet ist, da eine vom Augenblicke der erfüllten persönlichen Bedingungen (der Deliktsfähigkeit) an permanente Verpflichtung zu einem *Handeln* (nicht aber zu einem Unterlassen) physisch Unmögliches forderte! So muß bei der unter Strafsanktion stehenden Verpflichtung des | Arztes zur Anzeige gewisser von ihm behandelter Krankheiten zur allgemeinen Deliktsfähigkeit des Arztes der Eintritt des Krankheitsfalles und die Behandlung durch den Arzt hinzutreten. Erst wenn der den staatlichen Willen zur Unrechtsfolge bedingende Tatbestand bis zu diesem Punkte erfüllt ist, tritt der Rechtssatz in seine beiden subjektiven Relationen³⁷⁸¹, entsteht die subjektive Pflicht und – sofern der Rechtssatz die entsprechende Qualifikation hat – auch das subjektive Recht³⁷⁸². Darum kann dieser Teil des gesamten den Staatswillen zur Unrechtsfolge bedingenden Tatbestandes (inklusive der persönlichen Qualifikationen) *als rechts-, resp. pflichtbegründender Tatbestand*, speziell mit Beziehung auf das subjektive Recht, *als Rechtstatbestand bezeichnet werden*.

|628

Vom Momente des erfüllten Rechtstatbestandes bis zum Augenblicke des vollendeten „Unrechtes“ i. e. S. und damit des gesamten Unrechtstatbestandes ist das subjektive Recht existent. Geltend gemacht kann es jedoch erst nach Vollendung des „Unrechtes“ werden. Während jener Zeit, durch die das subjektive Recht zwar existent ist, aber nicht geltend gemacht werden kann, ist es gleichsam in einem

³⁷⁸⁰ «Qualifikationen des Pflichtsubjektes bestehenden»] A₁ «Qualifikationen bestehenden»; A₂ «Qualifikationen des Pflichtsubjektes bestehenden».

³⁷⁸¹ «in seine beiden subjektiven Relationen»] A₁ «in jene Relationen»; A₂ «in seine beiden subjektiven Relationen».

³⁷⁸² «das subjektive Recht»] A₁ «die subjektive Pflicht»; A₂ «das subjektive Recht».

„potentiellen“ Zustände vorhanden, der sich in einen „aktuellen“³⁷⁸³ verwandelt, wenn nach Vollendung des „Unrechtes“ die Realisierung der Unrechtsfolge durch actio herbeigeführt werden kann. Handelt es sich um einen eine Unterlassungspflicht statuierenden Rechtssatz, besteht also das Unrecht³⁷⁸⁴ in einem positiven Handeln, dann ist die „Spannung“ zwischen dem potentiellen und aktuellen³⁷⁸⁵ Zustände des subjektiven Rechtes normalerweise eine dauernde. Das subjektive Recht des Staates auf Unterlassung des Mordes, Diebstahles etc. ist den deliktsfähigen Subjekten gegenüber dauernd in einem potentiellen Zustände, bis durch die Verübung des betreffenden Handlungsdeliktes das subjektive Recht dem Täter gegenüber in den aktuellen³⁷⁸⁶ Zustand der Anklage, resp. Anklagemöglichkeit gerät. Ebenso ist der Eigentümer allen übrigen Subjekten gegenüber dauernd potentiell berechtigt auf Unterlassung aller störenden Einwirkungen auf sein Eigentum, bis er einem Verletzer gegenüber aktuell berechtigt wird, indem er gegen ihn Klage führen kann.

Handelt es sich dagegen um einen die Rechtspflicht zu einem Handeln³⁷⁸⁷ statuierenden Rechtssatz, (besteht also das Unrecht in einem Unterlassen) dann ist normalerweise eine Spannung zwischen potentieller und aktueller³⁷⁸⁸ Berechtigung nicht vorhanden. Sobald der Rechts-(Pflicht-)tatbestand gegeben ist, ist auch schon das Unrecht vollendet, da dieses in dem rein negativen Momente eines Unterlassens unter bestimmten Voraussetzungen besteht und der Eintritt dieser Voraussetzungen das Pflichtsubjekt sofort ins Unrecht setzt. Davon besteht jedoch dann eine Ausnahme, wenn die pflichtmäßige Leistung an einen bestimmten Termin nach Vollendung des Rechts-(Pflicht-)tatbestandes gebunden ist, wenn z. B. die Rückerstattung des Darlehens erst an einem bestimmten Zeitpunkte nach Abschluß des Darlehensvertrages fällig ist. Durch dieses in den Gesamtkomplex der den Staatswillen bedingenden Tatsachen zwischen den rechtsbegründenden Tatbestand und das Unrecht eingeschobene Zeitmoment (– denn auch der Ablauf dieser Zeit gehört jetzt zu dem gesamten Unrechtstatbestande –) wird das subjektive Recht in einem potentiellen Zustände gebunden gehalten, bis es nach Ablauf dieses Zeitraumes in seinen aktuellen³⁷⁸⁹ Zustand übergeht. Doch ist die „Spannung“ in diesem Falle, dem Zwecke des begründeten Rechtes nach, nur eine vorübergehende, da ein derartiges Recht die natürliche immanente Tendenz hat, durch rechtzeitigen Eintritt der pflichtmäßigen Leistung erfüllt, d. h. überhaupt beendet zu werden. Zum Unterschiede von den auf ein pflichtmäßiges Unterlassen

³⁷⁸³ «aktuellen»] A «kinetischen»; F* «aktuellen».

³⁷⁸⁴ «das Unrecht»] A₁ «die Pflicht»; A₂ «das Unrecht».

³⁷⁸⁵ «aktuellen»] A «kinetischen»; F* «aktuellen».

³⁷⁸⁶ «aktuellen»] A «kinetischen»; F* «aktuellen».

³⁷⁸⁷ «einen die Rechtspflicht zu einem Handeln»] A₁ «einen ein Handeln»; A₂ «einen die Rechtspflicht zu einem Handeln».

³⁷⁸⁸ «aktueller»] A «kinetischer»; F* «aktueller».

³⁷⁸⁹ «aktuellen»] A «kinetischen»; F* «aktuellen».

gerichteten Rechten, deren „Erfüllung“ in einem permanenten Zustand der Unterlassungen seitens Dritter besteht, was hier nicht mit der Beendigung des Rechtes, sondern mit der Erhaltung desselben in einem potentiellen Zustande zusammenfällt. Als Beispiel diene das Eigentum, das subjektive Recht auf die pflichtmäßige Unterlassung störender Einwirkungen seitens Dritter.

XXVI. Kapitel.

Das subjektive öffentliche Recht.

Die Ableitung des subjektiven Rechtes (im Sinne der Berechtigung) aus dem objektiven ist bisher nur in Bezug auf den Rechtssatz im engeren Sinne, d. i. jenen Spezialfall des Rechtssatzes durchgeführt worden, der einen Willen des Staates zur Strafe oder Exekution beinhaltet.³⁷⁹⁰ Es wäre sohin noch die Frage zu untersuchen ob dies auch bezüglich der übrigen Rechtssätze möglich ist, d. h. ob der Rechtssatz im weiteren Sinne schlechthin und nicht nur der im engeren Sinne in jener subjektiven Relation erscheinen kann, die hier als subjektives Recht, als Berechtigung erkannt wurde. Allein, vorher muß noch zu einem anderen Probleme Stellung genommen werden, da die Erledigung desselben eine Voraussetzung für den soeben angedeuteten Fortgang der Untersuchungen bildet.³⁷⁹¹

| 630 | Es handelt sich um die in der herrschenden Lehre übliche Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte, resp. zwischen privaten und öffentlichen Rechten im subjektiven Sinne¹⁾.

Sowohl die bisher behandelten Rechtssätze im engeren Sinne, als auch die aus ihnen abgeleiteten subjektiven Rechte werden von der herrschenden Klassifikation in öffentliche und private eingeteilt. So zählt man die zivilrechtliche Pflichten statuierenden, einen Willen des Staates zur Exekution enthaltenden Rechtssätze zu dem Privatrechte, während die Strafrechtssätze dem öffentlichen Rechte zugeordnet werden. Auch durch die aus diesen Rechtssätzen abgeleiteten subjektiven Rechte geht die gleiche Unterscheidung.

Drei Gruppen solcher subjektiver Rechte wurden hier konstruiert: 1. subjektive Rechte der Untertanen gegenüber (d. h. auf Pflichten von) Untertanen, als eine subjektive Relation des Exekutionsrechtssatzes; 2. subjektive Rechte der Untertanen gegen (d. h. auf die pflichtmäßige Realisierung der Exekution durch) den Staat, als die zweite subjektive Relation des Exekutionsrechtssatzes; und 3. subjektive Rechte des Staates gegen (d. h. auf Pflichterfüllung durch) Untertanen, als subjektive Relation des Straf-(und des Exekutions-)rechtssatzes. Von diesen subjektiven Rechten zählt die herrschende Lehre nur die erste Gruppe den privaten,

| 630 | ¹⁾ Vgl. dazu die Bemerkungen, die im IX. Kap. dieser Untersuchungen über die Grundzüge einer formalen Systematik des objektiven Rechtes gemacht wurden, oben S. 268 ff.³⁷⁹²

³⁷⁹⁰ Vgl. S. 785–789.

³⁷⁹¹ «Die Ableitung des ... bildet.»] für diese Passage ist kein Autograph überliefert.

³⁷⁹² Vgl. oben S. 388 f.

die beiden anderen aber den öffentlichen zu. Die hier durchgeführte Konstruktion weist jedoch keinen Unterschied zwischen diesen beiden Arten von subjektiven Rechten auf. Vielmehr sind die subjektiven Rechte aller dreier Gruppen³⁷⁹³ hier ihrer Struktur nach gleich; es wäre denn, daß die Formel für die Subjektivierung des Rechtssatzes zum Rechte des *Staates* eine andere ist als die für die Rechte der *Untertanen*, sowie ja auch die Subjektivierung des Rechtssatzes zur *Pflicht des Staates* sich nach einer anderen Formel vollzog, als diejenige war, nach der die Pflichten der übrigen Subjekte aus dem Rechtssatze abgeleitet wurden. Jedenfalls fiel dieser Unterschied nicht unter den Gegensatz von privatem und öffentlichem Rechte.

Die von der römischen Rechtswissenschaft übernommene Unterscheidung von öffentlichen und privaten Rechten beruht vornehmlich auf einer Einteilung des objektiven Rechtes, der Rechtssätze, zumal ja der Begriff des subjektiven Rechtes von der römischen Rechtswissenschaft kaum³⁷⁹⁴ entwickelt war. Der Gesichtspunkt, der dieser Einteilung zu Grunde lag, war der Zweck der Rechtssätze. Wenn man sich an die bekannte Definition hält: „*ius publicum est, quod ad utilitatem rei publicae spectat, ius privatum est, quod ad utilitatem privatorum spectat*“³⁷⁹⁵, so ist das Interesse, zu dessen Schutz oder Anerkennung ein³⁷⁹⁶ Rechtssatz besteht, das maßgebende Kriterium. Die Unhaltbarkeit dieser ganz oberflächlichen Unterscheidung ist zur genüge in der Literatur dargetan. Insbesondere wurde ja schon wiederholt darauf hingewiesen, daß eine reinliche Scheidung des öffentlichen und privaten Zweckes nicht möglich ist, da jeder Rechtssatz beiden Zwecken dienen kann.³⁷⁹⁷ Sieht man von der vagen „Absicht des Gesetzgebers“ ab,³⁷⁹⁸ dann ist es nur der jeweils dem Rechtssatze gegenüber gewählte Standpunkt, von dem aus bald das private, das ist das subjektive „Interesse“, bald das öffentliche, d. i. das objektive Interesse maßgebend erscheint. Es ist insbesondere auch die Annahme falsch, daß wenigstens manche Rechtssätze vornehmlich im privaten, manche vornehmlich oder ausschließlich im öffentlichen Interesse erlassen seien. Gewöhnlich wird als Beispiel für die letzteren das Strafrecht, als Beispiel für erstere das Zivilrecht angeführt. Allein, der Staat hat nicht um ein Haar mehr „Interesse“ daran, daß der Schuldner das Darlehen rechtzeitig zurückerstattet, als er an der Unterlassung eines Diebstahles interessiert ist. Vom Standpunkte der Rechtsordnung³⁷⁹⁹ – das ist von einem objektiven Standpunkte aus – sind auch alle Rechte

| 631

³⁷⁹³ «sind die subjektiven Rechte aller dreier Gruppen»] A₁ «sind alle drei Gruppen»; A₂ «sind die subjektiven Rechte aller dreier Gruppen».

³⁷⁹⁴ «subjektiven ... kaum»] A «subjektiven kaum»; F* «subjektiven ... kaum».

³⁷⁹⁵ D.1.1.1.2 (Ulpianus libro primo institutionum): „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ...“; dt.: „Das öffentliche Recht befasst sich mit den Verhältnissen des Gemeinwesens, das private Recht mit dem Nutzen der Einzelpersonen.“

³⁷⁹⁶ «Schutz oder Anerkennung ein»] A₁ «Schutz ein»; A₂ «Schutz oder Anerkennung ein».

³⁷⁹⁷ Vgl. oben S. 340–342, 388f.

³⁷⁹⁸ Vgl. oben S. 703–705, 728, 732f. Anm. 1 (733), 762, 766.

³⁷⁹⁹ «der Rechtsordnung»] A₁ «des Staates»; A₂ «der Rechtsordnung».

nur im allgemeinen Interesse³⁸⁰⁰ gegeben, d. h. „öffentlicher“ Natur. Von einem subjektiven Standpunkte aus, d. h. vom Standpunkte des Interessenten oder des Rechtssubjektes sind *alle* Rechte³⁸⁰¹ im individuellen Interesse, d. h. privater Natur. So kann, von diesen beiden verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet, das Eigentum als öffentliches, das Wahlrecht als Privatrecht angesehen werden. So ist für den Bestohlenen³⁸⁰² der Diebstahlsrechtssatz nicht minder in seinem eigenen Interesse wie der Darlehensrechtssatz für den Gläubiger. Daß im letzteren Falle dem Interessenten überdies ein formales Mittel gegeben ist, über diesen Rechtssatz zu verfügen, ist kein Grund, hier ein Vorwiegen und eine stärkere Betonung des privaten Interesses anzunehmen, denn die Statuierung eines subjektiven Rechtes ist ein rein formales, die Existenz eines Interesses ein rein materielles Moment, dessen Bestand stets *quaestio facti*. Wie dem auch immer sei, die nach dem Zweckgesichtspunkte erfolgte Einteilung der Rechtssätze und Rechte in³⁸⁰³ private und öffentliche ist schon deshalb belanglos³⁸⁰⁴, weil das Zweckmoment kein formales Kriterium für die rein formale juristische Begriffsbildung abgeben kann.

Dennoch ist die fragliche Einteilung fast allgemein beibehalten und insbesondere auch dem Systeme der subjektiven Rechte zu Grunde gelegt. *Jellinek* ist es, der auf diesem letzteren Gebiete der alten Nomenklatur einen neuen Sinn abzugewinnen bemüht war, indem er ein sicheres Kriterium zwischen subjektiven öffentlichen und subjektiven Privatrechten aufzustellen versuchte¹⁾. Die außerordentliche Bedeutung, welche die *Jellineksche* Theorie erlangt hat, macht eine prinzipielle Auseinandersetzung mit derselben nötig. Dabei sollen die allgemeinen Voraussetzungen der *Jellinekschen* Konstruktion außer aller Diskussion bleiben; denn *Jellinek* selbst hat die verschiedenartigen Einwände, die gegen seine Theorie gemacht wurden, gerade mit der Motivierung zurückgewiesen, er könne nur eine „immanente Kritik“ gelten lassen, die ihn von seinen eigenen Voraussetzungen aus widerlegt²⁾. Eine solche immanente, d. h. also rein logische Kritik sei hier versucht.

Den Unterschied zwischen den privaten und den öffentlichen subjektiven Rechten erblickt *Jellinek* bekanntlich darin, daß die letzteren stets nur ein

| 632 |¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.³⁸⁰⁵

²⁾ a. a. O. S. 51, Anm. 1.³⁸⁰⁶

³⁸⁰⁰ «alle Rechte nur im allgemeinen Interesse»] A₁ «alle Rechtssätze nur im staatlichen Interesse»; A₂ «alle Rechtssätze nur im allgemeinen Interesse»; F* «alle Rechte nur im allgemeinen Interesse».

³⁸⁰¹ «Rechte»] A «Rechtssätze»; F* «Rechte».

³⁸⁰² «Natur. ... Bestohlenen»] A «Natur. Für den Bestohlenen»; F* «Natur. ... Bestohlenen».

³⁸⁰³ «Einteilung der Rechtssätze und Rechte in»] A₁ «Einteilung in»; A₂ «Einteilung der Rechtssätze in»; F* «Einteilung der Rechtssätze und Rechte in».

³⁸⁰⁴ «deshalb belanglos»] A₁ «deshalb juristisch belanglos»; A₂ «deshalb belanglos».

Jellinek, System (Anm. 1935).

³⁸⁰⁶ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 51 Anm. 1.

Hypothese hat selten Normcharakter, nimmt nur im Sinne
 bürgerlich-rechtlicher
 abstrakter Normen Gestalt an, in dem er ein konkretes Recht. Jodelsch
 in dem freistehenden Privatrechtssystem nicht befolgt. 637
 Normcharakter aufzuweisen vermögen. Ein wirklicher, System der
 juristische Sachverhalt, welche die Selbsteigenschaft des in sich selbst subjektiven
 Fakt, muss nicht zwingig sein. Dies in Verbindung mit öffentlichen
 Verhältnissen richtig. Wenn schon die allgemeinen Normen, Rechte.
 Aufeinander abgestimmt werden, den Selbsteigenschaft beifügen
 welche die Willkür des Rechts; dann Selbstrecht selbst sein
 verbleibenden verbleibenden ~~Freiheitsbereich~~ ^{Freiheitsbereich}, die eigene
 freie Handlung ^{frei} werden ~~lassen~~ ^{lassen} mit der Natur
 der Sache zurechtzufinden, in dem mit dem in dem
 Inhalt "abgegrenzt", die für den freien Willen
 gehören mit demselben. Eine solche in demselben 857, 858.
 welche eine gewisse Freiheit bei dem verleiht.
 Dem Verstandesgegenstand des geistlichen sind im offnen
 durch Privatrechtssystemen ~~abgegrenzt~~ ^{abgegrenzt} ~~bestimmt~~ ^{bestimmt}.

Seite aus dem Autographen (79218-79229; 79230-79231)

„Können“ zum Inhalt haben, während bei den ersteren das „Können“ notwendig mit einem „Dürfen“ verbunden sei³⁾.

Prüft man die Argumentationen nach, die zu diesem Resultate führen, so kann man sie auch auf Basis der von *Jellinek* selbst angenommenen Voraussetzungen nicht akzeptieren. Dies zeigt eine Untersuchung der *Jellinekschen* Begriffe des „Könnens“ und „Dürfens“.

Die Rechtsordnung – führt *Jellinek*⁴⁾ aus – könne sich zum individuellen Willen in mehrfacher Weise verhalten: Sie könne die „natürliche Freiheit“ einschränken, d. h. ein bestimmtes Verhalten zur Vorschrift machen, also gebieten oder verbieten. Sie könne auch die „natürliche Freiheit“ des Individuums „anerkennen“, und diese Funktion bezeichnet *Jellinek* mit: „Erlauben“, was vom Subjektstandpunkte aus ein „Dürfen“ bedeute. Die Rechtsordnung könne aber auch der natürlichen Freiheit⁵⁾ „etwas hinzufügen, was sie nicht von Natur aus besitzt“³⁸¹⁰; diese Funktion der Rechtsordnung wird als ein „Gewähren“ bezeichnet, dem für das Individuum ein „Können“ entspricht. Nach der Darstellung *Jellineks* hat es den Anschein, als ob die angeführten Beziehungen der Rechtsordnung zu den Rechtssubjekten von einander verschiedene, selbständige Relationen seien; allein dem ist tatsächlich nicht so, wie bei näherer Untersuchung ersichtlich ist.

| 633

Prüft man zunächst den Begriff des „Dürfens“, so ergibt sich folgendes. „Die rechtlich *relevanten* von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen“ – sagt *Jellinek*¹⁾ – „bilden in ihrer Gesamtheit das rechtliche Dürfen.“ Welches sind aber die „rechtlich relevanten“ Handlungen, auf die der Begriff des Dürfens eingeschränkt wird? *Jellinek* sagt: „Das Erlauben (das Äquivalent für das Dürfen) erstreckt sich aber nur soweit, als die natürliche Freiheit die Sphäre anderer Individuen zu berühren imstande ist. Wenn eine Handlung jedoch – absolut oder relativ – nicht imstande ist, eine *rechtlich relevante Wirkung auf andere* hervorzurufen, kann sie nicht als eine erlaubte bezeichnet werden.“³⁸¹² *Jellinek* erklärt hier, daß nur diejenigen Handlungen in den Kreis der gedurften oder erlaubten fallen, die eine

³⁾ Vgl. a. a. O. S. 50 ff.³⁸⁰⁷

⁴⁾ a. a. O. S. 45.³⁸⁰⁸

⁵⁾ *Jellinek* gebraucht hier statt „natürliche Freiheit“ das Wort „Handlungsfähigkeit“; daß er jedoch beide Worte gleichbedeutend verwendet, geht aus dem Zusammenhange hervor, indem er unmittelbar nach dem Satze: „sie kann seine *natürliche Freiheit* anerkennen“, fortfährt: „sie kann *dieser Handlungsfähigkeit* etwas hinzufügen ...“³⁸⁰⁹

| 633

¹⁾ a. a. O. S. 46.³⁸¹¹

³⁸⁰⁷ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50–53.

³⁸⁰⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45.

³⁸⁰⁹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸¹⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45.

³⁸¹¹ Das vorangehende und das folgende Zitat: *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁸¹² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorrufen. *Jellinek* beschränkt also einmal die gedurften Handlungen auf die rechtlich relevanten Handlungen, das andere Mal auf jene, die eine rechtliche Wirkung auf andere hervorrufen, so daß man berechtigt ist, als rechtlich relevante Handlungen jene anzunehmen, die eine rechtliche Wirkung auf andere hervorrufen. Dieses Resultat scheint freilich zunächst mit einigen anderen Sätzen, die *Jellinek* in diesem Zusammenhange äußert, nicht ganz im Einklang zu stehen. Er sagt nämlich: „Das Recht regelt Beziehungen der Menschen untereinander, kümmert sich daher nicht um Handlungen soweit sie nach seinem Ermessen eine derartige Beziehung nicht besitzen“³⁸¹³, und führt dann, nachdem er diesen Satz durch ein Beispiel beleuchtet, fort: „Es teilen sich die menschlichen Handlungen unter diesem Gesichtspunkte in rechtlich relevante und rechtlich indifferente.“³⁸¹⁴ Nach diesen Ausführungen könnte es den Anschein haben, als ob *Jellinek* unter rechtlich relevanten Handlungen alle jene verstünde, die irgendeine Beziehung auf einen anderen und nicht nur jene, die eine *rechtlich relevante* Wirkung auf einen anderen haben. Allein, gerade die letztere Auffassung muß als die endgültige angesehen werden, denn *Jellinek* bezeichnet auch an anderer Stelle²⁾ als rechtlich relevante Handlungen jene, die eine *Rechtsfolge* nach sich ziehen: „Die Handlung, welche einem Nichtdürfen widerspricht, ist *rechtlich relevant*, sie zieht *Rechtsfolgen* nach sich.“

Das Dürfen umfaßt also nur Handlungen, die rechtlich relevant sind, d. h. die rechtliche Wirkungen (Rechtsfolgen) auf andere haben | und von der Rechtsordnung erlaubt sind. Denn³⁸¹⁶ nach der *Jellinekschen* Darstellung hat jede gedurfte Handlung zwei wesentliche Qualitäten³⁸¹⁷: Sie muß erstens rechtlich relevant und zweitens von der Rechtsordnung erlaubt sein; das „Erlaubtsein“ muß also zu dem „rechtlich relevant sein“ einer Handlung hinzutreten, damit diese als „gedurft“ gelten könne. Da aber „Dürfen“ und „Erlaubt sein“ identische Begriffe sind, darf eine Erklärung des „Dürfens“ nicht das „Erlaubtsein“ enthalten. Was³⁸¹⁸ hat man also unter dem „Erlauben“ oder, wie *Jellinek* damit gleichbedeutend sagt: unter dem „Anerkennen der natürlichen Freiheit durch die Rechtsordnung“³⁸¹⁹ zu verstehen?

Es ist in der Natur des objektiven Rechtes gelegen und in³⁸²⁰ der ganzen Technik des Rechtsapparates begründet, daß die Rechtsordnung zu irgendeinem

| 634

2) a. a. O. S. 47.³⁸¹⁵

³⁸¹³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

³⁸¹⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

³⁸¹⁵ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸¹⁶ «sind. Denn»] A₁ «sind. Da aber „dürfen“ und „erlaubt sein“ identische Begriffe sind darf eine Erklärung des „dürfens“ nicht das „Erlaubtsein“ enthalten. Denn»; A₂ «sind. Denn».

³⁸¹⁷ «zwei wesentliche Qualitäten»] A₁ «zwei Qualitäten»; A₂ «zwei wesentliche Qualitäten».

³⁸¹⁸ «könne. ... Was»] A₁ «könne. Was»; A₂ «könne. ... Was».

³⁸¹⁹ Vgl. oben S. 794.

³⁸²⁰ «Natur des objektiven Rechtes gelegen und in»] A₁ «Natur der Rechtsordnung, in»; A₂ «Natur der [sic] objektiven Rechtes gelegen und in».

menschlichen Verhalten in keiner anderen Weise in Beziehung treten kann, als dadurch, daß sie an dieses Verhalten eine ihrer spezifischen Wirkungen, eine Rechtsfolge (im weitesten und gewöhnlichen Sinne dieses Wortes) knüpft. Der übliche Begriff der Rechtsfolge – so wie er hier verwendet wird – ist derart, daß unter ihn auch die Unrechtsfolge fällt. Wird aber eine solche mit einem menschlichen Verhalten verbunden, dann ist dieses von der Rechtsordnung verboten, (resp. sein Gegenteil geboten). Das „Erlauben“ der Rechtsordnung kann somit gar nicht anders gedacht werden als in der Verknüpfung mit irgendeiner anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge. Wenn die Rechtsordnung ein menschliches Verhalten weder mit einer Unrechts- noch mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verbindet, dieses Verhalten also gar keine rechtliche Wirkung äußert, ist es als rechtlich indifferent, d. h. zur Rechtsordnung in gar keiner Beziehung stehend, also rechtlich nicht vorhanden, zu³⁸²¹ erachten. Letzteres ist auch *Jellinek's* Ansicht, der ausdrücklich für rechtlich irrelevant jene Handlungen erklärt, die keine Rechtsfolgen nach sich ziehen¹⁾.

Anders als in der Verbindung mit einer Rechtsfolge (die keine Unrechtsfolge ist) könnte das „Erlauben“ durch die Rechtsordnung nur etwa so gedacht werden, daß man eine Handlung auch dann schon als durch die Rechtsordnung erlaubt betrachtet, wenn eine solche, ohne daß irgendwelche Rechtsfolgen an sie geknüpft werden, in den Gesetzen ausdrücklich, d. h. mit Worten als „erlaubt“ oder „gestattet“ bezeichnet wird. Daß eine derartige Annahme abzuweisen ist, liegt auf der Hand. Denn die meisten Handlungen, die als „erlaubte“ zu gelten haben, sind
 | 635 durchaus nicht als solche ausdrücklich bezeichnet, | vielmehr ist ein Urteil, das ihnen eine solche rechtliche Qualität zuspricht, nur darauf begründet, daß diese Handlungen irgendwie direkt oder indirekt mit³⁸²³ Rechtsfolgen versehen sind. Die Bedeutungslosigkeit einer bloß mit Worten, nicht auch durch Verknüpfung mit entsprechenden Rechtswirkungen³⁸²⁴ erfolgenden Qualifizierung einer Handlung durch die Rechtsordnung erhellt aus dem Umstande, daß eine Handlung, die im Gesetze etwa wörtlich als erlaubt bezeichnet, aber mit Unrechtsfolgen versehen wäre, doch nur als verboten zu gelten hätte; für die rechtliche Qualifikation ist nicht das Wort, sondern die Wirkung der Rechtsordnung maßgebend! *Jellinek* selbst läßt als erlaubt nur rechtlich relevante Handlungen, d. h. solche gelten, die eine Rechtswirkung (auf andere) nach sich ziehen, so daß ein „Erlauben“ ohne Verbindung mit einer Rechtswirkung unmöglich ist.

| 634 |¹⁾ a. a. O. S. 47/48.³⁸²²

³⁸²¹ «stehend, also rechtlich nicht vorhanden, zu»] A₁ «stehend zu»; A₂ «stehend also rechtlich nicht vorhanden zu».

³⁸²² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 f.

³⁸²³ «vielmehr ist ... mit»] A₁ «vielmehr wird diese ihre rechtliche Qualität nur darauf begründet, daß diese Handlungen irgend wie mit»; A₂ «vielmehr ist ... mit».

³⁸²⁴ «mit entsprechenden Rechtswirkungen»] A₁ «mit Rechtsfolgen»; A₂ «mit entsprechenden Rechtswirkungen».

Als „erlaubt“ muß aber eine Handlung nicht nur dann gelten, wenn die Rechtsordnung *direkt* an dieselbe eine Rechtswirkung (die keine Unrechtsfolge ist) knüpft, sondern auch dann, wenn ein Verhindern oder Stören dieser Handlung seitens eines anderen mit einer Unrechtsfolge verbunden ist. Da im Rechtsstaate die Freiheit und Unverletzlichkeit der Person durch eine allgemeine Rechtspflicht statuiert ist, jeden Eingriff in die Freiheitssphäre eines anderen zu unterlassen, muß *jede* Handlung, die, weil mit keiner Unrechtsfolge verknüpft, nicht verboten ist, als³⁸²⁵ erlaubt gelten, da die Verhinderung oder Störung jeder zur Freiheitssphäre gehörigen Handlung als widerrechtlicher Eingriff in diese Sphäre „verboten“, d. h. mit einer Unrechtsfolge versehen ist. Jede, auch die individuellste, an sich in gar keiner Beziehung zu einem anderen stehende Handlung wird sofort als „erlaubt“ oder „berechtigt“ empfunden, wenn man an ihrer Ausführung von anderer Seite widerrechtlich verhindert wird. Auch Spazierengehen, Atmen, Schlafen etc. sind rechtlich „erlaubt“, soferne eben die Störungen dieser Handlungen verboten sind. Auf diese Weise verliert der Begriff des Erlaubt-seins jede positive Bedeutung; er wird zur bloßen Negation des „Verboten-seins.“ Als erlaubt hat alles zu gelten, was nicht verboten, das heißt mit keiner Unrechtsfolge versehen ist.

Es muß dahingestellt bleiben, ob *Jellinek* seinem Begriffe des „Erlaubt-seins“ diesen³⁸²⁶ weiten Umfang gibt. Da er das „Dürfen“ auf die rechtlich-relevanten Handlungen einschränkt, als solche aber nur jene ansieht, die Rechtsfolgen (auf andere) haben, hat es den Anschein, als ob er aus dem Kreise des Erlaubten – ob mit Recht oder Unrecht, sei hier unerörtert – jene Handlungen ausscheidet, denen keine positive Rechtswirkung zukommt, deren „Erlaubtsein“ nur | darin besteht, | 636 daß ihre Störung oder Verhinderung mit Unrechtsfolgen verknüpft ist.

Zwar sagt er, individuelle, d. h. an sich in keiner Relation zu einem anderen stehende Akte würden insoferne *relevant*, als sie in eine „Beziehung zu einer Rechtspflicht gesetzt werden“⁽¹⁾ können. Allein, verstünde man unter dieser Rechtspflicht die oben erwähnte Pflicht³⁸²⁸ zur Unterlassung aller Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre eines anderen (soweit nicht die Pflicht, einen³⁸²⁹ solchen Eingriff zu dulden, besteht), dann wäre der *Jellineksche* Begriff der rechtlichen Relevanz so gut wie bedeutungslos, denn er enthielte – nicht wie *Jellinek* entwickelt – nur die zu einem Anderen in Beziehung stehenden Handlungen, sondern jede, auch die individuellste Äußerung der persönlichen Freiheit, die nicht verboten ist.

[¹] a. a. O. S. 46.³⁸²⁷

| 636

³⁸²⁵ «verknüpft, nicht verboten ist, als»] A₁ «verknüpft, als verboten zu gelten hat, als»; A₂ «verknüpft, verboten ist, als»; F* «verknüpft, nicht verboten ist, als».

³⁸²⁶ «*Jellinek* seinem Begriffe des „Erlaubt-seins“ diesen»] A₁ «*Jellinek* diesen»; A₂ «*Jellinek* diesem Begriffe des „Erlaubt-seins“ diesen».

³⁸²⁷ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

³⁸²⁸ «Allein ... Pflicht»] A₁ «Allein faßte man diese Äußerung in den oben erwähnten Sinne [bricht ab]»; A₂ «Allein ... Pflicht».

³⁸²⁹ «soweit nicht die Pflicht, einen»] A₁ «soweit ein»; A₂ «soweit nicht die Pflicht ein».

Jedenfalls bietet die *Jellineksche* Definition des Dürfens in Verbindung mit der des „Relevant-Seins“ keine Möglichkeit, andere Handlungen als erlaubt anzusehen, als solche, die „eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorrufen“³⁸³⁰, was von denen, deren Störung bloß verboten ist, wörtlich nicht gesagt werden kann.

Innerhalb des Kreises der rechtlich relevanten Handlungen allerdings muß die *Jellineksche* Einteilung³⁸³¹ in erlaubte und verbotene zweifellos als³⁸³² eine erschöpfende angesehen werden. Das kommt schon darin zum Ausdruck, daß *Jellinek* das Verbotensein als bloße Negation des Erlaubtseins oder Dürfens, nämlich als „Nichtdürfen“²⁾ bezeichnet. Die „erlaubende“ Tätigkeit der Rechtsordnung kann gar nicht anders gedacht werden als in der Verbindung einer Handlung mit einer Rechtsfolge, die keine Unrechtsfolge ist.

Es muß auffallen, daß *Jellinek* für jene Wirkung der Rechtsordnung, durch welche eine an sich irrelevante Handlung zu einer rechtlich relevanten³⁸³⁴ wird – und eine derartige Qualität kann eine Handlung doch wohl nur durch die Rechtsordnung erhalten – keinen besonderen Terminus gewählt hat, während er doch das „Gedurftsein“ und das „Gekonntsein“ auf je eine besonders benannte Funktion der Rechtsordnung, auf das „Erlauben“ oder „die natürliche Freiheit anerkennen“ und auf das „Gewähren“ oder „die natürliche Freiheit erweitern“ zurückführt. Sieht man aber näher zu, so zeigt sich, daß zwischen dem „Erlauben“ und dem „Relevantmachen“ einer Handlung durch die Rechtsordnung gar kein Unterschied besteht. Es ist nicht so, wie *Jellinek* es darstellt, als ob eine rechtlich relevante Handlung noch von der Rechtsordnung erlaubt werden, | als ob zu der Eigenschaft der Relevanz noch die des Gedurftseins hinzukommen könnte. Vielmehr wird eine Handlung schon dadurch zu einer erlaubten (oder verbotenen), daß sie rechtlich relevant gemacht, d. h. mit Rechtsfolgen verknüpft wird. Und zwar wird sie dadurch zu einer verbotenen, daß sie mit einer Unrechtsfolge – zu einer erlaubten, daß sie mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verknüpft wird. Das Erlaubt- oder Gedurftsein ist daher nur ein Spezialfall des Relevant-seins und beide sind durchaus nicht – wie es bei *Jellinek* den Anschein hat – zwei von einander unabhängig zu erklärende Qualitäten.

Des weiteren muß auch schon jetzt darauf aufmerksam gemacht werden, daß „die Anerkennung der natürlichen Freiheit“, das „Erlauben“, dem auf Seite des Individuums das „Dürfen“ entspricht, durchaus nicht in dem von *Jellinek* behaupteten Gegensatz zu jener anderen Funktion der Rechtsordnung steht, die *Jellinek*

2) a. a. O. S. 46.³⁸³³

³⁸³⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

³⁸³¹ «allerdings muß die *Jellineksche* Einteilung»] A₁ «allerdings ist die Einteilung [bricht ab]»; A₂ «allerdings muß die *Jellineksche* Einteilung».

³⁸³² «verbotene zweifellos als»] A₁ «verbotene als»; A₂ «verbotene zweifellos als».

³⁸³³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

³⁸³⁴ «eine ... relevanten»] A₁ «eine irrelevante zu einer relevanten»; A₂ «eine ... relevanten».

als ein: „der natürlichen Freiheit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat“, als ein „Gewähren“ bezeichnet, dem auf Seite des Individuums das „Können“ entspricht. Denn auch das Erlauben sowie jede rechtliche Qualifikation kann³⁸³⁵ nur darin bestehen, daß den der natürlichen Freiheitssphäre des Menschen angehörenden Handlungen von der Rechtsordnung „etwas hinzugefügt wird, was sie von Natur aus nicht haben“³⁸³⁶: die Rechtsfolgen. Denn von Natur aus, ohne die von der Rechtsordnung erlangte Qualifikation sind alle Handlungen rechtlich irrelevant und also – auch nach *Jellineks* ausdrücklicher Erklärung – nicht „gedurft“ oder „erlaubt“.

Zwischen Erlauben und Gewähren, Dürfen und Können besteht jedoch nicht nur kein Gegensatz, sondern volle Identität. Das wird die folgende Untersuchung zu zeigen haben.

Das „Gewähren“ der Rechtsordnung, dem das „Können“ des Subjektes entspricht, dieses der „Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht hat,“ ist nach *Jellinek* in der Erteilung des Anspruches auf staatlichen Schutz zu erblicken. *Jellinek* sagt: „Die Rechtsordnung kann aber auch der Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht besitzt. Sie kann ihm nämlich *den Anspruch verleihen, daß gewisse seiner Handlungen* von ihr als zu Recht bestehend anerkannt und demgemäß *staatlichen Schutzes teilhaftig werden*. Es liegt nicht in der natürlichen Freiheit des Individuums, den Staat zu bewegen, eine von ihm vorgenommene Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären“⁽¹⁾. (Man beachte die Verwendung des Wortes | „relevant“! Durch die Verleihung des staatlichen Schutzes, d. i. die „Gewährung“ eines „Könnens“ wird eine Handlung aus einer irrelevanten zu einer relevanten!)¹⁾³⁸⁴¹ *Jellinek* führt dann weiter aus, das Individuum möge welche Verfügung immer auf den Todesfall treffen, zum Testamente werde sie nur durch die Rechtsvorschrift erhoben. Hier liege die Grenze der natürlichen Freiheit des Individuums. „Denn alle Bestimmungen, welche die Gültigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften betreffen, statuieren ein von der

| 638

¹⁾ a. a. O. S. 47.³⁸³⁷

¹⁾ Auch daraus geht hervor[, daß] der *Jellineksche* Begriff der rechtlichen Relevanz³⁸³⁸ nicht etwa die einer Handlung von Natur aus, d. h. an sich zukommende Eigenschaft erfaßt, zu einem anderen in irgendeiner natürlichen Beziehung³⁸³⁹ zu stehen, sondern die Fähigkeit, und zwar eine von der Rechtsordnung *verliehene* oder gewährte Fähigkeit, rechtliche Wirkungen zu haben. Die Relation „auf einen anderen“³⁸⁴⁰, die *Jellinek* doch für wesentlich zu halten scheint, fehlt hier allerdings, wenn man *den Staat* nicht als solchen anderen gelten lassen will!

| 637

| 638

³⁸³⁵ «Erlauben ... kann»] A₁ «Erlauben kann»; A₂ «Erlauben ... kann».

³⁸³⁶ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45 – vgl. oben S. 794.

³⁸³⁷ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸³⁸ «der rechtlichen Relevanz»] A₁ «der Relevanz»; A₂ «der rechtlichen Relevanz».

³⁸³⁹ «anderen ... Beziehung»] A₁ «anderen in Beziehung»; A₂ «anderen ... Beziehung».

³⁸⁴⁰ Vgl. oben S. 794 f.

³⁸⁴¹ Anmerkung in A₂ eingefügt.

Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes rechtliches *Können*³⁸⁴².³⁸⁴³ *Jellinek* erklärt weiter: Damit eine rechtlich irrelevante Handlung zu einer rechtlich relevanten werde, müsse dem Individuum die bisher nicht vorhandene Fähigkeit eingeräumt werden, „in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern.“³⁸⁴⁴ Es zeigt sich somit, daß eine Handlung uno actu zugleich zu einer relevanten und einer „gekonnten“ wird, daß die „Gewährung“ des „Gekonntseins“ an eine Handlung nur³⁸⁴⁵ die Verleihung der Relevanz-Qualität, d. i. die Verbindung mit Rechtsfolgen bedeutet. Das „Können“ ist nach *Jellinek* nichts anderes als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene, nicht in seiner natürlichen Freiheit oder Handlungsfähigkeit gelegene Fähigkeit, „den Staat zu bewegen, eine von ihm vorgenommene Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären.“³⁸⁴⁶ Jede Handlung, die „gekonnt“ ist, muß daher rechtlich relevant sein; allein, nicht jede rechtlich relevante Handlung darf als „gekonnt“ gelten. Denn nicht jede an eine Handlung geknüpfte Rechtsfolge (das Kriterium jeder Relevanz) bedeutet³⁸⁴⁷, daß der Handelnde für diese Handlung den Schutz der Rechtsordnung in Anspruch nehmen könne (das Kriterium des Könnens). Die als Unrechtsfolge charakterisierte Rechtswirkung einer Handlung macht wohl die damit verknüpfte Handlung zu einer rechtlich relevanten verbotenen, nicht³⁸⁴⁸ aber zu einer gekonnten. Das „Können“ umfaßt somit nur jene relevanten Handlungen³⁸⁴⁹, die nicht mit einer Unrechtsfolge – sondern mit irgendeiner anderen Rechtsfolge verknüpft sind. Das „Gekonnte“ ist ein Spezialfall des „Relevanten“ und zwar ganz das gleiche wie das „Erlaubte“ oder „Gedurfte“. Denn ebenso | wie das „Können“ umfaßt das „Dürfen“ diejenigen von den rechtlich relevanten Handlungen, die nicht verboten sind. „Können“ und „Dürfen“ fallen somit nach *Jellineks* eigenen Voraussetzungen – freilich im Widerspruch zu seinen Konsequenzen – begrifflich zusammen.

Damit ist gleichbedeutend, daß nicht nur – wie bereits bemerkt – zwischen der als „Erlauben“ und der als „Gewähren“ bezeichneten Funktion der Rechtsordnung kein Gegensatz, sondern völlige Identität besteht. Denn das Erlauben, diese „Anerkennung der natürlichen Freiheit“ bedeutet ganz das Gleiche wie das „dieser Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht besitzt“. Beides ist nämlich nichts anderes als ein bestimmtes „Relevant“-machen, die Verknüpfung mit bestimmten Rechtsfolgen – nämlich jenen, die keine Unrechtsfolgen sind.

³⁸⁴² «verliehenes rechtliches Können»] A₁ «verliehenes Können»; A₂ «verliehenes rechtliches Können».

³⁸⁴³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Hervorhebung des Autors; Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

³⁸⁴⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48.

³⁸⁴⁵ «des „Gekonntseins“ an eine Handlung nur»] A₁ «des „Könnens“ nur»; A₂ «des „Gekonntseins“ an eine Handlung nur».

³⁸⁴⁶ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47.

³⁸⁴⁷ «Rechtsfolge ... bedeutet»] A₁ «Rechtsfolge, bedeutet»; A₂ «Rechtsfolge ... bedeutet».

³⁸⁴⁸ «relevanten verbotenen, nicht»] A₁ «relevanten, nicht»; A₂ «relevanten, verbotenen nicht».

³⁸⁴⁹ «jene relevanten Handlungen»] A₁ «jene Handlungen»; A₂ «jene relevanten Handlungen».

Dem Individuum in Bezug auf eine Handlung ein „Können gewähren“, oder ihm diese Handlung „erlauben“ heißt beides in gleicher Weise: diese Handlung mit Rechtsfolgen versehen, die keine Unrechtsfolgen sind. Darf man unter „rechtlicher Anerkennung des natürlichen Könnens“ dasselbe verstehen wie unter „Anerkennung der natürlichen Freiheit durch die Rechtsordnung“, dann³⁸⁵⁰ scheint *Jellinek* die Identität von „Erlauben“ und „Gewähren“ an einer Stelle selbst ausgesprochen zu haben. Es heißt nämlich dort von einer rechtlich irrelevanten Handlung¹⁾: „Soll sie zu einer rechtlich relevanten werden, so muß dem *natürlichen Können* (was doch dasselbe ist wie „natürliche Handlungsfähigkeit“) ausdrücklich die *rechtliche Anerkennung* (was wieder dasselbe sein muß wie „Anerkennung durch die Rechtsordnung“) hinzugefügt werden. Das kann aber *nur dadurch geschehen, daß die Handlungsfähigkeit des Individuums eine Erweiterung erfährt* (Erweiterung der Handlungsfähigkeit = der Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat), daß ihm ausdrücklich die bisher nicht vorhandene Fähigkeit eingeräumt wird, in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern“. Diese Fähigkeit ist das „Können“; die „Anerkennung der natürlichen Handlungsfähigkeit“, das „Erlauben“ (Dürfen) soll hier „*nur*“ durch das „dieser Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen, was sie von Natur nicht besitzt“ oder durch die Erweiterung der Handlungsfähigkeit, das „Gewähren“ eines „Könnens“ erfolgen: Das muß wohl heißen, daß erlauben und gewähren, dürfen und können *stets* zusammenfallen, dasselbe sind. Trotzdem erklärt *Jellinek* unbegreiflicherweise im unmittelbaren Anschluß an das oben Zitierte: | „Diese Fähigkeit ist nicht das Resultat einer Erlaubnis, sondern einer Gewährung“³⁸⁵², obgleich er gerade dargetan hat, daß dieses Erlauben *nur* durch ein Gewähren erfolgen kann!

| 640

Die Unabhängigkeit, ja den Gegensatz von „Dürfen“ und „Können“ betont *Jellinek* auf das nachdrücklichste. Er sagt: „Dieses Können steht in scharfem Gegensatz zum Dürfen. Es wäre nicht richtig zu sagen, der Geschäftsunfähige *dürfe* keinen Vertrag schließen, er *kann* es vielmehr nicht, was immer er auch tue, es kommt kein Vertrag zustande. Das vermeintliche Rechtsgeschäft, das er abgeschlossen hat, ist nicht vorhanden, er hat eine im Rechtssinn nichtige Handlung begangen“⁽¹⁾.

Allein, gerade nach *Jellineks* Definition des Dürfens *darf* auch der Geschäftsunfähige nicht einen Vertrag schließen in dem Sinne, daß die zu solchem Zwecke

|¹⁾ a. a. O. S. 48. ³⁸⁵¹ | 639|¹⁾ a. a. O. S. 47. ³⁸⁵³ | 640

³⁸⁵⁰ «Könnens“ ... Rechtsordnung“, dann] A₁ «Könnens seitens der Rechtsordnung“ dasselbe verstehen, wie unter „Anerkennung der natürlichen Freiheit“ dann»; A₂ «Könnens“ dasselbe verstehen, wie unter „Anerkennung der natürlichen Freiheit durch die Rechtsordnung“ dann».

³⁸⁵¹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48 – sämtliche Klammerzusätze und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

³⁸⁵² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48.

³⁸⁵³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47.

vorgenommenen Handlungen auch keine „gedurften“, „erlaubten“ sind; es steht ihm bezüglich dieser ebensowenig ein Dürfen, wie ein Können zu. Denn diese Handlungen eines Geschäftsunfähigen sind, weil ohne Rechtswirkung oder im rechtlichen Sinne nicht vorhanden, rechtlich irrelevant, und daher nach *Jellinek*s eigener Definition nicht erlaubt und daher auch nicht gedurft: „Wenn eine Handlung ... nicht imstande ist, eine rechtlich relevante Wirkung auf andere hervorzurufen, kann sie nicht als eine erlaubte bezeichnet werden“²⁾. Darum muß man im selben Sinne, in dem man von den Handlungen des Geschäftsunfähigen sagt, sie seien nicht gekonnt, der Unfähige *könne* sie nicht vornehmen, von ihnen auch behaupten, sie seien nicht gedurft, oder er *dürfe* sie nicht vornehmen. Freilich nicht in dem Sinne, als ob ihm diese Handlungen *verboten* seien; denn nur im Bezug auf die rechtlich relevanten Handlungen kann nach *Jellinek* die bloße Negation des Dürfens das Verbotensein bedeuten.

Trotzdem hat *Jellinek* hier den Begriff des Nicht-dürfens offenbar in der Bedeutung des Verbotenseins gebraucht, obgleich er dazu, da es rechtlich irrelevante Handlungen betraf – nicht berechtigt war, denn die rechtlich irrelevante Handlung wird nach *Jellinek*s eigener Terminologie nicht gedurft, ohne verboten zu sein! Was hat aber *Jellinek*, der die Unabhängigkeit, ja den Gegensatz von *Dürfen* und *Können*, von *Erlauben* und *Gewähren* behauptet – (ein Gegensatz, der sich doch nur innerhalb des Kreises rechtlich relevanter³⁸⁵⁵ Handlungen abspielen kann, da *Jellinek* beide Begriffe, jedenfalls den des Dürfens auf ihn beschränkt!) – damit bewiesen, daß er Handlungen aufzeigt, die nicht gekonnt, die aber auch nicht *ver-*

|641

boten sind – zumal sie zu den rechtlich irrelevanten gehören? Er hätte, um den Gegensatz von *Können* und *Dürfen* zu beweisen, Handlungen aufzeigen müssen, die nicht gekonnt, aber dennoch *gedurft* sind; nur dem Scheine nach tat er dies damit, daß er auf Handlungen hinwies, die nicht gekonnt, aber dennoch nicht Nicht-gedurft sind, denn diese letztere doppelte Verneinung gibt nicht die gewünschte Bejahung, das Nicht-Nichtdürfen bedeutet nicht ein Dürfen, nicht ein Erlaubt-sein im³⁸⁵⁶ *Jellinekschen* Sinne, sondern lediglich ein Nicht-verbotensein.

Um die Selbständigkeit des Dürfens gegenüber dem Können darzutun, behauptet *Jellinek*, es gebe Handlungen, die zwar gekonnt, aber dabei nicht gedurft seien und zwar sowohl im Sinne von *Verboten-* als auch im Sinne eines weder *Verboten-* noch *Erlaubt-seins* („ohne dürfen“). Er³⁸⁵⁷ sagt: „Das Können ist derart selbständig gegenüber dem Dürfen, daß jenes vorhanden sein und dieses fehlen

2) a. a. O. S. 46. 3854

3854 *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

3855 «Kreises rechtlich relevanter»] A₁ «Kreises relevanter»; A₂ «Kreises rechtlich relevanter».

3856 «Dürfen, nicht ein Erlaubt-sein im»] A₁ «Dürfen im»; A₂ «Dürfen nicht ein erlaubt sein im».

3857 «gedurft seien ... Er»] A₁ «gedurft im Sinne von Verboten, seien. Er» A₂ «gedurft seien, u zwar sowohl im Sinne von Verboten, als auch im Sinne eines weder verboten noch erlaubt („ohne dürfen“). Er»; F* «gedurft seien ... Er».

kann. Die Fähigkeit zur Handlung kann gegeben, ihre Ausübung *verboten* sein. Können ist nicht nur *ohne* dürfen möglich, sondern vermag sogar mit einem *Nichtdürfen* zusammen zu bestehen, wie die *lex minus quam perfecta*³⁸⁵⁸ zeigt⁽¹⁾.

Was zunächst die Handlungen betrifft, die zwar gekonnt, aber verboten, d. h. also mit einer Unrechtsfolge versehen sind, so fällt auf, daß *Jellinek* hier den Begriff des Könnens auch auf jene relevanten Handlungen ausdehnt, die eine Unrechtsfolge nach sich ziehen. Dies steht jedoch mit seinem ursprünglichen Begriffe des Könnens in offenbarem Widerspruch! Denn *Jellinek* charakterisiert das von der Rechtsordnung gewährte „Können“ als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit³⁸⁶⁰, zu beanspruchen, „daß gewisse seiner Handlungen von ihr als *zu Recht* bestehend anerkannt und demgemäß *staatlichen Schutzes* teilhaftig werden“⁽²⁾. Es ist aber zweifellos ausgeschlossen, daß eine Handlung, die mit einer Unrechtsfolge verbunden, d. h. verboten ist³⁸⁶², von der Rechtsordnung als *zu Recht* bestehend anerkannt wird – sie besteht doch zu Unrecht! – oder daß der Handelnde bezüglich einer solchen Handlung staatlichen Schutz beanspruchen kann, da er doch gerade um ihretwillen *bestraft* wird. Darum mußte ja oben der *Jellineksche* Begriff des Könnens auf jene rechtlich relevanten Handlungen eingeschränkt werden, die eine andere Rechtsfolge als eine Unrechtsfolge nach sich ziehen; darum mußte die mit einer Unrechtsfolge verknüpfte Handlung nicht als rechtlich gekonnt bezeichnet werden. Tatsächlich dehnt aber *Jellinek* im vorliegenden Falle dennoch den Begriff des Könnens | auf alle rechtlich relevanten Handlungen aus, so daß „Können“ die Fähigkeit ist, rechtlich relevante Handlungen zu setzen. Er spricht von verbotenen Handlungen, die gekonnt sind. | 642

Dieser Widerspruch löst sich insoferne, als *Jellinek* die verbotenen Handlungen nicht um der mit ihnen verbundenen Unrechtsfolgen willen als gekonnte gelten lassen kann, sondern wegen der mit diesen Handlungen gleichzeitig verbundenen *anderen Rechtsfolgen*! Es gibt nämlich Handlungen, die in der Rechtsordnung zwar mit einer Strafe bedroht, aber dennoch auch mit anderen Rechtswirkungen verknüpft sind. So zieht das mit Strafe belegte *furtum* die Rechtswirkung des juristischen Besitzes nach sich. Ein „Können“ involviert somit die betreffende Handlung nicht im Verhältnis zu dem eine Unrechtsfolge statuierenden Strafrechtssatze³⁸⁶³, sondern mit Bezug auf den eine andere Rechtsfolge verbürgenden

¹⁾ a. a. O. S. 48. ³⁸⁵⁹

²⁾ a. a. O. S. 47. ³⁸⁶¹

³⁸⁵⁸ Lat.: *lex minus quam perfecta*; dt.: Gesetz, das weniger als vollkommen ist. – Die Rechtsnorm ordnet für den Fall ihrer Übertretung zwar eine Sanktion an, ohne aber auch die Ungültigkeit des in der Übertretung zu erblickenden Rechtsakts vorzusehen.

³⁸⁵⁹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸⁶⁰ „Können“ ... Fähigkeit] A₁ „Können“ bez Fähigkeit; A₂ „Können“ als die dem Individuum verliehene Fähigkeit; A₃ „Können“ ... Fähigkeit.

³⁸⁶¹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸⁶² «verbunden, d. h. verboten ist»] A₁ «verbunden ist»; A₂ «verbunden, dh verboten ist».

³⁸⁶³ «Strafrechtssatz»] A₁ «Rechtssatz»; A₂ «StrafRechtssatz».

Zivilrechtssatz. Allein, in dieser letzteren Hinsicht muß die Handlung auch als „erlaubt“ gelten, denn diesem Teile der Rechtsordnung gegenüber ist sie eine rechtlich relevante von der Rechtsordnung gestattete (d. h. eben mit einer anderen Rechtsfolge als³⁸⁶⁴ einer Unrechtsfolge verknüpfte) – also nach *Jellinek*: eine gedurfte Handlung. Diese Konstruktion einer Handlung, die von einem Teile der Rechtsordnung, dem Zivilgesetze, erlaubt, vom anderen Teile, dem Strafgesetze, aber³⁸⁶⁵ verboten ist, mag in Bezug auf das Grundpostulat der Einheitlichkeit des in der gesamten Rechtsordnung existenten Willens³⁸⁶⁶ höchst unbefriedigend sein! Sie erweist deutlich und klar die Unhaltbarkeit der Imperativtheorie, die den Staat in der Rechtsordnung das rechtmäßige Verhalten der Subjekte „wollen“, die Rechtsordnung erlauben, gebieten und verbieten läßt, während doch die Rechtsordnung nur Urteile darüber enthält, daß der Staat unter bestimmten Voraussetzungen so oder so handeln wolle, daß er insbesondere an einen bestimmten Tatbestand diese oder jene „Folge“ knüpfen werde. Denn es ist formell kein³⁸⁶⁷ Widerspruch, daß der Staat den Dieb strafen und zugleich demjenigen, der dem Dieb die gestohlene Sache aus dem Besitze nimmt, unter gewissen Umständen diese Sache wieder abnehmen und dem Diebe zurückstellen will. Dagegen enthält die Formulierung dieses Tatbestandes nach der³⁸⁶⁸ Imperativtheorie einen unlöslichen Widerspruch, da der Staat in der Rechtsordnung den³⁸⁶⁹ Diebstahl nicht zugleich verbieten und erlauben kann! Dieses Resultat mag, wie bemerkt, höchst unhaltbar sein, jedenfalls ist es eine nicht zu vermeidende Konsequenz der *Jellinekschen* Konstruktion und zeigt, daß die verbotene Handlung, sofern sie als gekonnt gelten muß, in derselben Relation auch als gedurft oder erlaubt anzusehen ist; damit fällt aber auch das für die Unabhängigkeit des | Könnens und Dürfens angebrachte Argument der Möglichkeit von Handlungen, die zwar gekonnt aber nicht gedurft (im Sinne von verboten) sind.

Zum Beweise der Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen behauptet *Jellinek*, wie gesagt, es gebe Handlungen, die zwar gekonnt aber weder gedurft noch nicht gedurft seien, es gebe nicht nur ein Können mit einem Nichtdürfen (i. S. von verboten sein), sondern auch ein Können ohne Dürfen¹⁾. Da, wie oben

| 643 |¹⁾ a. a. O. S. 48.³⁸⁷⁰

³⁸⁶⁴ «anderen Rechtsfolge als»] A₁ «andere als»; A₂ «andere Rechtsfolge als».

³⁸⁶⁵ «Rechtsordnung ... aber»] A₁ «Rechtsordnung erlaubt, von anderen Teile aber»; A₂ «Rechtsordnung ... aber».

³⁸⁶⁶ «der gesamten Rechtsordnung existenten Willens»] A₁ «der RO realisierten Willens»; A₂ «der GesamtRO existenten Willens».

³⁸⁶⁷ «ist formell kein»] A₁ «ist an sich gar kein»; A₂ «ist formell kein».

³⁸⁶⁸ «Formulierung dieses Tatbestandes nach der»] A₁ «Formulierung der»; A₂ «Formulierung dieses Tatbestandes nach der».

³⁸⁶⁹ «Staat in der Rechtsordnung den»] A₁ «Staat den»; A₂ «Staat in der RO den».

³⁸⁷⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48.

dargetan,³⁸⁷¹ der Kreis der rechtlich relevanten Handlungen durch die Einteilung in erlaubte und verbotene (d. i. gedurft und nichtgedurft) erschöpft wird, demgemäß Handlungen, die weder gedurft noch nichtgedurft sind, als rechtlich irrelevant gelten müssen, wäre die Behauptung gekonnter, aber weder gedurfter noch nichtgedurfter Handlungen gleichbedeutend mit der Annahme von Handlungen, die zwar gekonnt, aber dennoch rechtlich irrelevant sind. Das ist nun freilich eine sehr merkwürdige Konsequenz, da doch nach *Jellinek* rechtlich irrelevant gleichbedeutend ist mit rechtlich wirkungslos und „Können“ die Fähigkeit heißt, gewisse rechtliche³⁸⁷² Wirkungen hervorzurufen. Diese Konsequenz hat denn auch *Jellinek* zunächst nicht gezogen. Wenn man berechtigt ist, rechtlich „irrelevant“ und rechtlich „gleichgültig“ für dasselbe zu nehmen, dann ist die Ablehnung dieser Konsequenz in folgender Stelle ausdrücklich ausgesprochen: „Was sich weder auf eine über- noch eine nebengeordnete Person bezieht, wird, insoweit dies der Fall ist, weder gedurft noch gekonnt, weder nichtgedurft noch nicht gekonnt. Alles Recht ist Relation von Rechtssubjekten; wo aus irgendeinem Grunde die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen. Dieses Gebiet streng individueller Akte ist das der *rechtlich gleichgültigen Handlungen*“²⁾. Hier wird also das Können aus dem Bereiche des rechtlich gleichgültigen (irrelevanten?) ausgeschlossen. Ein paar Zeilen später jedoch finden sich wieder Ausführungen, die dieses Resultat in Frage stellen und den begründeten Anschein erwecken, daß *Jellinek* die Möglichkeit rechtlich irrelevanter Handlungen, die rechtlich gekonnt sind, angenommen habe.

Jellinek führt dort nämlich als Beispiel von Handlungen, die weder gedurft noch nichtgedurft, aber dennoch gekonnt sind, die auf das Wählen bezüglichen Akte der Wahlberechtigten an und sagt von diesen Akten, sie seien „an sich“, „wenn man also das in ihnen gewährte Können hinwegdenkt, nicht ein Dürfen enthaltende, sondern einfach rechtlich irrelevante Handlungen“³⁾. Nun könnte dies auf | dop- 644
 pelte Weise verstanden werden. Entweder meint *Jellinek*, die Eigenschaft des Gekonnt-seins involviere zugleich die Eigenschaft der rechtlichen Relevanz, beide Qualitäten seien voneinander untrennbar, eine komme nicht zur anderen hinzu und könne daher auch nicht von der anderen weggenommen werden. Denkt man sich dann die Eigenschaft des Könnens weg, fällt damit auch die der Relevanz fort, es bleibt naturgemäß nur eine irrelevante Handlung zurück. Das wäre aber dann durchaus keine Besonderheit der Wahlhandlungen; sondern dann müßte jede

²⁾ a. a. O. S. 49/50.³⁸⁷³

³⁾ a. a. O. S. 50.³⁸⁷⁴

³⁸⁷¹ Vgl. oben S. 797f.

³⁸⁷² «*Jellinek* ... rechtliche»] A₁ «*Jellinek* rechtliche Relevanz gleichbedeutend ist mit rechtlichen Wirkungen auf andere verknüpft und „Können“ die Fähigkeit heißt rechtliche»; A₂ «*Jellinek* ... rechtliche».

³⁸⁷³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 49f.

³⁸⁷⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50.

Handlung, die relevant und damit gekonnt ist, und insbesondere auch die gedurfte, die ja nach *Jellinek stets* relevant und gekonnt ist, wenn man sich von ihr das Können wegdenkt, als rechtlich irrelevante Handlung zurückbleiben. Oder aber *Jellinek* läßt die Handlung nicht *unter einem* relevant und gekonnt sein, er versteht unter Relevanz und Können zwei verschiedene, von einander unabhängige Qualitäten, von denen die letztere zur ersteren hinzukommen, aber auch von ihr hinweggenommen werden und auch allein einer Handlung anhaften kann, so wie es im Verhältnis von Relevanz und Dürfen von *Jellinek* dargestellt³⁸⁷⁵ wird. Dann wäre die Wahlhandlung eine rechtlich irrelevante Handlung, der die Qualität des Gekonnt-seins von der Rechtsordnung verliehen ist, ohne daß sie dadurch zu einer rechtlich relevanten wird, so daß sie, wenn man von ihr das Können wegdenkt, als lediglich irrelevante übrig bleibt. So unglaublich diese Konstruktion einer rechtlich irrelevanten, aber dennoch gekonnten Handlung, so widerspruchsvoll diese Konstruktion nach den eigenen von *Jellinek* aufgestellten Begriffen des Könnens und der Relevanz ist, so muß dennoch diese Vorstellung einer bloß gekonnten – nicht aber relevanten Handlung *Jellinek* bei dem Beispiele des Wahlaktes vorgeschwebt haben. Denn sonst wäre es unbegreiflich, wie der behauptete Unterschied³⁸⁷⁶ zu den *gedurften* Handlungen zu denken sei. Denn *Jellinek* will offenbar sagen, daß sich die bloß gekonnten Wahlakte von den auch gedurften Handlungen dadurch unterscheiden, daß bei den letzteren, wenn man sich das Können – das ja nach *Jellinek* mit³⁸⁷⁷ jedem Dürfen notwendig verbunden ist – wegdenkt, nicht, wie bei den Wahlakten, eine *irrelevante* Handlung, sondern offenbar eine *relevante und gedurfte* Handlung zurückbleibe, die bloß nicht gekonnt ist. Das Können muß also nach *Jellineks* Anschauung ebenso zur Qualität der Relevanz hinzutreten und davon weggenommen werden können, wie das Dürfen, das Können daher eine der Relevanz gegenüber selbständige Qualität sein; die³⁸⁷⁸ Wahlakte wären also seiner Ansicht nach lediglich rechtlich gekonnt, aber dennoch rechtlich irrelevant³⁸⁷⁹!

|645 |Die vollständige Unmöglichkeit dieses Resultates, das zu den eigenen Voraussetzungen *Jellineks*, wie auch zu den von ihm an anderer Stelle ausdrücklich³⁸⁸⁰ gezogenen Konsequenzen in einem unlösbaren Widerspruch steht, geht aus dem bisher Gesagten deutlich hervor. Da wurde gezeigt, daß die *Jellinekschen* Begriffe

³⁸⁷⁵ «Dürfen von *Jellinek* dargestellt»] A₁ «Dürfen dargestellt»; A₂ «Dürfen von *Jellinek* dargestellt».

³⁸⁷⁶ «unbegreiflich ... Unterschied»] A₁ «unbegreiflich welchen Unterschied»; A₂ «unbegreiflich ... Unterschied».

³⁸⁷⁷ «ja nach *Jellinek* mit»] A₁ «ja mit»; A₂ «ja nach *Jell* mit».

³⁸⁷⁸ «Dürfen ... die»] A₁ «Dürfen; die»; A₂ «Dürfen ... die».

³⁸⁷⁹ «lediglich ... irrelevant»] A₁ «lediglich gekonnt, nicht aber relevant»; A₂ «lediglich ... irrelevant».

³⁸⁸⁰ «ihm an anderer Stelle ausdrücklich»] A₁ «ihm ausdrücklich»; A₂ «ihm an anderer Stelle ausdrücklich».

der gedurften und gekonnten Handlung identisch sein müssen, da beide nichts anderes sind als eine besondere Gruppe der relevanten Handlungen, nämlich jene, die mit einer anderen Rechtsfolge als einer Unrechtsfolge verbunden, d. h. nicht verboten sind³⁸⁸¹. Darum muß die Wahlhandlung ebenso, wie sie gekonnt ist, auch gedurft sein, und³⁸⁸² zwar nach *Jellineks* eigenen Voraussetzungen. Denn sie ist erstens *rechtlich relevant*³⁸⁸³ und zweitens von der Rechtsordnung *gestattet*³⁸⁸³.

Relevant ist sie, weil nach *Jellinek* rechtlich relevant soviel bedeutet, wie eine rechtliche Wirkung (auf andere) ausübend, und die Wahlhandlung eine eminent rechtliche Wirkung auf andere (den Gewählten wie den Staat) hat; sie ist aber auch deshalb relevant, weil sie gekonnt ist, und Können nach *Jellineks* eigener Behauptung nichts anderes heißt als die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, „den Staat zu bewegen, *eine Handlung, der bisher rechtliche Relevanz mangelte, für rechtlich relevant zu erklären*“⁽¹⁾. Die Wahlhandlung ist aber nicht nur relevant, sie ist auch von jener besonderen Relevanz, die als „Gedurftsein“ zu³⁸⁸⁵ gelten hat, denn sie ist mit einer anderen Rechtsfolge als³⁸⁸⁶ einer Unrechtsfolge verknüpft, sie ist eine relevante nicht verbotene, also gestattete Handlung³⁸⁸⁷ und das ist nach *Jellineks* Definition des Dürfens⁽²⁾ eine *gedurfte* Handlung.

Weil aber die Qualitäten des Relevant-Seins und des Gekonnt-Seins keine von einander unabhängige, selbständige Eigenschaften der Handlung sind, ist die von *Jellinek* vorgenommene Unterscheidung zwischen Handlungen, die nur gekonnt und solchen, die auch relevant und gedurft sind, tatsächlich nicht vorhanden. Gerade das von *Jellinek* geführte Beispiel zeigt dies deutlich. Es ist gewiß richtig, daß die Wahlhandlungen, wenn man das in ihnen gewährte Können wegdenkt, irrelevante, rechtlich überhaupt nicht vorhandene Akte sind. Allein, dies ist nicht nur – wie *Jellinek* behauptet – bei den Rechtsverhältnissen publizistischer Natur

¹⁾ a. a. O. S. 47. ³⁸⁸⁴

²⁾ a. a. O. S. 46. ³⁸⁸⁸

³⁸⁸¹ «verbunden, d. h. nicht verboten sind»] A₁ «verbunden sind»; A₂ «verbunden dh nicht verboten sind».

³⁸⁸² «ebenso, wie sie gekonnt ist, auch gedurft sein, und»] A₁ «ebenso gedurft sein, wie sie gekonnt sind. Zu der Ungeheuerlichkeit einer rechtlich gekonnten aber rechtlich irrelevanten Handlung gerät *Jellinek* – im Widerspruch zu sich selbst – weil er das Können auch ohne dürfen konstruieren zu müssen glaubt, zum Unterschiede von dem dürfen, das stets mit einem können verbunden sei. Allein die von ihm als Beweisbeispiel geführte Wahlhandlung ist nicht bloß gekonnt, wie er behauptet, sondern ebenso auch gedurft, und»; A₂ «ebenso, wie sie gekonnt ist, auch gedurft sein, und».

³⁸⁸³ «zweitens von der Rechtsordnung *gestattet*»] A₁ «*zweitens* gestattet»; A₂ «*zweitens* von der RO gestattet».

³⁸⁸⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸⁸⁵ «als „Gedurftsein“ zu»] A₁ «als „gedurft oder erlaubt sein“ zu»; A₂ «als „gedurft sein“ zu».

³⁸⁸⁶ «anderen Rechtsfolge als»] A₁ «anderen als»; A₂ «anderen Rechtsfolge als».

³⁸⁸⁷ «ist eine relevante nicht verbotene, also gestattete Handlung»] A₁ «ist nicht verboten also erlaubte relevante Handlung»; A₂ «ist eine relevante nicht verbotene also gestattete Handlung».

³⁸⁸⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46.

der Fall, sondern bei allen Handlungen rechtlicher Relevanz! Man fasse z. B. das
 | 646 privatrechtliche Geschäft der Testamentserrichtung ins Auge! *Jellinek* selbst sagt³⁾,
 daß eine Verfügung auf den Todesfall nur auf Grund des dem verfügenden In-
 dividuum von der Rechtsordnung verliehenen Könnens zu einem Testamente
 wird. Denkt man sich nun dieses Können weg, abstrahiert man von der Fähigkeit
 des Subjektes, die in der Rechtsordnung ausgesprochenen Rechtsfolgen mit seiner
 Handlung herbeizuführen, was bleibt dann wohl der Handlung, die – sonst eine
 Testamentserrichtung – jetzt die rechtlich vollkommen wirkungslose Beschrei-
 bung eines Blattes Papier ist? Wodurch unterscheidet sich dieser Vorgang, sobald
 er seiner Rechtswirkung entkleidet ist, sobald das ihm gewährte Können wegfällt,
 etwa von dem Beschreiben eines Stimmzettels unter den gleichen Voraussetzun-
 gen? Durch nichts! Denn ohne das Können ist die beabsichtigte letztwillige Ver-
 fügung ein ebenso rechtlich überhaupt nicht vorhandener, irrelevanter Akt, wie
 die bezügliche Wahlhandlung; diese Verfügung ist rechtlich irrelevant, denn sie
 zieht keinerlei Rechtsfolgen oder Rechtswirkungen nach sich, und ist schon darum
 nach *Jellineks* eigener Annahme nicht gedurft. *Der von Jellinek behauptete Unter-
 schied zwischen privaten und öffentlichen Rechten, der darin bestehen soll, daß bei
 ersteren das Können mit einem Dürfen, bei letzteren das Können stets ohne Dürfen
 gegeben sei, ist in Wahrheit nicht vorhanden.*

Um jedoch den Kernpunkt der *Jellinekschen* Konstruktion zu treffen und die
 innerste Disharmonie derselben aufzuzeigen, muß die Untersuchung auf den fol-
 genden Punkt gerichtet werden.

Einen Unterschied zwischen Können und Dürfen führt *Jellinek* dadurch herbei,
 daß er das „Können“ auf die Beziehung des Individuums zum Staate, das Dürfen
 auf die Beziehung zwischen den Individuen mit Ausnahme des Staates beschränkt.
 Er sagt: „Dürfen und Können, Erlauben und Gewähren stehen nämlich in dem
 Verhältnis zu einander, daß Erlauben und Dürfen sich unmittelbar beziehen auf
 Verhältnisse des einen zum anderen, Gewähren und Können unmittelbar auf Ver-
 hältnisse zwischen einem rechtschöpfenden Ganzen und den ihm Eingegliederten,
 also in erster Linie zwischen Staat und Individuum. Gedurft wird dem Nebenge-
 ordneten, gekonnt dem Staate gegenüber“¹⁾. Allein, diese Unterscheidung steht vor
 allem in einem Widerspruche zu den einleitenden Auseinandersetzungen *Jellineks*
 über das Wesen des Dürfens und Könnens, resp. Erlaubens und Gewährens. Dort
 | 647 erklärt *Jellinek* ausdrücklich nicht nur – wie in dem Zitierten – das „Gewähren“,
 sondern auch das „Erlauben“ als die Form einer Beziehung der „Rechtsordnung

³⁾ a. a. O. S. 46. 3889

| 646 ¹⁾ a. a. O. S. 49. 3890

3889 *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

3890 *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 49.

zum Individuum¹⁾“, was bei der später noch näher zu untersuchenden Identifizierung von *Staat und Rechtsordnung*³⁸⁹² gleichbedeutend ist damit, daß auch das Erlauben und somit das diesem entsprechende Dürfen die Form einer Beziehung zwischen *Staat und Individuum* ist. Wenn es, wie *Jellinek* ja selbst behauptet, ausschließlich der Staat oder die Rechtsordnung ist, die „erlaubt“ oder die „natürliche Freiheit des Individuums anerkennt“, dann kann es auch nur der Staat oder die Rechtsordnung sein, d[er] – resp. de[m] – gegenüber „gedurft“ wird. Deutlich zeigt sich die Inkonsequenz der *Jellinekschen* Konstruktion in der Art und Weise, wie die Behauptung begründet wird, daß das Nichtdürfen (Verbotensein) dem übergeordneten Staate³⁸⁹³, nicht dem nebengeordneten Individuum gezollt wird. *Jellinek* sagt da: „Das Verbotene wird nichtgedurft dem Staate gegenüber, d. h. das Individuum kann aus eigener Machtvollkommenheit keine Rechtsfolgen an die verbotene, ihn schädigende Handlung des andern knüpfen. Nicht der einzelne von sich aus, sondern nur die solches verfügende oder den Subjizierten gestattende Rechtsordnung kann gebieten und verbieten und demgemäß ein bestimmtes Tun und Unterlassen fordern.“³⁸⁹⁴ Allein, wenn dem Staate gegenüber „nichtgedurft“ wird, weil der Staat und nicht das Individuum es ist, von dem aus die Unrechtsfolge verhängt wird, dann kann es auch nur der Staat und nicht das Individuum sein, dem gegenüber „gedurft“ wird, weil auch das Individuum aus eigener Machtvollkommenheit keine jener Rechtsfolgen an eine (eigene und fremde) Handlung knüpfen kann, derentwegen diese als „gedurft“ zu gelten hat, sondern dies nur von seiten des Staates oder der Rechtsordnung geschieht. Und wenn das Nichtdürfen dem Staate gezollt wird, weil der Staat und nicht das Individuum es ist, das verbietet, dann muß auch das Dürfen dem Staate und nicht dem Individuum gezollt werden, weil es wiederum nur der Staat ist, der erlaubt oder gestattet, nicht aber das Individuum.

Allein, dieser Widerspruch ist nur ein äußerlicher. Tiefer dringend fällt einem an der *Jellinekschen* Unterscheidung³⁸⁹⁵ zwischen Dürfen und Können der Umstand auf, daß diese prinzipielle Unterscheidung auf einer angenommenen Wesensverschiedenheit zwischen dem Staate und den übrigen Subjekten beruht. Denn die Differenz zwischen der Relation der Individuen untereinander, der das Dürfen entspricht, und³⁸⁹⁶ der Relation der Individuen zum Staate, der das Können angehört, wird in der Überordnung des letzteren über die ersteren | begründet.

| 648

¹⁾ a. a. O. S. 45.³⁸⁹¹

| 647

³⁸⁹¹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁸⁹² Vgl. unten S. 810f.

³⁸⁹³ «dem übergeordneten Staate»] A₁ «dem Staate»; A₂ «dem übergeordneten Staate».

³⁸⁹⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 49.

³⁸⁹⁵ «der *Jellinekschen* Unterscheidung»] A₁ «der Unterscheidung»; A₂ «der *Jellinekschen* Unterscheidung».

³⁸⁹⁶ «untereinander, der das Dürfen entspricht, und»] A₁ «untereinander und»; A₂ «untereinander der das Dürfen entspricht, und».

Diese Überordnung des Staates über die anderen Rechtssubjekte erfolgt aber auf Grund der bereits erwähnten bei *Jellinek* bestehenden Identifizierung von Staat und Rechtsordnung, denn als „rechtschöpfendes Ganze“ wird der Staat dem „ihm eingegliederten Individuum“ gegenübergestellt, um die zwischen beiden angenommene Relation³⁸⁹⁷ des Könnens von der zwischen den übrigen „subjizierten“ Rechtssubjekten angenommenen Beziehung des Dürfens zu unterscheiden.

Daß *Jellinek* auch sonst ganz regelmäßig die Begriffe Staat³⁸⁹⁸ und Rechtsordnung identifiziert, indem er sie abwechselnd gleichbedeutend in denselben Zusammenhängen gebraucht, geht aus zahlreichen Stellen hervor. So sagt er – um nur einige Beispiele aus vielen herauszuheben – das eine Mal von der Rechtsordnung, daß sie ein Können gewähre¹⁾, das andere Mal wieder, daß dies der Staat könne²⁾; oder er führt in unmittelbarem Zusammenhange aus, daß die „Rechtsordnung“ eine neue Handlungsmöglichkeit schaffe, was als ein „Gewähren“ aufzufassen sei, und führt als Beispiel dafür an, daß „der Staat“ ein Wahlrecht „gewähre“³⁾. Darin ist jedoch nicht etwa eine an sich bedeutungslose Ungenauigkeit der Terminologie zu erblicken, vielmehr ist gerade diese Identifizierung von Staat und Rechtsordnung die einzige Basis, auf der eine Überordnung des Staates über die anderen Subjekte beruht: Die juristische Konstruktion eines Herrschaftsverhältnisses zwischen Staat und Untertan vollzieht sich lediglich dadurch, daß der Staat als Rechtsordnung, d. h. als Rechtspflichten statuierender Faktor personifiziert³⁹⁰² wird. Und nur die Tatsache, daß zwischen Staat und den anderen Subjekten ein Über- und Unterordnungsverhältnis, zwischen den letzteren jedoch ein Koordinationsverhältnis angenommen wird, ermöglicht die Annahme, daß ein zwischen Staat und Individuum gedachtes „Können“ wesensverschieden von einem zwischen den Individuen bestehenden Dürfen sei. In den Begriff des Könnens legt *Jellinek* das Moment der staatlichen Überordnung.

Allein, die Basis dieser ganzen Konstruktion eines Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und den übrigen Subjekten als Rechtsverhältnis: die Personifikation des Staates als Rechtsordnung, (oder Träger der Rechtsordnung) ist hinfällig, denn als Person kann der Staat nur erfaßt werden, wenn man ihn selbst unter der Rechtsordnung, richtiger in einer Relation zur Rechtsordnung und

| 648

¹⁾ a. a. O. S. 48. ³⁸⁹⁹

²⁾ a. a. O. S. 49. ³⁹⁰⁰

³⁾ a. a. O. S. 50. ³⁹⁰¹

³⁸⁹⁷ «die zwischen beiden angenommene Relation»] A₁ «die Relation»; A₂ «die zwischen beiden angenommene Relation».

³⁸⁹⁸ «regelmäßig die Begriffe Staat»] A₁ «regelmäßig Staat»; A₂ «regelmäßig die Begriff[e] Staat».

³⁸⁹⁹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48.

³⁹⁰⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 49.

³⁹⁰¹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50.

³⁹⁰² «Rechtsordnung ... personifiziert»] A₁ «Rechtsordnung personifiziert»; A₂ «Rechtsordnung ... personifiziert».

zwar in *derselben* Relation wie alle anderen Rechtssubjekte denkt. Denn die Rechtsordnung ist die Voraussetzung aller juristischen Konstruktion, also selbst nicht juristisch konstruierbar, und es ist eine grobe *petitio principii*, die Rechtsordnung, oder was dasselbe heißt, den Staat als Rechtsordnung oder Träger der Rechtsordnung zu personifizieren, d. h. als Person aufzufassen und den übrigen Personen gegenüber in ein Rechtsverhältnis zu setzen. Hält man aber an dieser grundlegenden Erkenntnis fest, dann ist es unmöglich, den Staat³⁹⁰³ als Person den anderen Rechtssubjekten überzuordnen oder ein solches Überordnungsverhältnis als ein rechtlich qualifiziertes gelten zu lassen, denn das Überordnungsmoment, daß ausschließlich in der Rechtsordnungsqualität, der rechtsverpflichtenden Funktion besteht, fällt damit aus der Personeneigenschaft des Staates weg. Als Person, als Subjekt von Rechten und Pflichten kommt der Staat nur insoferne in Betracht, als eine ihn verpflichtende Rechtsordnung angenommen wird, und insoferne ist er allen übrigen Subjekten gleichgestellt, koordiniert. Nur in dieser *Koordinierung* kommt ja der Gedanke der *Personifikation* des Staates zum Ausdrucke.

Es muß mit Nachdruck betont werden, daß die von *Jellinek* als Grund- und Eckstein aller staatsrechtlichen Konstruktion erklärte Auffassung des Staates als einer juristischen Person³⁹⁰⁴ und die von ihm in so schätzenswerter Weise hervorgehobene Wesensgleichheit der „juristischen“ mit den als „physischen“ bezeichneten Personen völlig unvereinbar ist mit der vorgenommenen³⁹⁰⁵ Identifizierung von Staat und Rechtsordnung, der darauf gegründeten Konstruktion eines *rechtlichen* Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und den übrigen Personen und der schließlich darauf beruhenden prinzipiellen Unterscheidung³⁹⁰⁶ zwischen einem dem übergeordneten Staate gegenüber bestehenden „Können“ der Subjizierten und einem „Dürfen“ der letzteren im Verhältnis untereinander³⁹⁰⁷.

Die differentielle Behandlung der Staatsperson im Verhältnis zu den übrigen Rechtssubjekten führt mit Rücksicht auf die von *Jellinek* prinzipiell anerkannte Einheitlichkeit des Persönlichkeitsbegriffes zu einer deutlichen Inkongruenz der *Jellinekschen* Darstellung. Bei Entwicklung des Begriffes der rechtlichen Relevanz sagt *Jellinek*: „Das Recht regelt Beziehungen der *Menschen* untereinander¹⁾, küm-

¹⁾ a. a. O. S. 46.³⁹⁰⁸

³⁹⁰³ «ist es unmöglich, den Staat»] A «ist den Staat [sic]»; F* «ist es unmöglich, den Staat».

³⁹⁰⁴ «als einer juristischen Person»] A₁ «als Person»; A₂ «als juristische Person»; F* «als einer juristischen Person».

³⁹⁰⁵ «der vorgenommenen»] A «der von *Jellinek* vorgenommenen»; F* «der vorgenommenen».

³⁹⁰⁶ «beruhenden prinzipiellen Unterscheidung»] A₁ «beruhenden Unterscheidung»; A₂ «beruhenden prinzipiellen Unterscheidung».

³⁹⁰⁷ «dem übergeordneten ... untereinander»] A₁ «dem Staate gegenüber bestehenden „Können“ und einem dem Gleichgeordneten Dürfen der letzteren untereinander»; A₂ «dem übergeordneten Staate gegenüber bestehenden „Können“ der Subjizierten einem Dürfen der letzteren im Verhältnisse untereinander»; F* «dem übergeordneten ... untereinander».

³⁹⁰⁸ Das gesamte Zitat: *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 46 – Hervorhebung von Kelsen.

650 | mert sich daher nicht um Handlungen, soweit sie nach seinem Ermessen eine³⁹⁰⁹ derartige Beziehung nicht besitzen.“ Es scheint, als ob hier tatsächlich der Begriff des Relevanten auf die Beziehungen zwischen *Menschen* eingeschränkt wäre, so daß die Beziehung zum *Staate* – der doch kein Mensch ist – außerhalb des | Kreises der rechtlichen Relevanz fiele. Das stünde allerdings auch im Einklange mit der von *Jellinek* gelegentlich aufgestellten Behauptung von Handlungen, die nur gekonnt, d. h. die sich in der Relation zum Staate erschöpfen, nur zu dem übergeordneten Subjekte nicht auch zu den nebengeordneten in Beziehung stehen und dabei rechtlich irrelevant sind. Allerdings müßte dahingestellt bleiben, wie eine solche nur zur Staatsperson – also zu keinem anderen Menschen – in Beziehung stehende Handlung überhaupt eine rechtliche Qualifikation haben kann, da doch *Jellinek* von solchen Handlungen erklärt, das Recht „kümmere“ sich nicht um sie. Sie sind nach *Jellinek* rechtlich irrelevant, aber sollten sie trotzdem nicht „rechtlich gleichgültig“ sein?

Wäre man also tatsächlich nicht berechtigt – wie hier früher angenommen wurde – die rechtlich irrelevanten und die rechtlich gleichgültigen Handlungen für identisch zu halten¹⁾, dann müßte freilich aus den bereits oben zitierten Sätzen *Jellineks*: „Was sich aber weder auf eine über- noch eine nebengeordnete Person bezieht, wird, insoweit dies der Fall ist, weder gedurft noch gekonnt, weder nicht gedurft noch nicht gekonnt ... Dieses Gebiet streng individueller Akte ist das der rechtlich *gleichgültigen Handlungen*,“³⁹¹¹ wohl soviel herauslesen, daß, was sich zwar auf eine übergeordnete, nicht aber eine nebengeordnete Person bezieht, zwar rechtlich irrelevant oder vom Rechte nicht berücksichtigt (weil keine Beziehung zwischen Menschen darstellend)³⁹¹², aber dennoch nicht rechtlich gleichgültig ist! Der Sinn eines solchen Resultates ist schlechterdings nicht eruierbar. Dabei sind die beiden zitierten Sätze *Jellineks* durch einen Gedanken verbunden, der wiederum in einem Widerspruch zu den früheren Behauptungen *Jellineks* steht. Es heißt hier nämlich: „Alles Recht ist Relation von *Rechtssubjekten*, wo aus irgendeinem Grunde die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen.“³⁹¹³ Dagegen hieß es doch bei der Entwicklung des Begriffes der Relevanz, das Recht regle nur Beziehungen³⁹¹⁴ der *Menschen* unter einander; kümmere sich also nicht um Beziehungen zu Subjekten, die nicht *Menschen* sind, z. B. zum Staate, wodurch ja die Möglichkeit geschaffen wurde, Handlungen, die sich in einer

650 | ¹⁾ Vgl. oben S. 643.³⁹¹⁰

³⁹⁰⁹ «sie nach seinem Ermessen eine»] A₁ «sie eine»; A₂ «sie nach seinem Ermessen eine».

³⁹¹⁰ Vgl. oben S. 804f.

³⁹¹¹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 49f. – nicht alle Hervorhebungen des Autors von Kelsen übernommen.

³⁹¹² «Menschen darstellend»)»] A₁ «Menschen.»; A₂ «Menschen darstellend.»).

³⁹¹³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁹¹⁴ «Recht regle nur Beziehungen»] A₁ «Recht regelt Beziehungen»; A₂ «Recht regelt nur Beziehungen».

Beziehung zum Staate erschöpfen als irrelevant gelten zu lassen und so einen Unterschied zu solchen zu konstruieren, die sich auf andere Subjekte (die gleichgeordneten Menschen³⁹¹⁵) beziehen!

Nun bedarf es keines weiteren Beweises dafür, daß die Behauptung, das Recht regele nur Beziehungen zwischen *Menschen* und kümmere sich um andere Beziehungen nicht, angesichts der Tatsache juristischer Personen und insbesondere angesichts der Notwendigkeit, die Beziehungen der Menschen zum Staate rechtlich zu erfassen, nicht aufrecht zu erhalten ist und auch von *Jellinek* ja gar nicht aufrecht erhalten wird. Nimmt man aber diese Behauptung nicht wörtlich, substituiert man an Stelle des ungenau gewählten Wortes „Menschen“ das einzig richtige „Rechtssubjekte“, dann fällt die ganze für die Trennung von „Können“ und „dürfen“ grundlegende Unterscheidung zwischen Beziehungen von Menschen untereinander und Beziehungen von Menschen zum Staate weg.

Im Zusammenhange mit dieser juristisch keineswegs zu rechtfertigenden Gegenüberstellung des Rechtssubjektes Staat und des Rechtssubjektes Mensch steht auch eine eigenartige Nebenbedeutung, die der Begriff des Gewährens, resp. Könnens im Verlauf der *Jellinekschen* Darstellung erhält, und mit Hilfe deren nicht zum geringsten jene Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen behauptet³⁹¹⁶ wird, die zur Annahme eines Könnens, das weder mit einem Dürfen noch einem Nicht-Dürfen verbunden ist, zur Annahme von Handlungen, die lediglich gekonnt werden, führt.

Das ein Können der Individuen begründende Gewähren der Rechtsordnung bezeichnet *Jellinek* zunächst als ein der natürlichen Freiheit oder Handlungsfähigkeit etwas Hinzufügen, was sie von Natur aus nicht hat¹⁾, und er charakterisiert dieses zu der natürlichen Handlungsfähigkeit hinzukommende Plus als Verleihung des Anspruches auf staatlichen Schutz und Anerkennung²⁾. Diese dem Individuum von der Rechtsordnung gewährte Fähigkeit, in seinem Interesse staatliche Anerkennung und Tätigkeit zu fordern oder Rechtsnormen in Bewegung zu setzen³⁾, bezeichnet *Jellinek* auch als „Erweiterung“⁴⁾ der Handlungsfähigkeit. Es ist nun zweifellos, daß darunter ursprünglich, genau³⁹²¹ gesprochen, nur eine *Erhöhung* der Handlungsfähigkeit verstanden werden kann. Denn alle Handlungen, für

¹⁾ a. a. O. S. 45. ³⁹¹⁷

²⁾ a. a. O. S. 47. ³⁹¹⁸

³⁾ a. a. O. S. 51. ³⁹¹⁹

⁴⁾ a. a. O. S. 38. ³⁹²⁰

³⁹¹⁵ «die gleichgeordneten Menschen»] A₁ «die Menschen»; A₂ «die gleichgeordneten Menschen».

³⁹¹⁶ «behauptet»] A «argumentiert»; F* «behauptet».

³⁹¹⁷ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 45.

³⁹¹⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 47.

³⁹¹⁹ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 51.

³⁹²⁰ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48 – Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt.

³⁹²¹ «darunter ursprünglich, genau»] A₁ «darunter genau»; A₂ «darunter ursprünglich genau».

| 651

| 651

die das Individuum den Schutz oder die Anerkennung der Rechtsordnung in Anspruch nehmen kann, alle Handlungen, bezüglich deren die Rechtsordnung ein Können verleiht, sind an sich auch ohne die Rechtsordnung möglich, sind in dem, seinem Umfange nach, *lediglich durch die Naturgesetze*, die Gesetze der Mechanik etc. bestimmten Kreis der natürlichen Handlungsmöglichkeit beschlossen. Durch die ein „Können gewährende“ Rechtsordnung³⁹²² wird nur die Wirkung dieser Handlungen erhöht, indem | die Rechtsordnung den Rechtsschutz, die Anerkennung an sie knüpft. Dadurch wird die menschliche oder natürliche Handlungsfähigkeit nicht *erweitert*, es wird nicht deren Umfang oder *Extensität* vergrößert, sondern lediglich deren *Intensität* erhöht, indem zu den natürlichen Wirkungen der Handlungen nun auch die rechtlichen treten.

Es kann aber auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtsordnung überhaupt gar nicht in der Lage ist, den Umfang der *natürlichen* Handlungsfähigkeit des Menschen zu erweitern, das hieße die Zahl der möglichen menschlichen Handlungen zu vermehren; durch die Existenz der Rechtsordnung kann nicht eine einzige Handlung mehr möglich sein, als ohne die Rechtsordnung: Handlungen sind Körperbewegungen, Naturvorgänge, Tatsachen der Seinswelt, deren reales Werden nur den Naturgesetzen – nicht dem Rechtsgesetze – unterworfen ist. Die Rechtsordnung kommt ausschließlich und allein für die *Beurteilung und Zurechnung* und die damit verbundene besondere ideelle Verknüpfung von menschlichen Handlungen in Betracht, die an sich, d.h. ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Bedeutung als natürliche Vorgänge auch³⁹²³ ohne die Rechtsordnung möglich sind. Es beruht insbesondere auf einer optischen Täuschung, anzunehmen, daß etwa die Existenz des durch die Rechtsordnung oder mit der Rechtsordnung geschaffenen³⁹²⁴ Staates die *natürliche Handlungsfähigkeit des Menschen* erweitert; – eine Täuschung, die etwa jener zu vergleichen ist, die ein Spiegelbild für einen realen Gegenstand halten läßt und so die Annahme einer Vermehrung der körperlichen³⁹²⁵ Dinge durch dieses Spiegelbild hervorruft. – Durch die Existenz des Staates wird weder die natürliche Handlungsmöglichkeit³⁹²⁶ eines einzelnen Menschen, noch der Menschheit als Ganzes vermehrt, nicht eine einzige Handlung wird möglich, die ohne Staat unmöglich gewesen wäre. Der Staat kommt nicht als neuer Mensch zu den Menschen hinzu, die Konstruktion einer Staatsperson hat lediglich die Bedeutung, daß menschliche Handlungen, die natürlich an sich auch ohne Staat möglich wären, eine besondere Beurteilung erfahren, daß gewisse von ihnen nicht den physisch Handelnden selbst, sondern etwas anderem, einem

³⁹²² «die ein „Können gewährende“ Rechtsordnung»] A₁ «die Rechtsordnung»; A₂ «die ein „Können gewährende“ Rechtsordnung».

³⁹²³ «Bedeutung als natürliche Vorgänge auch»] A₁ «Bedeutung auch»; A₂ «Bedeutung als natürliche Tatsachen auch»; A₃ «Bedeutung als natürliche Vorgänge auch».

³⁹²⁴ «geschaffenen»] A₁ «existenten»; A₂ «geschaffenen».

³⁹²⁵ «körperlichen»] A₁ «wirklichen»; A₂ «körperlichen».

³⁹²⁶ «Handlungsmöglichkeit»] A₁ «Handlungsfähigkeit»; A₂ «Handlungsmöglichkeit».

gemeinsamen Subjekte, dem Staate zugerechnet werden. Die natürlichen Handlungsmöglichkeiten bleiben dieselben, die Handlungen werden nur anders gedeutet. Nicht die Zahl der natürlichen Handlungen der Menschen, wohl aber die Zahl der *Beziehungen der Rechtssubjekte* wird durch die Existenz des Staates erweitert, insofern in dem Staate ein neues Rechtssubjekt hinzukommt. Dadurch daß diese Beziehung zur Staatsperson zu | den menschlichen Handlungen hinzutritt, daß die Rechtsordnung Rechtswirkungen an diese Handlungen knüpft, wird die Intensität, nicht aber die Extensität der natürlichen³⁹²⁷ Handlungsmöglichkeiten der Menschen vergrößert, keine neuen Handlungsmöglichkeiten geschaffen, sondern die bestehenden nur erhöht.

| 653

Nun ist *Jellinek* tatsächlich durch den ungenauen Terminus „Erweiterung der natürlichen Handlungsfähigkeit“,³⁹²⁸ den er zur Charakterisierung der Wirkung des „Gewährens“³⁹²⁹ wählt, dazu verführt worden, mit dieser gewährenden Funktion der Rechtsordnung nicht nur die Vorstellung einer Erhöhung der Intensität der natürlichen Handlungsfähigkeit, sondern auch die einer Erweiterung der Extensität derselben zu verbinden und so der Rechtsordnung die Fähigkeit zuzuschreiben, *neue*³⁹³⁰ *Handlungsmöglichkeiten des Menschen zu schaffen*. Gerade dort, wo der Beweis für die Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen geführt wird und zu diesem Zwecke Handlungen aufgezeigt werden müssen, die lediglich gekonnt, nicht auch gedurft werden, wird das „Gewähren“ der Rechtsordnung als eine Erweiterung der Extensität der natürlichen Handlungsmöglichkeit gedeutet, wird der Rechtsordnung die Fähigkeit zugeschrieben, durch das „Gewähren“ neue Handlungsmöglichkeiten zu schaffen, und diejenigen Akte, deren Möglichkeit erst durch den Willen der Rechtsordnung geschaffen wird, gerade diese werden als die lediglich gekonnten, nicht auch gedurften ins Treffen geführt. Es heißt dort: „Allein umgekehrt ist wohl ein Können ohne ein Dürfen möglich. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Rechtsordnung *nur gewährt*, d. h. eine *neue Handlungsmöglichkeit schafft*, ohne zu erlauben, d. h. *die*³⁹³¹ *bereits unabhängig von ihr bestehende natürliche Freiheit* nach irgend einer Richtung hin anzuerkennen“⁽¹⁾.

In diesem Sinne wird hier also das „der natürlichen Handlungsfähigkeit etwas hinzufügen“ aufgefaßt. Als Beispiel führt *Jellinek* dann an: „Wenn der Staat dem Bürger Wahlrechte gewährt, so erteilt er ihm ein von Natur ihm nicht zukommendes Können.“³⁹³³ Das ist nun gewiß richtig. Wenn aber *Jellinek* hinzufügt:

|¹⁾ a. a. O. S. 50.³⁹³²

| 653

³⁹²⁷ «natürlichen»] A₁ «menschlichen»; A₂ «natürlichen».³⁹²⁸ Vgl. *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 48 – vgl. oben S. 813f.³⁹²⁹ «Gewährens»] A₁ «Könnens»; A₂ «Gewährens».³⁹³⁰ «so der Rechtsordnung die Fähigkeit zuzuschreiben, *neuer*»] A₁ «so die Schaffung *neuer* [bricht ab]»; A₂ «so der RO die Fähigkeit zuzuschreiben, *neue*».³⁹³¹ «d. h. *die*»] *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50: «d. h. ohne die».³⁹³² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50 – Hervorhebungen von Kelsen.³⁹³³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50.

„Die Möglichkeit der auf die staatlichen Wahlen bezüglichen Akte wird überhaupt erst durch den Willen der Rechtsordnung geschaffen,³⁹³⁴ – so ist dies einfach nicht wahr, denn die physische Möglichkeit³⁹³⁵ derselben, oder was dasselbe ist, die *natürliche Freiheit*, sie vorzunehmen, ist auch ohne Staat und Rechtsordnung vorhanden. Die Rechtsordnung verhält sich diesen Handlungen an sich, d. h. als bloß | natürlichen, rechtlich bedeutungslosen Vorgängen gegenüber nicht anders als zu allen anderen Handlungen: Sie fügt ihnen nicht mehr oder weniger hinzu, als sie eben überhaupt hinzuzufügen in der Lage ist: nämlich Rechtsfolgen. Nur weil *Jellinek* unter der irrigen Vorstellung steht, daß es Handlungen seien, deren Möglichkeit erst durch die Rechtsordnung geschaffen werde, die gleichsam den Menschen erst durch die Rechtsordnung gegeben, *gewährt*, nicht unabhängig von der Rechtsordnung bestehend, von dieser bloß geduldet, gestattet, *erlaubt* seien, kommt er zu dem irrigen Resultate: „Alle auf die Wahlen bezüglichen Handlungen der einzelnen enthalten kein Dürfen, sie sind vielmehr an sich, d. h. wenn man von ihrer Beziehung zu dem staatlichen Akt der Wahl¹⁾ ³⁹³⁷ absieht, wenn man also das in ihnen gewährte Können hinwegdenkt, nicht ein Dürfen enthaltende, sondern einfach rechtlich irrelevante Handlungen.“³⁹³⁸ Es ist schlechterdings nicht einzu- sehen, welcher Unterschied darin gelegen sein soll, ob das Beschreiben eines Blattes Papier durch die Rechtsordnung zu einer Testamentserrichtung oder (als Ausfüllung eines Wahlzettels) zu einem Wahlakte wird. In beiden Fällen ist seitens der Rechtsordnung nichts anderes geschehen, als daß an eine menschliche Handlung Rechtswirkungen geknüpft werden. Abstrahiert man von diesen Rechtswirkungen, die den Handelnden von der Rechtsordnung gewährt werden, d. h. abstrahiert man von der Beziehung zum Staate oder dem bezüglich dieser Handlung erteilten Können, d. h. der Fähigkeit der Handelnden, die Rechtsordnung durch ihre Akte in Bewegung zu bringen, der Fähigkeit, Handlungen mit Rechtswirkungen zu setzen, dann ist nicht nur der dem öffentlichen Rechte zugerechnete Akt des Wahlzettel-Ausfüllens, sondern ebenso auch der dem Privatrechte angehörige Vorgang einer letztwilligen Verfügung eine rechtlich irrelevante, weil von der Rechtsordnung nicht berücksichtigte, zur Rechtsordnung in gar keinem Verhältnis stehende Handlung. Es ist vollständig unbegreiflich, wie *Jellinek* den privatrechtlichen Vor-

| 654 |¹⁾ Sollte wohl richtiger: „zum Staate“ heißen, da doch diese Handlungen nach *Jellinek* selbst³⁹³⁶ der staatliche Akt der Wahl sind, und von der Beziehung zu sich selbst nicht abgesehen werden kann.

³⁹³⁴ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50.

³⁹³⁵ «physische Möglichkeit»] A₁ «physische oder natürliche Möglichkeit»; A₂ «physische Möglichkeit».

³⁹³⁶ «Handlungen nach *Jellinek* selbst»] A «Handlungen selbst»; F* «Handlungen nach *Jellinek* selbst».

³⁹³⁷ Anmerkung von Kelsen in *Jellinek*-Zitat eingefügt.

³⁹³⁸ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 50.

gang nach der Abstraktion des in Bezug auf ihn gewährten Könnens³⁹³⁹ noch als *rechtlich erlaubt* (gedurft) und *rechtlich relevant* gelten lassen kann, da doch die diesem Akte von Natur aus innewohnende Beziehung auf einen anderen Menschen (derentwegen *Jellinek* offenbar die übrig bleibende Qualität des Gedurft- und Relevantseins behauptet) keinesfalls eine *rechtlich* irgendwie qualifizierte sein kann; ja, eine solche Abstraktion des rechtlichen Könnens vom rechtlichen Dürfen und rechtlichen Relevant-|sein³⁹⁴⁰ muß nach *Jellineks* eigenen Voraussetzungen als vollständig unmöglich bezeichnet werden, da *Jellinek* selbst erklärt, daß ein Dürfen stets mit einem Können verbunden sein müsse und nur auf *relevante* Handlungen Bezug habe, so daß eine Handlung, die nicht gekonnt ist, auch nicht als gedurft und relevant bezeichnet werden kann.

|655

Nur insoferne Jellinek das „Gewähren“ der Rechtsordnung als die Schaffung neuer Handlungsmöglichkeiten deutet und die erst durch die Rechtsordnung ermöglichten Handlungen als die lediglich gekonnten, nicht auch gedurften Akte begreift, ist für ihn der Schein der Selbständigkeit des Könnens gegenüber dem Dürfen gewonnen; allein dieser Schein wird zerstört, wenn die allseitige und tiefergreifende Untersuchung seiner Konstruktion die Identität seines „Dürfens“ und „Könnens“ erweist. Ist die Identität dieser beiden Begriffe aber erwiesen, dann fällt die Jellineksche Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen subjektiven Rechten in sich zusammen und damit ist seiner gesamten Konstruktion der subjektiven öffentlichen Rechte, deren Wesen er darin erblickt, daß sie nur ein Können nicht auch ein Dürfen enthalten, die Basis entzogen.

³⁹³⁹ «des in Bezug auf ihn gewährten Könnens»] A₁ «des Könnens»; A₂ «des in Bezug auf ihn gewährten Könnens».

³⁹⁴⁰ «des ... Relevantsein»] A₁ «des Könnens vom Dürfen und relevant-sein»; A₂ «des rechtlichen Könnens vom rechtlichen Dürfen und rechtlichen relevant-sein».

XXVII. Kapitel.

Ableitung des subjektiven Rechtes aus dem Rechtssatze im weiteren Sinne.

Wenn auch die übliche Einteilung in öffentliches und Privat-Recht abgelehnt werden muß, so ist die Grenzlinie, die sie durch die Rechtssätze zieht – allerdings in einem anderen Sinne, als der fraglichen Einteilung innewohnt, nicht bedeutungslos. Denn als Privatrecht werden alle jene Rechtssätze zusammengefaßt, die einen Willen des Staates zu einer besonderen Unrechtsfolge: der Exekution, beinhalten. Es ist die eine der beiden hier *als Rechtssätze im engeren Sinne* bezeichneten Gruppen von Normen des objektiven Rechtes, das in seiner Gesamtheit aus Rechtssätzen im weiteren Sinne besteht, die den Willen des Staates zu *irgendeiner Handlung beinhalten*. Da der öffentliche Charakter *aller* Rechtssätze | außer Zweifel steht, somit alle Rechtssätze im weiteren Sinne publizistischer Natur sind, müssen die von der herrschenden Terminologie zum „Privatrecht“ gezählten Rechtssätze im engeren Sinne, nicht als eine dem öffentlichen Rechte gegenüberstehende Gruppe, sondern nur als eine Unterabteilung desselben, als ein Spezialfall der Rechtssätze im weiteren Sinne angesehen werden. Alle Rechtssätze wären³⁹⁴¹ öffentliches Recht, gewisse Rechtssätze, nämlich die den Willen des Staates zur Exekution beinhaltenden, auch Privatrecht. Öffentliches und Privatrecht sind somit nicht einander ausschließende Begriffe, sondern der erstere schließt den letzteren in sich ein; wobei betont werden muß, daß die Bezeichnungen „öffentlich“ und „privat“ keineswegs das Wesen dieser Abgrenzung, deren inneren Grund treffen. Auch kann diese Scheidung der Rechtssätze nicht als eine Haupteinteilung gelten. Denn sie trennt zwei Gruppen von Rechtssätzen, die miteinander mehr Gemeinsames haben als mit den übrigen Rechtssätzen. Die Rechtssätze im engeren Sinne nämlich, deren eine Gruppe die als Privatrecht geltenden Exekutionsrechtssätze, deren zweite Gruppe die Strafrechtssätze sind, heben sich von den übrigen Rechtssätzen im weiteren Sinne dadurch prägnant ab, daß sie neben einer Rechtspflicht des Staates auch Rechtspflichten der anderen Personen, d. h. der Untertanen statuieren, während die übrigen Rechtssätze (im weiteren Sinne) lediglich die Rechtspflicht des Staates zu einer (nicht in einer Unrechtsfolge: Strafe oder Exekution, bestehenden) Handlung normieren.

Schon bei der Entwicklung des Begriffes der Rechtspflicht, jener besonderen subjektiven Relation des Rechtssatzes, wurde darauf hingewiesen, daß eine *formale*

³⁹⁴¹ «Alle Rechtssätze wären»] A₁ «Alles Recht wäre»; A₂ «Alle Rechtssätze wären».

Unterscheidung der Rechtssätze sich aus der Verschiedenheit der Formel ergebe, nach der sich die Subjektivierung des Rechtssatzes einmal zur Rechtspflicht³⁹⁴² des Staates, das andere Mal zur Rechtspflicht der übrigen Subjekte vollzieht.³⁹⁴³ Eben auf Grund dieses Kriteriums mußte die Grenzlinie innerhalb der Rechtssätze im weiteren Sinne dort gezogen werden, wo sich die Rechtssätze im engeren Sinne von den ersteren abheben. Denn von der Gesamtheit der Rechtssätze (d. h. aller Rechtssätze im weiteren Sinne) sind nur die einen Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution) enthaltenden Rechtssätze im engeren Sinne jener besonderen Relation³⁹⁴⁴ fähig, in welcher der Rechtssatz als *Rechtspflicht*³⁹⁴⁵ *der Untertanen* erscheint. Die sekundäre Natur des subjektiven Rechtes der subjektiven Pflicht gegenüber – jedes subjektive Recht des einen geht³⁹⁴⁶ nur auf Pflicht des anderen, wobei kein Recht ohne korrespondierende Pflicht, wohl aber eine Pflicht ohne ein Recht bestehen kann, da nur die Pflicht, nicht auch das Recht die notwendige | subjektive Relation des Rechtssatzes ist³⁹⁴⁷ – diese sekundäre Natur des subjektiven Rechtes bringt es mit sich, daß eine selbständige Einteilung der Rechtssätze nach dieser Richtung hin nicht an erster Stelle stehen kann, sondern sich lediglich derjenigen anschließt, die nach der Subjektivierungsformel der Rechtssätze zur³⁹⁴⁸ Pflicht durchgeführt wird. Das kommt schon darin zum Ausdruck, daß die Einteilung der Rechtssätze, je nach dem, ob sie Pflichten des Staates oder auch Pflichten der übrigen Subjekte statuieren, nicht *analog* vom Gesichtspunkt der subjektiven Rechte aus, in dem Sinne also durchführbar ist, ob die Rechtssätze subjektive Rechte des Staates oder solche anderer Personen normieren. Denn die maßgebende Verschiedenheit in der Konstruktion der als subjektives Recht geltenden Relation des Rechtssatzes richtet sich nicht nach dem Subjekte des Rechtes, sondern nach dem Subjekte der Pflicht, auf welche das subjektive Recht gerichtet ist. Die Rechtssätze lassen sich nämlich nicht so sehr in solche teilen, die subjektive Rechte des Staates, und in solche, die subjektive Rechte der übrigen Personen normieren, sondern vielmehr in solche, die subjektive Rechte gegen den Staat, d. h. auf Pflichten des Staates, und solche, die subjektive Rechte gegen andere Personen, d. h. auf Pflichten anderer Personen einräumen.

Subjektive Rechte gegen die Untertanen und zwar sowohl des Staates, als auch der übrigen Subjekte, ergeben sich nur aus Rechtssätzen im engeren Sinne, da nur diese subjektive Pflichten der Untertanen normieren. Unerörtert blieb bisher die Frage, ob nicht nur diese Rechtssätze im engeren Sinne, sondern auch die übrigen, nicht speziell den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge enthaltenden Rechts-

³⁹⁴² «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «Rechtspflicht».

³⁹⁴³ Vgl. oben S. 790–792.

³⁹⁴⁴ «besonderen Relation»] A «besonderen subjektiven Relation»; F* «besonderen Relation».

³⁹⁴⁵ «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «Rechtspflicht».

³⁹⁴⁶ «Recht des einen geht»] A₁ «Recht geht»; A₂ «Recht des einen geht».

³⁹⁴⁷ Vgl. oben insb. S. 436, 475 f.

³⁹⁴⁸ «Subjektivierungsformel der Rechtssätze zur»] A₁ «Subjektivierungsformel zur»; A₂ «Subjektivierungsformel der Rechtssätze zur».

sätze jener besonderen Relation fähig sind, die den Rechtssatz als³⁹⁴⁹ subjektives Recht erscheinen läßt. Da diese Rechtssätze lediglich Pflichten des Staates statuieren und nicht auch solche der Untertanen, ist nunmehr zur Frage gestellt, wie die Konstruktion jener subjektiven Rechte zu denken ist, die dem Untertanen gegen den Staat zukommen. Nur Rechte gegen den Staat können nämlich jene Rechtssätze gewähren, die nicht den Willen des Staates zur Strafe³⁹⁵⁰ oder Exekution enthalten, die nicht Rechtssätze im engeren Sinne sind, während die letzteren neben den Rechten der Untertanen gegen den Staat auch solche der übrigen Subjekte untereinander gewähren können.

Die Entscheidung der Frage³⁹⁵¹, ob subjektive Rechte gegen den Staat überhaupt möglich, und wenn dies der Fall ist, wie sie zu konstruieren sind, muß von der Erkenntnis des *formalen* Unterschiedes ausgehen, der zwischen der Rechtspflicht des Staates und der Rechtspflicht der übrigen Subjekte besteht und der in der Tat|sache wurzelt, daß ein Unrecht des Staates juristisch nicht³⁹⁵² denkbar ist, während die Verpflichtung der übrigen Subjekte geradezu auf der Möglichkeit dieses Unrechtes aufgebaut ist¹⁾. Wollte man das Wesen alles³⁹⁵⁴ subjektiven Rechtes darin erblicken, daß die Realisierung der auf die *Rechtsverletzung* gesetzten *Unrechtsfolgen*³⁹⁵⁵ von dem verletzten Berechtigten abhängig gemacht ist, wollte man also – wie manche Autoren – in der Möglichkeit einer *Rechtsverfolgung*, die ja ihrem innersten Wesen nach stets nur eine *Unrechtsverfolgung* sein kann, die Natur des subjektiven Rechtes sehen, dann könnte von einem Rechte gegen den Staat folgerichtig niemals die Rede sein. Von einem solchen Standpunkte aus wäre ein subjektives Recht gegen den Staat nicht nur theoretisch unkonstruierbar, sondern auch angesichts der Unmöglichkeit staatlichen Unrechtes, d. h. einer *Rechtsverletzung seitens des Staates* praktisch bedeutungslos.

Dennoch findet man in der neueren Literatur nicht selten eine Konstruktion, derzufolge ein subjektives Recht des Untertanen gegen den Staat gerade nur insofern angenommen wird, als die Möglichkeit einer *Rechtsverfolgung* auch gegen den Staat gegeben sei, welche Möglichkeit stets dann als gegeben betrachtet wird, wenn dem Untertanen im Falle der Verletzung³⁹⁵⁶ einer ihm gegenüber bestehenden Rechtspflicht des Staates ein Rechtsmittel (*actio* oder *Beschwerde*) und ein zur

| 658

¹⁾ Vgl. oben S. 446 f. ³⁹⁵³

| 658

³⁹⁴⁹ «die den Rechtssatz als»] A₁ «die als»; A₂ «die den Rechtssatz als».

³⁹⁵⁰ «den Willen des Staates zur Strafe»] A₁ «den Strafe [sic]»; A₂ «den Willen des Staates zur Strafe».

³⁹⁵¹ «Die Entscheidung der Frage»] A₁ «Die Frage»; A₂ «Die Entscheidung Der Frage».

³⁹⁵² «Staates juristisch nicht»] A₁ «Staates nicht»; A₂ «Staates juristisch nicht».

³⁹⁵³ Vgl. oben S. 587 f.

³⁹⁵⁴ «alles»] A₁ «des»; A₂ «alles».

³⁹⁵⁵ «Realisierung der auf die *Rechtsverletzung* gesetzten *Unrechtsfolgen*»] A₁ «Realisierung von *Unrechtsfolgen*»; A₂ «Realisierung der auf die *Rechtsverletzung* gesetzten *Unrechtsfolgen*».

³⁹⁵⁶ «Verletzung»] A₁ «Verletzung»; A₂ «Nichterfüllung»; F* «Verletzung».

Durchführung dieses Rechtsmittels geordnetes Verfahren gewährt ist. Als typisches Beispiel kann das subjektive Wahlrecht dienen, wegen dessen Verletzung dem Berechtigten regelmäßig ein besonderes Rechtsmittel, Beschwerde, Verwaltungsklage etc. gewährt wird, über das vor einer besonderen Staatsbehörde, Verwaltungsgericht etc. zu verhandeln ist.

Allein, diese auf den ersten Blick scheinbar gegebene Analogie zu dem gewöhnlichen subjektiven³⁹⁵⁷ Rechte gegen Untertanen mit seiner *actio* und dem dazu gehörigen Verfahren der Gerichtsbehörden ist bei näherem Zusehen nicht vorhanden.

659 Denn zunächst ist die Anstellung des Rechtsmittels, der Beschwerde oder Verwaltungsklage, nicht, wie bei der Geltendmachung des subjektiven Rechtes gegen Untertanen, die Voraussetzung für die Realisierung irgendeiner Unrechtsfolge gegen den Verpflichteten, den Staat. Es ist unsinnig anzunehmen, daß die Staatsperson sich selbst strafen oder gegen sich selbst eine Exekution, d. h. die *Erzwingung* irgendeiner Leistung vornehmen könne.³⁹⁵⁸ Denn all das setzte die *Zwiespältigkeit* eines Willens voraus, auf dessen Einheitlichkeit die ganze Konstruktion einer Staatsperson beruht. Das wegen Verletzung eines Rechtes gegen den Staat angestellte Verfahren führt nicht zu einem als Unrechtsfolge charakterisierten *Handeln des Staates*, wie Strafe oder Exekution, sondern endet in³⁹⁵⁹ einem Akte, der im Verfahren zur Geltendmachung von Rechten gegen Untertanen etwa dem Urteile entspricht: in der behördlichen Konstatierung, daß die vom Kläger oder Beschwerdeführer behauptete Rechtspflicht des Staates bestehe und nicht erfüllt und eventuell, daß das Verhalten der zur Realisierung der betreffenden Staatspflicht berufenen Behörde rechtswidrig sei. Ob dieser Konstatierung, dem Urteile des Verwaltungsgerichtes eine den rechtswidrigen Akt des Staatsorganes kassierende Wirkung zukommt oder ob es zu diesem Zwecke noch eines anderen Staatsaktes bedarf, ist für die Konstruktion nicht von Belang. Jedenfalls muß der *Wille* des Staates, seine bisher unerfüllt gebliebene Pflicht zu realisieren, nicht³⁹⁶⁰ erst nach der behördlichen Konstatierung derselben, sondern auch schon vorher angenommen und die Verletzung dieser Pflicht, das Unrecht, nicht dem Staate, sondern *ausschließlich dem Staatsorgane* zugerechnet werden, das in Verletzung seiner Amtspflicht die Staatspflicht unerfüllt ließ, zu deren Realisierung es berufen war. Wenn eines Wahlberechtigten Stimmzettel von der staatlichen Wahlbehörde nicht angenommen wurde, dann hat nicht der Staat, sondern die Wahlbehörde das Wahlrecht des Untertanen verletzt (d. h. die Rechtspflicht des Staates zur Entgegennahme und entsprechenden Behandlung des Wahlzettels unerfüllt gelassen),

³⁹⁵⁷ «dem gewöhnlichen subjektiven»] A₁ «dem subjektiven»; A₂ «dem gewöhnlichen subjektiven».

³⁹⁵⁸ «Staatsperson ... könne.»] A₁ «Staatsperson gestraft werden oder gegen sich eine Exekution, dh eine zwangsweise *Erzwingung* irgend einer Leistung vorgenommen werden könnte.»; A₂ «Staatsperson ... könne.».

³⁹⁵⁹ «endet in»] A «endet (erschöpft sich) in»; F* «endet in».

³⁹⁶⁰ «Pflicht zu realisieren, nicht»] A «Pflicht nicht»; F* «Pflicht zu realisieren, nicht».

das eingeleitete Verfahren richtet sich darum auch nicht gegen den Staat, sondern das pflichtwidrige Staatsorgan. Geradeso wie sich im Zivilprozesse die Berufung an die nächsthöhere Instanz nicht gegen den Staat oder einen Staatsakt, sondern lediglich gegen ein Staatsorgan, resp. dessen rechtswidriges Verhalten richtet, da die jeder Berufung zu Grunde liegende Behauptung eines *Unrechtes*³⁹⁶¹ schon an sich den Sinn hat, daß es nicht *des Staates Wille* war, der durch die angefochtene Entscheidung der Behörde realisiert werden sollte, daß der Staat in der Rechtsordnung etwas anderes wolle, daß also der angefochtene Akt der Behörde nicht³⁹⁶² dem Staate zugerechnet werden könne.

Gründet man das subjektive Recht gegen den Staat auf der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung gegen den Staat, dann ist mit dem Wegfall der letzteren das erstere ausgeschlossen. Man kann dem Wähler subjektives Recht auf Entgegennahme und Behandlung des Stimmzettels seitens des Staates nicht deshalb zusprechen, weil ihm mangels dieses Verhaltens des Staates ein Rechtsmittel, die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung gewährt³⁹⁶³ ist, weil diese | Rechtsverfolgung sich nicht gegen den Staat richtet, dem das bestehende Unrecht nicht zugerechnet werden kann.

| 660

Aber auch ein subjektives Recht gegen das Staatsorgan kann nicht angenommen werden, da die *Pflichterfüllung*, auf die ja das Recht geht, nicht dem Staatsorgane, sondern dem Staate zugerechnet wird. (Nur die Zurechnung der *Pflichtverletzung* macht bei der Person des Staatsorganes Halt). Auch führt die Anstellung der Klage oder Beschwerde nicht zu einer Unrechtsfolge für das Staatsorgan. Um ein subjektives Recht gegen das Staatsorgan zu haben, müßte dem Berechtigten die Verfügung über den das Staatsorgan verpflichtenden Disziplinarrechtssatz zustehen, müßte die Anstellung der Klage eine Voraussetzung für den Eintritt der Disziplinarunrechtsfolgen sein; das ist jedoch nicht der Fall.

Als subjektives Recht gegen den Staat kann nach den allgemeinen hier für den Begriff des subjektiven Rechtes angenommenen Konstruktionsprinzipien nur der den Staat verpflichtende Rechtssatz in seiner besonderen Beziehung zu einem Subjekte gelten; und diese Beziehung kann, wenn sie möglich ist, nur eine derartige sein, daß der den Staat verpflichtende Rechtssatz dem Berechtigten in der Weise zur Verfügung gestellt ist, daß die Erfüllung des im Rechtssatze ausgesprochenen, die Rechtspflicht des Staates darstellenden Willens von dem Berechtigten abhängig gemacht ist. Und dies ist im allgemeinen durchaus möglich.

Schon bei den Rechtssätzen im engeren Sinne wurde angedeutet, daß dem Rechtssubjekte dadurch, daß die Realisierung der Unrechtsfolge von seiner Klage abhängig gemacht wird, nicht nur ein subjektives Recht gegen den durch den Rechtssatz verpflichteten Untertanen, sondern auch ein subjektives Recht gegen

³⁹⁶¹ «eines Unrechtes»] A₁ «einer Wider-Rechtlichkeit»; A₂ «eines Unrechtes».

³⁹⁶² «also der angefochtene Akt der Behörde nicht»] A₁ «also nicht»; A₂ «also der angefochtene Akt der Behörde nicht».

³⁹⁶³ «Rechtsmittel ... gewährt»] A₁ «Rechtsmittel gewährt»; A₂ «Rechtsmittel ... gewährt».

den durch den Rechtssatz gleichfalls verpflichteten Staat eingeräumt wird.³⁹⁶⁴ Da der Wille des Staates zu strafen oder zu exequieren seinen spezifischen Charakter einer Unrechtsfolge nur dem damit bedrohten Untertanen³⁹⁶⁵, nicht aber dem Staate gegenüber hat, für den dieser Wille so wie jeder andere in einem Rechtssatze ausgedrückte in Betracht kommt, so kann auch jeder andere Rechtssatz, d. h. also alle Rechtssätze im weiteren Sinne, gleichgültig, ob sie einen Willen des Staates, Schulen zu bauen, Unterricht zu erteilen, Arme zu unterstützen, Spitäler zu erhalten etc. etc., beinhalten, in jener subjektiven Relation zu einem Rechtssubjekte stehen, wenn nur dieser Wille des Staates von dem Rechtssubjekte abhängig gemacht ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Rechtssatz, der den Staat zur Armenunterstützung verpflichtet, nicht bloß die objektiven Momente der Mittellosigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Staatsbürgerschaft etc., sondern auch das Ansuchen der Partei um die staatliche Armenunterstützung zur Bedingung des bezüglichen staatlichen Willens macht, so daß die Armenunterstützung dem Bedürftigen nicht *ex officio*³⁹⁶⁶, nicht ohne sein Verlangen zu erteilen ist. Das Analoge liegt vor, wenn der Staat die Verleihung einer Gewerbe Konzession an das vorherige Ansuchen der Partei knüpft und nicht etwa schon die bloße Erfüllung gewisser persönlicher und sachlicher Voraussetzungen als Bedingung dafür statuiert, daß die Ausübung eines Gewerbes nicht mit Strafe bedroht sei. Ein subjektives Recht auf einen Gewerbebetrieb liegt wörtlich genommen niemals vor, weil ein subjektives Recht niemals auf eigenes Verhalten, sondern stets nur auf fremde Pflicht geht. Das subjektive Gewerberecht kann auf eine pflichtmäßige Leistung³⁹⁶⁷ des Staates gehen, wenn diese Leistung des Staates in der Rechtsordnung von der Verfügung des Berechtigten abhängig gemacht ist. Das ist der Fall, wenn die straflose Ausübung³⁹⁶⁸ eines Gewerbes von der Erteilung einer staatlichen Konzession und die Erteilung der Konzession, abgesehen von gewissen objektiven Bedingungen auch von dem Verlangen der Partei abhängig gemacht ist. Hier liegt ein subjektives Recht auf Erteilung der Konzession vor. Begnügt sich dagegen die Rechtsordnung, zu bestimmen, daß die Ausübung eines Gewerbes ohne Erfüllung bestimmter Qualifikationen zu strafen sei, (positiv, allerdings unjuristisch ausgedrückt: daß die Ausübung eines Gewerbes nur bei Erfüllung gewisser objektiver Qualifikationen „erlaubt“ sei) dann ist ein subjektives Gewerberecht in keiner Weise dem Staate gegenüber vorhanden. Denn es könnte nur auf ein Unterlassen des Staates gehen – was, wie an anderer Stelle bereits gezeigt, juristisch unkonstruierbar ist³⁹⁶⁹ – und ganz abgesehen davon läge keine Möglichkeit vor, den objektiven Rechtssatz einem Gewer-

³⁹⁶⁴ Vgl. oben S. 779 f.

³⁹⁶⁵ «spezifischen ... Untertanen»] A₁ «spezifischen, einen Nachteil bedeutenden Charakter einer Unrechtsfolge nur dem Untertanen»; A₂ «spezifischen ... Untertanen».

³⁹⁶⁶ «*ex officio*»] A «*ex offo*»; F* «*ex officio*» – lat.: *ex officio* (auch: *ex offo*); dt.: von Amts wegen.

³⁹⁶⁷ «eine pflichtmäßige Leistung»] A₁ «eine Leistung»; A₂ «eine pflichtmäßige Leistung».

³⁹⁶⁸ «die straflose Ausübung»] A₁ «die Ausübung»; A₂ «die straflose Ausübung».

³⁹⁶⁹ Vgl. oben S. 578 f.

betreibenden zu subjektivieren, d. h. als subjektives Recht³⁹⁷⁰ des Gewerbetreibenden erscheinen zu lassen.

Wenn – um ein anderes Beispiel zu führen – der Staat in der Rechtsordnung verpflichtet wird, unter bestimmten Bedingungen, z. B. bei einer bestimmten Bevölkerungszahl in einer Gemeinde eine Schule zu errichten, dann liegt ein subjektives Recht der Gemeinde auf Errichtung einer Schule dem Staate gegenüber nur dann vor, wenn der in der Rechtsordnung erklärte Wille³⁹⁷¹ des Staates, unter bestimmten objektiven Voraussetzungen eine Schule zu errichten, auch von der Zustimmung, dem Verlangen, dem „Willen“ der Gemeinde abhängig gemacht ist. Wenn der Staat die Schule ohne jede Rücksicht auf das Verlangen, d. h. ohne jede Mitwirkung der Gemeinde zu errichten verpflichtet ist, dann ist kein Anlaß gegeben³⁹⁷², den den Staat zur Schulerrichtung verpflichtenden Rechts[satz als Recht³⁹⁷³ der Gemeinde zu erkennen, es fehlt an der Subjektivierungsmöglichkeit.

| 662

Diese besteht in allen Fällen darin, daß der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln von einem besonderen Akte des Berechtigten abhängig gemacht ist. Dieser Akt stellt sich als eine Äußerung des Rechtssubjektes dar, deren Inhalt stets dahin geht, daß der Staat aufgefordert wird, dasjenige zu tun, wozu er unter der Bedingung, daß diese Äußerung des Rechtssubjektes erfolgt, verpflichtet ist. Der den Staatswillen bedingende Akt des Berechtigten ist bald eine Klage, wenn damit nicht nur eine Pflicht des Staates, sondern auch eines anderen Subjektes geltend gemacht wird³⁹⁷⁴; dagegen ist nicht als ein subjektives Recht gegen den Staat begründend die³⁹⁷⁵ Klage oder Beschwerde oder das sonstige genannte Rechtsmittel zu betrachten, das dann gegeben ist, wenn es sich lediglich um Nichterfüllung einer Staatspflicht durch ein Organ und nicht auch um Verletzung einer Pflicht seitens eines anderen Subjektes handelt. Denn in diesem Falle ist der Akt der Rechtsverfolgung des³⁹⁷⁶ Individuums nicht die Voraussetzung, an welche der Wille des Staates zu jenem Verhalten gebunden ist, das den Inhalt der nicht erfüllten Pflicht des Staates bildet; vielmehr ist dieser Wille des Staates auch vor Anstellung des Rechtsmittels vorhanden. Der den Staat verpflichtende Rechtssatz steht nicht in jener Relation zu dem Individuum, derzufolge er als dessen subjektives Recht erscheinen könnte. Dagegen wird eine solche Relation begründet durch Akte des Individuums, die sich darstellen als Gesuch um Erteilung einer Gewerbekonzession, um Errichtung einer Schule etc. etc. unter den oben angeführten Voraussetzungen.

³⁹⁷⁰ «als subjektives Recht»] A₁ «als Recht»; A₂ «als subjektives Recht».

³⁹⁷¹ «der in der Rechtsordnung erklärte Wille»] A₁ «der Wille»; A₂ «der in der Rechtsordnung erklärte Wille».

³⁹⁷² «kein Anlaß gegeben»] A₁ «keine Möglichkeit gegeben»; A₂ «kein Anlaß gegeben».

³⁹⁷³ «als Recht»] A₁ «als subjektives Recht»; A₂ «als Recht».

³⁹⁷⁴ «Klage ... wird»] A₁ «Klage, bald ein Gesuch um Erteilung einer Gewerbekonzession, einer Schulerrichtung u. s. w. u. s. w. [bricht ab]»; A₂ «Klage ... wird».

³⁹⁷⁵ «Staat begründend die»] A₁ «Staat die»; A₂ «Staat begründend die».

³⁹⁷⁶ «Akt der Rechtsverfolgung des»] A₁ «Akt des»; A₂ «Akt der Rechtsverfolgung des».

Eine einheitliche Bezeichnung für alle diese den im Rechtssatze erklärten Staatswillen zu einem Handeln bedingenden Akte des Untertanen³⁹⁷⁷, durch die der Rechtssatz in die Relation eines subjektiven Rechtes zu dem letzteren gesetzt wird, gibt³⁹⁷⁸ es in der gegenwärtigen Literatur nicht, weil die gemeinsame Bedeutung dieser Akte bisher nicht erkannt war. Wenn hier für dieselben der Terminus „Anspruch“³⁹⁷⁹ vorgeschlagen wird, so geschieht dies zwar im Bewußtsein der vielfach anderen Bedeutungen, die mit diesem Worte derzeit verbunden werden, aber aus der Überlegung heraus, daß die Wahl eines völlig neuen Wortes von zweifelhaftem Erfolg ist, das Wort „Anspruch“ aber wenigstens schon für ähnliche oder verwandte Beziehungen in Verwendung steht und, seiner wörtlichen Bedeutung nach, den damit zu bezeichnenden Vorgang völlig deckt. Denn durch jeden den im Rechtssatze erklärten Staatswillen³⁹⁸⁰ zu irgendeinem Handeln bedingenden Akt, durch den der den Staat verpflichtende Rechtssatz³⁹⁸¹ zum | subjektiven Rechte einer Person gegen den Staat wird, wird der Staat „angesprochen“, seine nunmehr aktuelle Pflicht³⁹⁸² zu erfüllen. Durch die Aufnahme des „Anspruches“ unter die den Willen des Staates im Rechtssatze bedingenden Voraussetzungen wird der Rechtssatz in jene besondere Relation zu dem den Anspruch erhebenden Subjekte gesetzt, derzufolge der Rechtssatz als subjektives Recht dieser Person erscheint. Schon aus dieser Formulierung erhellt, daß die Existenz von subjektiven Rechten auf keine besondere „gewährende“ Funktion der Rechtsordnung zurückgeführt werden muß. *Materiell* mag ja eine solche „Gewährung“ von subjektiven Rechten immerhin³⁹⁸³ vorliegen. Für die formal-juristische Betrachtung ist³⁹⁸⁴ das ein subjektives Recht begründende Moment in der Aufnahme des Anspruches unter die den Staatswillen bedingenden Voraussetzungen des hypothetischen Rechtssatzes³⁹⁸⁵ zu erblicken; ebenso wie bei der Verpflichtung das *Verbieten*³⁹⁸⁶ und *Gebieten* der Rechtsordnung nur das materielle Element, das heißt den Zweck des Rechtssatzes bezeichnet, dessen *formale* Funktion sich in der Bindung eines Staatswillens zur Unrechtsfolge an bestimmte Voraussetzungen erschöpft.

³⁹⁷⁷ «Untertanen»] A₁ «Individuu[ms]»; A₂ «Untertanen».

³⁹⁷⁸ «wird, gibt»] A₁ «wird, wäre zweifellos dringend erwünscht [bricht ab]»; A₂ «wird, gibt».

³⁹⁷⁹ «der Terminus „Anspruch“»] A₁ «den „Anspruch“»; A₂ «der Terminus „Anspruch“».

³⁹⁸⁰ «den im Rechtssatze erklärten Staatswillen»] A₁ «den Staatswillen»; A₂ «den im Rechtssatze erklärten Staatswillen».

³⁹⁸¹ «der den Staat verpflichtende Rechtssatz»] A₁ «der Rechtssatz»; A₂ «der den Staat verpflichtende Rechtssatz».

³⁹⁸² «seine nunmehr aktuelle Pflicht»] A₁ «seine Pflicht»; A₂ «seine nunmehr aktuelle Pflicht».

³⁹⁸³ «„Gewährung“ von subjektiven Rechten immerhin»] A₁ «„Gewährung“ immerhin»; A₂ «„Gewährung“ von subjektiven Rechten immerhin».

³⁹⁸⁴ «Betrachtung ist»] A «Betrachtung, die stets nur nach dem „Wie“ zu fragen hat (hier also: Wie erfolgt die Gewährung subjektiver Rechte durch die Rechtsordnung?) ist»; F* «Betrachtung ist».

³⁹⁸⁵ «bedingenden ... Rechtssatzes»] A₁ «bedingenden Tatsachen des Rechtssatzes»; A₂ «bedingenden ... Rechtssatzes».

³⁹⁸⁶ «wie bei der Verpflichtung das *Verbieten*»] A «wie das *Verbieten*»; F* «wie bei der Verpflichtung das *Verbieten*».

Als Resultat ergeben somit die bisherigen Untersuchungen die folgende allgemeine Definition³⁹⁸⁷ des subjektiven Rechtes der Untertanen und zwar sowohl dem Staate als den übrigen Subjekten gegenüber:³⁹⁸⁸

Das subjektive Recht der Untertanen ist³⁹⁸⁹ der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln abhängig gemacht ist.

Das subjektive Recht des Staates ist der Rechtssatz im Verhältnis des Staates zu allen anderen Personen, die durch den Rechtssatz verpflichtet werden.

So wie die Einheit des Pflichtbegriffes in der Einheit des Rechtssatzes gewahrt ist, als dessen eine und zwar notwendige subjektive³⁹⁹⁰ Relation die Rechtspflicht des Staates wie der übrigen Personen erkannt wird¹⁾, so ist auch die Einheit des subjektiven Rechtsbegriffes in der Einheit des Rechtssatzes gewahrt, als dessen andere, jedoch nur mögliche subjektive³⁹⁹² Relation das subjektive Recht des Staates wie der übrigen Personen zu begreifen ist.

¹⁾ Vgl. oben S. 447. ³⁹⁹¹

³⁹⁸⁷ «folgende allgemeine Definition»] A₁ «folgende Definition»; A₂ «folgende allgemeine Definition».

³⁹⁸⁸ «Rechtes ... [Das]»] A₁ «Rechtes: Das»; A₂ «Rechtes: der Untertanen und zwar sowohl dem Staate als den übrigen Subj. gegenüber Das»; F* «Rechtes ... [Das]».

³⁹⁸⁹ «Recht der Untertanen ist»] A₁ «Recht ist»; A₂ «Recht der Untertanen ist».

³⁹⁹⁰ «dessen eine und zwar notwendige subjektive»] A₁ «dessen subjektive»; A₂ «dessen eine, und zwar notwendige subjektive».

³⁹⁹¹ Vgl. oben S. 588.

³⁹⁹² «dessen andere, jedoch nur mögliche subjektive»] A₁ «dessen subjektive»; A₂ «dessen andere, jedoch nur mögliche subjektive».

| C. Die subjektiven Rechte der Staatsorgane
und das Recht auf Organstellung.

XXVIII. Kapitel.

Die verpflichtenden Rechte und berechtigenden Pflichten.

Nunmehr kann auch die Frage nach den subjektiven Rechten der Staatsorgane und dem sogenannten Rechte³⁹⁹³ auf Organstellung in Untersuchung gezogen werden.

Dabei muß daran festgehalten werden, daß auch dieses subjektive Recht – wenn ein solches nachweisbar sein soll – nur als jene charakterisierte Relation eines verpflichtenden Rechtssatzes erkannt werden, daß auch dieses subjektive Recht nur auf die Rechtspflicht einer anderen Person gerichtet sein kann. Auch³⁹⁹⁴ hier muß hervorgehoben werden, daß ein subjektives Recht auf eigenes Verhalten nach juristischen Begriffen unmöglich ist und daß daher ein Recht auf Organstellung im Sinne eines subjektiven Rechtes, die Organfunktionen vorzunehmen, an sich, d. h. ohne Beziehung auf eine korrespondierende Rechtspflicht einer anderen Person ebensowenig besteht wie ein Recht, eine Sache zu gebrauchen, ein Recht, über ein Grundstück zu gehen etc. Wie schon an anderer Stelle bemerkt,³⁹⁹⁵ ist der juristisch einzig relevante und daher auch für den Begriff des subjektiven Rechtes in Betracht kommende Tatbestand nicht das eigene Verhalten des Berechtigten, sondern die Pflicht eines gegenüberstehenden Subjektes (resp. der verpflichtende Rechtssatz) in der besonderen Verbindung durch den Anspruch. Die Notwendigkeit, das subjektive Recht nicht auf das eigene Verhalten, sondern auf die korrespondierende Pflicht eines anderen zu richten, geht ja auch aus dem von der herrschenden Lehre allgemein anerkannten Prinzip hervor, demzufolge alles Recht Beziehung zwischen Personen ist. Daraus folgt aber, daß in dem Begriffe des subjektiven Rechtes einer Person diese³⁹⁹⁶ Beziehung zu einer anderen zum Ausdrucke gelangen muß.

Fragt man nun, gegen welche Person ein sogenanntes subjektives Recht auf Organstellung gerichtet, wer das Subjekt sein könnte, dessen Rechtspflicht gegenüber ein subjektives Recht der Staatsorgane besteht, so muß die Antwort lauten: der Staat. Allein, es läßt sich *in der Regel* keine Rechtspflicht des Staates finden, auf³⁹⁹⁷ deren Erfüllung dem Organe dadurch ein Recht zustände, daß die Reali-

³⁹⁹³ «dem sogenannten Rechte»] A₁ «dem Rechte»; A₂ «dem sog. Rechte».

³⁹⁹⁴ «sein kann. Auch»] A₁ «sein könnte. Fragt man sich nun, wer das Subjekt ist, dessen Rechtspflicht gegenüber das „Recht auf Organstellung“ bestehen könnte, so wird die Antwort keine andere sein als: der Staat. Auch»; A₂ «sein könnte. Auch».

³⁹⁹⁵ Vgl. oben S. 778–780.

³⁹⁹⁶ «Rechtes einer Person diese»] A₁ «Rechtes diese»; A₂ «Rechtes einer Person diese».

³⁹⁹⁷ «Allein ... finden, auf»] A «Allein es ist schlechterdings keine Rechtspflicht des Staates gegeben, auf»; F* «Allein ... finden, auf».

sierung des | im Rechtssatze³⁹⁹⁸ erklären, die Staatspflicht darstellenden Willens von dem Anspruche des Organes abhängig gemacht ist. Eine korrespondierende Pflicht des Staates könnte – von einer später zu behandelnden Ausnahme abgesehen – zunächst nur eine³⁹⁹⁹ Duldung der Tätigkeit des Organes, eine Unterlassung von störenden Eingriffen in die Tätigkeit des Organes zum Inhalte haben, könnte nur eine Unterlassungspflicht sein; die Unmöglichkeit von staatlichen Unterlassungspflichten ist aber schon an anderer Stelle dargetan und gezeigt worden,⁴⁰⁰⁰ weshalb alle Rechtspflicht des Staates nur auf ein Handeln gerichtet sein muß.

Wenn somit von dem „Rechte“ eines Organes auf seine Funktion die Rede ist, wenn man von dem „Rechte“ des Richters, ein Urteil zu fällen, eine Strafe zu verhängen, oder⁴⁰⁰¹ davon spricht, daß ein Verwaltungsbeamter „berechtigt“ sei, irgendeinen Verwaltungsakt zu setzen, etc. etc., so kann dies nur in dem populären und unjuristischen Sinne geschehen, den das Wort „Recht“ und „berechtigt“ so leicht und so gerne annimmt. Während⁴⁰⁰² die als subjektive Privatrechte⁴⁰⁰³ bezeichneten Rechte auf ein eigenes Verhalten, z. B. das sogenannte Recht des Eigentümers, des Usufruktuars⁴⁰⁰⁴ oder sonstiger dinglich Berechtigter im Verhältnis⁴⁰⁰⁵ zu ihrer Sache wenigstens die Kehrseite eines juristischen Tatbestandes erfassen, indem ja entsprechende Rechtspflichten⁴⁰⁰⁶ gegenüberstehender Personen bestehen, nämlich die Pflichten, die „berechtigten“ Handlungen des Eigentümers, Usufruktuars, Mieters etc., zu dulden, d. h. Störungen derselben zu unterlassen, und somit wenigstens die Möglichkeit von subjektiven Rechten der letztgenannten Personen auf diese Pflichten gegeben ist und⁴⁰⁰⁷ diese Rechte bei Bestand eines Anspruches auch tatsächlich vorhanden sind, fehlt es bei einem eventuellen Rechte⁴⁰⁰⁸ auf Organstellung an einer korrespondierenden Rechts-

³⁹⁹⁸ «im Rechtssatze»] A₁ «im verpflichtenden Rechtssatze»; A₂ «im Rechtssatze».

³⁹⁹⁹ «könnte ... nur eine»] A «könnte, wenn sie sich überhaupt aus der Rechtsordnung ableiten ließe, – nur auf eine»; F* «könnte ... nur eine».

⁴⁰⁰⁰ Vgl. oben S. 577–581, 681 f.

⁴⁰⁰¹ «fällen, eine Strafe zu verhängen, oder»] A₁ «fällen, oder»; A₂ «fällen, eine Strafe zu verhängen oder».

⁴⁰⁰² «annimmt. Während»] A «annimmt. Ebenso wie es vom formal juristischen Standpunkte aus kein subj. Recht des Eigentümers gibt, über seine Sache zu verfügen, sie zu gebrauchen, zu verkaufen, oder zu vernichten et c., weil eben ein subj. Recht auf eigenes Verhalten unkonstruierbar ist, so ist ein subjektives Recht auf Organstellung im Sinne eines subjektiven Rechtes die Organfunktionen auszuüben juristisch nicht vorhanden. Während»; F* «annimmt. Während».

⁴⁰⁰³ «als subjektive Privatrechte»] A₁ «als Privatrechte»; A₂ «als subjektive Privatrechte».

⁴⁰⁰⁴ Lat.: usus fructus; dt.: Nießbrauch.

⁴⁰⁰⁵ «Verhalten ... Verhältnis»] A₁ «Verhalten, das Recht der Eigentümer im Verhältnis»; A₂ «Verhalten ... Verhältnis».

⁴⁰⁰⁶ «Rechtspflichten»] A₁ «Unterlassungspflichten»; A₂ «Rechtspflichten».

⁴⁰⁰⁷ «Personen ... ist und»] A «Personen die Pflichten, die „berechtigten“ Handlungen des Eigentümers, Usufruktuars, Mieters, et c. zu dulden, dh. Störungen derselben zu unterlassen, und somit wenigstens die Möglichkeit von subjektiven Rechten der letztgenannten Personen auf diesen Pflichten besteht und»; F* «Personen ... ist und».

⁴⁰⁰⁸ «bei einem eventuellen Rechte»] A «bei dem sogenannten Rechte»; F* «bei einem eventuellen Rechte».

pflicht des Staates. Die Rechtsstellung des Staatsorganes läßt sich *in der Regel* nur als *Pflichtverhältnis* charakterisieren. Ein die Organfunktionen betreffendes subjektives Recht der Staatsorgane ist – von der eigenartigen Ausnahmstellung eines besonderen Organes abgesehen – im allgemeinen nicht nachweisbar¹⁾ 4010.

Insoferne⁴⁰¹¹ die herrschende Lehre den Staatsorganen subjektive Rechte auf Organstellung abspricht⁴⁰¹², ist ihr somit zuzustimmen. Allein, nicht deshalb können selbständige subjektive Rechte der Staatsorgane nicht anerkannt werden, weil
| 666 den Staatsorganen dem | Staate gegenüber keine selbständige Persönlichkeit zukommt, sondern⁴⁰¹³ *obgleich* die Staatsorgane nicht Träger von subjektiven Rechten sind, kommen sie dennoch als Subjekte von *Rechtspflichten* und zwar *Organpflichten* und daher als Personen im Rechtssinne in⁴⁰¹⁴ Betracht.

Von dem allgemeinen Grundsatz, daß Staatsorgane keine subjektiven Rechte haben, werden in der herrschenden Lehre gewöhnlich einige Ausnahmen gemacht. Man nimmt nämlich an, daß der Wähler und in der konstitutionellen Monarchie auch der Monarch, mitunter auch daß die Selbstverwaltungskörper zwar Staatsorgane seien, dennoch ein subjektives Recht auf ihre Organstellung hätten. Diese subjektiven Rechte pflegt man in die Gruppe der sogenannten verpflichtenden Rechte oder berechtigenden Pflichten einzureihen; es ist daher notwendig die Struktur dieses letzteren juristischen Gebildes näher zu untersuchen, bevor die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen dargestellt werden soll.⁴⁰¹⁵

| 665 |¹⁾ Die erwähnte Ausnahme bildet die Stellung des Monarchen, deren juristische Konstruktion aus später zu untersuchenden Gründen von der aller anderen Organe wesentlich differiert. Vgl. darüber unten S. 684 ff.⁴⁰⁰⁹

4009 Vgl. unten S. 851–860.

4010 Anmerkung in F* eingefügt.

4011 «Die Rechtsstellung ...» [Insoferne] A₁ «Die Stellung des Organs dem Staate gegenüber ist in keiner Weise als subjektives Recht sondern lediglich als Pflicht charakterisiert, *das Organverhältnis ist kein Rechtsverhältnis (im engeren Sinne) sondern ausschließlich ein Pflichtverhältnis.*» [Insoferne]; A₂ «Die Rechtsstellung des Organs dem Staate gegenüber ist in keiner Weise als subjektives Recht sondern lediglich als Pflicht charakterisiert, *das Verhältnis ist kein Rechtsverhältnis (im engeren Sinne) sondern ein Pflichtverhältnis.*»^{Fn} Das in Frage stehende Verhältnis ist die Relation zwischen Staatsorgan und Rechtsordnung. Diese ist es allein, die das Staatsorgan rechtlich qualifiziert. Dieses Verhältnis – und nicht etwa das zwischen Staatsperson und Organperson ist ein Pflichtverhältnis. Vergl. dazu die Ausführungen über das Wesen des Rechtsverhältnisses, unten S. ... Inwiefern sich die Rechtsstellung des Monarchen von der der Staatsperson unterscheidet, inwiefern die [sic] dem Monarchen – ein subjektives Recht in Bezug auf seine Organstellung zukommt, darüber vgl. die Ausführungen S. ...^{Fn} [Insoferne]; F* «Die Rechtsstellung ...» [Insoferne].

4012 «Rechte auf Organstellung abspricht»] A «Rechte abspricht»; F* «Rechte auf Organstellung abspricht».

4013 «zukommt, sondern»] A «zukommt, – die von den Staatsorganen in Realisierung des Staatswillens ausgeführten Funktionen sind auch nicht subjektive Rechte des Staates sondern gleichfalls nur Pflichten desselben, – sondern»; F* «zukommt, sondern».

4014 «Personen im Rechtssinne in»] A₁ «Personen in»; A₂ «Personen im Rechtssinne in».

4015 Zur Rechtsstellung von Wähler und Monarchen vgl. unten XXIX. Kapitel, S. 846–860.

Die Annahme, daß es Rechte gebe, die zugleich Pflichten seien, und Pflichten, die sich auch als Rechte darstellen, beruht letztlich auf der Anschauung⁴⁰¹⁶ des subjektiven Rechtes als eines „Dürfens“ (Handeln- oder Wollen-Dürfens), dem gegenüber die Pflicht als „Sollen“ in Betracht kommt. Die berechtigenden Pflichten oder verpflichtenden Rechte beziehen sich nämlich auf Handlungen die gedurft und zugleich gesollt werden.

Das gegenseitige Verhältnis von Sollen und Dürfen gestaltet sich verschieden, je nach dem Umfange, den man dem Begriffe des Dürfens gibt. Dieser kann aber in einer zweifachen Weise abgegrenzt werden.

Sollen und Dürfen sind Kategorien menschlichen Verhaltens im Verhältnis zu einer normierenden Autorität, denn nur in Relation zu einer übergeordneten Autorität wird eine Handlung gesollt oder gedurft. Denkt man sich die Autorität weg, läßt sich das Verhalten der Menschen, lassen sich deren Handlungen und Unterlassungen nicht mehr in dieser Weise qualifizieren: Sie sind weder gedurft noch gesollt. Da sich das Sollen und Dürfen auf Handlungen sowohl, wie Unterlassungen bezieht, so muß hervorgehoben werden, daß es zur Voraussetzung einer *logischen* Beurteilung der Begriffe gehört, daß innerhalb *derselben* autoritativen Ordnung nicht eine Handlung und zugleich deren Unterlassung als gesollt gilt. Was⁴⁰¹⁷ geboten ist, kann innerhalb derselben Ordnung nicht gleichzeitig verboten sein. Doch ist eine derartige Konkurrenz verschiedener Ordnungen, unter denen das Individuum steht – wie z. B. der staatlichen | und religiösen – durchaus möglich. Ein logisches Verhältnis der fraglichen Begriffe kann daher nur unter der Voraussetzung einer einzigen Ordnung hergestellt werden.

| 667

Während das Sollen einer Handlung unvereinbar ist mit dem Sollen ihrer Unterlassung, ist das „Dürfen“ einer Handlung durchaus⁴⁰¹⁸ nicht unvereinbar mit dem Dürfen ihrer Unterlassung, ja es gehört geradezu zum Wesen des Gedurftseins einer Handlung, daß auch deren Unterlassung gedurft ist. Das hängt mit folgendem zusammen. Betrachtet man das Verhältnis der menschlichen Handlungen und Unterlassungen zur ordnenden Autorität unter dem Gesichtspunkt des Zweckes, dann⁴⁰¹⁹ ist nur ein Doppeltes möglich: Entweder die ordnende Autorität wünscht, beabsichtigt d. h. bezweckt, daß eine Handlung oder Unterlassung des Individuums eintrete, dann wird diese Handlung oder Unterlassung geboten, m. a. W., die Handlung, die bezweckt ist, wird geboten, und verboten die Handlung, deren Unterlassung bezweckt ist. In welcher *Form*, durch welche Mittel diese Absicht, der *Zweck* der Ordnung realisiert wird, ist hier – wo es sich um die materielle und nicht die formelle Seite handelt – gleichgültig.

⁴⁰¹⁶ «Anschauung»] A₁ «Identifizierung»; A₂ «Anschauung».

⁴⁰¹⁷ «gesollt gilt. Was»] A₁ «gesollt gilt. Dies schloße [sic] sich logisch aus. Doch ist es Tatsache, daß der Mensch [bricht ab]»; A₂ «gesollt gilt. Was».

⁴⁰¹⁸ «Unterlassung ... durchaus»] A₁ «Unterlassung, durchaus»; A₂ «Unterlassung ... durchaus».

⁴⁰¹⁹ «Zweckes, dann»] A₁ «Zweckes – und das Zweckmoment ist das konstituierende Prinzip der Begriffe Sollen u Dürfen, – dann»; A₂ «Zweckes –, – dann».

Wenn aber die ordnende Autorität weder eine Handlung noch deren Unterlassung bezweckt, dann ist ihr diese Handlung oder deren Unterlassung gleichgültig. Sie nimmt ihr gegenüber überhaupt keine spezifisch ordnende, autoritäre Stellung ein, sie gebietet weder, noch verbietet sie, vielmehr überläßt sie es dem Individuum, ob es diese Handlung setzen oder unterlassen will. Diese Handlung oder Unterlassung ist im Verhältnis zur autoritären Ordnung *irrelevant*.

Die von der autoritären Ordnung gebotenen Handlungen oder Unterlassungen der Menschen sind Gegenstand des Sollens, während die übrigen Handlungen und Unterlassungen in den Bereich des Dürfens gehören.

Nach dieser Abgrenzung der beiden Begriffe bedeutet Dürfen soviel, wie in Bezug auf ein Handeln oder Unterlassen frei, d. h. von der betreffenden autoritären Ordnung frei sein, Sollen soviel, wie durch diese Ordnung gebunden sein. Der Mensch „darf“ demnach in Bezug auf eine Handlung, wenn es völlig in seinem Belieben steht, diese Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, andernfalls besteht in Bezug auf diese Handlung oder Unterlassung ein Soll. Sollen und Dürfen schließen sich somit aus. Ein menschliches Verhalten kann nicht zugleich gesollt und gedurft sein, weil es für die ordnende⁴⁰²⁰ Autorität nicht bezweckt und doch zugleich gleichgültig sein, weil der Mensch in Bezug auf dasselbe Verhalten | nicht zugleich gebunden und frei sein kann. Faßt man das subjektive Recht als ein „Dürfen“ der Rechtsordnung gegenüber auf, die Rechtspflicht als ein durch die Rechtsordnung statuiertes Sollen, dann sind Rechte, die zugleich Pflichten, oder Pflichten, die zugleich Rechte sind, unmöglich. Zur Beurteilung der Konstruktion, die das subjektive Recht als Handeln-„dürfen“ gelten läßt, sei hier ferner darauf aufmerksam gemacht, daß das „Dürfen“ mit dem Kreis des für die Rechtsordnung Gleichgültigen, also rechtlich Irrelevanten zusammenfällt und somit ein derartiger Begriff des subjektiven Rechtes lediglich außerrechtliche Elemente erfaßt! Dazu sei weiter bemerkt, daß eine besondere diesem subjektiven Dürfen entsprechende Funktion der autoritären Ordnung – sowie das Gebieten zum Sollen – nicht eruierbar ist. Wollte man eine solche mit „Erlauben“ bezeichnen, so muß man sich vergegenwärtigen, daß ein „Erlauben“ der autoritären Ordnung nur den rein negativen Sinn hätte, daß die Ordnung in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten der Menschen *nicht* gebiete oder verbiete, m. a. W., daß sie dieses Verhalten *nicht* in den Kreis ihrer Normierung gezogen habe.

Allein, im Sprachgebrauche wird dem Begriffe des Dürfens noch ein anderer, weiterer Umfang gegeben, als der eben entwickelte. Man versteht nämlich unter Dürfen alles, was nicht verboten ist, so zwar, daß in den Kreis des Dürfens nicht nur die irrelevanten, sondern auch die gebotenen Handlungen und Unterlassungen fallen, während außerhalb des „Dürfens“ nur die verbotenen stehen; weshalb nach dieser Begriffsabgrenzung Nicht-dürfen und Verboten-sein identisch sind. Bei einem derartigen Verhältnis von Dürfen und Sollen, bei welchem der eine

⁴⁰²⁰ «ordnende»] A₁ «autoritative»; A₂ «ordnende».

Begriff in dem anderen enthalten ist, indem der Begriff „Sollen“ in⁴⁰²¹ den Begriff des Dürfens fällt, ist die Möglichkeit von Handlungen, die zugleich gedurft und gesollt sind, ohne weiteres gegeben. Faßt man daher das subjektive Recht als rechtliches Dürfen, das rechtliche Dürfen aber als ein rechtliches Nicht-Verboten-sein, dann gibt es zweifellos subjektive Rechte, die zugleich Pflichten sind.

Eine innere Berechtigung kann jedoch dieser Begriffsabgrenzung von Dürfen und Sollen nicht zugesprochen werden. Denn der *Inhalt* des Begriffes Dürfen ist durchaus unhomogener Natur. Zwei gänzlich verschiedene⁴⁰²², gerade in Beziehung zur autoritären Ordnung wesensungleiche Arten von Elementen sind in dem durch ein rein negatives Moment bestimmten Umfang des Begriffes zusammengefaßt; nämlich 1. die von der autoritären Ordnung gebotenen und 2. die für diese Ordnung irrelevanten Handlungen und Unterlassungen. Faßt man speziell die Rechtsordnung ins Auge, so erfaßt | ein derartiger Begriff des rechtlichen Dürfens nur zum Teile rechtlich relevante Tatsachen, ist eigentlich nur zum Teile ein Rechtsbegriff, und zwar gerade zu jenem Teile, der mit einem anderen Rechtsbegriffe identisch ist: dem rechtlichen Sollen. Auch die mit diesem Begriffe des Dürfens verbundene prinzipielle Trennung in ein Gebotenes und ein Verbotenes ist nicht am Platze; denn⁴⁰²³ Gebieten und Verbieten sind nicht zwei verschiedene Funktionen der autoritären Ordnung, sondern beide sind ihrer Natur nach dasselbe; das Verbieten kann ebensogut als Gebieten, und das Gebieten als Verbieten formuliert werden, je nachdem man die Handlung oder ihr kontradiktorisches Gegenteil, die Unterlassung heranzieht: Eine gebotene Handlung ist eine verbotene Unterlassung und eine gebotene Unterlassung eine verbotene Handlung. Wenn einmal gebotene, d. i. gesollte Handlungen *und Unterlassungen* angenommen sind, dann ist die Annahme von *verbotenen* Handlungen und Unterlassungen eigentlich überflüssig, denn die gebotenen Unterlassungen sind dasselbe wie die verbotenen Handlungen und die gebotenen Handlungen fallen zusammen mit den verbotenen Unterlassungen. Die außerhalb des Dürfens gelegenen *verbotenen* Handlungen, und Unterlassungen kann man ruhig weglassen, ohne daß in der Klassifizierung des individuellen Verhaltens im Verhältnis zur autoritären Ordnung eine Lücke entstünde. Faßt man Handlungen *und Unterlassungen* ins Auge, dann erschöpft sich die Funktion der autoritären Ordnung in einem Gebieten.

| 669

Die bedenklichste Konsequenz jener Begriffsbildung, derzufolge der Kreis des Sollens in den weiteren Kreis des Dürfens hineinfällt, besteht für diejenigen, die das subjektive Recht unter die Kategorie des „Dürfens“ stellen, darin, daß eben alles Sollen als Dürfen zu gelten hat, d. h. auf die Rechtsordnung angewendet: *daß alle Pflichten auch Rechte seien.*

⁴⁰²¹ «„Sollen“ in»] A₁ «„Sollen“ – nämlich jenes Sollen, das durch ein *Gebieten* statuiert wird – in»; A₂ «„Sollen“ in».

⁴⁰²² «Zwei gänzlich verschiedene»] A₁ «Zwei verschiedene»; A₂ «Zwei gänzlich verschiedene».

⁴⁰²³ «Sollen. Auch ... denn»] A₁ «Sollen. Durch die mit diesem Begriffe des Dürfens verbundene Trennung innerhalb des Begriffes des Gesollten in ein Gebotenes und ein Verbotenes erfährt der einheitliche Begriff des Sollens eine seinem Wesen nach fremde Teilung. Denn»; A₂ «Sollen. Auch ... Denn».

Vom Standpunkte der hier vertretenen Lehre aus ist das subjektive Recht nicht als Dürfen erkannt. Insoferne das subjektive Recht die Verfügungsmöglichkeit über den Rechtssatz enthält, bedeutet das subjektive Recht für den Berechtigten *materiell* ein Können und zwar jedes subjektive Recht, nicht, wie *Jellinek* behauptet, nur das öffentliche; und wenn *Jellinek* erklärt, „das subjektive Recht auf⁴⁰²⁴ dem Gebiete des öffentlichen Rechtes besteht ausschließlich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen“¹⁾, so gilt dies nach der hier vertretenen Lehre wörtlich für | alle subjektiven Rechte.¹⁾⁴⁰³³ Was

¹⁾ a. a. O. S. 51.⁴⁰²⁵

¹⁾ Das gleiche gilt gegenüber der Definition, die *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I. S. 109/110⁴⁰²⁶ vom subjektiven öffentlichen Rechte gibt: „Wenn das subjektive Recht im Civilrechte grundsätzlich gleichwertige Rechtssubjekte voraussetzt, zwischen welchen es nun gemäß den besonderen Entstehungsgründen Machtkreise herstellt, so findet es *auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes* statt der allgemeinen Gleichberechtigung *das Element rechtlicher Mehrwertigkeit*, das alle Verhältnisse durchzieht, die öffentliche Gewalt. Wo diese unmittelbar im Spiele ist, ist ein subjektives Recht von vornherein nur denkbar im unmittelbaren Anschlusse an sie, in Gestalt eines Einflusses auf ihre Ausübung. *Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechtes kann nur bestehen in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst.*“ Wenn man an Stelle des für die juristische Konstruktion nicht in Betracht kommenden Begriffes der „Gewalt“ den Begriff Staatswillen setzt – und die Staatsgewalt fällt für die rechtliche Perspektive mit dem in der Rechtsordnung erklärten Staatswillen zusammen – dann liegt *materiell* im Wesen jedes subjektiven Rechtes, auch des subjektiven Privatrechtes, eine Verfügungsmöglichkeit über die Rechtsordnung, d. h. über den in der Rechtsordnung erklärten Staatswillen. Damit⁴⁰²⁷ fällt die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem subjektivem Rechte auch bei *Otto Mayer*. Daß sein für die Einteilung des⁴⁰²⁸ objektiven Rechtes aufgestelltes Kriterium: Die „Gleichberechtigung“ der Subjekte innerhalb des Privatrechtes und „das Element rechtlicher⁴⁰²⁹ Mehrwertigkeit“, welches das öffentliche Recht durchzieht, abzulehnen ist, geht aus den im Texte durchgeführten Untersuchungen hervor. Die formal-juristische⁴⁰³⁰ Konstruktion ist unfähig, *Wertdifferenzen* der Subjekte zum Ausdruck zu bringen. Was dem einen Subjekte gegenüber einem anderen einen *Mehrwert* verleiht: der *Macht- oder Gewalt-Faktor*, ist⁴⁰³¹ *außerrechtlicher Natur*; ganz abgesehen davon, daß die psychische Kausalität, die Motivation, in der allein sich der *Macht- oder Gewalt-Faktor* äußert, und auf welcher allein ein Über- und Unterordnungsverhältnis gegründet werden kann, nur einer kausal-explikativen, nämlich der soziologischen Betrachtung zugänglich ist und nur zwischen den gerade dieser Betrachtung spezifischen *realen Einheiten*⁴⁰³²: den *Menschen*, nicht aber jener normativ-juristischen (Zurechnungs-)Konstruktion: den *Personen* besteht.

⁴⁰²⁴ «Recht auf»] A «Recht des Einzelnen auf»; F* «Recht auf».

⁴⁰²⁵ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 51.

⁴⁰²⁶ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 109f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁴⁰²⁷ «Staatswillen. Damit»] A₁ «Staatswillen. Den Mayerschen Ausführungen gegenüber muß nur noch auf den prinzipiellen Gegensatz hingewiesen werden [bricht ab]»; A₂ «Staatswillen. Damit».

⁴⁰²⁸ «für die Einteilung des»] A₁ «für das»; A₂ «für die Einteilung des».

⁴⁰²⁹ «rechtlicher»] A₁ «der»; A₂ «rechtlicher».

⁴⁰³⁰ «formal-juristische»] A₁ «juristische»; A₂ «formal juristische».

⁴⁰³¹ «Gewalt-Faktor, ist»] A₁ «*Gewalt-Faktor* ist außerrechtlicher Natur, das Über- und Unterordnungsverhältnis ist»; A₂ «*Gewalt-Faktor* und das darauf begründete Über- und Unterordnungsverhältnis ist»; A₃ «*Gewalt-Faktor, ist*».

⁴⁰³² «spezifischen *realen* Einheiten»] A₁ «spezifischen Einheiten»; A₂ «spezifischen *realen* Einheiten».

⁴⁰³³ Anmerkung in A₂ eingefügt.

nach *Jellinek* an „Dürfen“ in den sogenannten privaten subjektiven Rechten steckt, ist – sofern es nicht mit dem Können von vornherein identisch ist – rechtlich irrelevant.

Bevor die Frage aufgeworfen werden soll, wie sich auf Grund der hier vertretenen Konstruktion das Verhältnis⁴⁰³⁴ von Recht und Pflicht gestaltet, und insbesondere, ob die Möglichkeit verpflichtender Rechte oder berechtigender Pflichten, d. h. von Rechten, die zugleich Pflichten, und Pflichten, die zugleich Rechte sind, gegeben ist, muß vorher zu einer Theorie Stellung genommen werden, die mit der hier vertretenen Konstruktion insofern eine gewisse Ähnlichkeit aufweist, als sie das subjektive Recht auch als ein „Können“ erklärt und gerade bezüglich des Verhältnisses von Recht und Pflicht zu manchen ähnlichen Resultaten gelangt wie die vorliegenden Untersuchungen.⁴⁰³⁵

|Als ein „Können“ wird das subjektive Recht nämlich auch bei *Hold von Ferneck*¹⁾ erfaßt, allerdings in einem ganz anderen Sinne als oben dargelegt. Von seinem – bereits an anderer Stelle charakterisierten⁴⁰³⁷ – *psychologischen* Standpunkte, von dem aus ihm das Recht (als objektive Macht) als *Motiv* im Verpflichteten erscheint, und auf Grund seines (dem hier vertretenen scharf entgegengesetzten) methodischen Prinzipes, demzufolge das Recht für die formale Konstruktion wesentlich nur unter dem Gesichtspunkte des Zweckes zu erfassen sei, gelangt *Hold von Ferneck* zu folgender Definition des subjektiven Rechtes: „Subjektiv berechtigt sein heißt sonach, dadurch eine Macht über einen Menschen üben, daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird, das einem Interesse zuwiderläuft, welches der Gesetzgeber zu schützen strebt, und zwar durch ein Motiv, daß, wenn man alle Fälle überblickt, die pflichtwidrige Betätigung wenigstens regelmäßig hintanhält.“⁴⁰³⁸ Diese etwas weitläufige Definition kommt im Grunde auf dasselbe hinaus wie die *Iheringsche*;⁴⁰³⁹ tatsächlich sagt *Hold* auch: „Subjektiv berechtigt sein heißt: Träger eines geschützten abstrakten Durchschnittsinteresses sein.“²⁾ Deutlicher noch als bei *Ihering* tritt hier das Unzulässige einer Konstruktion in die Erscheinung, die ein bloß regelmäßiges, nicht notwendiges Merkmal – wie das Interesse – in den *Rechtsbegriff* aufnimmt. Ausdrücklich erklärt *Hold*: „Der einzelne wird auch gegen Eingriffe von Mitmen-

|671

¹⁾ a. a. O. S. 116 ff.⁴⁰³⁶

²⁾ a. a. O. S. 126.⁴⁰⁴⁰

|671

⁴⁰³⁴ «irrelevant. [... Verhältnis] A₁ «irrelevant. [Fragt man sich nun, wie das Verhältnis]; A₂ «irrelevant. [... Verhältnis».

⁴⁰³⁵ «gegeben ... Untersuchungen.» A₁ «gegeben ist, so ist etwa das Folgende zu bemerken: [bricht ab]; A₂ «gegeben ... Untersuchungen.».

⁴⁰³⁶ *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 116–164.

⁴⁰³⁷ Vgl. oben S. 382–386 (insb. 385 f.), 444 f., 467–471.

⁴⁰³⁸ *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 127.

⁴⁰³⁹ Vgl. oben S. 725–730, insb. bei Anm. 3470.

⁴⁰⁴⁰ *Ferneck*, *Rechtswidrigkeit* (Anm. 1939), S. 126.

schen⁴⁰⁴¹ geschützt, wenn er momentan ein Interesse daran nicht hat. Ja, selbst wer das gegenteilige Interesse hätte, erscheint geschützt.⁴⁰⁴² Es komme gar nicht darauf an, es sei für das Recht völlig unwesentlich, ob im einzelnen Falle ein Interesse wirklich bestehe; „denn das Recht schützt nur Durchschnittsinteressen, da es nur den Durchschnittsmenschen erfaßt.“⁴⁰⁴³ Schon anlässlich der Kritik der *Iheringschen* Definition wurde darauf hingewiesen,⁴⁰⁴⁴ daß das Wort „Durchschnittsinteresse“ tatsächlich kein Interesse, sondern nur eine Relation von Interessen, nämlich die Tatsache bezeichnet, daß gewisse Interessen unter gewissen Verhältnissen *regelmäßig*⁴⁰⁴⁵ vorkommen. Dasselbe gilt von der Bezeichnung „objektives“ Interesse, als welches *Ihering* dieses Durchschnittsinteresse gelten läßt.⁵⁾ Das „Interesse“ ist stets eine subjektive, d. h. individual-psychische⁴⁰⁴⁷ Tatsache. „Es liegt ein objektives Interesse vor“ ist nur der unpräzise Ausdruck für die Tatsache (nicht für ein Interesse), daß nach Ansicht einer maßgebenden Autorität, des Gesetzgebers z. B., jemand *normalerweise* ein Interesse haben solle, weil eben unter den gleichen Verhältnissen regelmäßig ein Interesse vorliege. Wenn *Hold* sagt: „Interesse im objektiven | Sinne ist das ‚wahre‘ Interesse, d. h. *dasjenige, woran* nach der Ansicht eines vom Interessenten verschiedenen Beurteilers richtigerweise ein subjektives *Interesse* bestehen sollte“¹⁾, so gibt er ja selbst zu, daß das „objektive Interesse“ etwas anderes als ein „Interesse“ ist, nämlich etwas, *woran* ein Interesse bestehen sollte. Das ist aber kein Interesse, sondern ein Gut. Als Zweck der Rechtsordnung kann aber nicht der Schutz der Güter, sondern nur der Schutz der menschlichen Interessen, d. h. eben der subjektiven Interessen an diesen Gütern (Objekte, die ja nur durch das subjektive Interesse zu Gütern werden) gelten, darum hat ja auch *Hold* gerade das Wort „Interesse“ und nicht das Wort „Gut“ gewählt. Wie dem immer auch sei, „Durchschnittsinteresse“, oder „objektives Interesse“ sind nur Abkürzungen für eine Regel mit Ausnahmen und der Satz: Das Recht schützt „Durchschnittsinteressen“, bedeutet präzise ausgedrückt: Das Recht schützt regelmäßig aber nicht ausnahmslos individuelle Interessen⁴⁰⁴⁹, oder: Der durch das objektive Recht statuierte Schutz kommt regelmäßig, nicht aus-

|672

³⁾ a. a. O. S. 125.⁴⁰⁴²

⁴⁾ a. a. O. S. 125.⁴⁰⁴³

⁵⁾ a. a. O. S. 131.⁴⁰⁴⁶

¹⁾ a. a. O. S. 132.⁴⁰⁴⁸

|672

⁴⁰⁴¹ «Mitmenschen»] A₁ «Menschen»; A₂ «Mitmenschen».

⁴⁰⁴² *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 125.

⁴⁰⁴³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 125.

⁴⁰⁴⁴ Vgl. oben S. 730 f.

⁴⁰⁴⁵ «Interessen unter gewissen Verhältnissen *regelmäßig*»] A₁ «Interessen *regelmäßig*»; A₂ «Interessen unter gewissen Verhältnissen *regelmäßig*».

⁴⁰⁴⁶ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 131 – Kelsens Nachweis bezieht sich nicht auf *Ihering*.

⁴⁰⁴⁷ «d. h. individual-psychische»] A₁ «dh psychische»; A₂ «dh individual psychische».

⁴⁰⁴⁸ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 131 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

⁴⁰⁴⁹ «ausnahmslos individuelle Interessen»] A₁ «ausnahmslos Interessen»; A₂ «ausnahmslos individuelle Interessen».

nahmslos individuellen Interessen zugute; der Zweck des Rechtes, individuelle Interessen zu schützen, wird nur in der Mehrzahl der Fälle, nicht aber immer realisiert, so daß auch der Fall eines Rechtsschutzes ohne individuelles Interesse gegeben sein kann. Diesen und keinen anderen Sinn kann auch der *Hold'sche* Satz haben: „Nicht konkrete, sondern *abstrakte*, nicht individuelle, sondern *generelle* Interessen schützt das Recht“.²⁾ Denn es gibt keine anderen als konkrete und individuelle Interessen, und was als „Durchschnitts-“, „abstraktes“, „generelles“ oder „objektives“ Interesse bezeichnet wird, ist kein Interesse, sondern der Ausdruck für das Verhältnis regelmäßigen Vorkommens individueller, konkreter subjektiver Interessen unter gewissen Umständen. Die Ausdrucksweise, daß in einem gegebenen Falle zwar kein individuelles aber doch ein generelles oder Durchschnittsinteresse vorliege, darf nicht so gedeutet werden, als ob doch irgend etwas vorliege, das Interesse genannt werden könne. Gar nichts dergleichen liegt vor, die irreführende Ausdrucksweise bedeutet nur, daß in *anderen* fast gleichen Fällen ein Interesse vorzuliegen pflege, oder daß hier ein Interesse vorliegen *sollte, aber eben nicht vorliegt*.

Wenn⁴⁰⁵¹ nun das Wort „Durchschnittsinteresse“ in die Definition des subjektiven Rechtes aufgenommen wird, dann ist in den Begriff ein bloß regelmäßiges Merkmal rezipiert worden, und das muß als logisch unmöglich zurückgewiesen werden. Es ist unmöglich, in der | Definition eines Begriffes von vornherein zu behaupten, dieses oder jenes Merkmal komme *dem Begriffe* nur regelmäßig, nicht notwendig und ausnahmslos zu.

Diese schon bei der Kritik *Iherings* vorgebrachten Argumente⁴⁰⁵² wären hier nicht wiederholt worden, wenn nicht *Hold* versucht hätte, diese Art der Begriffsbildung zu rechtfertigen. Er macht nämlich geltend, daß die Rechtsbegriffe als „Idealtypen“ fungieren, die in der *Welt der Wirklichkeit* nie genau in der Weise zur Erscheinung gelangen, wie sie im System der Wissenschaften stehen.¹⁾ „So wenig aber der Naturforscher mit der Aussage, daß ein Tier vier Füße hat, leugnet, daß einzelne Exemplare Abweichungen aufweisen, so wenig leugnet die Rechtswissenschaft das tatsächlich Vorhandene hinweg, wenn sie ihren Idealbegriff konstruiert.“⁴⁰⁵⁴ Allein, wenn der Naturforscher aussagt, daß ein Pferd vier Füße habe, so will er damit eine Regel und keinen *Begriff* aufstellen, weil er kaum in der Lage wäre, auf diesem formalen Wege zu⁴⁰⁵⁵ einem Begriffe zu gelangen. Der Natur-

²⁾ a. a. O. S. 126.⁴⁰⁵⁰

| 673 ¹⁾ a. a. O. S. 29.⁴⁰⁵³

⁴⁰⁵⁰ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 126 – nicht alle Hervorhebungen des Originals von Kelsen übernommen.

⁴⁰⁵¹ «Umständen. ... [Wenn] A₁ «Umständen. [Wenn]; A₂ «Umständen. ... [Wenn».

⁴⁰⁵² Vgl. oben insb. S. 730f.

⁴⁰⁵³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 29.

⁴⁰⁵⁴ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 29.

⁴⁰⁵⁵ «Wege zu»] A «Wege (statische Methode?) zu»; F* «Wege zu».

forscher gibt keine Definition des Begriffes Pferd, wenn er behauptet, es habe normalerweise vier Füße, aber *Hold* will einen *Begriff* des subjektiven Rechtes konstruieren, wenn er von demselben aussagt, es enthalte ein „Durchschnittsinteresse“, d. h. nur regelmäßig, nicht ausnahmslos ein Interesse.

Nicht stichhaltig ist auch die Berufung *Holds*⁴⁰⁵⁶ auf *Sigwarts* Charakterisierung des Begriffes: „Der logisch vollkommene, reine Begriff ist ein *Idealbegriff*, von einem Prinzip aus folgerichtig entworfen, und seiner logischen Brauchbarkeit schadet die Unmöglichkeit, ihm ein vollkommen entsprechendes Gegenbild in der Wahrnehmung zu geben, so wenig, als der Begriff der Ellipse oder der Parabel darum unbrauchbar wird, weil keine Grenze eines wirklichen Körpers und keine Bahn eines Planeten als eine strenge Ellipse oder Parabel im geometrischen Sinne sich ausweisen kann“²⁾. Denn diesen Worten *Sigwarts* ist völlig zuzustimmen und dennoch muß die *Holdsche* Begriffskonstruktion zurückgewiesen werden. Der geometrische Begriff der Parabel oder Ellipse, des Kreises oder des Quadrates enthält durchaus kein bloß regelmäßiges, nicht notwendiges Merkmal und wenn in der ganzen, unserer sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen Seinswelt nichts zu finden ist, was den geometrischen Idealbegriffen entspricht, dann gibt es eben in der Realität keine Kreise, Ellipsen, Quadrate etc. etc. Keinesfalls wird es der Geometrie⁴⁰⁵⁸ beifallen, an die reellen Körper und Flächen eine | Konzession zu machen und in dem geometrischen Begriffe – nur um ihm in der Realität ein Entsprechendes gegenüberstellen zu können – irgendeine Eigenschaft als bloß regelmäßige zu erklären. Die Punkte eines Kreises sind nicht bloß regelmäßig, sondern immer und ausnahmslos, weil notwendig, von einem Mittelpunkte gleich weit entfernt, auch wenn, ja obgleich es in Wirklichkeit keine kreisförmigen, sondern nur kreisformähnliche Körpergrenzen gibt.

|674

Allein, *Hold* hat gerade um in der Seinswelt subjektive Rechte behaupten zu können, die in der Realität beobachtete bloße Regelmäßigkeit⁴⁰⁵⁹ gewisser Merkmale in den Begriff aufgenommen. Nur weil er nicht darauf verzichten wollte und konnte, in der Wirklichkeit des Rechtslebens subjektive Pflichten und subjektive Rechte zu behaupten – sowie es die Geometrie in Bezug auf ihre Idealbegriffe tut – hat er Merkmalen seines *Begriffes* des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht die Eigenschaft bloßer *Regelmäßigkeit* zugesprochen. Seine „generellen“ Rechtsbegriffe⁴⁰⁶⁰ sind daher das gerade Gegenteil von „Idealbegriffen“.

2) *Sigwart*, Logik II. S. 258.⁴⁰⁵⁷

⁴⁰⁵⁶ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 29.

⁴⁰⁵⁷ *Christoph Sigwart*, Logik, Bd. 2: Die Methodenlehre, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1893, S. 258 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁰⁵⁸ «es der Geometrie»] A₁ «es der Mathematik oder Geometrie»; A₂ «es Geometrie [sic]».

⁴⁰⁵⁹ «beobachtete bloße Regelmäßigkeit»] A₁ «beobachtete Regelmäßigkeit»; A₂ «beobachtete bloße Regelmäßigkeit».

⁴⁰⁶⁰ «Seine „generellen“ Rechtsbegriffe»] A₁ «Seine Begriffe»; A₂ «Seine „generellen“ Rechtsbegriffe».

Wenn man das „Interesse“ als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechtes gelten lassen und damit einen „Idealbegriff“ schaffen will, von dem man von vornherein voraussetzt, daß ihm die Wirklichkeit nicht oder nicht ausnahmslos entspricht, dann muß man konsequenterweise in allen Fällen, wo es an einem Interesse fehlt, den Mut der Konsequenz haben und das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes in Abrede stellen, so wie es eben der exakte Geometer gegenüber seinen Idealbegriffen tatsächlich tut. Dabei muß freilich dahingestellt bleiben, ob ein solcher Rechtsbegriff auch nur annähernd jene Brauchbarkeit aufweist, wie der geometrische Idealbegriff. Denn das Mißverhältnis zwischen den als „fast“ oder „beinahe“ Kreise, Ellipsen etc. etc. zu bezeichnenden Realitäten und den entsprechenden Idealbegriffen kann nur ein minimales, leicht zu vernachlässigendes sein. Was der „noch“ als Ellipse bezeichneten Bahn eines Gestirnes zur idealen Ellipse fehlt, kann nur ein *quantitativ* gering zu bemessendes sein, da sonst die Analogie zur Ideal-Ellipse schlechterdings sinnlos wäre. Wesentlich anders aber stellte sich das Verhältnis der idealen Rechtsbegriffe zu den als „Ausnahmen“ „noch“ unter sie zu subsumierenden Tatbeständen dar. Setzt man das subjektive Recht begrifflich aus zwei Elementen – dem Interesse und dem Rechtsschutz – zusammen, dann kann ein Tatbestand, der ein Interesse nicht aufweist, dem also die eine Hälfte der Begriffsmerkmale vollständig fehlt, nicht als ein „fast“ oder „beinahe“ „Recht“ bezeichnet werden; hier fehlt jede Annäherung an das Ideal, hier liegt nicht eine quantitativ meßbare, zu vernachlässigende, sondern eine qualitat|tative, prinzipielle Differenz vor. Es ist eben kein subjektives Recht gegeben.

|675

Schließlich ist zu bedenken, daß das Verhältnis des abstrakten Rechtsbegriffes zu dem konkreten unter ihn zu subsumierenden Tatbestände nicht ein analoges ist, wie das des geometrischen *Idealbegriffes* zu den konkreten Körpern, der dem Ideal nicht gleich, sondern nur nahe kommenden Realität, der unvollkommenen körperlichen⁴⁰⁶¹ Seinswelt; denn die unter die Rechtsbegriffe zu subsumierenden konkreten Tatbestände gehören eben nicht dieser realen Seinswelt an, sondern sind ebenso ideal wie die Begriffe selbst. Es verhält sich der Begriff des subjektiven Rechtes zu dem subjektiven Rechte auf Rückzahlung des Darlehns, nicht wie sich der Begriff Kugel zu der Form eines realen, bestimmten kugelähnlichen Messinggegenstandes verhält, sondern wie etwa der Begriff des Winkels zu einem Winkel von 94°. Das konkrete subjektive Recht ist ebenso *ideal* und kann, ja muß ebenso vollkommen gedacht werden, wie der Begriff des subjektiven Rechtes, denn das konkrete subjektive Recht gehört keiner anderen Welt an, als dieser Begriff, ist ebenso lediglich in der ideellen Konstruktion, dem *Denken* (nicht in der sinnlichen *Empfindung*) existent wie der Begriff. Darin⁴⁰⁶² wurde ja hier der Fehler aller jener Konstruktionen erblickt, die psychische Momente wie Wille, Interesse etc. in

⁴⁰⁶¹ «der unvollkommenen körperlichen»] A₁ «der körperlichen»; A₂ «der unvollkommenen körperlichen».

⁴⁰⁶² «Begriff, ist ebenso ... Darin»] A₁ «Begriff. Darin»; A₂ «Begriff, ist ebenso ... Darin».

Rechtsbegriffe aufnehmen: daß sie sich in die der Welt der Rechtsbegriffe völlig fremde Welt des Seins, der Realität verirren.⁴⁰⁶³

Ganz wie der *Holdsche* Pflichtbegriff,⁴⁰⁶⁴ so versagt auch der Begriff des subjektiven Rechtes gerade für den Fall, in dem er für den Juristen am aktuellsten ist: im Falle des Unrechtes. Wenn nämlich die nur regelmäßig wirkende motivierende Kraft der Rechtsordnung versagt, fehlt es an jener Macht, die nach *Hold* das subjektive Recht ist. Es liegt übrigens ein gewisser Humor in der Vorstellung, daß das subjektive Recht, welches ein bestimmter Gläubiger gegen seinen pflichtwidrig nicht⁴⁰⁶⁵ zahlenden Schuldner hat, in der Macht bestehen soll, durch die zwar nicht dieser Schuldner, aber doch die meisten anderen Schuldner regelmäßig veranlaßt werden, ihre Schulden zu zahlen! Ein *subjektives*, oder was dasselbe ist, ein *individuelles* Recht hat *Hold* mit seiner Definition nämlich gar nicht konstruiert. Tatsächlich hat er das Problem der Subjektivierung des objektiven zum subjektiven Rechte gar nicht gelöst; denn seine Definition des subjektiven Rechtes ist tatsächlich identisch mit der des objektiven! Er sagt: „Subjektiv berechtigt sein heißt sonach, dadurch eine Macht über einen Menschen ausüben, daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird ...“⁴⁰⁶⁶ Wenn „Subjektiv berechtigtsein“ wirklich „eine Macht ausüben“ heißen sollte, müßte wohl das Subjekt des Berechtigtseins und des Machtausübens identisch sein. Dem ist tatsächlich nicht so. Denn die Macht, von der in der Definition des subjektiven Rechtes die Rede ist, übt nicht das Rechtssubjekt aus, sondern die Rechtsordnung; es ist, wie *Hold* selbst einräumt¹⁾, die angeblich regelmäßig wirkende, motivierende Macht⁴⁰⁶⁸ der Rechtsordnung. Subjektiv berechtigt sein, heißt also nach *Hold* nichts anderes, als daß die Rechtsordnung *regelmäßig*, also nicht einmal, daß sie in einem besonderen Falle motivierend wirkt! Die als „subjektives Recht“ bezeichnete Macht ist tatsächlich das objektive Recht. Warum heißt also das objektive Recht „mein“ Recht? Darauf antwortet *Hold*: „*Sein* Recht wird der Normenschutz, weil es *sein Interesse* ist, das geschützt wird“²⁾. Also das Interesse ist das subjektivierende, individualisierende Moment! Allein, da vergißt *Hold*, daß das „Interesse“, das er in

| 676

¹⁾ Er sagt a. a. O. S. 120⁴⁰⁶⁷ von dieser Macht: „Sie geht daher in letzter Linie nicht vom Berechtigten aus, sondern von der Rechtsgemeinschaft“.

| 676

²⁾ a. a. O. S. 123.⁴⁰⁶⁹

⁴⁰⁶³ Vgl. dazu oben S. 468, 470f., 486f., 490, 498, 507, 540f., 574, 579f., 634f., 727, 734, 814, 839.

⁴⁰⁶⁴ Vgl. oben S. 444f., 467–473.

⁴⁰⁶⁵ «seinen pflichtwidrig nicht»] A₁ «seinen nicht»; A₂ «seinen pflichtwidrig nicht».

⁴⁰⁶⁶ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 127.

⁴⁰⁶⁷ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 120.

⁴⁰⁶⁸ «die angeblich regelmäßig wirkende, motivierende Macht»] A₁ «die regelmäßig wirkende Macht»; A₂ «die angeblich regelmäßig wirkende motivierende Macht».

⁴⁰⁶⁹ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 123 – erste Hervorhebung von Kelsen, zweite Hervorhebung vom Autor.

den Begriff des subjektiven Rechtes aufgenommen hat, gar nicht ein individuelles Interesse, gar nicht ein Interesse des Berechtigten ist, sondern vielmehr ein generelles Durchschnittsinteresse. Die Macht der Rechtsordnung ist ja auch dann „sein Recht“, wenn er gar kein Interesse hat! Es ist ja gar nicht „sein“ Interesse, das geschützt wird, „ja selbst wer das gegenteilige Interesse hätte, erscheint als geschützt“³⁾ und subjektiv berechtigt! Denn, sagt *Hold*, der Gesetzgeber erläßt „seine Normen für die ganze Rechtsgemeinschaft, nicht für einzelne Menschen“⁴⁾. Ein subjektives Recht ist aber nur möglich, wenn es gelingt, eine Relation gerade dieser einzelnen zur Rechtsordnung herzustellen. Die *Holdsche* generelle Betrachtung des Rechtes läßt die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes nicht zu.

So sehr die *Holdsche* Konstruktion des subjektiven Rechtes aus prinzipiell methodischen Gründen abgelehnt werden muß, so zustimmend müssen doch einige, nicht alle Resultate⁴⁰⁷² anerkannt werden, die seine Untersuchungen über das Verhältnis von subjektivem Recht und subjektiver Pflicht ergeben haben. Es muß ihm als besonderes Verdienst zugerechnet werden, daß er die primäre Bedeutung der Pflicht gegenüber dem subjektiven Rechte erkannt hat⁵⁾, daß er jedes subjektive Recht nur auf die Pflicht eines anderen gerichtet sein läßt,⁶⁾ damit aber die falsche Vorstellung des Rechtes als „Dürfen“, die Annahme von⁴⁰⁷⁵ einem Recht auf eigenes Verhalten oder an einer Sache verwirft und die Konstruktion von berechtigenden Pflichten | oder verpflichtenden Rechten, im Sinne eines Verhaltens, zu dem jemand sowohl berechtigt als verpflichtet ist, ablehnt¹⁾.

Was aber die *Holdsche* Anschauung von der hier vertretenen Konstruktion in Bezug auf das Verhältnis von Recht und Pflicht prinzipiell unterscheidet, ist der Umstand, daß *Hold* eine notwendige und untrennbare Korrelation⁴⁰⁷⁷ zwischen Recht und Pflicht annimmt, so zwar, daß jeder Pflicht ein Recht, jedem Recht eine Pflicht entspricht²⁾. Denn für *Hold* ist das subjektive Recht tatsächlich nur „der

3) a. a. O. S. 125.⁴⁰⁷⁰

4) a. a. O. S. 125.⁴⁰⁷¹

5) Vgl. a. a. O. S. 119.⁴⁰⁷³

6) a. a. O. S. 120.⁴⁰⁷⁴

| 677 |¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 140 ff.⁴⁰⁷⁶

2) Vgl. a. a. O. S. 127.⁴⁰⁷⁸

⁴⁰⁷⁰ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 125.

⁴⁰⁷¹ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 125.

⁴⁰⁷² «einige, nicht alle Resultate»] A₁ «einige Resultate»; A₂ «einige – nicht alle – Resultate».

⁴⁰⁷³ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 119.

⁴⁰⁷⁴ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 120.

⁴⁰⁷⁵ «Vorstellung ... von»] A₁ «Vorstellung von»; A₂ «Vorstellung ... von».

⁴⁰⁷⁶ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 140–145.

⁴⁰⁷⁷ «notwendige und untrennbare Korrelation»] A₁ «notwendige Correlation»; A₂ «notwendige u untrennbare Correlation».

⁴⁰⁷⁸ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 127.

Reflex der Pflicht⁴⁰⁷⁹). Das subjektive Recht besteht bei ihm in Wahrheit lediglich in dem durch die Pflichten statuierende Rechtsordnung⁴⁰⁸⁰ geschaffenen Zustand der Geschütztheit. Daraus geht aber hervor, daß sein Begriff des subjektiven Rechtes das Merkmal des Interesses ohne weiteres entbehren könnte. Denn um subjektiv berechtigt zu sein, kommt es lediglich darauf an, daß man geschützt ist, nicht was geschützt wird, d. h. daß überhaupt ein Schutz besteht, nicht daß ein konkretes Schutzobjekt: das Interesse, gegeben ist. Wie bei *Ihering* ist auch bei *Hold* das materielle (Zweck-)Moment nur zum Schein und bloß dem Worte nach im Begriffe des subjektiven Rechtes enthalten. Es ist im Grunde der alte naturrechtliche Rechtsbegriffe der *Freiheit* des Einen als⁴⁰⁸¹ die Kehrseite der Gebundenheit des Anderen, der, wie bei *Ihering*,⁴⁰⁸² so auch bei *Hold* wiederkehrt.⁴⁰⁸³

Die sekundäre Natur des subjektiven Rechtes gegenüber der subjektiven Pflicht wurde hier schon wiederholt betont.⁴⁰⁸⁴ Die Tatsache, daß jedes Recht des Einen auf eine korrespondierende Pflicht des Anderen gerichtet⁴⁰⁸⁵ sein muß, hat die Möglichkeit von Rechten auf *eigenes* Verhalten ausgeschlossen. Daraus schon ergibt sich, daß eine Koinzidenz von Recht und Pflicht nicht in dem Sinne denkbar ist, daß Recht und Pflicht derselben Person zugleich auf dasselbe gerichtet sind. Das Verhalten, zu dem eine Person verpflichtet ist – und eine Person ist stets nur zu eigenem Verhalten verpflichtet – dazu kann dieselbe Person nicht berechtigt sein, da ein Recht auf das eigene Verhalten nicht möglich ist. Dagegen ist auf eine andere Weise die Verbindung von Recht und Pflicht in einer Person möglich, bei welcher ein gewisser innerer Zusammenhang zwischen einer Pflicht und einem Rechte einer Person geschaffen wird. Zu einem subjektiven Rechte wird der Rechtssatz bekanntlich dadurch, daß dem Subjekte ein Anspruch eingeräumt wird, dessen Erhebung als Voraussetzung für die Realisierung des staatlichen Willens gilt, durch den die dem subjektiven Rechte korrespondierende Pflicht eines anderen statuiert wird. Es ist nun durchaus denkbar, daß die Erhebung dieses Anspruches – diese Geltendmachung des eigenen Rechtes – durch einen anderen Rechtssatz als Pflicht statuiert ist, in dem auf die Nichtgeltendmachung, auf die Nichterhebung des Anspruches eine Unrechtsfolge gesetzt ist. Das Subjekt ist in einem solchen Falle verpflichtet, sein Recht auszuüben, wenn man auch, streng genommen, nicht sagen kann, es sei berechtigt, seine Pflicht zu erfüllen; denn die

| 678

³⁾ a. a. O. S. 150.⁴⁰⁷⁹

⁴⁰⁷⁹ *Ferneck*, Rechtswidrigkeit (Anm. 1939), S. 150.

⁴⁰⁸⁰ «die Pflichten statuierende Rechtsordnung»] A₁ «die Rechtsordnung»; A₂ «die Pflichten statuierende Rechtsordnung».

⁴⁰⁸¹ «naturrechtliche ... als»] A₁ «naturrechtliche Begriffe der *Freiheit*, als»; A₂ «naturrechtliche Rechtsbegriffe der *Freiheit* des einen, als».

⁴⁰⁸² Vgl. oben S. 737 f.

⁴⁰⁸³ «Als ein „Können“ ... *Hold* wiederkehrt.» (83513–84311)] in A₂ eingefügt.

⁴⁰⁸⁴ Vgl. oben S. 436, 520 f., 819 f., 842 f.

⁴⁰⁸⁵ «Recht ... gerichtet»] A₁ «Recht auf eine korrespondierende Pflicht gerichtet»; A₂ «Recht des einen auf eine korrespondierende Pflicht des anderen gerichtet».

Pflichterfüllung besteht in der Erhebung des Anspruches, Anstellung der Klage etc.; diese Erhebung des Anspruches, oder Geltendmachung des Rechtes ist nicht Gegenstand des Rechtes selbst, das Subjekt hat kein „Recht“, den Anspruch zu erheben, sondern infolge des Anspruches hat es ein Recht auf die Pflicht eines anderen.

Es ist einleuchtend, weshalb eine derartige, theoretisch zwar stets mögliche Verknüpfung⁴⁰⁸⁶ von Recht und Pflicht normalerweise vom praktischen gesetztechnischen Standpunkte aus als⁴⁰⁸⁷ unzuweckmässig erscheinen muß. Die Verpflichtung zur Erhebung des Anspruches, zur Anstellung der actio etc. kann nur erfolgen, um eine Garantie dafür zu schaffen, daß es zur Realisierung jener Unrechtsfolgen auch wirklich komme, die durch die Erhebung des Anspruches⁴⁰⁸⁸ bedingt sind und durch die jene Pflicht sanktioniert wird, die durch den Anspruch geltend gemacht wird. Allein, dieser Zweck ist viel einfacher und ohne diesen komplizierten Umweg dadurch zu erreichen, daß jene Bedingung für die gewünschte Realisierung der Unrechtsfolgen, deren Eintritt, weil im Ermessen des Subjektes stehend, zweifelhaft, aber durch die Rechtsordnung vom „Gesetzgeber“ beabsichtigt ist, nämlich die Erhebung des Anspruches⁴⁰⁸⁹ – nicht in den verpflichtenden Rechtssatz aufgenommen wird. Wenn der Staat durchaus und unter allen Umständen z. B. gewisse Unrechtsfolgen verhängen will, braucht er, um sicher zu gehen, die Realisierung derselben nicht von der Erhebung einer Klage seitens eines Untertanen abhängig zu machen.

Gesetzestechisch notwendig wird die Verpflichtung zur Anspruchserhebung nur unter ganz besonderen Umständen sein. Dann nämlich, wenn der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates zu einem Handeln, seinem besonderen Inhalte nach, gar nicht ohne Erhebung eines bezüglichen Anspruches realisierbar ist.

Zum Verständnis dieses Falles vergegenwärtige man sich zunächst, daß gewisse Handlungen und insbesondere auch Rechtshandlungen gibt, die komplementäre Handlungen anderer voraussetzen, ohne die sie gar nicht möglich sind. So kann man nicht fechten, ohne daß ein anderer entsprechende Gegenbewegungen macht, so kann man kein Darlehen empfangen, ohne daß ein anderer ein solches gibt. | Nun gibt es auch Handlungen des Staates, die ohne komplementäre Handlungen der Untertanen gar nicht möglich sind. Ist der im Rechtssatze erklärte Wille des Staates auf solche ergänzungsbedürftige Handlungen gerichtet, dann

⁴⁰⁸⁶ «derartige, theoretisch zwar stets mögliche Verknüpfung»] A₁ «derartige Verknüpfung»; A₂ «derartige theoretisch zwar stets mögliche Verknüpfung».

⁴⁰⁸⁷ «normalerweise ... aus als»] A₁ «normaler Weise als»; A₂ «normaler Weise vom praktischen gesetztechnischen Standpunkte aus als».

⁴⁰⁸⁸ «durch die Erhebung des Anspruches»] A₁ «durch den Anspruch»; A₂ «durch die Erhebung des Anspruches».

⁴⁰⁸⁹ «daß jene Bedingung ... des Anspruches»] A₁ «daß der Anspruch als Bedingung für die Realisierung der Unrechtsfolgen, deren Eintritt zweifelhaft aber bezweckt durch die Rechtsordnung vom „Gesetzgeber“ beabsichtigt ist, nämlich der Anspruch»; A₂ «daß jene Bedingung ... des Anspruches».

müssen die komplementären Handlungen der Untertanen notwendig als Bedingung des staatlichen Willens zu diesem Handeln erscheinen. Lassen sich dann die komplementären Handlungen der Untertanen unter die Kategorie des Anspruches subsumieren, stellen sie sich auch als ein auf das durch sie ergänzte Handeln⁴⁰⁹⁰ des Staates gerichtetes „Ansprechen“ dar, dann ist im Verhältnis zu diesen Untertanen die Relation⁴⁰⁹¹ eines subjektiven Rechtes gegeben. Soll nun eine Garantie für die tatsächliche Ausführung jener komplementären Handlungen der Untertanen geschaffen⁴⁰⁹² werden, von denen die Realisierung des im Rechtssatze erklärten staatlichen Willens⁴⁰⁹³ notwendig abhängt, ist gesetzestechnisch keine andere Möglichkeit gegeben, als die Untertanen zur Vollziehung der komplementären Handlungen zu verpflichten, d. h. unter Androhung von Unrechtsfolgen eine Rechtspflicht zur Geltendmachung eines subjektiven Rechtes zu statuieren.

⁴⁰⁹⁰ «das durch sie ergänzte Handeln»] A₁ «das Handeln»; A₂ «das durch sie ergänzte Handeln».

⁴⁰⁹¹ «die Relation»] A₁ «der Tatbestan[d]»; A₂ «die Relation».

⁴⁰⁹² «Handlungen der Untertanen geschaffen»] A₁ «Handlungen geschaffen»; A₂ «Handlungen der Untertanen geschaffen».

⁴⁰⁹³ «erklärten staatlichen Willens»] A₁ «erklärten Willens»; A₂ «erklärten staatlichen Willens».

XXIX. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen.

Jenes eigenartige Verhältnis komplementärer Handlungen zwischen Staat und Untertan findet sich im Tatbestande des sogenannten Wahlrechtes.

Das Wahlrecht im objektiven Sinne besteht in einer Reihe von Rechtssätzen, durch welche der Staat verpflichtet wird, unter gewissen Voraussetzungen die Wahlerklärung des Untertanen, den Stimmzettel oder die mündliche Bezeichnung eines Kandidaten entgegenzunehmen und in einer bestimmten Weise zu behandeln, so zwar, daß der Staat eine von den abgegebenen Wahlstimmen bezeichnete⁴⁰⁹⁴ Person unter bestimmten Voraussetzungen als Abgeordneten erklärt. Diese staatlichen Akte innerhalb des Wahlvorganges bedürfen – um überhaupt realisiert werden zu können – der komplementären Handlungen seitens der Untertanen, bei denen die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit gegeben⁴⁰⁹⁵ sind: Die Wähler müssen an die staatliche Wahlbehörde Stimmzettel abliefern oder mündliche Erklärungen abgeben, damit diese die in den objektiven Wahlrechtssätzen statuierten Pflichten des Staates überhaupt erfüllen können. Die Abgabe der | Wahlerklärung seitens der Untertanen ist nun zweifellos⁴⁰⁹⁶ als Bedingung und zwar als notwendige Bedingung für die Realisierung des im objektiven Wahlrechtssatze⁴⁰⁹⁷ erklärten Willens des Staates anzusehen. Dabei kann die Abgabe der Wahlerklärung seitens der Untertanen im Verhältnis zu der durch diese Handlung ergänzungsbedürftigen und bedingten Staatspflicht ungezwungen als „Anspruch“ des Wählers an den Staat gelten; denn der Wähler macht durch die Abgabe seiner Wahlerklärung die im objektiven Wahlrechtssatze statuierte Pflicht des Staates, seinen Stimmzettel in Empfang zu nehmen etc., geltend. Darum ist der Wahlrechtssatz nach der hier entwickelten Konstruktion⁴⁰⁹⁸ des subjektiven Rechtes⁴⁰⁹⁹ ein subjektives Recht des Wählers: denn er steht zu dem die Voraussetzungen der aktiven Wahlfähigkeit erfüllenden Subjekte in jener besonderen Relation,

|680

⁴⁰⁹⁴ «den abgegebenen Wahlstimmen bezeichnete»] A₁ «den Wahlerklärungen bezeichnete»; A₂ «den abgegebenen Wahlstimmen bezeichnete».

⁴⁰⁹⁵ «der aktiven Wahlfähigkeit gegeben»] A₁ «des Wahlrechts gegeben»; A₂ «der aktiven Wahlfähigkeit gegeben».

⁴⁰⁹⁶ «nun zweifellos»] A₁ «nun im Verhältnis zu der durch diese Handlung ergänzungsbedürftige Staatspflicht ungezwungen als „Anspruch“ des Wähler an den [bricht ab]»; A₂ «nun zweifellos».

⁴⁰⁹⁷ «im objektiven Wahlrechtssatze»] A₁ «im Wahlrechtssatze»; A₂ «im objektiven Wahlrechtssatze».

⁴⁰⁹⁸ «Konstruktion»] A₁ «Definition»; A₂ «Konstruktion».

⁴⁰⁹⁹ Vgl. insb. oben S. 827.

derzufolge dieses Subjekt über den Rechtssatz verfügen kann, indem der in dem Rechtssatze erklärte Wille des Staates von einem Anspruche des Subjektes abhängig gemacht ist. Dabei muß hervorgehoben werden, daß diese Relation eine notwendige ist, d. h. daß, wenn die Rechtsordnung das Institut der Abgeordnetenwahl durch die Untertanen überhaupt statuiert⁴¹⁰⁰ und die Wahlleitung und Durchführung durch den Staat, resp. dessen Organe erfolgt, dies nur mit der Normierung von subjektiven Wahlrechten der Untertanen erfolgen kann. Diese subjektiven Wahlrechte sind allerdings nicht auf⁴¹⁰¹ die eigenen Handlungen der Wähler gerichtet – ein subjektives Recht auf eigenes Verhalten ist unmöglich – sondern auf die pflichtmäßigen Wahlakte des Staates¹⁾.

Wiederholt werden muß, was bereits in anderem Zusammenhange betont wurde,⁴¹⁰⁷ daß die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung wegen Verletzung des Wahlrechtes für die Konstruktion desselben irrelevant ist, weil die Anstellung der Beschwerde oder Verwaltungsklage in diesem Falle nicht jene spezifische Bedeutung hat, wie die scheinbar analoge Erhebung der actio im Verhältnis zum Exekutionsrechtssatze des sogenannten Zivilrechtes. Dem mit der actio geltend gemachten Anspruche auf eine Pflicht des Staates zu einem bestimmten Handeln entspricht dem den Staat zu einem bestimmten Wahlakte verpflichtenden Wahl-

| 681

¹⁾ Zu einem ähnlichen, wenn auch in manchen Punkten abweichenden, weil von wesentlich anderen Voraussetzungen ausgehenden Resultate kommt *Jellinek*, wenn er behauptet: „Das Wahlrecht besteht daher, so paradox dies klingen mag, keineswegs in dem Rechte zu wählen“ (System S. 160)⁴¹⁰², und wenn er das subjektive Wahlrecht der Untertanen auf eine Tätigkeit des Staates, d. i. auf dessen „Anerkennung des einzelnen in seiner Eigenschaft als Wähler“ (a. a. O. S. 161)⁴¹⁰³ gerichtet sein läßt. Das Wählen der Untertanen als subjektives Recht *des Staates* aber gelten zu lassen – so wie *Jellinek* es tut – muß abgelehnt werden, weil der Wähler als solcher nicht Staatsorgan ist, wie *Jellinek* annimmt.⁴¹⁰⁴ Ein subjektives Recht des Staates auf die Tätigkeit des Wählers setzt geradezu die Trennung zwischen der Person des Staates und der des Wählers voraus, und ist nur möglich, wenn eine Rechtspflicht des Wählers zur Vornahme des Wahlaktes besteht. Auch kann nicht ein subjektives Recht des Wählers schlechthin auf *jeden* Wahlakt des Staates angenommen werden, sondern nur auf jene, die durch den Anspruch des Wählers bedingt sind; darum nicht auf die Eintragung in die Wählerliste, wenn der Staat diesen Akt – was regelmäßiger der Fall ist – ex offo und nicht bloß auf Verlangen des Wählers vorzunehmen verpflichtet ist. Die Möglichkeit einer Reklamation oder sonst eines Rechtsmittels wegen Nichteintragung ist für den Bestand eines subjektiven Rechtes irrelevant; vgl. oben S. 658 ff.⁴¹⁰⁶

| 680

⁴¹⁰⁰ «Untertanen überhaupt statuiert»] A₁ «Untertanen statuiert»; A₂ «Untertanen überhaupt statuiert».

⁴¹⁰¹ «Diese subjektiven Wahlrechte sind allerdings nicht auf»] A₁ «Diese Wahlrechte sind allerdings auf»; A₂ «Diese subjektiven Wahlrechte sind allerdings nicht auf».

⁴¹⁰² *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 159 f.

⁴¹⁰³ *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 161.

⁴¹⁰⁴ Vgl. *Jellinek*, System (Anm. 1935), S. 159.

⁴¹⁰⁵ «annimmt. Ein»] A «annimmt, und selbst wenn dies der Fall wäre ein subj. Recht des Staates auf eigenes Verhalten als unzulässig gelten müßte. Ein»; F* «annimmt. Ein».

⁴¹⁰⁶ Vgl. oben S. 821–827.

⁴¹⁰⁷ Vgl. oben S. 822 f.

rechtssatze⁴¹⁰⁸ gegenüber tatsächlich nur die Abgabe der Wahlerklärung seitens der Untertanen, die Überreichung des Stimmzettels etc. etc. Denn nur durch diesen Akt, nicht die der Rechtsverfolgung dienende Anstellung der Klage wegen Wahlrechtsverletzung wird der im Wahlrechtssatze erklärte Wille des Staates bedingt und zu dem Wähler in jene besondere subjektive Relation⁴¹⁰⁹ gebracht, derzufolge dieser Rechtssatz zum *Rechte des Wählers wird*.

Sein Wahlrecht auszuüben, d. h. die im Wahlrechtssatze statuierte Rechtspflicht des Staates durch Abgabe des Stimmzettels etc. geltend⁴¹¹⁰ zu machen, kann der einzelne dadurch rechtlich *verpflichtet* werden, daß in einem Rechtssatze das Unterlassen dieses Wahlaktes seitens des Wählers zur Bedingung eines Willens des Staates zu einer Unrechtsfolge, einer Strafe gemacht wird. Der rechtspolitische Zweck der Statuierung einer Wahlpflicht ist offenbar der, eine *rechtliche* Garantie dafür zu schaffen, daß der Wahlakt tatsächlich und möglichst vollständig zustandekomme, m. a. W. daß der im Wahlrechtssatze erklärte Wille des Staates möglichst in allen Fällen realisiert werde, in denen die persönlichen Voraussetzungen auf Seite der Untertanen (der Wähler) gegeben sind. Was die Realisierung dieses Staatswillens in Frage stellt, ist die diesen Willen bedingende, im Belieben des Wählers stehende Wahlerklärung⁴¹¹¹ des letzteren, dessen Stimmabgabe etc. Eine einfache Eliminierung dieser Bedingung ist nicht möglich, da die betreffende Handlung des Wählers zu der im Wahlrechtssatze gewollten des Staates in einem komplementären Verhältnis steht. Sonach erübrigt rechtstechnisch⁴¹¹² kein anderes Mittel, als diese komplementäre Handlung des Wählers als Rechtspflicht zu statuieren, indem durch einen selbständigen, von dem nur den Staat verpflichtenden Wahlrechtssatze (einem Rechtssatze im weiteren Sinne) verschiedenen⁴¹¹³, den Untertanen verpflichtenden Strafrechtssatz ein Wille des Staates zu einer Unrechtsfolge für den Fall des Unterbleibens der Wahlhandlung seitens des Wählers statuiert wird.

Es muß auf das nachdrücklichste betont werden, daß von einer *rechtlichen* |682 *Wahlpflicht*⁴¹¹⁴ *nur dann* die Rede sein kann, wenn | ein solcher Strafrechtssatz in der Rechtsordnung nachweisbar ist, und es muß auf[s] schärfste gegen jene in der Theorie und Praxis sehr häufige Argumentation Stellung genommen werden, die aus der „*öffentlichen* Natur“ des Wahlaktes auf dessen *Pflicht*-Natur schließt, die alle „*öffentlichen*“ Rechte wegen ihres publizistischen Charakters auch als Pflicht-

⁴¹⁰⁸ «dem den ... Wahlrechtssatze»] A₁ «dem Wahlrechtssatze»; A₂ «dem den ... Wahlrechtssatze».

⁴¹⁰⁹ «besondere subjektive Relation»] A₁ «besondere Relation»; A₂ «besondere subjektive Relation».

⁴¹¹⁰ «Staates durch Abgabe des Stimmzettels etc. geltend»] A₁ «Staates geltend»; A₂ «Staates durch Abgabe des Stimmzettels e. c. geltend».

⁴¹¹¹ «Wahlerklärung»] A₁ «Wahlakt»; A₂ «Wahlerklärung».

⁴¹¹² «rechtstechnisch»] A₁ «gesetztechnisch»; A₂ «rechtstechnisch».

⁴¹¹³ «von dem ... verschiedenen»] A₁ «vom Wahlrechtssatze verschiedenen»; A₂ «von dem ... verschiedenen».

⁴¹¹⁴ «einer *rechtlichen Wahlpflicht*»] A₁ «einer *Wahlpflicht*»; A₂ «einer *rechtlichen Wahlpflicht*».

ten gelten lassen will, oder gar in diesem den „öffentlichen“ Rechten um ihres besonderen Zweckes, des „öffentlichen“ Interesses willen angeblich innewohnenden⁴¹¹⁵ Pflichtcharakter den Unterschied gegenüber den Privatrechten erblickt.⁴¹¹⁶

Eine derartige Theorie kann nicht den Anspruch machen als juristische Konstruktion zu gelten; der von ihr vertretene Pflichtbegriff ist ein ethisch-politischer, kein rechtlicher. Ein Verhalten bloß deshalb als Pflicht bezeichnen, weil es im Interesse der Gesamtheit, im „staatlichen Interesse“ zu erfolgen hat, ohne diese Pflicht formal aus der Rechtsordnung zu deduzieren, muß vom juristischen Standpunkte aus abgelehnt werden. Wenn das Wählen wegen seines öffentlichen Charakters als öffentlichrechtliche Pflicht zu gelten hätte, wäre nicht einzusehen, wozu es noch jener besonderen Normen, jener in der Politik so vielumstrittenen Gesetze bedürfte, durch welche eine besondere Wahlpflicht eingeführt wird. Im übrigen kann hier auf eine weitere Kritik dieser Anschauung verzichtet werden, da die in den früheren Kapiteln durchgeführte Untersuchung des Rechtspflichtbegriffes⁴¹¹⁷ eine ausführliche Widerlegung dieses Standpunktes bedeutet.

Die besondere Verbindung von Wahlpflicht und Wahlrecht zeigt deutlich, daß jenes eigenartige Ineinandergreifen von Pflicht und Recht die Nomenklatur einer⁴¹¹⁸ „berechtigenden Pflicht“ oder eines „verpflichtenden Rechtes“ nicht rechtfertigt. Denn Wahlrecht und Wahlpflicht sind auf völlig Verschiedenes gerichtet; ja sie sind formal ganz selbständig und unabhängig von einander. Erkennt man nämlich das subjektive Recht wie die subjektive Pflicht als den Rechtssatz in einer besonderen Relation, dann zeigt sich, daß der zum subjektiven Wahlrecht gewordene Rechtssatz ein ganz anderer ist als derjenige, aus dem sich die subjektive Wahlpflicht ableitet. Während nämlich der erstere der den Staat zum Wahlakte verpflichtende Wahlrechtssatz ist, also ein Rechtssatz im weiteren Sinne, ist der letztere ein Strafrechtssatz, also ein Rechtssatz im engeren Sinne.

Die formale Konstruktion des subjektiven Wahlrechtes ist sehr durch die Anschauung beeinflußt worden, daß der Wähler Staatsorgan, das Wählen Staatsfunktion sei; man hat – wie bereits früher bemerkt⁴¹¹⁹ – das Wahlrecht als ein Recht auf Organstellung auffassen zu sollen geglaubt. Daß dem Wähler Organqualität nicht zukommen könne, wurde bereits in anderem Zusammenhange dargetan.⁴¹²⁰ Hier |

| 683

⁴¹¹⁵ «willen angeblich innewohnenden»] A₁ «willen innewohnenden»; A₂ «willen angeblich innewohnenden».

⁴¹¹⁶ «erblickt.»] A «erblickt.^{Fn}wie zB Bierling^{Fn}»; F* «erblickt.».

⁴¹¹⁷ Vgl. oben XI.–XXI. Kapitel, S. 435–719.

⁴¹¹⁸ «Recht die Nomenklatur einer»] A₁ «Recht nur sehr ungenau [bricht ab]»; A₂ «Recht die Annahme von [bricht ab]»; A₃ «Recht die Nomenklatur einer».

⁴¹¹⁹ Vgl. oben S. 627, 772f.

⁴¹²⁰ Vgl. oben S. 609, 627, 637, 772f., 830, 847 Anm. 1.

zung für die Bildung des gesetzgebenden Parlamentes zu dem großen Prozesse der sogenannten Staatswillenserzeugung, dessen gesellschaftliche, außerstaatliche Natur⁴¹²¹ bereits früher erwiesen wurde.⁴¹²² Was vom Totalvorgange der Wahl dem Staate zugerechnet werden kann, das sind jene Handlungen, die als Pflichten des Staates in Rechtssätzen statuiert und darum zurechenbar sind, das ist die Eintragung in die Wählerliste, die Empfangnahme und Behandlung der Stimmzettel, das sind alles Akte, die nicht der Wähler selbst setzt, für dessen ureigenste speziell als „Wählen“ im engeren⁴¹²³ Sinne bezeichnete Tätigkeit der Stimmabgabe jede Möglichkeit einer Zurechnung zum Staate fehlt, weil es an einem Rechtssatze mangelt, der diese Tätigkeit als vom Staate „gewollt“ statuiert. Dies auch dann, wenn das Wählen als Rechtspflicht normiert ist, denn die Unmöglichkeit der Zurechnung zum Staate geht notwendig aus der inneren Natur dieser einander widersprechenden Akte⁴¹²⁴ hervor, die nur auf eine Vielheit einander ausschließender, nicht aber auf einen einheitlichen „Willen“ zurückzuführen sind.

Über der Erkenntnis, daß der Wähler nicht Staatsorgan, seine Tätigkeit nicht Staatsfunktion ist, darf nicht außer Acht gelassen werden, daß ein nicht unerheblicher Teil des Gesamtvorganges der Wahl doch auch in Handlungen von Staatsorganen, also in Staatsakten besteht. Das eigenartige komplementäre Verhältnis zwischen den Handlungen des Staates und den Handlungen der Wähler zeigt, daß im Wahlvorgange wichtige Punkte jener eigenartigen Berührungsfläche zwischen Staat und Gesellschaft liegen, von der anlässlich der Frage nach der Stellung der Gesetzgebung zur Staatsperson⁴¹²⁵ die Rede war¹⁾. Auch der neueren Theorie ist ja die Erkenntnis nicht fremd, daß sich im Wahlakte staatliche und gesellschaftliche Elemente verbinden. Man hat dies dadurch zum Ausdruck zu bringen versucht, daß man den Wähler für verpflichtet erklärte, nicht nur seine individuellen oder sozialen Gruppeninteressen⁴¹²⁷, sondern auch das Staatsinteresse im Wahlakte zu realisieren, daß man ihn *nicht nur als Glied der Gesellschaft, sondern auch als Organ des Staates* gelten ließ. Allein der Fehler dieser Anschauung liegt gerade darin, daß die Verbindung des gesellschaftlichen und des staatlichen Elementes in der Person des Wählers selbst vollzogen wird, während die Scheidelinie – wie oben gezeigt –

| 683 |¹⁾ Vgl. oben S. 411 u. 481.⁴¹²⁶

⁴¹²¹ «dessen gesellschaftliche, außerstaatliche Natur»] A₁ «dessen soziale, nicht staatliche Natur»; A₂ «dessen gesellschaftliche, außerstaatliche Natur».

⁴¹²² Vgl. oben S. 353 Anm. 1, 540–573, 609, 612–614, 617f., 624, 627.

⁴¹²³ «engeren»] A₁ «eigentlichen»; A₂ «engeren».

⁴¹²⁴ «dieser einander widersprechenden Akte»] A₁ «dieser Akte»; A₂ «dieser einander widersprechenden Akte».

⁴¹²⁵ «Gesetzgebung zur Staatsperson»] A₁ «Gesetzgebung zum Staate»; A₂ «Gesetzgebung zur Staatsperson».

⁴¹²⁶ Vgl. oben S. 547f., 627f.

⁴¹²⁷ «oder sozialen Gruppeninteressen»] A₁ «oder Gruppeninteressen»; A₂ «oder sozialen Gruppeninteressen».

gerade zwischen | dem ausschließlich die Gesellschaft repräsentierenden Wähler⁴¹²⁸ und der den Staat repräsentierenden Wahlbehörde läuft.

|684

Weit größere Schwierigkeiten als das Verhältnis des Wählers zur Staatsperson bietet der juristischen Konstruktion die Rechtsstellung des konstitutionellen Monarchen⁴¹²⁹, die der des Wählers in mancher Hinsicht analog ist, so daß das Gesamtbild des Systems⁴¹³⁰ bezüglich dieser beiden Faktoren eine gewisse Parallelität aufzuweisen scheint.

Wenn alle Versuche, die Stellung des Monarchen im konstitutionellen Staate rechtlich zu erfassen, bisher nur zu sehr unbefriedigenden Resultaten geführt haben, so liegt dies hauptsächlich daran, daß das Staatsoberhaupt aus Gründen, die auf der historisch-politischen Seite des Problems zu suchen sind, durch die Rechtsordnungen in das Gefüge des Staatsmechanismus keineswegs so⁴¹³¹ innig eingliedert erscheint, wie dies bei Staatsorganen der Fall ist, zu denen man den Monarchen zu zählen pflegt.

Die Stellung des konstitutionellen Staatsoberhauptes liegt nämlich nicht so sehr – oder doch nicht *nur* innerhalb des staatlichen „Organismus“ als vielmehr auch außerhalb desselben; sie ist nur zum Teile und nur in einer bestimmten Relation eine „staatliche“, zu einem nicht geringeren Teile aber und in einer gewissen anderen, sehr bedeutsamen Relation eine außerstaatliche. So wendet der Monarch der ihn allseits⁴¹³² zu erfassen bemühten juristischen Konstruktion ein eigenartiges Janushaupt zu, von dessen Doppelantlitz ein einheitliches Bild zu geben, nicht möglich ist.

Die folgende Darstellung will nicht als eine endgültige und erschöpfende Lösung des überaus schwierigen Problems gelten; lediglich als ein vorläufiger nur die Grundzüge fixierender Versuch möge sie angesehen werden, dessen Vollen- dung späteren Untersuchungen vorbehalten ist.

Was die Stellung des⁴¹³³ Monarchen innerhalb der *Gesetzgebung* betrifft, so wurde bereits früher dargetan,⁴¹³⁴ daß diese Richtung seiner Tätigkeit sowie der ganze legislative Prozeß, dessen eine Komponente sie ist, weil nicht der Staatsperson zurechenbar, nicht als staatliches Handeln und nicht als Organfunktion gelten könne, daß es sich vielmehr hier nur um *Voraussetzungen* für das Funktionieren des staatlichen Rechtsapparates, nicht aber um Äußerungen des Staates selbst, resp. seiner „Organe“ handle. Schon in Bezug auf diese eine Seite seines Wirkungs-

⁴¹²⁸ «dem ... Wähler»] A₁ «dem Wähler»; A₂ «dem die Gesellschaft repräsentierenden Wähler»; A₃ «dem ... Wähler».

⁴¹²⁹ «des konstitutionellen Monarchen»] A₁ «des Monarchen»; A₂ «des konstitutionellen Monarchen».

⁴¹³⁰ «des Systems»] A₁ «der Konstruktion»; A₂ «der Systems».

⁴¹³¹ «Staatsmechanismus keineswegs so»] A₁ «Staatsmechanismus so»; A₂ «Staatsmechanismus keineswegs so».

⁴¹³² «allseits»] A₁ «juristisch»; A₂ «allseits».

⁴¹³³ «die Stellung des»] A₁ «die legislative Tätigkeit des»; A₂ «die Stellung des».

⁴¹³⁴ Vgl. oben S. 192 f., 543–547, 581 f. Anm. 1, 701.

kreises mußte demnach der Monarch als ein außerstaatlicher, gesellschaftlicher Faktor erkannt werden. Nicht als „Organ,“ denn nicht als⁴¹³⁵ ein Rad innerhalb des rechtlich geschlossenen Staatsmechanismus, sondern außerhalb desselben – dem | für jeden Mechanismus notwendigen *äußeren Antrieb* vergleichbar – stellt sich hier der Monarch in seinem Verhältnis zum Staate dar.

Nunmehr ist aber auch seine Stellung innerhalb der Exekutive zu untersuchen, wo sie sich wesentlich komplizierter gestaltet.

Von der gesamten exekutiven Tätigkeit des Staates ist zunächst – weil für das vorliegende Problem nicht in Betracht kommend – jener Teil in Abzug zu bringen, der sich ohne Mitwirkung des Monarchen vollzieht. Es ist dies die *richterliche* Funktion des Staates. Das konstitutionelle Prinzip der *Unabhängigkeit der Gerichte* äußert sein Wesen ganz besonders darin, daß die Gerichte bei ihrer pflichtmäßigen, die Rechtssätze realisierenden Funktion im Gegensatze zu den übrigen Behörden in keiner Weise von den Befehlen des Monarchen abhängig sind, d. h. ohne, ja, sogar auch gegen eventuelle Direktiven seitens des Staatsoberhauptes oder der ihm untergeordneten Verwaltungsbehörden im engeren Sinne ihre Pflicht zu erfüllen haben. Dieser Zweig der Exekutive steht somit außerhalb jeder Beziehung zum Monarchen und es erübrigt somit nur die als „Verwaltung“ im eigentlichen oder engeren Sinne bezeichnete exekutive Tätigkeit des Staates.

Innerhalb dieser müssen speziell in Bezug auf das Verhältnis zum Monarchen wiederum zwei Gruppen unterschieden werden. Jene Verwaltungsakte, die verfassungsgemäß einer ausdrücklichen Mitwirkung des Monarchen bedürfen, die also der Monarch im Vereine mit dem kontrasignierenden Minister vorzunehmen hat, und jene, die der Minister, resp. die ihm unterstellten Organe selbständig ausführen, bezüglich deren eine Mitwirkung des Monarchen zwar nach konstitutionellem Prinzipie stets möglich, aber nicht notwendig ist. Diese Unterscheidung ist jedoch eine untergeordnete, da jeder Verwaltungsakt (im weitesten Sinne: jede exekutive Tätigkeit des Staates mit Ausschluß der richterlichen), den irgendein Staatsorgan vornimmt, auch der Monarch im Verein mit dem kontrasignierenden Minister vornehmen, resp. anordnen¹⁾ kann; jedes dieser Organe erscheint tatsächlich nur als Hilfsorgan der obersten exekutiven Behörde und ist derselben zu Gehorsam verpflichtet.

|685 |¹⁾ Bezüglich solcher Staatsakte, die sich in einer körperlichen Handlung erschöpfen und nicht auch eine Anordnung, einen Befehl enthalten, z. B. die Tätigkeit der die staatliche Unrechtsfolge in *letzter Linie* realisierenden, den sogenannten physischen Zwang ausübenden Organe gilt⁴¹³⁶ dieses Prinzip nicht, da der Monarch *rechtlich* überhaupt⁴¹³⁷ nur Akte setzen kann, die einer Kontrasignatur fähig, d. h. also schriftlicher Natur sind.

⁴¹³⁵ «Nicht als „Organ,“ denn nicht als»] A₁ «Nicht als»; A₂ «Nicht als Staatsorgan, denn nicht als»; A₃ «Nicht als „Organ“, denn nicht als».

⁴¹³⁶ «enthalten ... gilt»] A₁ «enthalten gilt»; A₂ «enthalten ... gilt».

⁴¹³⁷ «Monarch *rechtlich* überhaupt»] A «Monarch überhaupt»; F* «Monarch *rechtlich* überhaupt».

Als⁴¹³⁸ oberste exekutive Behörde kann allerdings nicht der Monarch *an sich* d. h. allein angesehen⁴¹³⁹ werden, denn nur den mit der Kontra|signatur des Ministers versehenen Befehlen gegenüber ist⁴¹⁴⁰ man zu Gehorsam verbunden, und so könnte auch der Monarch die ohne seine ausdrückliche Mitwirkung möglichen Akte nicht schon durch seinen *eigenen* Widerspruch, sondern wiederum nur durch den von einem verantwortlichen Minister kontrasignierten Befehl unmöglich machen. Nur in diesem Sinne ist also zu verstehen, daß kein Verwaltungsakt ohne oder gegen den Monarchen vollzogen werden kann. Spricht man von einer exekutiven Funktion des Monarchen, dann kommen nach konstitutionellem Prinzip – und nur innerhalb desselben bewegen sich diese Untersuchungen – für die Konstruktion lediglich die im Verein mit dem kontrasignierenden Minister zu vollziehenden Akte in Betracht.

Sucht man nun das Verhältnis des Monarchen zu diesen Akten rechtlich zu qualifizieren⁴¹⁴¹, indem man es zunächst unter dem Gesichtswinkel der *Rechtspflicht* betrachtet, so ergibt sich auf Grund der hier durchgeführten Konstruktion dieses Begriffes das Folgende.

Alle diese vom Monarchen im Verein mit dem verantwortlichen Minister zu vollziehenden Akte müssen in der Rechtsordnung vom Staate „gewollt“ sein, d. h. sie müssen, um als Staatsakte zu gelten, der Staatsperson zugerechnet zu werden, sich als die Realisierung eines in der Rechtsordnung erklärten Willens des Staates, d. h. als Exekutive legitimieren. Der eine Rechtspflicht des Staates zu dem vom Monarchen im Verein mit dem Minister ausgeführten Handeln statuierende Rechtssatz mag immerhin sehr allgemein gehalten sein, mag sich als Blankettrechtssatz darstellen, indem durch die Rechtsordnung sowohl das „Was“ der Handlung, ihr näherer Inhalt, als auch die Bedingungen, unter denen sie zu erfolgen hat, dem Ermessen der ausführenden Organe überlassen sind. Die Rechtsordnung, d. h. das Gesetz im formellen Sinne mag immerhin die Umstände, wann ein Handelsvertrag zu schließen sei, auch mit wem er zu schließen sei und welchen Inhalt er haben solle, in das freie Ermessen der zur Realisierung des Vertrages kompetenten Behörden stellen, so daß als Rechtssatz der Rechtsordnung nur die hohle Formel zu entnehmen ist, daß der Staat (unter Bedingungen, die ein Organ festzustellen habe) Handelsverträge (deren näheren Inhalt dieses Organ zu bestimmen habe) schließen wolle, ja, es mag der Wille des Staates zu diesem Akte auf eine noch allgemeinere Formel in der Rechtsordnung zurückzuführen sein – jedenfalls

⁴¹³⁸ «Behörde und ist derselben zu Gehorsam verpflichtet. [Als]» A₁ «Behörde, Monarch im Verein mit dem Minister und ist derselben zu Gehorsam verpflichtet. Darum kann auch der Monarch alle diese zwar ohne seine ausdrückliche Mitwirkung möglichen Akte, doch durch seinen Widerspruch unmöglich machen. [Als]; A₂ «Behörde und ist derselben zu Gehorsam verpflichtet. [Als]».

⁴¹³⁹ «*sich* d. h. allein angesehen»] A₁ «*sich* angesehen»; A₂ «*sich* dh allein angesehen».

⁴¹⁴⁰ «Befehlen gegenüber ist»] A₁ «Befehlen ist»; A₂ «Befehlen gegenüber ist».

⁴¹⁴¹ «Akten rechtlich zu qualifizieren»] A₁ «Akten festzustellen [bricht ab]»; A₂ «Akten rechtlich zu qualifizieren».

687 muß eine solche – wenn auch noch so allgemeine und dem Ermessen der exekutiven Organe noch so weitgehenden Spielraum lassende Formel in dem Wortlaute der Verfassung nachzuweisen sein, da sonst eine Zurechnung zum Staate nicht möglich ist, da sonst kein | *rechtlicher* Grund vorliegt, diese Akte als Staatsakte gelten zu lassen und eine Kompetenz der exekutiven Organe zu diesen Akten anzunehmen. Irgendein bloß aus der „Natur der Sache“ gezogenes, rechtlich aprioristisches oder naturrechtliches Prinzip kann diesen Zusammenhang der Exekutive mit der Rechtsordnung nicht ersetzen. Alle Akte der obersten Exekutivbehörde, des Monarchen im Vereine mit dem Minister müssen sich also auf Grund der Rechtsordnung als vom Staate gewollt, d. h. also als Rechtspflicht des Staates darstellen.

Während jedoch eine Rechtspflicht des Staates zu diesen Akten nachzuweisen ist, läßt sich eine Rechtspflicht des Monarchen bezüglich ihrer nicht konstatieren! Denn die in der Verfassung ausgesprochene Unverantwortlichkeit des Monarchen ist nur eine Deklaration der Tatsache, daß es in der Verfassung keinen Rechtssatz gibt, durch den der Monarch zu jenem Verhalten verpflichtet würde, das seinen Anteil an der staatlichen Exekutive darstellt. Die im Wortlaute der Gesetze etwa enthaltenen Termini, wie: der Monarch soll ... oder: der Monarch muß ... sind juristisch vollkommen bedeutungslos angesichts der Tatsache, daß die Rechtsordnung eine Unrechtsfolge für den Fall eines dem als „gesollt“ oder „gemußt“ bezeichneten entgegengesetzten Verhaltens⁴¹⁴² nicht aufweist. Wenn daher in Gesetzgebung und Literatur von „Pflichten“ des Monarchen gesprochen wird, so können darunter nur moralische oder politische, niemals aber Rechtspflichten verstanden werden. Der⁴¹⁴³ Monarch begeht darum auch kein Unrecht – denn als Unrecht qualifiziert sich ein Tatbestand nur durch die Unrechts*folge* – wenn er seine spezifische Tätigkeit unterläßt, durch die der Staatswille realisiert wird, es steht völlig in seinem Belieben, ob und wie er seine Funktionen ausüben will. Er könnte, ohne widerrechtlich vorzugehen, die Staatsmaschine ganz oder doch teilweise zum Stillstand bringen. Blicke der Staatswille, d. h. also die Rechtspflichten des Staates unerfüllt, dann läge weder ein Unrecht des Staates vor – weil ein solches eine juristische Denkmöglichkeit ist – obgleich der Staat zu diesem von ihm gewollten Verhalten rechtlich verpflichtet ist; es läge aber auch kein Unrecht des Monarchen vor, nicht weil ein solches undenkbar wäre, sondern weil der Monarch zur Realisierung des Staatswillens nicht verpflichtet ist.

688 Ein solcher Zustand der Rechtsordnung wäre theoretisch sinnlos und praktisch unhaltbar, wenn nicht das konstitutionelle Prinzip die Unverantwortlichkeit des den Staatswillen, die Staatspflichten realisierenden Monarchen mit der Verantwortlichkeit der Minister dadurch untrennbar verknüpft hätte, daß die oberste Exekution nicht dem | Monarchen allein, sondern nur in Verbindung mit den zu

⁴¹⁴² «bezeichneten entgegengesetzten Verhaltens»] A₁ «bezeichneten Verhaltens»; A₂ «bezeichneten entgegengesetzten Verhaltens».

⁴¹⁴³ «aufweist. ... Der»] A₁ «aufweist. Der»; A₂ «aufweist. ... Der».

dieser Funktion rechtlich verpflichteten, obersten Verwaltungsorganen überantwortet erscheint. Innerhalb der Exekutive kann der Monarch gar nicht tätig werden ohne die Mitwirkung des kontrasignierenden Ministers. Ein Akt des Monarchen, der nicht die Kontrasignatur des Ministers trägt, ist ebenso nichtig, ebenso rechtlich überhaupt nicht vorhanden, wie ein zur Legislative gehöriger Akt des Monarchen juristisch bedeutungslos wäre, wenn der Beschluß des Parlamentes fehlte. Die Tätigkeit des Monarchen ist für die Legislative ebenso an das Parlament, wie für die Exekutive an die Minister gebunden.

Diese Analogie, welche die Stellung des Monarchen innerhalb der Exekutive zu der innerhalb der Legislative aufweist, erhält eine wesentliche Vertiefung, wenn man die Tatsache ins Auge faßt, daß die legislative Funktion des Monarchen lediglich als eine *Voraussetzung* für die Existenz der Rechtsordnung und das Funktionieren des staatlichen Apparates qualifiziert wurde.

Dies gilt bezüglich der Legislative ebenso für den Monarchen wie für das Parlament, deren Stellung im Verhältnis zu einander vom formal-juristischen Standpunkte aus als völlig gleich und koordiniert charakterisiert werden muß. Bezüglich der Exekutive ist dies jedoch im Verhältnis zwischen Monarch und Minister *nicht* der Fall. Der Minister ist nämlich zu den Akten der Exekutive, zur Realisierung des staatlichen Willens, der staatlichen Pflichten rechtlich⁴¹⁴⁴ *verpflichtet*, der Monarch dagegen nicht, ebenso wie er nicht zur Erteilung der Sanktion rechtlich verpflichtet ist.

Bleibt also der in den Rechtssätzen erklärte Wille des Staates trotz Eintrittes der in den Rechtssätzen festgesetzten Bedingungen unausgeführt, bleiben also die bezüglichen Staatspflichten unerfüllt, dann ist der Minister dafür verantwortlich, in dessen Ressort, in dessen Amtspflicht die Realisierung des betreffenden Staatswillens gehört. Ja, selbst wenn nicht bloß der Inhalt, sondern auch die näheren Bedingungen des zu realisierenden Staatswillens – in einem Blankettrechtssatze – dem Ermessen der exekutiven Organe überlassen sind, so ist das Ermessen des Ministers – im Gegensatz zu dem des Monarchen – durch seine Amtspflicht begrenzt und determiniert. Zur Exekutive rechtlich *verpflichtet*⁴¹⁴⁵ ist der Minister und nur der Minister.

Diese seine Rechtspflicht kann der Minister jedoch nicht erfüllen, ohne daß der Monarch mittätig wird. *Vom Standpunkte der Rechtspflicht aus betrachtet* stellt sich die Tätigkeit des Monarchen im Verhältnis zu der des Ministers als eine *Voraussetzung und nur als eine Voraussetzung oder Bedingung* für die Rechtspflicht des letzteren dar. Dabei ist es formal gleichgültig, ob der betreffende Akt der Exekutive über Initiative des Monarchen erfolgt, *materiell* als Willensakt des Monarchen erscheint, dem seitens des Ministers nur die Zustimmung in Form der Kontra-

| 689

⁴¹⁴⁴ «Willens, der staatlichen Pflichten rechtlich»] A₁ «Willens rechtlich»; A₂ «Willens der Pflichten rechtlich»; A₃ «Willens der staatlichen Pflichten rechtlich».

⁴¹⁴⁵ «Exekutive rechtlich *verpflichtet*»] A₁ «Exekutive *verpflichtet*»; A₂ «Exekutive rechtlich *verpflichtet*».

signatur hinzukommt, oder ob der Regierungsakt materiell vom Minister ausgeht und der Monarch dem bezüglichen Vorschlag des Ministers seine Genehmigung erteilt. In der Auffassung der monarchischen Tätigkeit als Bedingung für die Organpflicht des Ministers kommt formal die spezifische Verbindung zum Ausdruck, die das konstitutionelle Prinzip zwischen der Unverantwortlichkeit des Staatsoberhauptes und der Verantwortlichkeit der obersten Exekutivorgane macht.

Immer nur unter dem formalen Konstruktionswinkel der *Rechtspflicht* betrachtet, muß die monarchische Funktion nicht bloß als eine die Rechtspflicht *der Minister* bedingende Voraussetzung angesehen werden; als Bedingung muß sie schon in dem den *Staat* verpflichtenden Rechtssatze erscheinen, dessen Realisierung die Amtspflicht der Minister ist. Eben weil die Realisation staatlichen Willens im Bereiche des monarchischen Wirkungskreises von der Funktion des Monarchen abhängig, ohne sie gar nicht möglich ist, und insoferne der Monarch zu dieser Funktion rechtlich nicht verpflichtet erscheint, kann diese Funktion rechtlich nur als *Voraussetzung* für die *Rechtspflicht des Staates* gelten. Der Wille des Staates zu einem bestimmten Handeln ist, insoferne der Monarch an der Ausführung desselben beteiligt ist, durch den Monarchen, resp. dessen spezifische Tätigkeit bedingt. Die Tätigkeit des Ministers dagegen ist unter die Kategorie einer selbständigen Rechtspflicht zu subsumieren. Und nur insoferne die Rechtspflicht des Ministers dahin geht, die durch die Funktion oder den „Willen“ des Monarchen bedingten Rechtspflichten des Staates zu realisieren, ist auch die Rechtspflicht des Ministers durch die Tätigkeit des Monarchen bedingt.

Insoferne – d. h. immer nur mit dem Maßstabe der Rechtspflicht gemessen – ist die Stellung des Monarchen im Verhältnis zur Exekutive keine andere als innerhalb der Legislative: Sie ist Voraussetzung für die Funktion des Staates. Und insoweit das Gefüge des staatlichen Mechanismus oder des Rechtsapparates als durch Rechtspflichten hergestellt gedacht wird, steht der Monarch wie in seiner legislativen, so auch in seiner exekutiven Eigenschaft *außerhalb* desselben. Nur von außen her kann er diesen Mechanismus, wenn der Vergleich erlaubt ist – und nur ein in seiner Bedeutung nicht zu überschätzender Vergleich liegt vor – in Bewegung setzen oder zum Stillstand bringen.⁴¹⁴⁶

Wie es vom formal-juristischen Standpunkte aus unrichtig ist und nur historisch-politische Bedeutung hat, daß die Legislative, die sogenannte „Bildung des Staatswillens“, primär⁴¹⁴⁷ nur der Person des Monarchen zugeschrieben wird, während die Funktion des Parlamentes lediglich als sekundärer Natur, etwa als „Feststellung des Willensinhaltes“ gelten gelassen wird, so ist es unrichtig und hat nur historisch-politische Bedeutung, wenn man auch die Exekutive in erster Linie als Funktion des Monarchen, oder gar *nur* als Willensakt des Monarchen auffaßt,

⁴¹⁴⁶ «Und insoweit ... Stillstand bringen.»] zwei Sätze in A₂ eingefügt.

⁴¹⁴⁷ «primär»] A₁ «prinzipiell»; A₂ «primär».

die Stellung des Ministers dagegen bloß in zweiter Linie als eine lediglich zustimmende gelten läßt.

Ebensowenig wie die Publikationsformel, derzufolge das Gesetz lediglich als Befehl des Monarchen erscheint, für die rechtliche Natur des⁴¹⁴⁸ Verhältnisses des Monarchen zum Parlament von Bedeutung ist,⁴¹⁴⁹ ebensowenig kann die Tatsache, daß auch der Verwaltungsakt äußerlich nur als Befehl des Monarchen erscheint, dem die *Kontrasignatur des Ministers* hinzuzukommen hat, die formaljuristische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Monarch und Minister beeinflussen. Sofern man die Exekutive als *Rechtspflicht* nicht nur des Staates, sondern auch der Organe auffaßt, ist das fragliche Verhältnis innerhalb der Exekutive formal-juristisch gerade⁴¹⁵⁰ das umgekehrte; denn der Minister, und zwar nur der Minister, nicht auch der Monarch ist es, der zur Realisierung des Staatswillens verbunden ist. Diese *juristische* Form des fraglichen Verhältnisses entspricht übrigens der Praxis der Verwaltung tatsächlich besser, als das bloß *historisch-politische* Gewand, in dem dieses Verhältnis regelmäßig in die äußere Erscheinung tritt. Denn in Wahrheit sind es ja doch nur die Minister, die verwalten, die die oberste Exekutive durchführen, Verordnungen erlassen, und die sonstigen Verwaltungsakte setzen, der Monarch kommt praktisch nur als ein zustimmender, sanktionierender Faktor in Betracht. Er wäre ja physisch gar nicht imstande, die Akte⁴¹⁵¹ der verschiedenen Ressorts, die alle als seine eigenen Entschließungen erscheinen, selbst anzuregen oder gar auszuarbeiten. In praxi, d. h. materiell regiert⁴¹⁵² der Minister und der Monarch kontrasigniert, wenn auch die äußere Form des Verwaltungsaktes die umgekehrte Rollenverteilung aufweist.

Es wäre übrigens einseitig, hielte man diese Charakterisierung der monarchischen Stellung innerhalb der Exekutive als Voraussetzung für die Funktion des Staates, als Bedingung für die Pflichten der Staatsperson für erschöpfend. Denn das gerade ist das Eigen|artige und für die formale Konstruktion so Schwierige, daß die Stellung des Monarchen hier einen Doppelcharakter aufweist, daß seine Funktion nicht bloß als Voraussetzung für das pflichtmäßige Handeln des Staates, sondern *zugleich* auch als diese Tätigkeit selbst erscheint, daß seine Funktion nicht nur Bedingung für eine Pflicht des Staates, sondern zugleich deren Erfüllung, Realisierung ist. Seine nichtlegislative Tätigkeit⁴¹⁵³ ist der Staatsperson zuzurechnen.

|691

⁴¹⁴⁸ «die rechtliche Natur des»] A₁ «die juristisch-formale Konstruktion des»; A₂ «die rechtliche Natur des».

⁴¹⁴⁹ Vgl. oben S. 533–567.

⁴¹⁵⁰ «Exekutive formal-juristisch gerade»] A₁ «Exekutive gerade»; A₂ «Exekutive formal-juristisch gerade».

⁴¹⁵¹ «Akte»] A₁ «Geschäfte»; A₂ «Akte».

⁴¹⁵² «praxi, d. h. materiell regiert»] A₁ «praxi regiert»; A₂ «praxi, dh. materiell regiert».

⁴¹⁵³ «Seine nichtlegislative Tätigkeit»] A₁ «Seine Tätigkeit»; A₂ «Seine nichtlegislative Tätigkeit».

Ist er aber insoferne auch Staatsorgan? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, wenn man als einzige Organqualität die Zurechenbarkeit der Funktion zum Staate erklärt. Schränkt man dagegen den Organbegriff insoferne ein, als man nur die *pflichtmäßige*, dem Staate zurechenbare Tätigkeit als Organhandlung gelten läßt¹⁾, dann kann der Monarch als Staatsorgan nicht angesehen werden.

Allein, das Organverhältnis als die bloße Relation der Zurechnung zum Staate ist⁴¹⁵⁵ *an sich* weder ein Pflicht- noch ein Rechtsverhältnis; doch kann die Organnatur – d. h. die Qualität der Zurechenbarkeit zum Staate – einem Pflicht- oder⁴¹⁵⁶ Rechtsverhältnis anhaften. Es ist eine rein terminologische Frage, ob man das Wort „Organ“ in dem weiteren oder dem engeren Sinne faßt. Für die juristische Konstruktion kommt es darauf an, ein Pflicht- oder Rechtsverhältnis zu erweisen.

Daß ein solches Pflichtverhältnis des Monarchen⁴¹⁵⁷ nicht besteht, wurde bereits hervorgehoben.⁴¹⁵⁸ Es erübrigt noch die Frage, ob ein subjektives Recht des Monarchen auf seine Stellung behauptet werden kann. – Ein „Recht auf Organstellung“ wurde bisher hauptsächlich mit der Begründung abgelehnt, daß ein Recht auf eigenes Verhalten nicht konstruierbar sei,⁴¹⁵⁹ ein Recht auf eine Pflicht⁴¹⁶⁰ des Staates aber – das allein einem sogenannten Rechte⁴¹⁶¹ der Organe auf ihre Stellung entsprechen könnte – deshalb nicht angenommen werden könne, weil diese Pflicht des Staates nur eine Unterlassungspflicht – eine Pflicht des Staates, die Tätigkeit des Organs zu dulden, nicht zu stören etc. – juristisch nicht⁴¹⁶² denkbar sei.⁴¹⁶³ Der eigenartige Doppelcharakter, welcher der monarchischen Funktion zukommt, bringt es nun mit sich, daß gerade beim Monarchen zum Unterschiede von allen übrigen Organen ein solches subjektives Recht auf seine Stellung konstruierbar ist.

Zunächst läßt sich dem Monarchen gegenüber eine Pflicht des Staates zu einem positiven Handeln feststellen, die sonst den Organen gegenüber nicht nachweisbar

|691 |¹⁾ Vgl. z. B. *Rehm*, Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1893 S. 179:⁴¹⁵⁴ „... Staatsorgane heißen sie in dem Sinne, daß es *ihre Rechtspflicht* ist die Geschäfte des Staates nicht in egoistischem Interesse, sondern im Interesse der Staatsgesamtheit zu führen.“

⁴¹⁵⁴ *Hermann Rehm*, Allgemeine Staatslehre, Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1899, S. 179 f. – Jahresangabe Kelsens in A korrekt; Hervorhebungen von Kelsen.

⁴¹⁵⁵ «Organverhältnis ... ist»] A₁ «Organverhältnis ist»; A₂ «Organverhältnis ... ist».

⁴¹⁵⁶ «Rechtsverhältnis ... oder»] A «Rechtsverhältnis, darf rechtlich überhaupt nicht als „Verhältnis“ angesehen werden; doch kann die Organnatur – dh die Qualität der staatlichen Zurechenbarkeit – einem Pflicht oder»; F* «Rechtsverhältnis ... oder».

⁴¹⁵⁷ «Pflichtverhältnis des Monarchen»] A₁ «Pflichtverhältnis zwischen Staat und Monarchen»; A₂ «Pflichtverhältnis des Monarchen».

⁴¹⁵⁸ Vgl. oben S. 854.

⁴¹⁵⁹ Vgl. insb. oben S. 748 f.

⁴¹⁶⁰ «Pflicht»] A₁ «Unterlassungspflicht»; A₂ «Pflicht».

⁴¹⁶¹ «einem sogenannten Rechte»] A₁ «einem Rechte»; A₂ «einem sog. Rechte».

⁴¹⁶² «etc. – juristisch nicht»] A₁ «etc. – nicht»; A₂ «etc. – juristisch nicht».

⁴¹⁶³ Vgl. oben S. 577–581, 681.

ist; dann steht der den Staat zu diesem |positiven Verhalten verpflichtende Rechtsatz im Verhältnis zum Monarchen tatsächlich in jener besonderen Relation, derzufolge er als subjektives Recht desselben gelten kann.

|692

Faßt man nämlich die Tätigkeit des Monarchen insoferne ins Auge, als sie eine Realisierung des in der Rechtsordnung erklärten Staatswillens ist, und berücksichtigt man die Tatsache, daß gerade die Person des zur Realisierung berufenen Monarchen zum Unterschiede von allen übrigen Organen verfassungsmässig *individuell* (durch die Thronfolgeordnung) fixiert ist, dann läßt sich nicht leugnen, daß der Staat in der Rechtsordnung verpflichtet wird, gewisse Handlungen gerade durch den individuell bestimmten Monarchen vorzunehmen, daß der Staat in gewissen Rechtssätzen gerade durch den Monarchen – oder *auch* durch den Monarchen handeln will. Ob damit die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes des Monarchen auf diese positive Pflicht des Staates, durch ihn, und gerade auch durch ihn zu handeln gegeben ist, hängt davon ab, ob der den Staat hiezu verpflichtende Rechtssatz tatsächlich auch in jene besondere Relation zum Monarchen gebracht werden kann, demzufolge dieser Rechtssatz, resp. die durch ihn statuierte Rechtspflicht des Staates als subjektives Recht des Monarchen gelten kann.

Hier kommt nun die Funktion des Monarchen in ihrer zweiten Bedeutung, als Voraussetzung für die Rechtspflicht des Staates, zu handeln, in Betracht. Die Subjektivierung des Rechtssatzes zum subjektiven Rechte wurde in die Formel gefaßt, daß ein Rechtssatz insoferne als „*mein* Recht“ zu gelten hat, als er zu *meiner* Verfügung steht, als der in dem Rechtssatze erklärte Wille des Staates von mir abhängig⁴¹⁶⁴ ist, d. h. durch *einen Akt* meiner Person *bedingt* ist, der sich als „Anspruch“ auf die durch den Rechtssatz statuierte Pflicht darstellt.⁴¹⁶⁵ Dies trifft vollinhaltlich auf die Funktion des Monarchen in deren Eigenschaft als Bedingung des im Rechtssatze erklärten Willens zur Exekutive zu. Denn dadurch, daß die exekutive Tätigkeit des Staates von der Funktion des Monarchen als einer bedingenden Voraussetzung abhängt, stehen die den Willen des Staates zu der Exekutive erklärenden Rechtssätze eminent zur Verfügung des Monarchen. Der Monarch kann nach seinem Belieben die aus Rechtssätzen bestehende Rechtsordnung – wenigstens zum Teile, soweit sie eben in seinen Wirkungskreis fällt – in Funktion setzen oder zum Stillstand bringen. Indem der Monarch seine spezifische Funktion ausübt, dient er nicht bloß als Realisator der Rechtssätze, sondern macht er auch die in den Rechtssätzen statuierte Pflicht des Staates, durch ihn – den Monarchen – tätig zu werden, geltend, erhebt er den *Anspruch* auf diese Rechtspflicht des Staates.

|Als Subjekt dieses Rechtes gegen den Staat ist der Monarch Person und es fragt sich nur, wie diese Persönlichkeit des Monarchen – sofern man ihn als Staatsorgan aufzufassen geneigt ist – mit der Staatspersönlichkeit in Einklang zu bringen ist.

|693

⁴¹⁶⁴ «mir abhängig»] A₁ «mir, genauer von meinem Anspruche abhängig»; A₂ «mir, abhängig».

⁴¹⁶⁵ Vgl. oben S. 779, 826 f.

Der Widerspruch, der darin gelegen scheint, daß das Staatsorgan, das der Staatsperson gegenüber nur als Durchgangs-, nicht als Endpunkt der Zurechnung in Betracht kommt, als Persönlichkeit, weil Subjekt von Pflichten erklärt wird, während doch „Persönlichkeit“ gerade nur die Eigenschaft bedeutet, Endpunkt der Zurechnung zu sein, wurde durch den Nachweis aufgelöst, daß der Rechtssatz, dem gegenüber das Organ als Person steht, ein anderer ist als derjenige, welcher als Zurechnungsregel durch⁴¹⁶⁶ das Organ hindurch zur Staatsperson führt.⁴¹⁶⁷ Diese Unterscheidung ist gerade der Person des Monarchen gegenüber nicht durchführbar, da es hier derselbe den Staat verpflichtende Rechtssatz ist, der die Funktion des Monarchen als Staats-, resp. Organ-Tätigkeit⁴¹⁶⁸ erscheinen läßt, und der als *subjektives Recht* des Monarchen in Betracht kommt. Was sich bei den übrigen Organen in zwei separate Rechtssätze scheiden läßt, das ist dem Monarchen gegenüber zu einem einzigen verschmolzen, aber in der doppelten Natur der monarchischen Funktion kommt die Trennung wieder zu Tage. Denn nur insoferne die Tätigkeit des Monarchen Realisierung des Staatswillens, Erfüllung der Staatspflicht ist, kommt der Monarch als Organ in Betracht, und insoferne die Funktion des Monarchen Voraussetzung für die Tätigkeit des Staates, Bedingung des im Rechtssatze erklärten Willens und der damit statuierten Rechtspflicht des Staates ist, steht dieser Rechtssatz in einem subjektiven Verhältnis zum Monarchen, ist der Monarch Rechtssubjekt, Träger eines subjektiven Rechtes.

⁴¹⁶⁶ «als derjenige, welcher als Zurechnungsregel durch»] A₁ «als jener, dem gegenüber [bricht ab]»; A₂ «als derjenige, welcher als Zurechnungsregel durch».

⁴¹⁶⁷ Vgl. oben S. 675–678.

⁴¹⁶⁸ «Staats-, resp. Organ-Tätigkeit»] A₁ «Staatstätigkeit»; A₂ «Staats resp. Organtätigkeit».

XXX. Kapitel.

Organschaft und Stellvertretung.

Die Lehre von der Rechtsstellung des Staatsorganes soll hier ihren Abschluß in der Untersuchung der Frage finden, ob die Organschaft sich rechtlich als Stellvertretung qualifizieren lasse oder ob es sich dabei um zwei von einander wesensverschiedene Rechtsinstitute handle, ein Problem, das gerade in letzter Zeit wiederholt erörtert wurde. Und es kann nicht geleugnet werden, daß gerade diese Formulierung der Fragestellung recht eigentlich bis zum innersten Kerne des juristischen Organproblems zu führen geeignet ist; darum wird auch die hier vertretene Konstruktion in den folgenden Zeilen in ihrer ganzen Bedeutung vollends klar werden.

| 694

Der gegenwärtige Stand der Frage in der neueren Literatur ist auf den ersten Blick ein erstaunlicher. Als herrschende, fast allgemein geteilte Auffassung muß diejenige bezeichnet werden, die zwischen Organschaft und Stellvertretung einen prinzipiellen Unterschied annimmt. Die Wenigen, die dieser Anschauung entgegengetreten, kommen aus dem Lager der Romanisten, sind Vertreter der sogenannten privatrechtlichen Jurisprudenz. Als bedeutendster Wortführer dieser Richtung kann *Schlossmann*¹⁾ gelten. Von Theoretikern des Staats- und Verwaltungsrechtes, die Organschaft und⁴¹⁷⁰ Stellvertretung nicht prinzipiell unterscheiden, sondern die erstere als Spezialfall der letzteren gelten lassen, wären zu nennen *Otto Mayer*²⁾ und *Rehm*³⁾.

Die verhältnismäßig so seltene Einhelligkeit der Anschauung wäre an sich weniger merkwürdig als erfreulich und böte ein immerhin bedeutsames Argument für die Richtigkeit der angenommenen Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung, wenn nicht gerade in diesem Punkte auch zwischen den Vertretern zweier in jeder anderen Hinsicht sonst auf das schärfste entgegengesetzten Theo-

¹⁾ Organ und Stellvertreter. In: *Iherings* Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. II. Folge, 8. Bd. S. 289 ff.⁴¹⁶⁹

| 694

²⁾ Deutsches Verwaltungsrecht. II. Bd. S. 395. Anm. 2.⁴¹⁷¹

³⁾ Allgemeine Staatslehre. S. 180.⁴¹⁷²

⁴¹⁶⁹ *Siegmund Schlossmann*, Organ und Stellvertreter, in: *Iherings* Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 8 (1902), S. 289–330.

⁴¹⁷⁰ «Verwaltungsrechtes, die Organschaft und»] A₁ «Verwaltungsrechtes, wäre eben [bricht ab]»; A₂ «Verwaltungsrechtes, die Organschaft und».

⁴¹⁷¹ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Leipzig 1896, S. 395 Anm. 2.

⁴¹⁷² *Rehm*, Staatslehre (Anm. 4154), S. 180.

rien – der organischen und der anorganischen Staatslehre – ein ungewöhnliches und auffallendes Einvernehmen bestünde. Und diese Übereinstimmung muß umso merkwürdiger erscheinen, wenn man in Betracht zieht, daß diese beiden Theorien gerade in der für das fragliche Problem offenbar grundlegenden Lehre vom Staatsorgan zwei direkt entgegengesetzte Standpunkte einnehmen, indem die eine, die organische nämlich, dem Staatsorgane Rechtspersönlichkeit zuspricht, während die andere – die anorganische – jede Rechtssubjektivität der Staatsorgane bedingungslos in Abrede stellt – und vollends, wenn man des weiteren bedenkt, daß als der charakteristische Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung für gewöhnlich die Tatsache gilt, daß es sich bei der Stellvertretung um ein Verhältnis zwischen *zwei* Personen handle, während bei der Organschaft als einem Verhältnis innerhalb des Staatsorganismus selbst nur *eine* Person vorliege. So sagt Laband⁴⁾: „Bei der Vertretung in Vollmacht handelt es sich stets um ein Rechtsverhältnis zwischen *zwei* Rechtssubjekten, von denen das eine für das andere handelt; die Rechtshandlungen des Vertreters sind zwar seine Handlungen, aber sie haben Rechtswirkung, als wären sie Handlungen des Vertretenen. Bei der Vertretung in *Organschaft* dagegen handelt die juristische Person *selbst* und unmittelbar, ihr Vorstand *tritt nicht als ein von ihr verschiedenes Rechtssubjekt* den dritten gegenüber ...“ Und scheinbar übereinstimmend Preuss¹⁾ (als Vertreter der organischen Theorie): „Das Recht hat hier (bei der Organschaft) nicht die Beziehungen *zweier* einander fremd gegenüberstehender Individuen zu regeln (wie bei der Stellvertretung), sondern den Gemeinwillen einer Gesamtperson zu organisieren.“

Nun sollte man wohl meinen, daß nur die anorganische Staatstheorie wirklich im Stande sei, den behaupteten Unterschied aufrecht zu erhalten, da nur sie die Persönlichkeit des Organes neben der Staatsperson leugnet, während doch die organische Theorie mit ihrer Organpersönlichkeit von vornherein zwei Rechtssubjekte annimmt und daher nicht behaupten kann, daß die Organschaft darum keine Stellvertretung sei, weil dort nur eine Person vorliege. Allein, Tatsache ist, daß die ganze Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Organschaft von Gierke herrührt,⁴¹⁷⁵ also gerade auf dem Boden der organischen Staatslehre entstanden ist und von der anorganischen erst übernommen wurde. Ja, es muß bei näherer Untersuchung des Problems zugegeben werden, daß eine Unterscheidung

⁴⁾ Archiv für civilistische Praxis. Bd. 73 S. 187 f.⁴¹⁷³

¹⁾ Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik. In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. II. Folge 8. Bd. S. 445.⁴¹⁷⁴

⁴¹⁷³ Paul Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 bis 3, in: Archiv für die civilistische Praxis 73 (1888), S. 161–208 (187) – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁴¹⁷⁴ Hugo Preuß, Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 8 (1902), S. 429–479 (445) – Klammerzusätze im Zitat und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

⁴¹⁷⁵ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie (Anm. 3620), S. 618 Anm. 1, 620f., 761f. Anm. 1, 785, 793f. Anm. 2.

zwischen Organschaft und Stellvertretung überhaupt nur vom Standpunkte der organischen Theorie konsequent behauptet werden kann. Denn die von der anorganischen Theorie angenommene absolute Unpersönlichkeit⁴¹⁷⁶ des Organes ist angesichts der bestehenden Organpflichten oder, wie *Schlossmann*²⁾ hervorhebt, mit Rücksicht auf die zwischen Staat und Organ bestehenden rechtlichen Beziehungen⁴¹⁷⁸, insbesondere obligatorischen Verhältnisse unhaltbar; damit ist aber die Basis für die Behauptung weggefallen, es läge bei der Organschaft nur eine einzige Person vor. Soll sich also die Organschaft von der Stellvertretung unterscheiden, ist nicht so sehr das Hauptgewicht auf die Zahl der⁴¹⁷⁹ in Beziehung stehenden Personen, sondern vielmehr auf die spezifische Verbindung derselben zu legen. Auf die eigenartige und besondere, „organische“ Verbindung zwischen Organ und Organismus, derzufolge das Organ als selbständige Person und doch zugleich nur als Teil des Organismus erscheint, kommt es der organischen Theorie an, wenn sie den Unterschied zur Stellvertretung hervorhebt. Dieses Moment fehlt naturgemäß der anorganischen Konstruktion. Mit Recht wirft *Preuss* der letzteren vor, daß sie wohl die Terminologie, nicht aber das Wesen der organischen Staatslehre akzeptiere, daß ihre Vertreter sich dem Zwang einer „immanenten Logik“ entziehen, wenn sie „wie mit der Terminologie und den Begriffen der organischen Lehre überhaupt, so auch mit der Differenzierung der organschaftlichen von den individualistischen Vertretungsverhältnissen hantieren, ohne sich jedoch der entscheidenden Grundanschauung zu unterwerfen“⁽¹⁾. Mit vollem Recht hält er *Schlossmann*⁴¹⁸¹ entgegen, daß dieser die Lehre an unrechter Stelle angreife, wenn er gegen *Laband* polemisiere²⁾, da dieser als Vertreter der anorganischen Theorie die auf dem Boden der organischen Staatsauffassung erwachsene, nur von deren spezifischem Standpunkte aus erfaßbare Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung nicht konsequent durchführen könne.

| 696

Will man also der fraglichen Unterscheidung nicht zustimmen, dann muß man die gegnerische Lehre dort aufsuchen, wo sie entstanden ist und in der spezifischen Form, die sie von der organischen Staatstheorie erhalten hat.

Auf die folgende Weise hat *Preuss* das fragliche Problem gestellt: „Worauf es einzig und allein ankommt, das ist die Frage ob die Differenzierung der Organperson gegenüber ihrem Organismus rechtlich identisch ist mit der Verschieden-

²⁾ a. a. O. S. 301.⁴¹⁷⁷

¹⁾ a. a. O. S. 433.⁴¹⁸⁰

²⁾ a. a. O. S. 431.⁴¹⁸²

| 696

⁴¹⁷⁶ «Theorie angenommene absolute Unpersönlichkeit»] A₁ «Theorie behauptete Unpersönlichkeit»; A₂ «Theorie angenommene absolute Unpersönlichkeit».

⁴¹⁷⁷ *Schlossmann*, Organ (Anm. 4169), S. 301.

⁴¹⁷⁸ «rechtlichen Beziehungen»] A₁ «Rechtsverhältnisse»; A₂ «rechtlichen Beziehungen».

⁴¹⁷⁹ «auf die Zahl der»] A₁ «auf der»; A₂ «auf die Zahl der».

⁴¹⁸⁰ Beide Zitate: *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 433.

⁴¹⁸¹ Vgl. *Schlossmann*, Organ (Anm. 4169), S. 291 f.

⁴¹⁸² *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 431.

heit der Individualperson A gegenüber der ihr fremden Individualperson B, oder ob nicht vielmehr das Rechtsverhältnis in diesen beiden Fällen ein begrifflich heterogenes ist³⁾. Auf Grund dieser Fragestellung und nur im Zusammenhange mit der gesamten spezifisch organischen Staatsanschauung gelangt man nun zu deren spezifischem Resultate, demzufolge Organschaft und Stellvertretung als zwei⁴¹⁸⁴ von einander wesensverschiedene Verhältnisse anzusehen sind. Nur mit der Möglichkeit der organischen Anschauung überhaupt muß die Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung stehen und fallen.

Der Grundpfeiler der organischen Staatslehre ist bekanntlich die Annahme eines einheitlichen *realen* psychischen Gesamtwillens des Staates, im Verhältnisse zu dem die psychischen Willen der Organe als dessen Bestandteile, als „Willenspartikel“⁴¹⁸⁵ zu gelten haben. Auf Grund der „Lehre, wonach die Gliedpersonen rechtliche Bestandteile der Gesamtperson sind, weil der Einzelwille ein integrierender | Bestandteil des Gemeinwillens ist“⁽¹⁾, muß das Organ als „Bestandteil“ der Staatsperson – weil der Organwille als „Bestandteil“ des Staatswillens angesehen werden. Da der Vertreter dagegen keinesfalls „Bestandteil“ des Vertretenen ist, sein Wille – *psychisch genommen* – stets ein selbständiger dem des Vertretenen gegenüber bleibt, ist es nur folgerichtig, wenn *Preuss* den Gegensatz zwischen Organschaft und Stellvertretung folgendermaßen charakterisiert²⁾: „Die Handlung und Erklärung des Stellvertreters ist in der Tat stets nur seine Handlung und Erklärung, gleichviel ob sie direkte oder indirekte Rechtswirkungen für den Vertretenen erzeugt oder nicht. Wo ihr die Vertretungswirkung versagt bleibt, erzeugt sie eventuell Rechtswirkungen für oder gegen den Handelnden und Erklärenden selbst; denn an sich sind die betreffenden Akte ebensowohl als Akte des Vertreters wie als solche des Vertretenen denkbar. Die Handlungen und Erklärungen der Organperson dagegen sind rechtlich nur denkbar, wenn sie zugleich Akte der Organperson *und* der Gesamtperson sind; denn der Organwille ist ein integrierender Bestandteil des rechtlich organisierten Gemeinwillens, während der Individualwille des Stellvertreters dem Individualwillen des Vertretenen durchaus selbständig gegenüber steht. Gemeinsam ist beiden Erscheinungen die sinnlich wahrnehmbare Tatsache, auf welche *Schlossmann* trotz ihrer Selbstverständlichkeit den entscheidenden Wert legt, daß die Handlung des Stellvertreters wie der Organperson deren eigene Handlung ist. Der Unterschied und das rechtlich entscheidende Moment besteht aber darin, daß die Handlung des Stellvertreters niemals

³⁾ a. a. O. S. 433.⁴¹⁸³

| 697 ¹⁾ *Preuss* a. a. O. S. 447/8.⁴¹⁸⁶

²⁾ a. a. O. S. 445.⁴¹⁸⁷

⁴¹⁸³ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 432 f.

⁴¹⁸⁴ «demzufolge ... zwei»] A₁ «demzufolge zwei»; A₂ «demzufolge ... zwei».

⁴¹⁸⁵ Vgl. das *Preuß*-Zitat oben S. 280 mit Anm. 1224.

⁴¹⁸⁶ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 447 f.

⁴¹⁸⁷ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 445.

zugleich Handlung des Vertretenen sein *kann*; die Handlung der Organperson immer zugleich Handlung des Organismus sein *muß*.“

Die einzig mögliche Widerlegung dieser Anschauung kann nur gegen jene Stelle gerichtet sein, von der aus sich das Resultat als logisch-konsequente Folgerung ergibt. Es ist die Annahme eines realen, psychischen Gesamtwillens, als dessen Bestandteil der Organwille erscheint. Nur wenn der Wille des Organes wirklich der Bestandteil eines realen Gesamtwillens der Staatsperson wäre, könnte zwischen Staat und Organ jene besondere Relation bestehen, die *Preuss* behauptet, und die sich von der Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem prinzipiell unterscheidet.

Die Unmöglichkeit, die Staatsperson auf einem realpsychischen Gesamtwillen zu begründen, wurde bereits im 2. Buche dieser Untersuchungen dargetan. Dort wurde gezeigt – woran hier nur mehr erinnert sei – daß ein Gesamtwille im sozialpsychischen | Sinne⁴¹⁸⁸ als einheitliches Substrat der Staatsperson nicht existiert, nicht bloß, weil es, wie *Preuss* zugibt, „einen exakten Beweis für⁴¹⁸⁹ die Existenz eines Gemeinwillens¹⁾“ nicht gibt, sondern weil man positiv beweisen kann, daß die Voraussetzungen für das Dasein eines realpsychischen Gesamtwillens *des Staates* fehlen und fehlen müssen, da unter dem Terminus Staatswille ein ganz anderer als ein realpsychischer Tatbestand zu verstehen ist. Das Nähere darüber ist im 2. Buche dieser Untersuchungen nachzulesen.⁴¹⁹¹

Dort ist auch des weiteren dargetan, daß selbst wenn es tatsächlich für den Staat⁴¹⁹² dasjenige gäbe, was die Sozialpsychologie als Gemeinwillen bezeichnet, dies gerade im Sinne der Sozialpsychologie kein selbständiger „Wille“, sonder nur der Ausdruck für die Tatsache wäre, daß eine Mehrheit von Einzelwillen ihrer Richtung nach inhaltlich übereinstimmen. Wenn, wie die Organiker behaupten, der psychische Wille das Substrat der Persönlichkeit ist, dann gibt es nur Einzelpersönlichkeiten, keine Gesamtpersönlichkeit; denn der Terminus „Gesamtpersönlichkeit“ bezeichnete etwas wesentlich anderes als „Person“, nämlich bloß eine Relation zwischen Personen, wäre nur der Ausdruck dafür, daß eine Mehrheit von Einzelpersonen gleicher Willensrichtung sei.

Man vergegenwärtige sich doch, daß eine Reihe gleichmäßig in derselben Richtung marschierender, gleich uniformierter und unter demselben Kommando stehender Soldaten nicht selbst wiederum ein „Soldat“ oder „Gesamtsoldat“ ist! Nur dem Worte, nicht aber dem Wesen nach wäre Einzelperson und Gesamtperson

| 698 |¹⁾ a. a. O. S. 414.⁴¹⁹⁰

⁴¹⁸⁸ «Sinne»] A «Willen»; F* «Sinne».

⁴¹⁸⁹ «Beweis für»] *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 441: «Beweis allerdings für».

⁴¹⁹⁰ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 441.

⁴¹⁹¹ Vgl. oben S. 272–300.

⁴¹⁹² «den Staat»] A₁ «die Staatsperson»; A₂ «den Staat».

dasselbe und somit das auch von den Vertretern der organischen Staatstheorie anerkannte Postulat der Einheit des Persönlichkeitsbegriffes²⁾ preisgegeben.

Nur die seltsame Täuschung, die das Wort „Gesamtwille“ verursacht, indem es dazu verleitet, darunter so etwas wie einen „Willen“ (und nicht bloß eine Relation von Willen) zu vermuten, macht die irrige Anschauung erklärlich, derzufolge der Organwille als „Willenspartikel“, als Bestandteil eines größeren wesensgleichen „Willens“, die Organperson als Bestandteil einer Gesamtperson angesehen wird. Weil aber der Organwille nicht „Bestandteil“ eines Staatswillens, sondern höchstens einer von vielen übereinstimmenden Einzelwillen sein könnte, darum kann die Handlung des Organes nicht *deshalb* Handlung des Staates sein, weil die Organperson ein „Bestandteil der Staatsperson“⁴¹⁹⁴ ist. Und gerade vom Standpunkte einer auf die realpsychische Tatsache eines Gesamtwillens gerichteten (ihrem Wesen nach materiell-psychologischen⁴¹⁹⁵, nicht formal-juristischen) Betrachtung | (wie es die der organischen Staatslehre ist) wäre ein Willensakt, der nicht auch Willensakt *aller* zur Gesamtheit gehörigen, den Gesamtwillen bildenden Einzelwillen wäre, m. a. W., ein Willensakt, dem nicht inhaltlich gleiche Willensakte aller anderen zur Gesamtheit gehörigen Personen beigeordnet wären, niemals eine Handlung der den Gesamtwillen repräsentierenden Person; denn ein Gesamt- oder Gemeinwille besteht nur insoferne als tatsächlich eine Übereinstimmung der Einzelwillen zu verzeichnen ist. Der Willensakt des Organes steht in der Gesamtheit der nach organischer Auffassung den Staat bildenden Organe durchaus vereinzelt da, er strebt seinem *Inhalte* nach nicht mit der Gesamtheit der übrigen Organe demselben Ziele zu, er verläuft nicht in einem Prozesse paralleler Willensakte, der im Sinne der Sozialpsychologie als Gesamtwille oder Gemeinwille bezeichnet werden kann.

| 699

Wenn die Handlung des Organes rechtlich⁴¹⁹⁶ als Handlung des Staates erklärt wird, so erfolgt dies Urteil somit nicht auf Grund jener Relation zwischen den einzelnen Organwillen, die als Gesamtwille in der charakterisierten Bedeutung gilt – denn eine solche Relation der Einzel-Organwillen ist in Wirklichkeit gar nicht vorhanden, sondern, wie bereits früher ausgeführt wurde,⁴¹⁹⁷ auf⁴¹⁹⁸ Grund der Rechtsordnung, die in ihren Rechtssätzen jene *Zurechnungsregeln* enthält, auf Grund deren gewisse menschliche Handlungen nicht den physisch Handelnden, sondern einem hinter ihnen gedachten gemeinsamen Punkte zugerechnet werden. Bezeichnet man die Rechtsordnung als Organisation, dann darf man die Organhandlung nicht etwa, wie *Preuss*, deshalb als Staatshandlung gelten lassen, weil der

²⁾ Vgl. *Preuss* a. a. O. S. 435, 436.⁴¹⁹³

⁴¹⁹³ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 435 f.

⁴¹⁹⁴ «der Staatsperson»] A₁ «des Staates»; A₂ «der Staatsperson».

⁴¹⁹⁵ «materiell-psychologischen»] A₁ «psychologischen»; A₂ «materiell psychologischen».

⁴¹⁹⁶ «rechtlich»] A₁ «zugleich»; A₂ «rechtlich».

⁴¹⁹⁷ Vgl. oben S. 293–300, 677 f.

⁴¹⁹⁸ «sondern ... auf»] A₁ «sondern auf»; A₂ «sondern ... auf».

Organwille⁴¹⁹⁹ Bestandteil des „organisierten Gemeinwillens“⁽¹⁾ ist, sondern weil die bestehende einheitliche Organisation⁴²⁰¹ die Annahme eines einheitlichen Gemein- oder⁴²⁰² Staatswillens – allerdings nicht im sozialpsychologischen Sinne, sondern in der Bedeutung eines gemeinsamen Zurechnungspunktes – notwendig macht. Es gibt nicht etwa: erstens einen Staatswillen und zweitens eine Organisation desselben, sondern das, was man Staatswillen nennt, ist nur der Ausdruck für die Einheitlichkeit der als Organisation bezeichneten Rechtsordnung; ist figurlich ausgedrückt der einheitliche gemeinsame Zurechnungspunkt für die Organhandlungen. Es ist ein *circulus vitiosus*, mit *Gierke* und *Preuss* von einem Gesamtwillen zu sprechen, den die Rechtsordnung angeblich schon vorfindet und der durch die Rechtsordnung erst organisiert wird, wenn auf die Existenz eines Gesamtwillens nur aus der „Organisation“ d. i. der Rechtsordnung geschlossen werden kann.

|700 |Aber auch abgesehen von dem falschen Willensbegriffe, auf dem sich die organische Staatslehre⁴²⁰³ aufbaut, ist deren spezifische Konstruktion der Rechtsstellung des Staatsorganes im Verhältnis zur Staatsperson und daher auch mittelbar der aus der Natur dieser⁴²⁰⁴ Relation deduzierte Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung unhaltbar, weil diese Konstruktion an einem Widerspruche leidet, den auszugleichen der fraglichen Theorie trotz eifrigen Bemühens nicht gelungen ist. Es muß auffallen, daß *Preuss* in der oben zitierten auf das Problem: Organschaft und Stellvertretung, gerichteten Fragestellung⁴²⁰⁵ von einer „Differenzierung“ der Organperson gegenüber ihrem „Organismus“ ausgeht und schließlich die Lösung des Problems im Sinne einer Identifizierung von Organ und⁴²⁰⁶ Organismus vornimmt, indem er als Resultat seiner Untersuchung den Unterschied zwischen Stellvertretung und Organschaft dahin formuliert: „Das Recht hat hier nicht die Beziehung zweier einander fremd gegenüberstehender Individuen zu regeln, sondern den Gemeinwillen einer Gesamtperson zu organisieren“⁴²⁰⁷. Und es ist beim besten Willen unverständlich, wenn *Preuss* erklärt, daß „die Gesamtperson nicht ein von ihren Teilen trennbares Drittes“⁽¹⁾, daß die

|699 |¹⁾ a. a. O. S. 445.⁴²⁰⁰

|700 |¹⁾ a. a. O. S. 453.⁴²⁰⁸

⁴¹⁹⁹ «weil der Organwille»] A₁ «weil das Organ»; A₂ «weil der Organwille».

⁴²⁰⁰ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 445.

⁴²⁰¹ «bestehende einheitliche Organisation»] A₁ «bestehende Organisation»; A₂ «bestehende einheitliche Organisation».

⁴²⁰² «eines einheitlichen Gemein- oder»] A₁ «eines Gemein oder»; A₂ «eines einheitlichen Gemein oder».

⁴²⁰³ «Staatslehre»] A₁ «Lehre»; A₂ «StaatsLehre».

⁴²⁰⁴ «aus der Natur dieser»] A₁ «aus dieser»; A₂ «aus der Natur dieser».

⁴²⁰⁵ Vgl. oben S. 864.

⁴²⁰⁶ «von Organ und»] A₁ «von Organperson [bricht ab]»; A₂ «von Organ und».

⁴²⁰⁷ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 445.

⁴²⁰⁸ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 453.

Organperson ein rechtlich organisatorischer Bestandteil der Gesamtperson ist, ihre Rechte und Pflichten von denen der Gesamtperson in keiner Weise losgelöst werden können²⁾ – und dann doch wiederum die Organe als selbständige Personen von dem Ganzen trennt, die Existenz von Rechtspflichten und subjektiven Rechten des Organes gegen den Organismus anerkennt und gerade darin der *Schlossmannschen* Polemik gegen die pseudoorganische Terminologie der Konstruktion *Labands*, *Jellineks* u. a. zustimmt, daß die Annahme einer selbständigen Persönlichkeit des Organes gegenüber dem Organismus wegen des Bestandes von Rechtspflichten und subjektiven Rechten zwischen beiden notwendig sei³⁾. Es muß räthselhaft bleiben, wie das Organ selbst Person sein kann, wenn sein Wille nur Bestandteil des Gesamtwillens des Organismus ist und gerade der psychische Wille das Substrat der Persönlichkeit sein soll.

Auf die Frage, wie diese Widersprüche zu lösen seien, hat die organische Staatslehre nur die eine Antwort: daß diese besondere Beziehung zwischen Organismus und Organ eine „organische“ sei; und *Preuss* weist alle derartigen Einwände mit der Erklärung ab: „Wem freilich dieser Grundgedanke der Einheit in der Vielheit eine unvollziehbare Vorstellung ist, dem wird die organische Theorie in ihrem Wesen stets unverständlich und als vermeintliche Analogie|spielerei stets mißverständlich bleiben, aber er muß auch verzichten auf jedes Verständnis für das organische Leben überhaupt; denn dies: die Einheit in der Vielheit ist das Charakteristikum des Gattungsbegriffes Organismus“⁴¹⁾. Allein, die Vorstellung physischer Organismen bereitet dem logischen Verständnis⁴²¹² keineswegs solche Schwierigkeiten⁴²¹³ wie die sozialer Organismen, die nach *Preuss* nicht etwa als bloße Analogien zu den ersteren, sondern neben diesen als zweite Art einer gemeinsamen Gattung zu gelten haben. Denn bei dem physischen Organismus wird es niemandem beifallen, das Organ nicht bloß als Bestandteil dem Organismus einzuordnen, sondern auch als selbständige Einheit entgegenzustellen. Organ eines Ganzen sein, heißt ausschließlich und allein mit einem Ganzen spezifisch *verbunden sein*, für ein Ganzes als einem Zwecke ein Mittel und nicht selbst ein Zweck sein. Im Sinne des durchaus naturwissenschaftlichen Organbegriffes⁴²¹⁴ der organischen Staatstheorie, für die physische und soziale Organismen nur zwei Spe-

| 701

²⁾ a. a. O. S. 454. ⁴²⁰⁹

³⁾ a. a. O. S. 449. ⁴²¹⁰

⁴¹⁾ a. a. O. S. 453. ⁴²¹¹

| 701

⁴²⁰⁹ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 454.

⁴²¹⁰ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 449.

⁴²¹¹ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 453.

⁴²¹² «dem logischen Verständnis»] A₁ «dem Verständnis»; A₂ «dem logischen Verständnis».

⁴²¹³ «solche Schwierigkeiten»] A₁ «solche logische Schwierigkeiten»; A₂ «solche, an das Dogma der Dreieinigkeit erinnernde^{Fn} vgl Bernatzik^{Fn} Schwierigkeiten»; F* «solche Schwierigkeiten».

⁴²¹⁴ «naturwissenschaftlichen Organbegriffes»] A₁ «naturwissenschaftlichen, explikativen Organbegriffes»; A₂ «naturwissenschaftlichen, psychologisch-explikativen Organbegriffes»; A₃ «naturwissenschaftlichen, Organbegriffes».

zies desselben Genus sind, kann das Staatsorgan im selben Augenblicke nicht mehr Organ sein, da sich die Notwendigkeit ergibt, es als rechtlichen End- oder Selbstzweck, d. i. als Subjekt von Pflichten und Rechten anzusehen, die nicht Pflichten und Rechte des Organismus sind, weil sie *gegen* den Organismus, weil zwischen Organ und Staat bestehen.

Wie das Problem zu lösen ist, das Organ sowohl als Subjekt von Pflichten und Rechten mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet, m. a. W. als Endpunkt der rechtlichen Zurechnung und doch zugleich als bloßen Durchgangspunkt der Zurechnung ohne Persönlichkeit zu konstruieren, ist hier zu zeigen versucht worden, indem der Fehler vermieden wurde, beide Qualitäten des Organes in derselben Relation zu suchen, innerhalb deren sie sich ausschließen müssen: Die Eigenschaft des Organes, Endpunkt- und die, Durchgangspunkt der Zurechnung zu sein, wurden in den beiden von einander völlig unabhängigen Relationen gefunden, in denen das Organ zu zwei ganz verschiedenen Gruppen von Rechtssätzen steht.⁴²¹⁵

Wenn die organische Staatstheorie trotz der von ihr angenommenen Persönlichkeit des Organes gegenüber der Person des Staates und der damit gegebenen Existenz von zwei Rechtssubjekten dennoch einen Unterschied von der Stellvertretung behauptet, die doch auch als zwischen zwei Rechtssubjekten bestehend gilt, so ist dies letzten Endes darin begründet, daß sie eben das Verhältnis zwischen beiden Subjekten in beiden Fällen als ein verschiedenes darstellt. „Für die organische Theorie“, sagt *Preuss*²⁾, „ist das Rechtsverhältnis zwischen | Gesamtperson und der ihr eingegliederten Organperson das zweier *ungleicher* Willen, der Organwille ist dem Gemeinwillen *subordiniert*; es ist ein *Gewaltverhältnis*. Das individualistische Rechtsverhältnis zwischen dem Stellvertreter und der vertretenen Einzelperson ist das zweier *gleicher* Willen, der Wille des Vertreters ist dem des Vertretenen *koordiniert*“. Indem die organische Theorie auf diese Weise neben der rechtlichen Koordinierung der Subjekte eine *rechtliche* Subordinierung vornimmt, verliert ihre Gesamtkonstruktion den einheitlichen Charakter. Sie verläuft – bildlich gesprochen – nicht mehr in einer einzigen Ebene, sie muß gleichsam noch eine Dimension, eine zweite die erste schneidende Hilfsebene heranziehen. Während nämlich, dem Postulate des einheitlichen Personen-Begriffes entsprechend, alle Personen einander⁴²¹⁷ koordiniert erscheinen müssen, weil es *dieselbe Relation zur Rechtsordnung ist*, die ihnen den Personencharakter verleiht, erscheint nach der organischen Theorie das Einheitspostulat aufgegeben, indem die Staatsperson der

²⁾ a. a. O. S. 469.⁴²¹⁶

⁴²¹⁵ Vgl. oben S. 676–678.

⁴²¹⁶ Vorangehendes und folgendes Zitat: *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 469 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁴²¹⁷ «entsprechend, alle Personen einander»] A «entsprechend, einander»; F* «entsprechend, alle Personen einander».

Organperson übergeordnet wird. Bedenkt man des weiteren, daß nach der üblichen, auch von der organischen Theorie akzeptierten, ja, im Grunde genommen, nur auf ihrem Boden konsequent durchführbaren Vorstellung des sogenannten „öffentlichen“ Rechtes das Verhältnis des Staates auch zu den übrigen Subjekten als ein rechtliches Überordnungsverhältnis und zwar naturgemäß als ein anderes als das zu den Organpersonen anzusehen ist, so ist für die Gesamtkonstruktion noch eine dritte Richtungsebene aufgeschlagen. Mit drei rechtlich völlig verschiedenen Personenkategorien arbeitet eine solche juristische Methode: Die einander koordinierten Untertanspersonen, die diesen übergeordnete Staatsperson und endlich die der letzteren wiederum in einer anderen Richtung untergeordneten Organpersonen.

Soferne sich nun die Kritik gegen diese Art der Konstruktion wendet, hört sie auf, eine immanente zu sein; und *wenn hier der Konstruktion mit der drei- oder mehrfachen Ebene die Konstruktion mit der einfachen Ebene entgegengesetzt wird*, so geschieht dies im Vollbewußtsein der Tatsache, daß die Richtigkeit des vertretenen Standpunktes nicht absolut beweisbar ist, daß der an diesem Punkte zu Tage tretende Gegensatz letzten Endes in der Verschiedenheit der Weltanschauung wurzelt.

Gegen die Möglichkeit oder Zulässigkeit der Konstruktion eines *rechtlichen* Über- resp. Unterordnungsverhältnisses und für das hier vertretene Axiom, daß auch der Staat als Person allen übrigen Personen *rechtlich* gleichgeordnet sein muß, kann nur die Behauptung ins Feld geführt werden, daß die rein formale Konstruktion des Juristen für politische ebensowenig wie für wirtschaftliche – in | beiden Fällen stets *psychologische Machtverhältnisse* kein Ausdrucksmittel hat, daß die tatsächlich vorhandenen, keineswegs abzuleugnenden Über- und Unterordnungsverhältnisse, die realen Gewaltelemente in den Rechtsbegriffen keinen Platz finden, als sogenannte bloß „faktische“, nicht rechtliche Momente⁴²¹⁸ unberücksichtigt bleiben müssen. Es kann des weiteren nur darauf hingewiesen werden, daß Macht und Gewalt als *psychische* Faktoren nur in der Relation zwischen *Menschen* existent sein können, nicht aber zwischen Gebilden juristischer Konstruktion: den Personen; daß insbesondere der Staat, der nichts als ein gemeinsamer Zurechnungspunkt ist, nicht als Träger psychischer Funktionen, nicht als Macht- oder Gewaltfaktor gelten kann. *Rechtlich natürlich nur!* Denn nur für das Recht hat der Begriff „Staat“ diesen Sinn. Kann man dem Terminus „Staat“ neben dem der Gesellschaft auch vom soziologischen Standpunkte aus einen Sinn abgewinnen, dann können dem Staate der Soziologie alle jene Qualitäten zugesprochen werden, die das heutige „öffentliche“ Recht von seinem Staate behauptet: die Macht und Gewalt, die Herrschaft und die Überordnung. Denn⁴²¹⁹ der substantiell soziolo-

| 703

⁴²¹⁸ «„faktische“, nicht rechtliche Momente»] A₁ «„faktische“ Momente»; A₂ «„faktische“, nicht rechtliche Momente».

⁴²¹⁹ «behauptet: ... Überordnung. Denn»] A₁ «behauptet, das Macht und Gewaltverhältnis, die Überordnung und dergl. Denn»; A₂ «behauptet ... Überordnung. Denn».

gischen Betrachtung, die eine sozial-psychologische ist, sind alle jene Elemente zugänglich, die als Macht- und Gewalttatsachen in Herrschafts- und Überordnungsverhältnissen in der psychischen und körperlichen Realität⁴²²⁰ der Seinswelt bestehen. Allein, für die juristische Betrachtung gibt es kein Unten und Oben, die formale Rechtskonstruktion muß gleichsam auf eine dritte Dimension verzichten, sie ist eine plane, oder wie es früher auszudrücken versucht wurde: sie verläuft in einer einzigen Ebene.⁴²²¹

Wenn die Annahme von *rechtlichen* Über- und Unterordnungsverhältnissen neben Relationen der Koordination abgelehnt wird, so geschieht dies auch aus Gründen der Begriffsökonomie, im Interesse der Geschlossenheit und möglichsten Einfachheit der Gesamtkonstruktion. Es ist aber nicht nur überflüssig spezifische rechtliche Herrschaftsverhältnisse zu konstruieren, wenn man mit dem einfachen Begriffe des Rechtsverhältnisses sein Auslangen findet, es hat sich auch tatsächlich als unmöglich erwiesen. Denn vergeblich wird man an die herrschende Lehre vom öffentlichen Rechte die Frage stellen, wodurch sich *rechtlich* die als Herrschaftsverhältnisse charakterisierten Rechtsverhältnisse von den übrigen unterscheiden? Denn auch diese „rechtlichen“ Herrschaftsverhältnisse können aus nichts anderem bestehen, denn aus Rechtspflichten und subjektiven Rechten von Personen. Eine Differenzierung dieser Begriffe ist aber unzulässig, denn die absolute Einheit derselben ist das Grundpostulat aller juristischen Konstruktion.

|704 |Man ist gewohnt, einer solchen Anschauung den Vorwurf zu machen, daß sie eine einseitig privatrechtliche sei. Diesen Vorwurf kann man getrost auf sich nehmen, wenn einem nur von der anderen Seite die Notwendigkeit einheitlicher juristischer Grundbegriffe für das gesamte Rechtsgebiet zugestanden wird; dann ist nämlich diesem Angriffe die Basis entzogen. Denn die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte ist ganz besonders dann unzulässig, wenn sie den Sinn haben soll, daß für die Bildung der Begriffe des Privatrechtes eine andere Methode erforderlich sei als für die des öffentlichen Rechtes; daß die Begriffe des letzteren Elemente zu enthalten hätten, die dem Privatrechte fremd seien. Wenn die juristische Konstruktion des Arbeitsverhältnisses die wirtschaftliche Übermacht, die tatsächliche Über- und Unterordnungsrelation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu ignorieren hat, wenn diese tatsächlich vorhandenen *wirtschaftlichen* Machtfaktoren in den bezüglichen Rechtsbegriffen keinen Ausdruck finden, so ist dies nicht etwa deshalb der Fall, weil es sich um *Privatrechtsverhältnisse* handelt, sondern weil die *Rechtskonstruktion* ihrer Natur nach diese Elemente nicht erfassen kann. Und die juristische Begriffsbildung kann und darf ihr Wesen auch jenen Verhältnissen gegenüber nicht verändern, die man als öffentlich-rechtliche bezeichnet, weil in ihnen die Staatsperson erscheint. Die juristische

⁴²²⁰ «psychischen und körperlichen Realität»] A₁ «psychischen Realität»; A₂ «psychischen und körperlichen Realität».

⁴²²¹ Vgl. oben S. 58, 870f., vgl. auch oben S. 59, wo Kelsen von einer „einfachen Ebene“ spricht.

Konstruktion darf und kann gar nicht die hinter diesen Verhältnissen stehenden, oder den *Inhalt* dieser Verhältnisse bildenden politischen Machtelemente begreifen wollen, aus ebendenselben Grunde, der sie auf dem Gebiete des Privatrechtes die ökonomischen nicht erfassen läßt. Es ist schlechterdings nicht zu begreifen, weshalb gerade die Privatrechtskonstruktion⁴²²² sich Tatsachen gegenüber eine Beschränkung auferlegen müßte, die für das Gesamtbild jener Erscheinung, deren Form bloß das Recht ist, nicht weniger wesentlich sind, als jene, die man in die Begriffe des öffentlichen Rechtes aufnehmen zu sollen glaubt. Indem die Theorie des öffentlichen Rechtes einen rechtlichen Ausdruck für staatliche Machtverhältnisse zu finden bemüht war, hat sie sich mit einem Fuße in die Politik und Soziologie gestellt. Die heute übliche Differenzierung zwischen der Methode des privaten und des öffentlichen Rechtes ist eine so prinzipielle, daß die gemeinsame Subsumption beider unter einen einheitlichen Rechtsbegriff durch nichts mehr gerechtfertigt ist. „Recht“ kann nur das eine oder das andere heißen. Allein, die das öffentliche Recht vom privaten unterscheidenden vermeintlich *rechtlichen* Über- und Unterordnungs- oder Herrschaftsverhältnisse verschwinden vor der Erkenntnis des Fundamentalsatzes aller Staatsrechtskonstruktion: *Den Staat rechtlich erfassen, heißt ihn als Person der Rechtsordnung in gleicher Weise gegenüberetzen, wie alle übrigen Rechtssubjekte, und ihn somit allen übrigen Rechtssubjekten gleichsetzen.*

| 705

Darin ist aber auch der Gedanke enthalten, daß alle *rechtliche Qualifikation ausschließlich und allein in der spezifischen Relation zur Rechtsordnung liegt.* Und damit ist die Untersuchung an den letzten Punkt gelangt, der in dem Problem „Organschaft und Stellvertretung“ von Bedeutung ist. Die organische Staatslehre gründet ihre Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung auf eine Verschiedenheit des *Verhältnisses zwischen den Subjekten*; sie läßt in dem einen Falle die Personen einander über- resp. untergeordnet, in dem zweiten einander nebengeordnet sein. *Sie betrachtet das Rechtsverhältnis als ein Verhältnis zwischen den Subjekten.* Die Unterscheidung der beiden fraglichen Rechtsverhältnisse auf Grund der Verschiedenheit der Relation zwischen den beiden Subjekten ist jedoch schon deshalb hinfällig, weil *das Rechtsverhältnis nicht ein Verhältnis zwischen zwei Subjekten, sondern lediglich das Verhältnis zur Rechtsordnung ist.* Rechtsverhältnis ist entweder subjektives Recht oder subjektive Pflicht und als solches Relation des Subjektes zum Rechtssatze.

Der Begriff des Rechtsverhältnisses hat in der theoretischen Literatur die gleiche Behandlung erfahren, wie die Rechtsbegriffe des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht. Wie man die Rechtspflicht als die vom objektiven Rechte garantierte Willensgebundenheit, wie man das subjektive Recht als das vom objektiven Rechte geschützte Interesse oder den vom objektiven Rechte anerkannten Willen auffaßte, wie man also in beiden Fällen ein materielles Element in den Rechtsbegriff aufnahm, um es mit dem formalen (der Relation zur Rechtsord-

⁴²²² «die Privatrechtskonstruktion»] A₁ «das Privatrecht»; A₂ «die Privatrechtskonstruktion».

nung) zu verbinden, so erklärte man als Rechtsverhältnisse die schon vor der Rechtsordnung, auch ohne Rechtsordnung gegebenen, zwischen den Menschen bestehenden, „natürlichen“, d. h. wirtschaftlichen oder politischen, *durch*⁴²²³ *die Rechtsordnung bloß geregelten Verhältnisse*. Man sah in den Rechtsverhältnissen, ebenso wie in den subjektiven Pflichten und Rechten, ein substantielles Element, das durch die Rechtsordnung seine Form erhält.

706 Eine besondere Polemik gegen diesen Begriff des Rechtsverhältnisses ist hier überflüssig, denn sie könnte nur eine Wiederholung der methodologischen Argumente bringen, die anlässlich der Kritik der Rechtsbegriffe des subjektiven Rechtes und der subjektiven Pflicht vorgebracht wurden⁴²²⁴ und die auf dem Grundprinzip aller | Rechtskonstruktion beruhen: Recht im objektiven wie im subjektiven Sinne ist nur Form und nicht Inhalt, ist Schutz und nicht Geschütztes, ist Ordnung und nicht Geordnetes. Darum ist Rechtsverhältnis nicht ein vom Rechte geregeltes Verhältnis, nicht jene „natürliche“, rein materielle, von der Rechtsordnung unabhängige und⁴²²⁵ ohne die Rechtsordnung mögliche Relation zwischen Menschen, sondern lediglich jene formale Beziehung⁴²²⁶, die durch die Rechtsordnung erst geschaffen ist; *Rechtsverhältnis ist das Verhältnis des Rechtes, i. e. der Rechtsordnung zum Subjekte*. Der Rechtsordnung gegenüber ist man berechtigt und nur der Rechtsordnung gegenüber ist man verpflichtet und nur aus Rechten oder Pflichten besteht das Rechtsverhältnis. Es kann gar kein Verhältnis zwischen Rechtssubjekten, d. h. Personen – sondern nur eines zwischen *Menschen* geben, denn Rechtssubjekt oder Person ist man eben nur im Verhältnis zur Rechtsordnung. Es besteht *rechtlich* auch kein unmittelbares Verhältnis zwischen dem subjektiv Berechtigten und demjenigen, auf dessen Pflicht das subjektive Recht gerichtet ist. Denn zwischen beiden steht die Rechtsordnung, resp. der gemeinschaftliche Rechtssatz, der im Verhältnis zum einen als dessen Pflicht, im Verhältnis zum anderen als dessen Recht erscheint und so die Beziehung zwischen beiden *vermittelt*. Die Tatsache etwa, daß die Leistung materiell von dem Verpflichteten an den Berechtigten zu erfolgen hat, daß der eine an dem pflichtmäßigen Verhalten des anderen interessiert ist, ein Umstand, der wohl geeignet ist, ein *direktes materielles Verhältnis* zwischen beiden herzustellen, ist für die formale Konstruktion bedeutungslos.

Darum ist auch bei den Verhältnissen der Organschaft und der Stellvertretung lediglich die formale Relation⁴²²⁷ zur Rechtsordnung und nicht die materielle Beziehung zwischen den Subjekten, d. h. zwischen Staat und Organ im einen Falle, zwischen Vertretenem und Vertreter im anderen relevant. *Von diesem Gesichts-*

⁴²²³ «gegebenen ... durch»] A₁ «gegebenen, durch»; A₂ «gegebenen ... durch».

⁴²²⁴ Vgl. zur Kritik an beiden Begriffen oben S. 720–776 und zur Kritik am Begriff der subjektiven Pflicht zudem oben S. 841–845.

⁴²²⁵ «Rechtsordnung unabhängige und»] A «Rechtsordnung und»; F* «Rechtsordnung unabhängige und».

⁴²²⁶ «jene formale Beziehung»] A₁ «jene Beziehung»; A₂ «jene formale Beziehung».

⁴²²⁷ «die formale Relation»] A₁ «die Relation»; A₂ «die formale Relation».

punkte betrachtet zeigt sich aber eine vollkommene Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung.

Das Verhältnis des Staatsorganes zur Rechtsordnung wurde hier in der Weise analysiert, daß zwei Arten von Rechtssätzen unterschieden wurden; jene, die den Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichten⁴²²⁸ und zu deren Realisation das Organ berufen ist, und jene, die das Organ verpflichten (oder ausnahmsweise, wie beim Monarchen, berechtigen) die Rechtssätze der ersteren Art auszuführen. Es wurde erkannt, daß das Organ im Verhältnis zu den Rechtssätzen zweiter Art als Endpunkt der rechtlichen Zurechnung als Subjekt von Pflichten (resp. von Rechten) Person sei, daß es dagegen im Verhältnis zu den Rechtssätzen ersterer Art (die es realisiert) nur als Durchgangspunkt⁴²²⁹ der rechtlichen Zurechnung, also ohne Persönlichkeit erscheint.⁴²³⁰

| 707

Nicht anders liegt die Situation bei der Stellvertretung. Auch hier müssen jene Rechtssätze, die den Vertretenen verpflichten und berechtigen (und denen gegenüber der Vertretene als Rechtssubjekt in Betracht kommt), scharf von jenen geschieden werden, die den Vertreter in Bezug auf seine spezifische Tätigkeit – die Stellvertretung – verpflichten oder berechtigen. Diesen letzteren Rechtssätzen gegenüber ist der Stellvertreter ebenso Pflicht- oder Rechtssubjekt, d. h. also *Person*, wie es das Organ im Verhältnis zu den seine Organpflichten (resp. Rechte) statuierenden Rechtssätzen ist. Jenen Rechtssätzen gegenüber, die Rechtssätze⁴²³¹ und Pflichten des Vertretenen statuieren, deren Erfüllung, resp. Geltendmachung die Rechtspflicht⁴²³² des Vertreters ist oder bezüglich deren Erfüllung resp. Geltendmachung er⁴²³³ subjektiv berechtigt ist (indem ihm ein *Anspruch* zusteht, daß man ihm die Pflichten oder Rechte des Vertretenen erfüllen oder geltend machen *lasse*), diesen Rechtssätzen gegenüber ist der Vertreter ebenso nur ein Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung, also ohne Persönlichkeit, wie das Organ gegenüber den die Staatspflichten statuierenden Rechtssätzen, die es zu realisieren hat. Eben weil die Rechts-Persönlichkeit⁴²³⁴ nicht eine dem Menschen angeborne, immanente, dem Menschen als solchem wesentliche Eigenschaft ist, sondern lediglich in einer spezifischen Relation zur Rechtsordnung, d. h. zu den einzelnen Rechtssätzen besteht, ist ein Mensch auch nicht als solcher oder auch nur unter allen Umständen und in jeder Richtung „Person“, sondern nur in Bezug auf ganz bestimmte Rechtssätze, bezüglich deren nämlich für ihn jene spezifische Subjektivierungsmöglichkeit besteht, derzufolge diese Rechtssätze als seine Pflicht oder als sein Recht erscheinen. Weil naturgemäß nicht die ganze Rechtsordnung zu

4228 «die ... verpflichten»] A₁ «die lediglich den Staat verpflichten»; A₂ «die ... verpflichten».

4229 «Durchgangspunkt»] A₁ «Endpunkt»; A₂ «Durchgangspunkt».

4230 Vgl. oben S. 675–678.

4231 «Rechtssätze»] A «Rechte»; F* «Rechtssätze».

4232 «Rechtspflicht»] A₁ «Pflicht»; A₂ «Rechtspflicht».

4233 «deren Erfüllung resp. Geltendmachung er»] A₁ «deren er»; A₂ «deren Erfüllung resp. Geltendmachung er».

4234 «Rechts-Persönlichkeit»] A₁ «Persönlichkeit»; A₂ «RechtsPersönlichkeit».

jedem einzelnen in diesem Subjektivierungsverhältnis steht, ist es ohne weiteres möglich, daß jemand dem einen Rechtssatze gegenüber als Person erscheint, während er im Verhältnis zu einem anderen Rechtssatze diese Qualität nicht aufweist. Daß z. B. der Vertreter in der Relation zu denjenigen Rechtssätzen, die er als Vertreter zu erfüllen oder geltend zu machen hat (und die Pflichten oder Rechte des Vertretenen statuieren) nur Durchgangspunkt, nicht Endpunkt der rechtlichen Zurechnung ist, also nicht als Person erscheint, das zeigt sich eben darin, daß die bezügliche Handlung des Vertreters *rechtlich* nicht als die seine, sondern als die des Vertretenen *gilt*, d. h. dem Vertretenen und nicht dem Vertreter zugerechnet wird. Nicht der Rechtsanwalt, der auf Grund einer Vollmacht für seinen Klienten die Klagsschrift einbringt, macht *sein* Recht geltend, sondern der Vollmachtgeber, ebenso wie nicht die Bank, die im Auftrage eines ihrer Depotinhaber eine Zahlung leistet, dem Zahlungsempfänger gegenüber eine Schuld erfüllt, sondern der Auftraggeber es ist, der seiner Verpflichtung entspricht. Die Zurechnung erfolgt hier auf Grund des in der Rechtsordnung enthaltenen Zurechnungsprinzipes, auf Grund dessen unter gewissen Umständen (Vollmacht oder Voraussetzungen gesetzlicher Vertretung) gewisse Personen durch andere handeln können, d. h. daß die Handlungen der anderen (der Stellvertreter) ihnen (den Stellvertretenen) zugerechnet werden.

Daß der Stellvertreter nicht das Subjekt der Pflicht ist, die er für den Vertretenen erfüllt, ist klar, denn der bezügliche Rechtssatz ist auf ihn gar nicht anwendbar, steht also zu ihm nicht in jener besonderen Relation, derzufolge er als *seine* Pflicht erscheinen könnte. Wohl aber ist der Stellvertretene Subjekt jener Pflicht, die ihn zur Erfüllung der ersteren verbindet; so der Vormund, der die Vermögensverwaltung des Mündels führt und dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Ebenso ist klar, daß der Stellvertreter nicht Subjekt jenes Rechtes sein kann, das er für den Vertretenen geltend macht; er steht zu dem dieses Recht statuierenden Rechtssatze keineswegs in jener spezifischen Relation, derzufolge dieser als *sein* Recht erscheinen könnte, denn er kann für seine Person über den bezüglichen Rechtssatz gar nicht verfügen. Es bedarf dazu einer Vollmacht oder sonstiger Voraussetzungen, derenzufolge jedoch die über den Rechtssatz verfügende Geltendmachung schon nicht mehr als seine eigene (des Vertreters) Handlung gilt, sondern rechtlich als die des Vertretenen qualifiziert ist.

Was von dem für die Frage der Persönlichkeit einzig unmittelbar maßgebenden *Berechtigt- und Verpflichtet-Sein* gilt, das ist per analogiam auch auf den nur mittelbar in Betracht kommenden Tatbestand des Berechtig- und Verpflichtet-Werdens, d. h. des Rechts- und Pflicht-Erwerbes, resp. -verlustes (als *Voraussetzungen* des Berechtig- und Verpflichtet-Seins) anzuwenden.

Es ist einfach unrichtig, wenn *Preuss* erklärt¹⁾, daß der wesentliche Unterschied zwischen Organ und Stellvertreter darin bestehe, daß die Handlung des Stellvertreters niemals zugleich Handlung des Vertretenen sein kann, während die Handlung des Organes immer zugleich Handlung des Organismus sein muß. Denn in ganz dem gleichen Sinne gilt die Handlung des Organes als Handlung des Organismus, wie die des Stellvertreters als die des Stellvertretenen gilt: nämlich im Sinne der *rechtlichen Zurechnung*. Körperlich oder psychisch, d. h. für die kausale Betrachtung der Seinswelt liegt in beiden Fällen nur eine Handlung des Organes oder des Stellvertreters vor¹⁾. Nur für eine körperliche oder psychologische, auf die Seinswelt gerichtete Betrachtung ist⁴²³⁶ die Handlung des Vertreters lediglich *seine* Handlung und nicht die des Vertretenen. Für diese Betrachtung ist aber auch die Handlung des Organes ausschließlich seine eigene Handlung und nicht die des Organismus. Denn es besteht weder ein körperlicher noch auch psychischer Zusammenhang zwischen Staatsorgan und Staatsorganismus⁴²³⁷. Insbesondere der von *Preuss* und den Vertretern der organischen Staatstheorie behauptete Gemeinwille, demzufolge der Wille des Organes Bestandteil des Staatswillens, die Organperson Bestandteil der Staatsperson sein soll⁴²³⁸ und der allein⁴²³⁹ die Behauptung *Preuss'* rechtfertigte, ist nicht nur nicht sinnlich wahrnehmbar, wie *Preuss* selbst zugibt⁴²⁴⁰ (und als psychische Tatsache brauchte er auch gar nicht sinnlich wahrnehmbar zu sein), sondern er ist überhaupt nicht vorhanden. Wenn die Handlung des Organes als solche des Staates gilt (und nicht wie *Preuss* behauptet: „auch“ als solche – denn die beiden Standpunkte von denen sie das eine Mal als solche des Staates, das andere Mal als eigene Handlung des Organes erscheint, sind mit einander unvereinbar)⁴²⁴¹, so ist dies aus keinem anderen Grunde der Fall als aus

| 709

¹⁾ a. a. O. S. 445.⁴²³⁵

¹⁾ Strenggenommen, nur Bewegungen von Gliedmaßen, Armen, Beinen, Vibrationen der Stimmbänder etc. etc., hervorgerufen durch die Funktion der motorischen Nerven in einem Menschen. Schon der Begriff „Handlung eines Menschen“ kann eine ethische oder rechtliche Zurechnung enthalten, sofern dem Menschen, als ethische oder rechtliche Einheit gedacht, zugerechnet wird, was nur Bewegung eines Teiles von ihm ist.

| 708

| 709

⁴²³⁵ *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 445.

⁴²³⁶ «psychologische, auf die Seinswelt gerichtete Betrachtung ist»] A₁ «psychologische Betrachtung ist»; A₂ «psychologische Betrachtung auf die Seinswelt gerichtete ist»; F* «psychologische, auf die Seinswelt gerichtete Betrachtung ist».

⁴²³⁷ «zwischen Staatsorgan und Staatsorganismus»] A₁ «zwischen Organ und Organismus»; A₂ «zwischen StaatsOrgan und StaatsOrganismus».

⁴²³⁸ Vgl. oben S. 864f., 866.

⁴²³⁹ «Gemeinwille ... der allein»] A₁ «Gemeinwille, demzufolge [bricht ab]»; A₂ «Gemeinwille ... der allein».

⁴²⁴⁰ Vgl. oben S. 866 bei Anm. 4190.

⁴²⁴¹ Das von Kelsen in Anführungszeichen gesetzte Wort „auch“ findet sich bei *Preuß* in diesem Zusammenhang nicht. Vermutlich bezieht sich Kelsen (vgl. oben S. 864 bei Anm. 4187) auf *Preuß*, Stellvertretung (Anm. 4174), S. 445: „Die Handlungen und Erklärungen der Organperson dagegen sind rechtlich nur denkbar, wenn sie *zugleich* Akte der Organperson *und* der Gesamtperson sind“.

jenem, demzufolge die Handlung des Vertreters rechtlich als die des Vertretenen gilt: Weil sie kraft Rechtens einem anderen als dem physisch und psychisch handelnden⁴²⁴² Menschen zugerechnet wird.

Nicht den psychologisch-explikativen⁴²⁴³ Nexus der Kausalität, wie *Preuss* und die Vertreter der organischen Theorie vermeinen, sondern einzig und allein das rechtlich-normative Band der Zurechnung kann die juristische Betrachtung zu Tage fördern. Dieses findet sie aber in gleicher Weise bei der Organschaft wie bei der Stellvertretung.

⁴²⁴² «physisch und psychisch handelnden»] A₁ «physisch handelnden»; A₂ «physisch und psychisch handelnden».

⁴²⁴³ «psychologisch-explikativen»] A₁ «psychologisch-kausalen»; A₂ «psychologisch-explikativen».

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorischer Bericht

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911)

HKW 2, 21–878¹

I. Textkonstitution und Überlieferung	881
1. Autograph	881
2. Druckfassungen	884
3. Exkurs: Verlagskorrespondenz	887
II. Entstehung und Duktus	888
1. Entstehung	888
2. Der Autograph der „Hauptprobleme“	891
3. Bearbeitungsphasen und Drucklegung	897
4. Konzeption und Präsentation einer Methodenschrift	902
5. Qualifikationsschrift	908
III. Editorische Bearbeitung	910

I. Textkonstitution und Überlieferung

Die Edition gilt der ersten Auflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“, wie sie als Monographie im Jahre 1911 beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, erschienen ist. Zu der Druckfassung wird im Variantenapparat der erhaltene Autograph der „Hauptprobleme“ in Bezug gesetzt.

1. Autograph

Aus der Zeit vor 1940, d. h. dem Jahr der erzwungenen Emigration Kelsens in die Vereinigten Staaten von Amerika, sind nur wenige Autographen und Typoskripte von wissenschaftlichen Werken Hans Kelsens erhalten. Das Gros seiner wissenschaftlichen Utensilien – Büchern aus eigener wie aus fremder Feder, Sonderdrucken, Manuskripten, Typoskripten, Fahnen, Exzerpten und dergleichen mehr – musste er in Europa zurücklassen; seine Kölner Bibliothek etwa hat sich nicht erhalten. Der älteste erhaltene Autograph einer Kelsen-Schrift ist, soweit derzeit

¹ Soweit sich aus dem Kontext nichts Abweichendes ergibt, beziehen sich die Seitenangaben zur Erstauflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ auf die vorliegende Ausgabe.

bekannt, jener der „Hauptprobleme“. Kelsen hatte das ob seines Umfangs schwere und sperrige Manuskript – vermutlich noch zu seiner Genfer Zeit (1933–1940) und mit Rücksicht darauf, dass er seine Arbeitsmaterialien zum ganz überwiegenden Teil nicht mit in die Emigration nehmen konnte – seinem Schüler und Assistenten, Biographen und Freund Rudolf Aladár Métall (1903–1975) übergeben.² Gemeinsam mit dem übrigen, weit mehr als 50.000 Seiten umfassenden wissenschaftlichen Nachlass Kelsens, der nach dessen Tode zunächst an Métall gegangen war, gelangte auch der Autograph der „Hauptprobleme“ im Jahre 1977 in den Besitz der im Jahre 1972 gegründeten österreichischen Bundesstiftung Hans Kelsen-Institut, Wien, wo er sich auch heute noch befindet.³

Der Autograph diente, wie sich aus der Vielzahl handschriftlicher Hersteller- und Setzeranmerkungen auf den Seiten erschließen lässt,⁴ als Satzmanuskript der Druckfassung von 1911. Seine 2421 Seiten sind auf sechs in etwa gleich starke, jeweils mit Kordel verschnürte Papierpakete verteilt.⁵ Sein Überlieferungszustand ist jener „nach“ und nicht jener „vor Satz“. Kelsen hatte dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) unter dem 27. 8. 1910 seine „ca. 30 Druckbogen starke Arbeit ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘“⁶ angeboten, deren Zustand er als „– abgesehen von Vorrede und Inhaltsverzeichnis – druckfertig“⁷ bezeichnete. Um dem Verlag eine nähere Vorstellung vom Umfang des seinerzeitigen Manuskriptes zu vermitteln, quantifizierte er rund zwei Wochen nach dem ersten brieflichen Kontakt mit dem Verlag den Autographen auf „1075 Quartbogen zu

² Métall notiert in seiner Kelsen-Biographie aus dem Jahre 1969, dass er das Glück habe, das „Originalmanuskript zu besitzen“ (*Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 9).

³ Kelsen hatte über seinen wissenschaftlichen Nachlass keine ausdrückliche Verfügung getroffen; die beiden Töchter Kelsens, Dr. Hanna (Anna) Oestreicher (1914–2001) und Maria Feder (1915–1994), haben als dessen Erbinen im Juni 1973 – also kaum zwei Monate nach Kelsens Tod am 19. 4. 1973 – verfügt, dass der Nachlass Métall zufallen und nach dessen Tod zum Zwecke sorgsamer Verwahrung, Verwaltung und allfälliger Verwertung auf das Hans Kelsen-Institut übergehen solle. Nach dem Tode Métalls am 30. 5. 1975 dauerte es noch einmal knapp zwei Jahre, bis der Nachlass Kelsens – gemeinsam mit der rechtstheoretischen Bibliothek Métalls, die dieser dem Institut vermacht hatte – im März 1977 ins Hans Kelsen-Institut überführt werden konnte.

⁴ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 421, 569, 710, 729 und 793.

⁵ Paket 1 enthält die Vorrede, das Inhaltsverzeichnis sowie das gesamte Erste Buch mit Kapiteln I bis III; Paket 2 umfasst die I. Abteilung des Zweiten Buches, also die Kapitel IV bis VI; in Paket 3 findet sich mit Kapiteln VII bis X die II. Abteilung des Zweiten Buches; etwa das erste Drittel des Dritten Buches, nämlich A. und B. der I. Abteilung – Kapitel XI bis XVI – macht Paket 4 aus; zu Paket 5 sind Kapitel XVII bis XXI (Drittes Buch, I. Abteilung, C.) verschnürt; schließlich beinhaltet Paket 6 den Rest des Dritten Buches, genauer: dessen II. Abteilung, bestehend aus den Kapiteln XXII bis XXX. Ob diese Aufteilung bereits von Kelsen selbst oder aber nachträglich von Métall vorgenommen worden ist, ist unbekannt.

⁶ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 27. 8. 1910 (die hier und nachfolgend zitierten Briefe befinden sich sämtlich im Archiv der Autoren-Korrespondenz des Verlages J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), heute Mohr Siebeck, in Tübingen). Zur Verlagskorrespondenz vgl. erläuternd nachstehend I.3., S. 887f.

⁷ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. 9. 1910.

2 einzeilig beschriebenen Blättern a 17 Zeilen, die Zeile mit durchschnittlich 8 Worten“.⁸

Darin enthalten war ein 14 Manuskriptseiten umfassendes, noch keine Seitenangaben enthaltendes Inhaltsverzeichnis zum II. Buch, welches sich zwar suo loco in den Autographen eingeordnet findet, indes nicht eigens gesetzt wurde, sondern später im (Gesamt-)Inhaltsverzeichnis aufging. In dem dem Verlag übersandten Manuskript waren des Weiteren kapitelweise Inhaltsangaben enthalten, die nach Kelsens Vorstellung nach jeder Kapitelüberschrift dem eigentlichen Text vorangestellt werden sollten; von deren Satz und Druck wurde zugunsten von Kolummentiteln abgesehen;⁹ sie sind im Gegensatz zum Inhaltsverzeichnis des II. Buches nicht mehr erhalten.

Noch nicht darin enthalten waren demgegenüber, neben dem bereits erwähnten (Gesamt-)Inhaltsverzeichnis, die ausführliche Vorrede, Einfügungen der „allerneuesten Literatur“ im Zweiten und Dritten Buch¹⁰ sowie einige weitere, teils sogar umfangreiche Ergänzungen und schließlich Streichungen; sie finden sich heute alle suo loco im Autographen eingeordnet.¹¹ Unvollständig ist der überlieferte Autograph jedoch – einmal ganz abgesehen von den handschriftlichen Ergänzungen, die Kelsen ausschließlich in den nicht mehr erhaltenen Fahnen vorgenommen hat – auch insofern, als handschriftliche Vorlagen für das Titelblatt der Arbeit sowie für zwei weitere, im Druck wiedergegebene Textstellen fehlen. Letzteres lässt sich sowohl aus der von Kelsen vorgenommenen Paginierung des Manuskriptes schließen als auch aus fehlenden Satzanschlüssen: Zum einen fehlt im überlieferten Autographen die Satzvorlage für etwas mehr als eine Druckseite – von S. 611, Zeile 19 bis 29 einschließlich Anmerkung 2 (bis zum Seitenende) bis S. 612, Zeile 1 bis 31 einschließlich der ersten zweieinhalb, noch zu Anmerkung 2 der vorhergehenden Seite gehörenden Zeilen Fußnotentext = HKW 2, S. 769³⁶–769³⁶ und 770¹–770¹⁶ –; der handschriftliche Text bricht auf Blatt 63, 1. Seite¹² mitten im Satz ab und setzt auf Blatt 66, 1. Seite mitten im Satz fort, ohne dass die

⁸ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13.9.1910. – Die Diskrepanz zwischen Kelsens Angabe „1075 Quartbogen zu 2 einzeilig beschriebenen Blättern“, d.h. 2150 Blättern, und der hier genannten Zahl von 2421 Seiten erklärt sich zum einen daraus, dass das Manuskript, wie im Text geschildert, noch einige Ergänzungen erfahren hat wie namentlich die Vorrede (37 Seiten), das Inhaltsverzeichnis (47 Seiten) und den die Laun'sche Schrift zum freien Ermessen betreffenden Einschub (29 Seiten; dazu näher unten II.2., S. 893), und zum anderen daraus, dass Kelsen bei seiner Seitenzählung offenbar einige Manuskriptseiten nicht berücksichtigt hat, so die separaten Titelblätter der Bücher, Abteilungen, Unterabteilungen und Kapitel sowie die Blattrückseiten, soweit er sie – mit Texteschüben oder Anmerkungen – ausnahmsweise beschrieben hat.

⁹ Dazu näher nachfolgend II.3., S. 900f.

¹⁰ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13.10.1910.

¹¹ Von wem und wann diese Einordnung vorgenommen worden ist, lässt sich heute nur mehr vermuten.

¹² Zu Größe, Aufeinanderfolge und Zählweise der Blätter des Autographen vgl. nachstehend II.2., S. 891–894.

beiden Satzorsi sich zu einem vollständigen Satz fügen ließen; es liegt daher nahe, dass die Blätter 64 und 65 mit insgesamt bis zu vier Manuskriptseiten Verlag und Druckerei vorgelegen haben. Zum anderen fehlt der erste Absatz des XXVI. Kapitels (S. 629, Zeile 26 bis 37 = HKW 2, S. 790₃–790₁₂), der einer knappen Autographenseite entspricht; dieser Text dürfte sich auf Blatt 88, 2. Seite befunden haben, welches Kelsen, um das Ende des XXV. Kapitels auf dem oberen Drittel des Blattes vom Beginn des XXVI. Kapitels auf den beiden unteren Dritteln des Blattes deutlich abzusetzen, zerschnitten hat – im Übrigen eine Arbeitsweise, deren er sich mehrfach bedient hat;¹³ erhalten von Blatt 88, 2. Seite ist nur mehr dessen oberes Drittel; ebenfalls vorhanden ist die Überschrift zum XXVI. Kapitel, die Kelsen, wie vielfach namentlich im Dritten Buch, auf ein separates Blatt geschrieben hat.

2. Druckfassungen

Die im April 1911¹⁴ erschienene Druckausgabe der 1. Auflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ wurde gesetzt und gedruckt bei J. B. Hirschfeld in Leipzig, und verlegt von der Verlagsbuchhandlung J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) – vormals Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Inhaber Paul Siebeck – in Tübingen und Leipzig. Sie wurde in einer Verkaufsaufgabe von 1.000 Exemplaren hergestellt¹⁵ und in zwei Ausgaben, einer broschierten für 16,00 Mark und einer gebundenen für 18,50 Mark, über den Buchhandel vertrieben. Sie besteht aus 709 arabisch paginierten Seiten Haupttext einschließlich Anmerkungen sowie 27 römisch paginierten Titelei-Seiten (einschließlich Vorrede mit 11 Seiten und Inhaltsverzeichnis mit 13 Seiten) und wurde auf 46 ¹/₁₆ Bogen gedruckt. Der Haupttext zerfällt in drei ungleich umfangreiche Bücher: Das I. Buch (S. 1–94 = HKW 2, S. 79–188) enthält „Voruntersuchungen“ und beschäftigt sich in drei Kapiteln (I–III) mit den Unterschieden von Naturgesetz und Norm, von Sittengesetz und Rechtsgesetz sowie der Alternativität von kausaler teleologischer und normativer Betrachtung unter Einschluss von Überlegungen zum Zweck im Recht; das II. Buch (S. 95–308 = HKW 2, S. 189–432) widmet sich in zwei Abteilungen und insgesamt sieben Kapiteln (IV–X) der „objektiven Erscheinungsform des Rechtssatzes“ unter den beiden Kernfragen nach dem Willen im Recht und der logischen Form des Rechtssatzes; das mit gut 400

¹³ Dazu näher unten II.2., S. 893f.

¹⁴ Mit Brief vom 20. 4. 1911 teilen Oskar Siebeck und Richard Wille ihrem Autor mit, dass der allgemeine Versand der Verkaufsexemplare anlaufe und die für die Wiener Sortimenter bestimmten Exemplare „am Samstag dieser Woche“, dem 22. 4. 1911, abgingen; mit dem Eintreffen in Wien sei „Mitte nächster Woche“, d. h. etwa für den 26. 4. 1911, zu rechnen. Rund vier Wochen zuvor hatte Kelsen die ersten Freiexemplare erhalten; dazu näher unten II.5., S. 908.

¹⁵ Laut § 3 des Verlagsvertrages vom 22. 9. 1910 (das Original des Verlagsvertrages ist nicht mehr auffindbar; in der Autorenkorrespondenz des Verlags findet sich indes eine – nicht unterschriebene – Abschrift des Vertrages; das Datum des Vertragsschlusses ergibt sich aus dem Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom selben Tage).

Seiten mit Abstand umfangreichste III. Buch (S. 309–709 = HKW 2, S. 433–878) erörtert in 20 Kapiteln (XI–XXX) die „subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes“ in zwei nahezu umfangsidentischen Abteilungen mit jeweils drei mit Großbuchstaben bezifferten Unterabteilungen unter dem Aspekt einerseits der „Rechtspflicht“ und andererseits des „subjektiven Rechts“.

Nachdem die Erstauflage im November 1922 vergriffen war,¹⁶ veranstaltete der Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) eine weitere, zweite Auflage im Jahre 1923 mit einer Verkaufsaufgabe von nunmehr 2.000 Exemplaren.¹⁷ Diese stellt, was Inhaltsverzeichnis und Haupttext einschließlich Anmerkungen betrifft, lediglich einen photomechanischen – und das heißt auch: seitenidentischen – Nachdruck der Erstauflage dar. Den Druck besorgte das Druck- und Verlagshaus Oscar Brandstetter in Leipzig. Unter Weglassung der Vorrede zur Erstauflage ist der zweiten Auflage eine neue, mit 19 Druckseiten (S. V–XXIII) noch ausführlichere Vorrede vorangestellt worden.¹⁸ In dieser begründet Kelsen, dass, weil wegen der mittler-

¹⁶ Vgl. Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 14. 11. 1922, in welchem der Verleger seinem Autor mitteilt, „dass gerade dieser Tage das letzte Exemplar Ihrer ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘ ausgeliefert worden ist“, und den Vorschlag unterbreitet, einen „anastatischen Neudruck“ der „Hauptprobleme“ anzufertigen (unter einem anastatischen Druck versteht man ein früher verwendetes Ätzverfahren, alte Drucke in der Farbe so aufzufrischen, dass von ihnen Neudrucke auf Stein- oder Zinkplatten gemacht und von diesen Auflagen gedruckt werden können). Nach einer verlagsinternen Absatzaufstellung vom 22. 12. 1922 belief sich der Absatz der „Hauptprobleme“ auf 1020 Exemplare; allein im Jahre 1922 konnten 248 Exemplare abgesetzt werden.

¹⁷ Auf der in der vorstehenden Anmerkung bereits genannten Absatzaufstellung ist für die 2. Auflage handschriftlich von Oskar Siebeck (?) die Auflagenhöhe „2000“ angegeben. Oskar Siebeck teilt Hans Kelsen dementsprechend mit Brief vom 30. 12. 1922 mit, dass für die „Hauptprobleme“, „eine neue Auflage von 2000 Exemplaren in Aussicht genommen“ sei.

¹⁸ Da die Vorrede der Zweitaufgabe der Sache nach den Platz der Vorrede der Erstauflage einnimmt, diese also ersetzt, ist es irreführend, dass auf dem Titelblatt der Ausgabe von 1923 „Zweite, photo-mechanisch, um eine Vorrede vermehrte Auflage“ steht. Wiewohl Kelsen ursprünglich zusätzlich zum Vorwort zur zweiten Auflage auch die Vorrede zur ersten Auflage dem Nachdruck vorangestellt sehen wollte (vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. 10. 1923), setzte sich letztlich der Verleger mit seiner Bitte durch, von dem Wiederabdruck der Vorrede zur Erstauflage abzusehen; diese Bitte begründete Oskar Siebeck wie folgt: „Hätten wir normale Zeiten, so würde ich keinen Augenblick zögern, diesen Ihren Wunsch zu erfüllen. Nachdem aber die Herstellungskosten wissenschaftlicher Bücher so ungeheuer gestiegen sind, würde die Beigabe der früheren Vorrede, die doch immerhin einen Umfang von 12 Druckseiten hat, die Herstellungskosten des Buches nicht unbedeutend belasten. Es tut mir sehr leid, dass es mir unter diesen Umständen nicht möglich ist, die Vorrede zur 1. Auflage nochmals zum Abdruck zu bringen“ (Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 18. 10. 1923; vgl. auch den Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 11. 9. 1923). Im Blick darauf, dass der Vorrede aus dem Jahre 1911 für das opus magnum, welches weder über eine eigens ausgewiesene Zusammenfassung noch über das orientierende Hilfsmittel eines Registers verfügt, auch nach des Autors eigener Intention die Funktion einer Bedienungs- und Verständnisanleitung, also eine Aufschlüsselungsfunktion zukommt (dazu nachstehend II.4., S. 902f.), ist die Entscheidung aus dem Jahre 1923 zwar ökonomisch nachvollziehbar, aber vom Standpunkte der Wissenschaft aus bedauerlich. Der Rezeption der „Hauptprobleme“ war es gewiss nicht förderlich, dass auch die photomechanischen Nachdrucke des mittlerweile zum Klassiker avancierten Werkes in den Jahren 1960 und 1984 – also zu Zeiten, die nicht unter den ökonomischen Bedrängnissen der Inflationszeit der Zwanziger

weile eingetretenen Entwicklung „die Neubearbeitung doch ein anderes Werk ergeben hätte“ (S. V), sein Werk in unveränderter Gestalt nachgedruckt werde. Im Übrigen reflektiert er in der berühmt gewordenen Vorrede zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme“ den seit dem Erscheinen der Erstauflage anno 1911 beschrittenen Weg der Reinen Rechtslehre sowohl in sachlich-inhaltlicher wie personeller Weise. Davon, wie wichtig ihm diese Entwicklung in dem „stetig sich erweiternden Kreis[...] theoretisch gleich gerichteter Männer“ (S. XXIII) ist, legt die auf S. III neu eingefügte Widmung an seine beiden bedeutendsten Schüler, Adolf Julius Merkl (1890–1970) und Alfred Verdross (1890–1980), beredetes Zeugnis ab.

Die Zweitaufgabe des Jahres 1923 – also Inhaltsverzeichnis und Text aus dem Jahre 1911 mit der Vorrede von 1923 und ohne die Vorrede von 1911 – wurde noch zweimal, und zwar im Auftrage des Scientia Verlages, Aalen, photomechanisch nachgedruckt; der erste, unveränderte Nachdruck erfolgte 1960, der zweite – unter Weglassung des Widmungsblattes (S. III der Zweitaufgabe 1923) – anno 1984. Seit dem Jahre 1988 wird dem Nachdruck ein im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts von Rainer Lippold erstelltes und 30 Seiten umfassendes, integriertes Sach- und Personenregister beigelegt.

Die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ sind mehrfach – ganz oder auszugsweise – übersetzt worden, so, um nur die vollständigen Übersetzungen zu nennen, ins Italienische, ins Polnische und ins Spanische. Im Einzelnen hat das Hans Kelsen-Institut folgende Varianten von Übersetzungen verzeichnet:

a) Übersetzungen:

- *Italienisch*: Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort von Agostino Carrino), Neapel 1997.
- *Polnisch*: Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (übersetzt von Tadeusz Przeorski, eingeleitet von Jerzy Panejko), Vilnius 1935.
- *Spanisch*: Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica (2. Aufl. übersetzt von Wenceslao Roces, eingeleitet von Ulises Schmill), Mexiko 1987.

b) Teilübersetzungen bzw. Übersetzungen der Vorreden:

- *Italienisch*: Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica (herausgegeben und übersetzt von Agostino Carrino), Neapel 1991 (Vorreden zur 1. und 2. Aufl., Kapitel 1–3).
- *Japanisch 1*: 純粹法学の発展と其の文献 Junsuihogaku no Hatten to sono Bunken (Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und ihre Literatur) (übersetzt von Satoru Kuroda) in: 商学論叢 Shogaku-ronso (Aufsatzsammlung für

Jahre litten – darauf verzichtet haben, die für Verständnis und Handhabung der „Hauptprobleme“ in des Wortes buchstäblicher Bedeutung: aufschlussreiche Vorrede anno 1911 abzurucken.

Handelwissenschaften) 2 (1927), S. 68–96 (Vorrede zur 2. Aufl.); Nachdruck in: Satoru Kuroda (Hrsg.), *ウィーン学派の法律学とその諸問題* Wien *Gakuha no Horitsugaku to sono Shomondai* (Die Rechtslehre der Wiener Schule und ihre Probleme), Tokio 1927, S. 53–168.

- *Japanisch 2: 国法学の主要問題* Kokuhogaku no Shuyo Mondai (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre) (übersetzt von Yoshiro Royama und Takeo Takei), in: *世界大思想全集* Sekai-dai-shiso Zenshu (Sammlung der großen Weltideen), Bd. 106, Tokio 1935 (Vorrede zur zweiten Auflage, Kapitel 1–4), Bd. 107, Tokio 1937 (Kapitel 5–9), Bd. 108, Tokio 1937 (Kapitel 10–16).
- *Japanisch 3: 国法学の主要問題序文* Kokuhogaku no Shuyo Mondai Jobun (Vorreden zu den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre) (übersetzt von Ryūichi Nagao), in: *法学論* Hogakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokyo 1977, S. 143–188.

3. Exkurs: Verlagskorrespondenz

Wertvolle und bislang in der Kelsen-Forschung nicht aufgearbeitete Informationen zu Entstehung, Gestaltung und Drucklegung der „Hauptprobleme“, aber auch und gerade zu Kelsens Intention und Konzeption seiner Schrift lassen sich der diesbezüglichen Korrespondenz zwischen Hans Kelsen und dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) entnehmen. Die nach Kalenderjahren und Autorennachnamen sortierte Autorenkorrespondenz befindet sich im Archiv des Verlages – heute Mohr Siebeck – in Tübingen. Namentlich die Korrespondenz der Jahre 1910 und 1911 (unmittelbar zur Erstauflage) sowie 1922 und 1923 (im Vorfeld der Zweitauflage) enthält interessante Details zu Kelsens Habilitationsschrift.

Die von Kelsen – soweit ersichtlich nur mit einer einzigen Ausnahme – stets an „Herrn J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)“ gerichteten, nahezu ausnahmslos handschriftlichen Briefe, Karten und Telegramme wurden von Paul Siebeck (1855–1920) selbst, dessen beiden Söhnen Oskar (1880–1936) und Werner (1891–1934) sowie den Herstellungsleitern Richard Wille und Richard Pflug in aller Regel maschinenschriftlich beantwortet. Paul Siebeck, Tübinger Verlagsbuchhändler, erwarb den Verlag J[akob] C[hristian] B[enjamin] Mohr anno 1878, benannte sein Unternehmen zunächst Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Inhaber Paul Siebeck, ab 1897 sodann J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und leitete das Familienunternehmen bis 1920; nach seinem Ableben übernahm sein ältester Sohn Oskar, der 1906 in den väterlichen Betrieb eingetreten war, die Leitung bis 1936, und zwar bis zum Jahre 1934 gemeinsam mit seinem jüngsten Bruder Werner.

Die recht umfangreiche Korrespondenz der Jahre 1910 und 1911, genauer vom ersten Kontakt Ende August 1910 bis zum Erscheinen des fertigen Werkes im April 1911, dreht sich in insgesamt 49 Briefen (1910: 25; 1911: 24), 8 Telegrammen (4; 4), 4 Briefkarten (3; 1) nebst dazugehörigen Beilagen um vier Themenschwer-

punkte: Erstens kreisen die Schreiben, man möchte hinzufügen: ganz naturgemäß, um Aspekte der Gestaltung des Buches wie Titel, Aussehen, Satzeinrichtung, Seitengröße, Satzspiegel, Umfang, Inhaltsangabe bei jeder Kapitelüberschrift, Kolummentitel, Binnenverweisungen, Sachregister und Umschlag. Zweitens treten bei der technischen Abwicklung der Drucklegung, nämlich insbesondere bei der Frage, ob der Autor das – einzige – Manuskript in einer Sendung oder aber in drei Teilsendungen an den Verlag schickt, bei der Beschleunigung der autoreneitigen Korrekturarbeiten, bei umfangreicheren Einfügungen seitens des Autors noch im Fahrenstadium sowie bei der Frage, wem ein Rezensionsexemplar zugehen soll, unterschiedliche Auffassungen zutage. Drittens nehmen Fragen der finanziellen Abwicklung breiten Raum ein; so die Höhe des vom Autor aufzubringenden Druckkostenzuschusses einschließlich der Frage nach einer eventuellen Rückvergütung im Erfolgsfalle, die Kostentragung und Kostenteilung im Hinblick auf die – im Ergebnis sehr deutlich – über die vertraglich zugestandenen Korrekturaufwendungen hinausgehenden Korrekturarbeiten, schließlich auch die Anzahl der Freiemplare. Viertens begleitet den gesamten Herstellungsprozess der Wunsch Kelsens nach einem möglichst raschen Erscheinen der Schrift; bei den „Hauptproblemen“ handelt es sich um Kelsens Habilitationsschrift, und deren Erscheinen respektive deren Einreichung bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien war Voraussetzung dafür, dass Kelsens Habilitationsverfahren in Gang kommen konnte.¹⁹

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Einen äußeren Anstoß, namentlich in Gestalt eines Vorschlages oder doch zumindest eines Hinweises einer seiner akademischen Lehrer – so etwa von Edmund Bernatzik (1854–1919) –, hat es zu Kelsens „rechtstheoretische[r] Erstlingsschrift“ (Vorrede zur zweiten Auflage, S. III) offenbar nicht gegeben. Wie er in seiner Autobiographie aus dem Jahre 1947 ausführt, reifte in ihm, der sich durch die im rechtswissenschaftlichen Studium vernachlässigten theoretischen Probleme der Jurisprudenz besonders angesprochen fühlte, in dem von Edmund Bernatzik abgehaltenen „Staats- und verwaltungsrechtlichen Seminar“ „der Entschluss, den Versuch zu machen, mich zu habilitieren“.²⁰ Darin sah er sich „durch die Tatsache bestärkt, dass Bernatzik meine Staatslehre Dantes fuer die von ihm herausgegebenen Wiener Staatswissenschaftlichen Studien annahm.“²¹ Und er setzt fort:

¹⁹ Näher dazu nachfolgend II.5., S. 908 f.

²⁰ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (37).

²¹ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (37); bei der im Zitat genannten Schrift handelt es sich um: *Hans Kelsen*, Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905), in: HKW 1, S. 134–300.

„Bald nach Ablegung der ersten (rechtshistorischen) Staatsprüfung begann ich eine breit angelegte Arbeit, in der ich die wichtigsten Probleme der Staatsrechtslehre einer kritischen Untersuchung zu unterziehen beabsichtigte.“²²

Doch die äußeren, und zwar insonderheit die familiären Bedingungen gestalteten sich nicht günstig. Denn noch vor Kelsens Promotion im Jahre 1906 geht es mit der väterlichen Gürtler- und Bronzewarenfabrik wirtschaftlich bergab; Vater Adolf (1850–1907) erkrankt 1905 „an einem schweren Herzleiden, das ihn voellig arbeitsunfaehig machte“;²³ im Jahre 1907 schließlich stirbt Adolf Kelsen. Kelsen muss, wie zwei seiner drei jüngeren Geschwister auch – nämlich Ernst (1883–1937) und Gertrud (1886–1951) –, zum gemeinsamen Familienunterhalt beitragen und Geld verdienen.²⁴ Diese finanziell bedrückende Situation überschattet die Jahre der Arbeit an den „Hauptproblemen“, die infolgedessen auch nur langsam vorankommt. Kelsen erteilt unter anderem „Privatunterricht zur Vorbereitung der juristischen Prüfungen“;²⁵ nimmt vorübergehend die Stelle eines Konzipienten bei einem Wiener Rechtsanwalt an, arbeitet während einiger Monate im Sekretariat der Kaiser-Jubiläums-Ausstellung und erlangt schließlich eine Anstellung als provisorischer Konzeptsadjunkt im k. k. österreichischen Handelsmuseum.²⁶ Die letztgenannte Stelle erlaubt es ihm, „wenigstens zwei bis drei Stunden im Tage an meiner Habilitationsschrift zu arbeiten“.²⁷ Ein „paar Monate mit intensivster Arbeit an meinen Hauptproblemen“ sind Kelsen dagegen während der Zeit seines durch ein Stipendium ermöglichten Heidelberg-Aufenthaltes im Wintersemester 1907/08 vergönnt; er besucht keine Vorlesungen, lediglich das von Georg Jellinek (1851–1911) abgehaltene Seminar, welches ihm indes nach eigenem Bekunden „keine besondere Anregung brachte“.²⁸

Überhaupt muss Kelsen, was seine wissenschaftliche Prägung, Ausrichtung und Entwicklung betrifft, wohl im Wesentlichen als Autodidakt gelten. Eine nennenswerte Unterstützung durch akademische Lehrer oder gar eine engere akademische Einbindung in der Phase der Entstehung seiner Habilitationsschrift ist nicht erkennbar, weder an seiner Heimatuniversität in Wien noch während seiner For-

²² *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (37); in seiner 1927 verfassten Selbstdarstellung schreibt er dazu: „Gleich nach dieser Arbeit wandte ich mich rechtstheoretischen Studien zu, als deren erstes Ergebnis [...] meine ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz‘, 1911 (in 2. Aufl. 1923) erschienen“ (*Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (20)).

²³ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (38).

²⁴ Dazu und zum Folgenden: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (38–43); s. ergänzend *Métall*, Kelsen (Anm. 2), S. 9–14. – Der jüngste Bruder, Paul Friedrich (1898–1975), wird nach dem Tod des Vaters im Jahre 1907 der Vormundschaft seines ältesten Bruders Hans unterstellt.

²⁵ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (38).

²⁶ Zum k. k. österreichischen Handelsmuseum vgl. HKW 1, S. 42 Hrsg.-Anm. 72 und S. 46 Hrsg.-Anm. 94.

²⁷ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (42).

²⁸ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (40).

schungsaufenthalte in Heidelberg oder in Berlin, wo er einige Wochen während des Wintersemesters 1910/1911 zubringt. Die Begegnung mit Georg Jellinek, desentwegen Kelsen vor allem Heidelberg aufsucht, endet für ihn äußerst enttäuschend,²⁹ über die Kontakte mit Gerhard Anschütz (1867–1948) in dessen Heidelberger Seminar verliert Kelsen noch nicht einmal ein Wort. Und von einer durch persönliche Sympathie geprägten oder doch wenigstens wissenschaftlich anregenden Lehrer-Schüler-Beziehung zwischen ihm und seinem „hochverehrten Lehrer“ (S. 63) Edmund Bernatzik kann auch nicht die Rede sein, was sich nicht zuletzt in der Annahme Kelsens dokumentiert, dass Bernatzik – als einer der beiden bestellten Gutachter in Kelsens Wiener Habilitationsverfahren – die Arbeit nicht gelesen, sondern sein im Ergebnis positives Gutachten im Wesentlichen auf das offenbar lektürebasiertere Parallelgutachten von Adolf Menzel (1857–1938) gestützt habe.³⁰ Ein engeres Verhältnis knüpft Kelsen in Heidelberg nur mit dem bereits aus Wiener Tagen bekannten, nahezu gleichaltrigen Emil Lederer (1882–1939), der in Heidelberg als Max Webers Assistent und als Redakteur des Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik fungiert, in welchem Kelsen im Jahre 1910 insgesamt sieben Rezensionen publiziert.³¹ Aus dem Kreise der Wiener Professoren und Dozenten scheint Kelsen allein zu Friedrich Tezner (1856–1925), von 1902 bis 1921 ao. Universitätsprofessor für Verwaltungsrecht und Staatsrecht und zugleich seit 1907 Hofrat am Verwaltungsgerichtshof, ein engeres, freund-

²⁹ Vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (40f.). Umso bemerkenswerter ist Kelsens Verneigung vor Jellinek in der Vorrede der Erstauflage der Hauptprobleme (HKW 2, S. 63).

³⁰ Vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (43); zu Bernatzik s. ergänzend *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (40, 44 und insb. 54).

³¹ Vgl. *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: HKW 1, S. 561–562; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: HKW 1, S. 563–565; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M. 0.80, in: HKW 1, S. 567–568; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: HKW 1, S. 569–572; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: HKW 1, S. 573–575; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: HKW 1, S. 577–580; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: HKW 1, S. 581–584.

schaftlich geprägtes Verhältnis unterhalten zu haben;³² ihm dankt er denn auch am Ende des Vorrede zur Erstaufgabe der „Hauptprobleme“ in herausgehobener Weise für die „tatkräftige Förderung und warme Anteilnahme“ (S. 64).

Alles in allem vergehen rund fünf Jahre, bevor Kelsen seinem Verleger im September 1910 mitteilen kann, dass seine „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ bis auf Vorrede und Inhaltsverzeichnis druckfertig vorliegen.³³

2. Der Autograph der „Hauptprobleme“

In der heutigen Überlieferung umfasst der Autograph der „Hauptprobleme“ insgesamt 2421 beschriebene, teils vom Autor, teils von den Setzern, teils gar nicht paginierte Seiten.³⁴ Wie bereits eingangs angedeutet, beziffert Kelsen, der dem Verlag nicht sogleich sein einziges Autographen-Exemplar übersenden will, zu Beginn der Korrespondenz den Umfang seines Manuskripts. Er stellt zu diesem Behufe folgende Berechnung an:

„Das ganze Manuskript [sc. ohne Vorrede, Inhaltsverzeichnis und spätere Einschübe, M.J.] besteht aus 1075 Quartbogen zu 2 einzeilig beschriebenen Blättern a 17 Zeilen. Die Zeile mit durchschnittlich 8 Worten. Von diesen 1075 Bogen entfallen zu 1000 auf den Text, 75 auf Anmerkungen. Es ergeben sich somit zu 272000 Worte Text und 20400 Worte Anmerkung. Das bedeutet aber selbst in dem großen Formate des Zweigschen Buches³⁵ zu 40 Druckbogen.“³⁶

Kelsen, der es tunlichst vermeiden wollte, dass sein Werk einen größeren Umfang als 600 Druckseiten annahm, berechnet den Umfang seines Buches also auf rund 290.000 Wörter. Der Einfachheit der Berechnung zum Trotz irrt sich Kelsen gerade einmal um knapp 10 %: Ohne Vorrede, Inhaltsverzeichnis³⁷ und den größten Einzeleinschub³⁸ summiert sich der Umfang der Hauptprobleme auf rund

³² Von „der Achtung und der Freundschaft“, die er für Kelsen hege, schreibt Friedrich Tezner zu Beginn seiner Rezensionsabhandlung zu Kelsens „Hauptproblemen“: *Friedrich Tezner*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 28 (1912), S. 325–344 (325).

³³ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. 9. 1910. Dazu ergänzend vorstehend I.1., S. 882.

³⁴ Vgl. bereits oben I.1., S. 882f.

³⁵ Gemeint ist die kurz zuvor bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienene Schrift von *Egon Zweig*, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution, Tübingen 1909 (XV und 482 S.).

³⁶ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. 9. 1910.

³⁷ Das (Gesamt-)Inhaltsverzeichnis konnte Kelsen im September 1910 noch nicht einrechnen, da er es erst Ende Februar 1911 dem Verlag übersandt hat. Mit Rücksicht darauf, dass er allen Kapiteln – letztlich nicht gesetzte, im Weiteren verloren gegangene – Inhaltsangaben vorangestellt hatte, die zusammen genommen vermutlich in etwa den Umfang des später gedruckten Inhaltsverzeichnisses gehabt haben, werden diese Inhaltsangaben zum Zwecke der Umfangsbestimmung in der Größenordnung des Inhaltsverzeichnisses, d. h. mit rund 4.200 Wörter eingerechnet.

³⁸ Zu diesem Einschub, der für sich genommen bereits mehr als 3.800 Wörter ausmacht, näher unten II.2., S. 893.

264.000 Wörter, davon ca. 29.600 Wörter Fußnotentext.³⁹ Doch so richtig Kelsen bei der Berechnung des Umfanges des Manuskriptes liegt, so wenig erfüllt sich sein Wunsch, dass die Buchfassung seiner Schrift die 600-Seiten-Marke nicht überschreiten möge. Bereits die noch im September 1910 verlagsintern angestellte Umfangsberechnung⁴⁰ im Format „Zweig“ ergibt 45 $\frac{2}{16}$ Bogen (entspricht 722 Seiten) – und liegt damit noch nicht einmal einen Bogen unter dem endgültigen Umfang von 46 $\frac{1}{16}$ Bogen.

Bis auf zwei vereinzelte Formatwechsel verwendet Kelsen blau liniertes weißes Papier, welches er selbst als „Quartbogen“, bestehend aus zwei zusammenhängenden Blättern, bezeichnet.⁴¹ Indes kann damit nicht das historische, vor der im Jahre 1922 vom Deutschen Institut für Normung (DIN) erfolgten Neufestlegung von Bogenrößen verwendete Papierformat „Quartbogen“ gemeint sein, maß dieses doch 225 (Breite) mal 285 mm (Höhe). Die Autographen-Seiten messen hingegen in der Breite zwischen 206 und 213 mm bei einer zwischen 162 und 178 mm variierenden Höhe; Kelsen hat die Bogen, wie man an der Reiß- respektive Schnittkante erkennen kann, in der Waagerechten etwa mittig geteilt. Der unzerteilte Bogen, bestehend aus zwei zusammenhängenden Blättern, muss demnach in der Zwei-Blatt-Faltung rund 210 mal 330–340 mm gemessen haben, was in etwa einem Folio-Bogen – Maße: 210 mal 330 mm – entspricht. Die Bogen sind nicht zu einem Heft gebunden und auch nicht gelocht, sondern lose und liegen unverbunden übereinander, was nachträgliche Einfügungen und den Austausch ganzer Seiten ermöglicht. Nicht nur vereinzelt fehlen bei einem Seitenwechsel in der Handschrift ganze Wörter, was die Vermutung nährt, dass sie beim Austausch von Blättern verlorengegangen sind. Beschrieben hat Kelsen grundsätzlich nur die recte stehenden, also rechten Seiten; auf ihnen hat er für allfällige Anmerkungen einen zwischen 28 und gut 65 mm breiten Rand belassen. Die verso stehenden, d. h. linken Seiten hat er demgegenüber regelmäßig nicht beschrieben und lediglich ausnahmsweise für Ergänzungen von Anmerkungen und Texteschüben genutzt.

Wie bereits bemerkt, treten – lediglich – an zwei Stellen Formatwechsel auf: Zum einen hat Kelsen die im Originaldruck auf S. 161 (in HKW 2: S. 270) wiedergegebene Anmerkung auf einem unlinierten Blatt etwa in der Größe von DIN-

³⁹ Der Umfang des Erstdruckes (Vorrede, Inhaltsverzeichnis, Haupttext einschließlich Anmerkungen) beläuft sich auf rund 272.600 Wörter (Vorrede rund 3.800 Wörter, Inhaltsverzeichnis rund 4.200 Wörter, Haupttext rund 235.000, Anmerkungen rund 29.600 Wörter).

⁴⁰ Vgl. undatierte verlagsinterne, dem Schreiben von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 16. 9. 1910 zugrunde liegende Umfangsberechnung. In dem genannten Schreiben teilt denn auch Paul Siebeck Kelsen mit: „In der Satzeinrichtung Zweig rechne ich 45 Bogen, in der Satzeinrichtung Bauer 44 Bogen heraus. Auf 600 Seiten ist das Manuskript in keiner der beiden Satzeinrichtungen zu bringen, soweit sich das auf Grund Ihrer Umfangangaben feststellen läßt.“ – Zur „Satz-einrichtung Zweig“ vgl. vorstehend Anm. 35; mit der „Satz-einrichtung Bauer“ ist die bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) ein Jahr zuvor verlegte Schrift von *Walter Bauer*, *Das Leben Jesu im Zeitalter der neutestamentlichen Apokryphen*, Tübingen 1909 (XV und 568 S.) in Bezug genommen.

⁴¹ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. 9. 1910.

A6 zwischengeschoben. Zum anderen hat er, nachdem die umgebenden Passagen bereits alle gesetzt waren, im (Fahnen-)Bogen 32, d. h. im XIX. Kapitel der „Hauptprobleme“ einen großen, insgesamt 29 handschriftliche und acht Druck-Seiten (S. 503–511 = HKW 2, S. 6511–6603) umfassenden Einschub auf einem linierten, 170 mal 210 mm messenden Papier geschrieben, auf dem die Linien indes, anders als bei den übrigen Blättern, nicht parallel zur breiteren Seitenkante, sondern senkrecht dazu verlaufen.⁴² Dieser Einschub, der, wäre es nach den Vorstellungen des Verlages gegangen, zwecks Vermeidung neuer Umbrüche größeren Ausmaßes an das Ende des gesamten Textes platziert hätte werden sollen,⁴³ enthält Kelsens Auseinandersetzung mit der kurz zuvor erschienenen Schrift Rudolf von Launs über „Das freie Ermessen und seine Grenzen“ (Leipzig und Wien 1910).

Auffällig ist, dass im III. Buch des Autographen bei Beginn eines neuen Kapitels oftmals die Seiten waagrecht durchgeschnitten sind und die obere Hälfte zum vorangehenden, die untere Hälfte zum nachfolgenden Kapitel zu rechnen sind;⁴⁴ insgesamt verfuhr Kelsen bei 13 von insgesamt 20 Kapiteln des III. Buches in dieser Weise.⁴⁵ Ursprünglich war der Text vermutlich ohne Zäsur hintereinander geschrieben. Einzelne Seiten mit den Kapitelüberschriften wurden dann dazwischengeschoben, aber nicht immer genau an die richtige Stelle: Gelegentlich laufen Anmerkungen am Seitenrand, die in das vorige Kapitel gehören, in das neue Kapitel nach den dazwischen geschobenen Trennseiten weiter, manchmal beginnt der Text des neuen Kapitels bereits unten auf der Seite, und die Überschrift folgt auf der nächsten Seite, d. h. nicht immer wurden die Seiten bei der Kapitelzäsur zerschnitten. An weiteren vier, auch das II. Buch erfassenden Stellen ist erkennbar, dass die Kapiteleinteilung, wenn auch ohne Zerschneiden der bereits beschriebenen Bogen, erst später erfolgte.⁴⁶ Das lässt darauf schließen, dass sich die genaue Einteilung der Kapitel erst im Lauf der Niederschrift herauskristallisierte oder gegebenenfalls sogar einem späteren Bearbeitungsstadium zuzurechnen ist. Dem entspricht es, dass Kelsen dem Verlag gegenüber noch im September 1910, einem Zeitpunkt, zu dem nach eigenem Bekunden das Manuskript bis auf Vorrede und Inhaltsverzeichnis druckfertig vorlag, die Gesamtzahl der Kapitel auf 25 bezifferte

⁴² Vgl. dazu die faksimilierte Autographenseite oben S. 652.

⁴³ Vgl. Telegramm und Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 23. 1. 1911 sowie Antworttelegramm und -brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 23. 1. 1911. Mit Brief vom 25. 1. 1911 erklärt sich Paul Siebeck Kelsen gegenüber „bereit, Ihrem Wunsche zu entsprechen, obgleich ich es lebhaft bedauere, dass damit die Ausgabe Ihres Buches im laufenden Wintersemester unmöglich gemacht wird.“

⁴⁴ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierte Autographenseite oben S. 569.

⁴⁵ Dies betrifft den Beginn des XIII., des XV., des XVI., des XVIII., des XIX., des XXI., des XXIII., des XXIV. und des XXVI. bis XXX. Kapitels.

⁴⁶ Es handelt sich um den Beginn des V., des VIII., des IX. sowie des XII. Kapitels. Einen Sonderfall stellt der Beginn des XXV. Kapitels dar: hier setzt Kelsen erst nach der Niederschrift die Kapitelzäsur, streicht den bereits ausformulierten Kapitelanfang durch (vgl. dazu die faksimilierte Autographenseite oben S. 777) und schreibt ihn auf der folgenden, mit der dazugehörigen Kapitelüberschrift versehenen Seite neu.

(I. Buch: 3 Kapitel, II. Buch: 7 Kapitel, III. Buch: 15 Kapitel),⁴⁷ indes die Druckfassung insgesamt 30 Kapitel aufweist (I. Buch: 3 Kapitel, II. Buch: 7 Kapitel, III. Buch: 20 Kapitel).

Die Handschrift ist nicht durchgängig und nicht einheitlich paginiert. Als Grundmuster lässt sich erkennen, dass Kelsen die Blätter (Bogen), also grundsätzlich jede zweite Seite, mit arabischen Ziffern zählt; das III. Kapitel wird abweichend davon – unbeschadet der sieben darin enthaltenen Einschübe – mit Kleinbuchstaben paginiert. Mehrfach beginnt er bei Kapiteln und Unterabteilungen eine neue Zählung; einheitlich und flächendeckend geschieht dies jedoch nicht. Einschübe werden von Kelsen grundsätzlich mit „ad Bl.“ (zu Blatt) kenntlich gemacht,⁴⁸ und, wenn auch nicht ausnahmslos, ebenfalls durchnummeriert. Hier zeigt sich indes eine große Variationsbreite der Paginierungsweise: Am häufigsten verwendet Kelsen römische Ziffern und Kleinbuchstaben, seltener auch Großbuchstaben und griechische Buchstaben, an einer Stelle werden die arabischen Seitenzahlen durch tiefer gestellte und kleiner gesetzte arabische Ziffern ergänzt.⁴⁹ Teilweise werden die Ziffern unterstrichen, teilweise sogar wird jede Seite eigens mit einer Zahl oder einem Buchstaben versehen. Ein konsistentes und consequentes Verwendungsmuster lässt sich daraus nicht erkennen. Die „Vorrede“ zählt Kelsen mit römischen Ziffern auf jeder zweiten Seite, das „Inhaltsverzeichnis“ mit arabischen Ziffern auf jeder Seite. Von Setzerhand werden passageweise die Seiten durchgezählt; dabei zeigen sich Unterschiede, an welcher Stelle der Autor und an welcher Stelle der Setzer eine neue Paginierung beginnt. Im II. Buch, 1. Abteilung etwa findet sich in der Handschrift eine neue Zählung in der Schrift Kelsens mit arabischen Ziffern auf jedem Bogen, die bis zum Ende des IX. Kapitels reicht, und eine neue Durchzählung von Setzerhand, die bis zu Beginn des VIII. Kapitels geht.⁵⁰ Für die weiteren Teile verhält es sich entsprechend, so dass sich eine Anerkennung vor der drucktechnischen Leistung hinsichtlich der korrekten Abfolge des Erstdrucktextes einstellt.⁵¹

Das Inhaltsverzeichnis wurde aus naheliegenden Gründen – wie die Vorrede⁵² – erst nach Abschluss der Arbeit geschrieben und im Fahnenstadium mit den endgültigen Seitenzahlen der Druckfassung von Kelsen ergänzt.⁵³ Als typischer Fehler zeigt sich hier, dass Kelsen bei der Niederschrift zunächst Zwischenüberschriften überspringt, dies aber noch in der Handschrift korrigiert. Das zu Beginn des II. Buches im Handschriftenkonvolut einliegende, inklusive Titelseite 14 Seiten um-

⁴⁷ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 18.9.1910.

⁴⁸ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 82, 220, 496, 652 und 710.

⁴⁹ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 82, 220 sowie 496.

⁵⁰ Vgl. dazu die faksimilierte Autographenseite oben S. 209.

⁵¹ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierte Autographenseite oben S. 793.

⁵² Zu ihr nachstehend I.4., S. 902–904.

⁵³ Kelsen übersendet dem Verlag „Vorrede“ und „Inhaltsverzeichnis“ erst mit Schreiben vom 25. 2. 1911; das Einlangen in Tübingen wird ihm mit Verlagsschreiben vom 27. 2. 1911 bestätigt.

fassende Inhaltsverzeichnis desselben Buches wurde weder in den Originaldruck der Erstauflage aufgenommen, noch wird es hier in HKW 2 abgedruckt.⁵⁴

Der Autograph ist in Deutscher Kurrentschrift verfasst. In Lateinischer Schrift schreibt Kelsen sämtliche (Buch-, Abteilungs-, Unterabteilungs- und Kapitel-) Überschriften und das Gros der im Text auftauchenden Eigennamen. Durchgängig Lateinische Schrift verwendet er für lateinische und englische Wörter (z. B. bei dem dem Text des I. Buches vorangestellten Motto von Pearson) sowie in den Anmerkungen für Autoren- und Herausgebernamen, Werk- und Zeitschriftentitel von zitierten oder sonst in Bezug genommenen Schriften und schließlich für den Verweis „a. a. O.“ (im Autographen zumeist „aaO“, seltener auch „aaO.“).⁵⁵ Die vereinzelt auftauchenden griechischen Wörter gibt Kelsen in Griechischer Schrift wieder. Der gesamte Text ist mit schwarzer Tinte geschrieben. Tintenkleckse und Verwischungen kommen sehr selten vor. Einzelne Überschriften der Kapitel im fortlaufenden Text sind von einer anderen – vermutlich einem Setzer gehörenden –, rechtsgeneigten Hand in lateinischen Buchstaben niedergeschrieben.⁵⁶

Während Kelsen bei den erst während beziehungsweise nach Drucklegung der Haupt- und Anmerkungs-textes verfassten Teilen, nämlich der „Vorrede“, dem „Inhaltsverzeichnis“ des gesamten Werkes und dem bereits genannten umfangreichen Text-Einschub im XIX. Kapitel, jeweils die Zeile ausfüllt,⁵⁷ reserviert er ab dem ersten Kapitel am rechten Seitenrand einen 28 bis 65, im Schnitt rund 50 mm breiten Freiraum für spätere Änderungen, Erweiterungen oder Fußnoten.⁵⁸ Reicht der Platz einmal nicht aus, so werden einzelne Blätter in das vorhandene Konvolut eingefügt.⁵⁹ Auf der Grundlage der überlieferten Handschrift lässt sich nicht eindeutig entscheiden, ob die Fußnoten und gegebenenfalls welche nachträglich hinzugefügt oder während der Niederschrift sogleich ebenfalls geschrieben worden sind. Auch eine Mischung aus beiden Verfahren, abhängig von der unmittelbaren Verfügbarkeit der entsprechenden zitierten Literatur, ist denkbar und sogar wahrscheinlich. Vielfach sind die im Autographen fehlenden Seitenzahlen erst in der Fahnenkorrektur ergänzt worden. Fußnoten werden jeweils mit einem kleinen hochgestellten Kreuz – bzw., bei mehreren Fußnoten auf einer Handschriftenseite, mit zwei, drei etc. Kreuzchen – versehen, also nicht durchgezählt.⁶⁰ Im Druck wird auf jeder Seite eine neue Zählung begonnen. Fußnoten befinden sich in der Handschrift überwiegend am Seitenrand, bisweilen aber auch am unteren Blattrand,⁶¹

⁵⁴ Zu den ursprünglich vorgesehenen Inhaltsangaben zu Beginn jedes Kapitels unten II.3., S. 900f.

⁵⁵ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 274, 421, 438, 595 und 729.

⁵⁶ Vgl. die faksimilierte Autographenseite oben S. 146.

⁵⁷ Zum Laun'schen Einschub vgl. die faksimilierte Autographenseite oben S. 652.

⁵⁸ Zu Einschüben vgl. beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 379, 429, 478, 539 sowie 836.

⁵⁹ Als Beispiel mögen die faksimilierten Autographenseiten oben S. 504 und 506 dienen.

⁶⁰ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 274, 438 und 746.

⁶¹ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 82, 220, 274, 458, 496, 652, 710 und 746.

seltener noch, durch einen Fußnotenstrich abgetrennt, auf einem eigenen Blatt oder mehreren eigenen Seiten. Insgesamt legen Anlage wie Ausführung der Anmerkungen die Vermutung nahe, dass Kelsen die in den Text eingebauten Zitate zunächst handschriftlich exzerpiert und bei der Abfassung des Autographen der „Hauptprobleme“ die Sekundärliteratur nicht mehr zur Hand hat. Bei Themen und Theorien, die aus der Sicht Kelsens jedem mit der Materie Vertrauten bekannt sein dürften oder müssten, verzichtet er – gegen Ende des Werkes mit zunehmender Tendenz – auf Nachweise (Beispiele: S. 593 zum Streit um den Organbegriff: „Nähere Belege für die Behauptung sind wohl überflüssig.“; S. 670f. zum Streit zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie; S. 691f. zum Gesetz im materiellen Sinn; S. 694 zur Laband-Jellinekschen Schule zum Gesetzesbegriff; S. 848f. zu der zur Wahlpflicht herrschenden Meinung; S. 864: „Grundpfeiler der organischen Staatslehre ist bekanntlich ...“).

Die Handschrift macht einen ausgeglichenen Eindruck, die Wortabstände sind gleichmäßig verteilt, der Schreiber orientiert sich an den Linien; senkrecht am Seitenrand entlanglaufende oder auf dem Kopf stehende Einfügungen kommen nicht vor. Die Schrift ist meistens gerade aufgerichtet, selten nach rechts geneigt. Die Abstände zwischen den Buchstaben sind manchmal ziemlich groß, so dass die Länge des Wortes nicht sofort zu überschauen ist. Überschreibungen zwischen den Linien kommen häufig vor.⁶² Streichungen werden üblicherweise nur mit einem einfachen waagerechten Strich bzw. am Anfang und am Ende waagerechten und dazwischen schrägen Strichen markiert, so dass die gestrichenen Passagen weiterhin lesbar sind.⁶³ Nur an wenigen Stellen ist durch eine Überschreibung oder eine übermalende gründliche Streichung das ursprüngliche Wort nicht mehr zu entziffern. Selten neigt die Schrift zu Schnörkeln, typographische Übermütigkeiten treten regelmäßig nur bei Überschriften auf.⁶⁴ Bei Zitaten wird die Schrift verständlicherweise schneller, neigt sich etwas nach rechts, und es wird weniger korrigiert. Auffallend ist die Unruhe in der Schrift des XXIV. Kapitels, das offenbar sehr rasch geschrieben worden ist. Sofortkorrekturen kommen fast auf jeder Seite des Autographen vor.⁶⁵ Sie beziehen sich oft auf stilistische Korrekturen, um Wortwiederholungen zu vermeiden. Auffällig sind allerdings Korrekturen in der Handschrift dann, wenn Kelsen sich über Fachkollegen äußert: Hier werden oft sehr kritische Äußerungen in der ersten Niederschrift meist schon im Autographen entschärft.

Typographische Hervorhebungen in der Handschrift beschränken sich auf einfache und doppelte Unterstreichungen, betontes Deutlichschreiben oder Wechsel

⁶² Als Beispiel diene die faksimilierte Autographenseite oben S. 265.

⁶³ Einige Varianten für Streichungen finden sich auf den faksimilierten Autographenseiten oben S. 60 und 61, 135, 237, 265, 379 sowie 539.

⁶⁴ Als Beispiele mögen die faksimilierten Titelblätter des II. und des III. Buches dienen (oben S. 190 und 434).

⁶⁵ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierte Autographenseite oben S. 265.

von Kurrent- in Lateinische Schrift. Eigennamen werden im Autographen in der Regel durch besonders deutliches und gegebenenfalls minimal größeres Schreiben in lateinischen Buchstaben markiert.

3. Bearbeitungsphasen und Drucklegung

Die äußere Gestaltung des Kelsenschen Werkes unterläuft vom Autographen zum (Erst-)Druck eine Reihe von Veränderungen.

So werden Unterstreichungen im Druck grundsätzlich als Sperrung wiedergegeben, unabhängig davon, ob das Wort in der Handschrift einfach oder doppelt bzw. gerade oder geschlängelt unterstrichen ist.⁶⁶ Allerdings werden im Druck auch Wörter gesperrt, die in der Handschrift nicht hervorgehoben werden und umgekehrt. Eigennamen werden im Druck prinzipiell in Kapitälchen gesetzt. (Konsonanten-)Geminationsstriche über „m“ und „n“ in der Handschrift werden im Druck entsprechend den damals geltenden Rechtschreibregeln als „mm“ bzw. „nn“ wiedergegeben. Kelsens Gewohnheit, „Gesammtheit“ (mit Geminationsstrich) zu schreiben, wird im Druck nicht umgesetzt, ebenso nicht seine Schreibung „Todt“, „töden“, „getödtet werden“, „Gränzen“ für „Grenzen“ usf. Nicht einheitlich ist die Wiedergabe im Erstdruck bei in der Handschrift als „giltig“ (für: „gültig“), „hiebei“ (für: „hierbei“), „hiezu“ (für „hierzu“), „letzlich“ (für „letztlich“), „letzwilige“ (für „letztwillige“) geschriebenen Wörtern. Lateinische Schreibungen („Cäsur“, „causal“) werden eingedeutscht („Zäsur“, „kausal“).

Prinzipiell zeigt sich der harmonisierende Eingriff – vermutlich der Setzer – bei Abkürzungen wie „dh“/„di“, „zB“, „etz.“ bzw. „e. c.“, „erw.“, „betr“, „u“, „RO“, „Rs.“, „sog“, „obj.“/„subj.“, „bez.“ und ähnlichem. Diese werden fast immer als „d. h.“/„d. i.“, „z. B.“, „etc.“, „erwähnt“, „betreffend“, „und“, „Rechtsordnung“, „Rechtssatz“, „sogenannt(e/r)“, „objektiv“/„subjektiv“, „bezüglich“ aufgelöst. Auch die im Autographen abgekürzten Namen anderer Rechtswissenschaftler („B“ für Bierling, „Jell“ für Jellinek) wurden im Druck ausgeschrieben. Ebenso werden die Paragraphenzeichen (§/§§) ausgeschrieben („Paragraph/en“). Wiederholungen wie „die der“/„die die“ etc. werden prinzipiell zu „welche der“/„welche die“ verändert. Groß- und Kleinschreibungen, Wortzusammenfügungen bzw. Worttrennungen, fehlende Anführungszeichen, vergessene Klammern und vergessene letzte Buchstaben eines Wortes sowie die korrekte Grammatik, die bei handschriftlichen Korrekturen manchmal aus dem Blick des Schreibers geraten, werden im Erstdruck nach den damals üblichen Rechtschreib- und Grammatikregeln vereinheitlicht. Falsch geschriebene Namen werden ebenfalls im Erstdruck korrigiert („Meyer“ zu „Mayer“). Die Kommasetzung, von Kelsen eher rhetorisch und damit seltener verwendet, wird – vermutlich von den Setzern – nach grammatischen Kriterien korrigiert. Dies gilt besonders bei der häufig vorkommenden Eigenheit

⁶⁶ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 180, 265 und 818.

Kelsens, einen Einschub mit einem Gedankenstrich zu beginnen und mit einem Komma zu schließen; diese werden im Druck vereinheitlicht, meist zu Einschüben zwischen Kommata. Freilich finden sich im Druck auch in der Handschrift nicht vorhandene redundante Kombinationen von Gedankenstrichen und Satzzeichen (zumeist Kommata). Unbeschadet der korrigierenden Eingriffe im Satz- und Fahnenstadium enthält auch der gedruckte Text noch zahlreiche Zeichensetzungsfehler.

Getilgt werden eher der gesprochenen Sprache zugehörige Füllwörter wie „ja“, „nur“, „eben“, „jedoch“, „daher“ etc. In der Handschrift vorkommende Wortabstände wie bei „möglicher Weise“, „irgend eines“ werden im Druck in der Regel, keineswegs aber ausnahmslos zusammengezogen zu „möglicherweise“, „irgendeines“ etc. Sowohl im Autographen selbst als auch später bei der Fahnenkorrektur unterzieht Kelsen seinen Text einer gleichermaßen stilistischen und sachlich-inhaltlichen Überarbeitung; markantesten und häufigsten Ausdruck findet diese Form der Korrektur darin, dass er Nomen konkretisierende und präzisierende Attribute voranstellt.

Die im Autographen mit Kreuzchen versehenen Anmerkungen⁶⁷ werden im Druck als Fußnoten seitengleich mit dem Bezugstext gesetzt und seitenweise durchnummeriert. Die Literaturhinweise in den Fußnoten wurden ebenfalls vereinheitlicht; ein „aaO S 37“ wird dann zu „a. a. O., S. 37.“ Von Kelsen in der Handschrift offen gelassene Binnenverweisungen („vgl. in dieser Untersuchung S...“; „im folgenden Kapitel“) wurden vermutlich im Fahnenstadium blockiert und dann im Erstdruck ergänzt. Verlagsseitig wurde Kelsen darauf hingewiesen, dass die Bogen, die ihm sukzessive, d. h. unmittelbar nach Fertigstellung durch die Setzerei zur Korrektur zugeleitet wurden, sofort nach der Revision gedruckt würden; daran schloss sich die dringende Bitte an, Binnenverweisungen auf spätere, noch nicht gesetzte Passagen „so zu fassen, dass die Angabe der Seitenzahl nicht erforderlich wird“.⁶⁸ Dementsprechend finden sich die 16 im Druck seitenmäßig bezifferten Binnenverweisungen auf nachfolgende Stellen fast ausnahmslos dort, wo die in Bezug genommene Stelle sich im selben Bogen oder doch allenfalls wenige Bogen – bis zu maximal 51 Seiten – weiter findet; nur an einer Stelle verweist Kelsen auf eine Textpassage, die mehr als 150 Druckseiten weiter unten steht.⁶⁹ Im Übrigen nennt er in den eigens ausgewiesenen Binnenverweisungen lediglich Gliederungspunkte, also ein nachfolgendes Buch, eine nachfolgende Abteilung, ein nachfolgendes Kapitel. Vielfach finden sich auch nicht weiter detaillierte und dementsprechend auch nicht mit einer eigenen Anmerkung ausgezeichnete Binnenverweisungen im Haupttext. Von dieser Vorgehensweise stellt ein Binnenverweis eine zunächst un-

⁶⁷ Vgl. dazu beispielsweise die faksimilierten Autographenseiten oben S. 82, 220, 274 und 458.

⁶⁸ Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 6. 10. 1910.

⁶⁹ Es handelt sich um die Verweisung von S. 35 Anmerkung 1 (= HKW 2, S. 119f. Anm. 1 (120)) auf S. 189ff. (= HKW 2, S. 301–389).

erklärbare und daher näher zu erläuternde Ausnahme dar: Im II. Kapitel, näherhin: in Anm. 1 von S. 39 des Erstdrucks verweist Kelsen auf „die Ausführungen S. 366 f.“, also auf eine Stelle, die erst mehr als 300 Seiten später im Text erscheint. Bei dieser Binnenverweisung handelt es sich indes nicht um eine im regulären Satz-, Korrektur- und Drucklegungsablauf eingefügte Angabe. Vielmehr war Kelsen, als er bei der Korrektur des die Bezugsseiten 366 f. enthaltenden Bogen, in dem er sich mit der von Hold von Ferneck präsentierten Lesart der Anerkennungstheorie auseinandersetzt, einen Verweis nach vorne setzen wollte, aufgefallen, dass er Aussagen Hold von Fernecks in dem bereits gedruckt vorliegenden Bogen irrtümlicherweise Simmel zugeschrieben hatte. Um den Korrekturaufwand möglichst gering zu halten – wie angesichts der Tatsache, dass der betroffene dritte Bogen an sich bereits ausgedruckt vorlag –, ersetzte Kelsen im Haupttext den Namen „Simmel“ durch „man“ und in der Anmerkung die Fundstellenangabe bei Simmel⁷⁰ durch den Verweis auf die spätere Auseinandersetzung mit Hold von Fernecks Ansicht im XII. Kapitel. Die neugedruckten Seiten ersetzten die fehlerhaften.⁷¹

Einen Briefwechsel zwischen Autor und Verlag gibt es auch zur Frage des Werktitels. Kelsen hat zunächst offenbar beabsichtigt, seine Schrift schlicht mit „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ zu betiteln.⁷² Gut zwei Wochen später wendet er sich wie folgt an den Verlag:

„Dem Titel meiner Arbeit ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘ habe ich auf Anraten eines mir nahestehenden Universitätsprofessors⁷³ den Untertitel: I. ‚Die Lehre vom Rechtssatz‘ hinzugefügt. Dies aus dem Grunde, weil die Arbeit nicht mit der unbescheidenen Präntention auftreten soll, alle Probleme der Staatsrechtslehre zu lösen, und weil durch die Heraushebung eines Spezialproblems, das den Mittelpunkt bildet, um den sich nach Anlage der ganzen Arbeit alle übrigen Probleme gruppieren, ein deutlicher Fingerzeig für Inhalt und System der Arbeit gegeben wird. Die Ziffer I. deutet an, daß unter dem gleichen Haupttitel weitere Untersuchungen folgen werden. Ich beabsichtige unter II. die Lehre von den Staatsformen abzuhandeln, für die bereits Vorarbeiten vorliegen.“⁷⁴

Paul Siebeck möchte dem „aus buchhändlerischen Gründen dringend widerraten“. Er sieht bei einem bereits nach dem Titel unvollständigen Werk erhebliche Absatzschwierigkeiten und schließt daher mit dem Vorschlag, „die Zahl I auf dem Titel wegzulassen und dafür im Vorwort einen Hinweis auf die geplanten weiteren Untersuchungen zu geben.“⁷⁵ Mit Telegramm und Brief vom 18.9.1910 ändert

⁷⁰ Es handelt sich einerseits um *Alexander Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903, S. 32, und andererseits um *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 77. Dazu oben S. 124 mit Hrsg.-Anm. 359 und 360.

⁷¹ Vgl. dazu Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 20.12.1910 sowie Antwortbrief von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 22.12.1910.

⁷² Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 27.8.1910.

⁷³ Möglicherweise handelt es sich dabei um Friedrich Tezner; zu ihm vgl. vorstehend II.1., S. 890f.

⁷⁴ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13.9.1910.

⁷⁵ Brief von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 16.9.1910.

Kelsen, der „die Bedenken gegen den ursprünglich gewählten Untertitel durchaus“ teilt, den Titel in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz“ und bittet den Verlag, den vollständigen Titel lediglich „auf dem inneren Titelblatte erscheinen“ zu lassen, auf dem Umschlag und dem Buchrücken hingegen es bei „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ zu belassen.⁷⁶

Im Autographen sind grundsätzlich jeweils eigene Titelseiten vorgesehen für die Bücher,⁷⁷ die Abteilungen, die Unterabteilungen und schließlich auch die Kapitel. Dem Wunsche Kelsens, auch im Druck jedes Kapitel auf einer neuen Seite beginnen zu lassen, entspricht der Verlag mit Rücksicht auf den ohnehin schon beträchtlichen Umfang des Buches nicht;⁷⁸ vielmehr werden die Überschriften von Unterabteilungen und Kapiteln im fortlaufenden Text nur durch typographische Auszeichnungen sowie durch einen an das Ende des vorausgehenden Kapitels mittig gesetzten waagerechten Trennstrich, dessen Länge 17 mm beträgt, hervorgehoben. Soweit Überschriften von Unterabteilungen und Kapiteln aufeinander treffen, werden sie lediglich durch einen ebenfalls mittig gesetzten, aber kürzeren waagerechten Strich voneinander abgesetzt. Dafür beginnt, insoweit Kelsens dringender Bitte Rechnung tragend, jede Abteilung im Druck auf einer neuen (rechten) Seite und jedes Buch auf einem neuen Blatt.⁷⁹

Wohl mit Rücksicht darauf, dass das Werk auf der niedrigsten Gliederungsstufe in Kapitel unterteilt ist, deren kürzestes 9, deren längstes 41 und deren Durchschnittslänge mehr als 23 Druckseiten im Erstdruck aufweist, beabsichtigt Kelsen, „unter jeder Kapitelüberschrift die Inhaltsangabe dem Text“ voranzustellen.⁸⁰ Auch hier bevorzugt der Verlag unter Hinweis auf die beträchtliche Länge des Gesamttextes eine andere Vorgehensweise. Kelsen wird der Vorschlag unterbreitet, anstelle der platzraubenden Inhaltsangaben „in den sogenannten Kolumnentiteln, das sind die Titelzeilen über den einzelnen Seiten, kurze, den Inhalt der betreffenden Seite zusammenfassende Ueberschriften zu geben, mit anderen Worten, die im Manuscript befindlichen Inhaltsangaben der einzelnen Kapitel in Kolumnentitel aufzulösen“.⁸¹ Das Gesamtinhaltsverzeichnis, welches Kelsen erst verfasst, nachdem das Gros des Manuskriptes gesetzt worden ist, führt neben den mit Ordnungszahlen und eigenen Seitenangaben versehenen Untergliederungen (Buch, Abteilung, Unterabteilung, Kapitel) auch kapitelweise und in fortlaufender, nur durch Gedankenstriche und durch Sinneinheiten zusammenfassende Absätze

⁷⁶ Beide Zitate aus dem Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 18. 9. 1910.

⁷⁷ Vgl. dazu die faksimilierten Autographenseiten des II. und des III. Buches oben S. 190 und 434.

⁷⁸ Vgl. dazu Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. 9. 1910 sowie Antwortbriefe von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 16. 9. 1910 und von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 20. 9. 1910.

⁷⁹ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 22. 9. 1910 sowie Antwortbrief von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 26. 9. 1910.

⁸⁰ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. 9. 1910.

⁸¹ Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 20. 9. 1910.

unterbrochener Reihung die – teils gekürzten, teils sprachlich modifizierten – Kolumnentitel auf; diesen wird absatzweise eine Sammelseitenangabe zugeordnet. Die zum Ende der Drucklegung verlagsseitig aufgeworfene Frage, ob ein so umfangreiches Werk nicht ein Register benötige,⁸² verneint Kelsen und begründet seine Haltung wie folgt:

„Ein Register halte ich deshalb für überflüssig, weil meine Arbeit kein allzu großes Material von Einzeldaten enthält und weil das sehr ausführliche Inhaltsverzeichnis ein viel geeigneteres Mittel ist, sich über den Inhalt rasch zu informieren.“⁸³

Bereits mit dem Schreiben vom 1.9.1910, in welchem Oskar Siebeck seine grundsätzliche Bereitschaft bekundet, Kelsens „Hauptprobleme“ zu verlegen, bittet er diesen, „mit Rücksicht auf den theoretischen Charakter Ihrer Untersuchungen ... die Frage eines mässigen Zuschusses zu den Druckkosten zu erwägen.“⁸⁴ Kelsen erklärt sich mit dieser Vorgehensweise einverstanden,

„unter der Bedingung, daß Sie mir bei Absatz einer entsprechenden Anzahl von Exemplaren die Rückvergütung des geleisteten Betrages garantieren. Ich glaube nämlich mit Rücksicht auf die starke Diskussion, die meine Arbeit wegen ihrer Stellungnahme zu gewissen über die Grenzen der engeren Staatsrechtslehre weit hinausgreifenden Problemen veranlassen dürfte, auf einen größeren Absatz zu rechnen, als solcher juristisch-theoretischen Spezialarbeiten im allgemeinen gegönnt ist.“⁸⁵

Vertraglich wird ein Druckkostenzuschuss in Höhe von 15 Mark pro Bogen à 16 Druckseiten vereinbart; Kelsens „Bedingung“ wird dadurch vertraglich Rechnung getragen, dass „der Herr Verfasser nach Absatz von 500 Exemplaren für jedes weitere verkaufte Exemplar eine Entschädigung von 10% des Ladenpreises“ erhält.⁸⁶ Obwohl die Erstauflage innerhalb von gut zehn Jahren vollständig vergriffen und Kelsen infolge seiner familiären Verpflichtungen dringend auf weitere Einnahmen angewiesen war,⁸⁷ hat er an der ersten Auflage der „Hauptprobleme“ doch nichts verdient. Dies lag – neben dem Druckkostenzuschuss von nahezu 700 Mark – daran, dass infolge der zahlreichen Korrekturen im Verlaufe von Satzeinrichtung und Drucklegung die Druckerei J. B. Hirschfeld in Leipzig dem Verlag eine Rechnung über 617 Korrekturstunden, die Stunde à 87 Pfennige, also insgesamt über 536,67 Mark präsentierte. Vertraglich war vereinbart, dass der Verlag zugunsten des Autors pro Bogen vier Korrekturstunden – also 184 im Ganzen – auf eigene Rechnung übernehme.⁸⁸ Damit verblieben 433 Korrekturstunden, die einen Kostenaufwand von 376,71 Mark verursachten. Auf verlagsseitige Nachfrage erklärte

⁸² Vgl. Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 23.2.1911.

⁸³ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 25.2.1911.

⁸⁴ Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 1.9.1910.

⁸⁵ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3.9.1910.

⁸⁶ § 6 Absatz 2 des Verlagsvertrages vom 22.9.1910. Der Ladenpreis betrug für die broschiierte Ausgabe 16,00 Mark und für die gebundene Ausgabe 18,50 Mark.

⁸⁷ Dazu vorstehend II.1., S. 889.

⁸⁸ Vgl. § 4 Absatz 3 des Verlagsvertrages vom 22.9.1910.

sich Kelsen mit Rücksicht auf die durch seine Änderungs- und Korrekturwünsche veranlassten Mehrarbeiten schließlich bereit, die Hälfte der Korrekturkosten zu tragen.⁸⁹ Insgesamt überwies er dem Verlag einen Betrag von 899,60 Mark.⁹⁰

4. Konzeption und Präsentation einer Methodenschrift

Kelsens „Hauptprobleme“ stellen alles andere als eine leicht zugängliche, einladende Schrift dar. Vielmehr darf man sie getrost als sperriges Werk bezeichnen.

Und dies bereits bei einer äußerlichen Betrachtung: Mit über 700 Seiten überragen die „Hauptprobleme“ hinsichtlich des Umfangs zeitgenössische rechtswissenschaftliche Qualifikationsschriften um ein Vielfaches. So besitzt, um nur ein prominentes Beispiel herauszugreifen, Carl Schmitts anno 1914 ebenfalls bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienene Habilitationsschrift „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen“⁹¹ mit VI und 110 Seiten gerade einmal ein knappes Sechstel des Umfangs der „Hauptprobleme“. Trotz des immensen Umfangs hat Kelsen seinem Werk nur eine geringe Gliederungstiefe angedeihen lassen: auf der untersten Gliederungsebene finden sich nicht mehr 30 Kapitel, diese aber verfügen dafür über durchschnittlich mehr als 23 Druckseiten. Auf ein Orientierungserleichterndes Register hat Kelsen unter Hinweis auf die Ausführlichkeit des Inhaltsverzeichnisses bewusst verzichtet; die im Wesentlichen auch im Inhaltsverzeichnis erfassten Kolummentitel vermögen die Erschließungsfunktion eines Registers indes nicht wirklich zu substituieren. Eine als solche ausgeflaggte Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Untersuchungen oder auch nur ein Abschnitt oder ein Kapitel, in welchem Kelsen in kompakt-zusammenhängender Weise seine eigene Auffassung entwickelt, sucht der Leser ebenfalls vergebens.⁹² Das Fehlen eines derartigen Kapitels dürfte in erster Linie Kelsens Arbeitsweise geschuldet sein, die man mit Kelsen selbst „dialogisch“ oder, wohl genauer: „kontradiktorisch“ (Vorrede, S. 59) nennen könnte. Denn er entwickelt und entfaltet seine eigene Position im Widerspruch zu den bestehenden Lehrmeinungen. Darauf wird zurückzukommen sein.

Umso bedeutsamer und unersetzbarer ist bei dieser Sachlage die – bedauerlicherweise in die Zweitauflage und deren Nachdrucke nicht aufgenommene⁹³ – Vorrede zur Erstauflage. Denn in ihr erläutert Kelsen das mit der Schrift verfolgte Hauptanliegen, den Plan seiner Untersuchungen und die Eigentümlichkeit seines Zuganges. Das Spröde-Sperrige, vordergründig Abweisende der äußeren Darbie-

⁸⁹ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. 4. 1911, s. ergänzend Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 6. 4. 1911.

⁹⁰ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. 4. 1911.

⁹¹ Carl Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914.

⁹² Die von Kelsen zunächst in Aussicht genommenen Inhaltsangaben, die jedem Kapitel vorangestellt werden sollten, wurden aufgrund einer Intervention des Verlegers im Hinblick auf die ohnehin beachtliche Länge des Gesamtwerkes nicht realisiert. Näher dazu vorstehend II.3., S. 900f.

⁹³ Dazu oben Anm. 18.

tung erweist sich auf dieser Folie gleichsam als die dem Werkinhalt kongeniale Werkform. Denn Kelsen vindiziert seiner Arbeit „vornehmlich methodologischen Charakter“ (Vorrede, S. 52):

„Nicht nur, daß sie auf einer breit angelegten Untersuchung gewisser auf den Weg juristischer Erkenntnis gerichteter Vorfragen aufgebaut ist; auch die Behandlung jedes speziellen Problems der Staatsrechtslehre erfolgt unter stetem Zurückgreifen auf diese Grundlagen.“ (Vorrede, S. 52)

Kelsen geht noch einen – provozierenden – Schritt weiter, indem er erklärt, dass es ihm weniger um konkrete Ergebnisse und Lösungen in Bezug auf einzelne Sachprobleme gehe als darum, am Beispiel aktueller Diskurse die „Methodenlosigkeit“ (S. 313, 482) oder doch die methodologische Disziplinlosigkeit der überkommenen Lehrmeinungen darzutun:

„Ja, das Prinzip der Methode ist mitunter so sehr in den Vordergrund gerückt, daß die Darstellung und Lösung der innerhalb der gezogenen Grenzen auftauchenden Probleme der Staatsrechtslehre nicht so sehr um ihrer selbst willen, als vielmehr zu einer anschaulichen Exemplifizierung auf die für richtig erkannten methodologischen Prinzipie erfolgt.“ (Vorrede, S. 52)

Den von ihm verworfenen und bekämpften „Synkretismus der Methoden“ (Vorrede, S. 53), d. i. die Vermengung von kausal- und normwissenschaftlicher Betrachtung, weist er als flächendeckendes, geradezu charakteristisches Kennzeichen der zeitgenössischen Jurisprudenz nach. Kelsen macht sich demgegenüber stark dafür, dass mit normwissenschaftlichen Konstruktionen die Welt des Sein ebenso wenig kausal erklärt wie umgekehrt die normative Existenz eines Sollens, sprich: die Geltung einer Norm, anhand real(faktisch)er Umstände begründet werden kann:

„Die Verquickung einander ausschließender Betrachtungsweisen führt notwendig zur *Fiktion*, der Behauptung einer Realität im bewußten Widerspruche zur Wirklichkeit. Und nichts ist für den Stand der heutigen Rechtswissenschaft so charakteristisch, als daß ihre Theorie von Fiktionen durchsetzt ist. Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.“ (Vorrede, S. 56; – Hervorhebung im Original)

An der spezifisch rechtswissenschaftlichen Methode hängt für Kelsen die Wissenschaftlichkeit, der Wissenschaftsanspruch der Jurisprudenz, deren Proprium gegenüber anderen Wissenschaftsdisziplinen wie namentlich der Ethik, der Soziologie und Psychologie er wie wohl kein zweiter betont und entfaltet. Dass ihn dabei nicht rechtswissenschaftlicher Abschottungsdrang oder disziplinäre Xenophobie antreibt, erhellt bereits aus dem Umstand, dass er sich auch hinsichtlich des Forschungsstandes von Ethik, Soziologie und Psychologie auf der Höhe seiner Zeit bewegt. Er tritt in *jeder* Richtung methodologisch unzulässigen Übergriffen entgegen. Nicht zuletzt die Konsequenz und Radikalität, mit denen Kelsen sein Vorhaben verfolgt, tragen ihm, wie sich bereits an den zeitgenössischen Rezensionen

pars pro toto ablesen lässt,⁹⁴ Widerspruch und Ablehnung, aber eben auch Bewunderung und Respekt ein. Franz Weyr (1879–1951) fasst sein Urteil in die schönen Worte:

„Eine Hauptaufgabe jeder Wissenschaft liegt m. E. darin, daß sie sich der Grenzen bewußt werde resp. bleibe, die ihrer Erkenntnis durch ihre spezielle Methode notwendigerweise gesteckt sind, und ich erblicke ein großes und bleibendes Verdienst des Kelsenschen Werkes darin, daß es gerade diese Aufgabe glänzend gelöst hat. Man könnte es deshalb in Anlehnung an ein berühmtes Beispiel ‚Die Kritik der reinen *juristischen* Vernunft‘ nennen.“⁹⁵

Das Unerhörte und das Neue seines Ansatzes sind Kelsen dabei durchaus bewusst. Rund dreieinhalb Jahrzehnte später notiert er in seiner Autobiographie über die Zeit der Habilitation: „Ich war ganz berauscht von dem Gefühl, auf dem Gebiete meiner Wissenschaft einen neuen Weg zu gehen.“⁹⁶ Dass dem kaum 30-Jährigen indes nicht ungetrübtes Entdeckerglück beschieden ist, sondern dass das Hochgefühl, einen gänzlich neuen Weg zu weisen und zu beschreiten, durchaus von ganz anderen Gefühlen und Befürchtungen begleitet wird, offenbaren Zeilen aus der Vorrede, die Kelsen – möglicherweise, weil sie ihm zu persönlich-emotional erscheinen – jedoch im Manuskript streicht, bevor er dieses zum Druck gibt. Sie lauten:

„Der von mir nach manchen Zweifeln, nach reiflicher, jahrelanger Prüfung als richtig erkannte Weg hat mich an vielen Stellen von der heute herrschenden Staatslehre abgeführt, – so weit und in so gänzlich anderer Richtung, daß ich mitunter nicht einmal bei einer Minoritätstheorie Berührungspunkte fand. Da drängt es mich denn, an dieser Stelle auszusprechen, daß es mir wahrhaftig nicht leicht geworden, so manches jener Dogmen über Bord zu werfen, die ich meist selbst als gute Überzeugungen von der Schule her mit mir geführt habe, dass ich schwer fertig geworden mit vielem, was ich von verehrten Lehrern übernommen habe, deren Werken ich erste Belehrung, deren Persönlichkeit ich stärkste Anregung und von denen ich manchem wirksamste Förderung danke. In dieser meiner persönlichen Gesinnung, die ich über allen Gegensatz der Meinungen stelle, mißverstanden zu werden, müßte mich in aller Gegnerschaft, die ich erwarte, am tiefsten schmerzen.“ (S. 59 und 62 Hrsg.-Anm. 26; auf den S. 60 und 61 findet sich der faksimilierte Autograph dieser Passage)

⁹⁴ Die zeitgenössischen Rezensionen im deutschsprachigen Raum: *Oscar Ewald*, Die deutsche Philosophie im Jahre 1911, in: *Kantstudien* 17 (1912), S. 382–433; *Rudolf von Laun*, [Buchbesprechung:] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Von Dr. Hans Kelsen. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911. XXVII und 709. S. Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage. Von Dr. Ignatz Kornfeld. Wien, 1911, Manz, VII und 350 S., in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 39 (1912), S. 312–335; *Friedrich Caro*, [Buchbesprechung:] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre von Hans Kelsen, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 36 (1912), S. 364–378; *Friedrich Tezner*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 28 (1912), S. 325–344; *Franz Weyr*, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 40 (1914), S. 175–188.

⁹⁵ *Weyr*, Hauptpunkte (Anm. 94), S. 178 – Hervorhebung im Original. Zu *Weyr* vgl. *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: *HKW* 1, 19–27 (27 Hrsg.-Anm. 53).

⁹⁶ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: *HKW* 1, S. 29–91 (41).

Die von Kelsen wie an einer Perlenschnur aufgereihten Themen fügen sich, von der Warte tradierter Themenbehandlung aus, nur leidlich zu einem aus sich heraus stimmigen Ganzen. Der von Kelsen gewählte Haupt-Titel „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ ist denn auch, für sich genommen, denkbar nichtssagend und blass; mit ihm kann nahezu alles und doch auch wieder nichts, zumindest nichts sachlich-inhaltlich Zusammenhängendes gemeint sein. Darüber hinaus müssen, hält man an der herkömmlichen, ganz auf die Lösung der Sachfragen konzentrierten Problemsicht fest, die ausgedehnten Ausflüge auf die Gebiete der Privatrechts- und der Strafrechtsdoktrin in einer – ausweislich des Titels – der Staatsrechtslehre gewidmeten Arbeit irritieren. Doch in dem Maße, in dem man Kelsens methodologischen Zugang akzeptiert und in dem man sich auf die methodologische Herausforderung einlässt, das wissenschaftspraktische Mittel, die Methode, zum eigentlichen Zweck, besser vielleicht: zum Erkenntnisgegenstand der Untersuchungen zu erheben, erreichen Kelsens Überlegungen innere Konsistenz und bezwingende Konsequenz. Mit dem erst im Verlaufe der Drucklegung hinzugefügten Titelzusatz „entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz“ gewinnt der Haupt-Titel denn auch seinen eigentlichen richtungweisenden Impetus, sein eigentümliches Kolorit.⁹⁷ Als den „Fundamentalbegriff einer wissenschaftlichen Rechtslehre“ erkennt Kelsen den Rechtsatz, um den herum und aus dem heraus er „– in Parallele zum Begriff des Kausalgesetzes als dem Fundamentalbegriff der Naturwissenschaft“⁹⁸ – die Rechtswissenschaft als eine „ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie“⁹⁹ zu entfalten trachtet.¹⁰⁰ Kristallisationspunkt von Kelsens normativer Theorie ist die mittels des spezifisch normativen Mediums der Zurechnung hergestellte „Relation zum

⁹⁷ Zur Frage der Titel-Wahl s. ergänzend vorstehend II.3., S. 899f.

⁹⁸ Beide zitierte Wendungen: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (37f.).

⁹⁹ *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. III. Von der „*Eigengesetzlichkeit des Rechtes* gegenüber der *Natur* oder einer nach Art der Natur bestimmten sozialen Realität“ spricht Kelsen auch schon 1923 in der Vorrede zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme“ (S. VI – Hervorhebungen im Original).

¹⁰⁰ Bezeichnend ist der Text der Selbstanzeige, die Kelsen auf Bitten des Verlages (vgl. Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 19. 12. 1910) für den Vorgänger des heutigen „Mohr Kuriers“, die sogenannten „Grünen Hefte“ (eigentlich: Neuigkeiten aus dem Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und der H. Laupp'schen Buchhandlung, Nr. 1 vom 10. Januar 1911) verfasst: „Diese Arbeit unternimmt es, auf einer breit angelegten Basis methodologischer Untersuchungen gewisse wichtige Gebiete der allgemeinen Staatsrechtslehre zu behandeln. Dabei wird der *Rechtssatz* als ein Zentralbegriff juristischer Konstruktion erkannt, durch dessen besondere Formulierung die Lösung einer Reihe von speziellen Problemen bedingt ist. Dem Leitgedanken entsprechend, zerfällt das Werk in drei Bücher, von denen das erste den methodologischen Voruntersuchungen gewidmet ist; das zweite befasst sich mit der *objektiven Erscheinungsform des Rechtssatzes*, dessen logischer Gestaltung und wesentlichem Inhalte. Das dritte Buch hat in je einer Abteilung die *beiden subjektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes*: die Rechtspflicht und das subjektive Recht, zum Gegenstand. *Interessanter*: Jeder Käufer staatsrechtlicher Literatur wird auf dieses bedeutsame Werk hingewiesen sein wollen.“ (Hervorhebungen im Original; ob auch der letzte Satz aus Kelsens Feder stammt, ist nicht bekannt.)

Rechtssatz“ (S. 641, 643, 644 u. ö.). Auf dieser für das Recht und dessen wissenschaftliche Betrachtung einheitlichen Folie sieht sich der Unterschied von Privatrecht und Öffentlichem Recht – damit von Zivilistik und Staatsrechtslehre – relativiert. Kelsen spitzt auch hier noch einmal zu, wenn er formuliert:

„Alles Recht ist Staatsrecht. Jedenfalls halte ich an dem Postulate einer einzigen allgemeinen Rechtslehre und einheitlicher juristischer Grundbegriffe fest, die allen Rechtsgebieten gemeinsam sind und für alle Gebiete nach denselben methodischen Prinzipien zu konstruieren sind.“ (Vorrede, S. 58)

Dafür, dass er seine Untersuchungen, zumindest dem Titel nach, gleichwohl auf die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ beschränkt, führt Kelsen denn auch nicht immanente Sachzwänge, sondern lediglich „praktische Gruende“ an: „einerseits um die Arbeit nicht zu umfangreich werden zu lassen, andererseits weil ich glaubte wegen meiner persönlichen Beziehungen zu Bernatzik mich am leichtesten fuer Staatsrecht habilitieren zu koennen.“¹⁰¹

Kelsen schont, wie bereits angedeutet, seine Leser nicht. Er weiß um die Zumutung, die seine voluminöse, auf Methodenfragen fokussierte Schrift birgt.¹⁰² Er schont aber auch die von ihm untersuchten Lehrmeinungen nicht. Denn diese unterzieht er einem Analyse- und Dekonstruktionsverfahren, welches man als eine Spielart methodologischer Vivisektion bezeichnen könnte: In der „Gewißheit, daß die Gegensätze juristischer Theorie letzten Endes Weltanschauungsgegensätze sind“ (Vorrede, S. 62), legt Kelsen besonderen Wert auf eine immanente Kritik, d. h. auf eine Auseinandersetzung, die nicht schon die Prämissen und die Argumentationsverfahren der kritisierten Lehrmeinung in Frage, sondern, ganz im Gegenteil, auf deren Grundlage die innere Konsequenz und Konsistenz der Ansicht auf die Probe stellt.¹⁰³ Das Verfahren, den „Gegner von seinem eigenen Standpunkte aus“ (S. 547) zu widerlegen, ihn sozusagen besser, nämlich konsequenter zu verstehen als er sich selbst, bedingt indessen, dass Kelsen die so Kritisierten in nicht selten ausführlichen Zitaten zu Wort kommen lässt und dass er recht eingehend Prämissen und sonstiges Vor- und Umfeld der traktierten Auffassungen darstellt. Hat Kelsen solcherart den Gedankengang eines in seinen Auffassungen prägnanten, prägenden und/oder paradigmatischen Autors rekonstruiert, weist er diesem im nächsten Schritt die methodischen Inkonsistenzen und Inkonsequenzen bei der Durchführung des selbstgesteckten Argumentationsprogramms nach. Auf diese Weise wird dem Leser der Eindruck vermittelt, er selbst ertappe, von Kelsen geleitet, Größen der Jurisprudenz wie Ihering und Wind-

¹⁰¹ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (38).

¹⁰² Vgl. dazu die Passage aus der Vorrede, S. 51: „Wenn somit dem Leser zugemutet wird, diese umfangreiche Arbeit ganz – oder lieber gar nicht – zu lesen, so ist es nur billig, ihn vorher kurz über das Ziel und den Plan des Werkes zu orientieren ...“.

¹⁰³ Besonders markant insoweit S. 863: „Will man also der fraglichen Unterscheidung nicht zustimmen, dann muß man die gegnerische Lehre dort aufsuchen, wo sie entstanden ist ...“.

scheid, Jellinek und Binding dabei, wie sie sich Methodenfehler zuschulden kommen lassen.

Bei Applikation dieses aufwendigen Verfahrens auf eine Vielzahl rechtswissenschaftlicher Positionen und Themenstellungen sind Längen und Wiederholungen programmiert, allerdings um der wissenschaftlichen Redlichkeit der Auseinandersetzung willen auch unvermeidlich. Kelsen erntet das durchaus ambivalente Lob, seine Arbeit zeichne sich unter anderem durch „äußerste, oft übertriebene Gründlichkeit“¹⁰⁴ in der Kritik der Lehrmeinungen anderer aus. Eine weitere ambivalente, um nicht zu sagen: missliche Konsequenz des von Kelsen angewandten Verfahrens ist ebenfalls bereits kurz zur Sprache gekommen: Sein „kontradiktorisches“ Vorgehen ist strukturell dekonstruktiv ausgelegt, d. h. seine eigenen Positionen lassen sich nicht selten nur mittelbar erkennen, nämlich aus seiner Kritik an den Positionen anderer erschließen. Wiederum ist es Weyr, der diese Beobachtung – bezogen auf die von Kelsen so nachdrücklich betonte normative Methode der Jurisprudenz – treffend auf den Punkt bringt:

„Das eigentliche Wesen der *normativen* Methode läßt sich allerdings aus Kelsens Werk *positiv* nicht definieren. Man kann es nur *negativ* tun: sie ist nicht *kausal*, d. h. sie hat es nicht mit Ursachen und Wirkungen (die der Welt des Seins angehören) zu tun, daher auch nicht mit der Aufstellung von Gesetzen, welche allgemein gültige Beziehungen zwischen gewissen Ursachen und gewissen Wirkungen betreffen: sie ist nicht *explikativ*, d. h. sie erklärt nicht die Existenz irgendeines Gegenstandes; sie ist nicht *teleologisch*, d. h. sie hat nicht Zwecksmomente in ihre Begriffsdefinitionen aufzunehmen. Positiv kann man daher nur sagen: sie ist *normativ*, weil sie sich mit den Sollen, mit Normen beschäftigt.“¹⁰⁵

Das „kontradiktorische“ Verfahren bringt es für den heutigen Leser schließlich mit sich, dass, wenn er wissen möchte, was Kelsen in seiner rechtstheoretischen Erstlingsschrift gedacht und für richtig gehalten hat, er dies nur um den Preis in Erfahrung bringen kann, noch einmal tief in die Gedankenwelt von Kelsens „Gegnern“, und das heißt: tief in die Gedankenwelt der Jurisprudenz um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert einzutauchen.¹⁰⁶ Wiewohl vieles von dem, was Kelsen rügt und propagiert, unveränderte Aktualität und Brisanz besitzt, dringt der Leser dazu doch nur vor, wenn er sich durch viele Hundert Seiten zu Problemstellungen und Lehrmeinungen, Theorien und Konstruktionen „durchkämpft“, die in historische Fernen entrückt sind und mit heutigen Fragestellungen unter sachlich-inhaltlichen – nicht unter methodologischen! – Auspizien überwiegend wenig gemein haben.

¹⁰⁴ Laun, Hauptprobleme (Anm. 94), S. 335.

¹⁰⁵ Weyr, Hauptpunkte (Anm. 94), S. 180 f. – Hervorhebungen im Original.

¹⁰⁶ Wenn auch gewiss nicht im hier angesprochenen Sinne beabsichtigt, bringt dies auch Weyr, Hauptpunkte (Anm. 94), S. 181 zum Ausdruck, wenn er anno 1913 festhält: „Die Wichtigkeit des von Kelsen Geleisteten kann nur der in der heutigen juristischen Literatur einigermaßen Bewanderte voll und ganz ermessen.“

5. Qualifikationsschrift

Es ist bereits mehrfach angeklungen: Die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ stellen Hans Kelsens Habilitationsschrift dar, die er im Rahmen seines Habilitationsverfahrens anno 1911 der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der k.k. Universität in Wien zur Begutachtung unterbreitet hat.

In der Korrespondenz mit der Verlagsbuchhandlung J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Leipzig und Tübingen, spielt für den Autor von Beginn an das Erscheinungsdatum des Werkes eine herausragende Rolle. Bereits in seinem zweiten Schreiben an den Verlag weist Kelsen darauf hin, dass „die für mich wichtigste Frage aber, die ich Sie sobald als möglich gütigst zu beantworten bitte“, die ist: „in welcher Zeit der Druck vollendet sein kann, da ich die Arbeit zu Habilitationszwecken benötige und noch vor Weihnachten dJ. [sc. 1910, M.J.] einreichen möchte.“¹⁰⁷ Der Verleger antwortet daraufhin postwendend, dass, falls die vorläufige Umfangsberechnung zutrefte und unverzüglich mit dem Satz begonnen werden könne, „bis Ende November [sc. 1910, M.J.] fertige Exemplare Ihres Buches vorliegen können.“¹⁰⁸ Die offenbar zögerliche Erledigung der Autorenkorrekturen – sie ist mehrfach Gegenstand drängender Bitten des Verlegers –, in deren Folge die nachlassende Satzgeschwindigkeit in der Setzerei, darüber hinaus die von Kelsen gewünschten Ergänzungen und Korrekturen, die sich zum Teil auf bereits gesetzte und in einem Falle sogar auf bereits gedruckte Textpassagen auswirken, tragen jedoch maßgeblich dazu bei, dass der ursprünglich anvisierte, sehr ehrgeizige Erscheinenszeitpunkt zum Jahresende 1910 nicht eingehalten werden kann. Selbst die zwischenzeitlich auch verlagsseitig geteilte Hoffnung, wenigstens bis zum Ende des Wintersemesters 1910/1911 die für das Habilitationsverfahren benötigten Exemplare ausliefern zu können, erfüllen sich nicht. Erst mit Schreiben vom 27. 3. 1911 kann Oskar Siebeck seinem Autor die freudige Mitteilung machen, dass „die ersten Exemplare Ihres Werkes inzwischen an Sie abgegangen sind und in Kürze in Ihren Besitz gelangen“.¹⁰⁹ Kelsen bestätigt eine Woche später den Eingang der sieben Vorabexemplare und verabsäumt dabei nicht, dem Verlag „für die geschmackvolle Ausstattung meinen verbindlichsten Dank auszusprechen“.¹¹⁰

Damit steht der Einreichung der Habilitationsschrift und infolgedessen dem Fortgang des Habilitationsverfahrens des Konzeptsadjunkten am k.k. österrei-

¹⁰⁷ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. 9. 1910. In einem weiteren, auf den 18. 9. 1910 datierten Schreiben an den Verlag bringt er „in Erinnerung, daß es für mich überaus wichtig ist, noch vor Weihnachten über einige fertige Exemplare verfügen zu können“.

¹⁰⁸ Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 7. 9. 1910.

¹⁰⁹ Wie sich aus dem Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 20. 3. 1911 ergibt, erhält Kelsen zunächst drei gebundene und vier geheftete Exemplare der „Hauptprobleme“. Gemäß § 3 Absatz 2 der Verlagsvertrages standen Kelsen 30 Freixemplare, und zwar 10 gebundene und 20 broschierte Exemplare zu.

¹¹⁰ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. 4. 1911.

chischen Handelsmuseum Dr. Hans Kelsen, in welchem dieser durch Habilitationserwerbungs schreiben vom 6. 2. 1911 um die Habilitierung für allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Rechtsphilosophie und deren Geschichte nachgesucht hat,¹¹¹ nichts mehr im Wege.¹¹² Zu Berichterstattern werden vom Professoren-Kollegium der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Hofrat Adolf Menzel und Hofrat Edmund Bernatzik bestimmt. Referent Menzel bezeichnet Kelsens Habilitationsschrift „als ein Werk, das nicht nur hinsichtlich seines Umfanges, sondern auch in Bezug auf seine inhaltlichen Qualitäten das Durchschnittsmaß einer Habilitationsschrift überschreitet“. Dem schließt sich der zweite Referent an.¹¹³ Die Genehmigung der Habilitationsschrift spricht das Professoren-Kollegium bereits am 20. 6. 1911, also gerade einmal zehn Wochen nach Fertigstellung des Erstdruckes der „Hauptprobleme“, aus. Seinen Probevortrag hält Kelsen am 10. 7. 1911 zum Thema „Zur Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinn mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung“. ¹¹⁴ In dem an das k. k. Ministerium für Unterricht und Kultus gerichteten Schreiben des Juridischen Dekanats vom 12. 7. 1911 heißt es lapidar: „Kolloquium und Probevortrag befriedigten.“ Der Minister für Kultus und Unterricht erteilt dem Beschluss des Professoren-Kollegiums, Kelsen als Privatdozenten für allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Rechtsphilosophie und deren Geschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien zuzulassen, unter dem 26. 7. 1911 seine Bestätigung. Damit haben die „Hauptprobleme“ ihren unmittelbarsten, freilich auch äußerlichsten Zweck bereits erfüllt. Ihre eigentliche Wirkungsgeschichte haben die „Hauptprobleme“ zu diesem Zeitpunkt jedoch noch vor sich.

¹¹¹ Dem Habilitationsgesuch (einschließlich Publikationsverzeichnis) vom 6. 2. 1911 ist neben einem Lebenslauf noch ein „Vorlesungs-Plan“ beigefügt, in dem Kelsen mitteilt, welche Lehrveranstaltungen er „für den Fall der Erteilung der *venia docendi*“ die Absicht hat abzuhalten. Es sind dies „1.) Allgemeine Staatslehre, mit besonderer Berücksichtigung der Soziologie. 2.) Österreichisches Verwaltungsrecht. 3.) Das parlamentarische Wahlrecht. (rechtsvergleichend.) 4.) Geschichte der Staatstheorien. 5.) Einführung in die Methodologie der Rechtswissenschaft. (Seminar.) 6.) Hauptprobleme der Rechtsphilosophie.“

¹¹² Dazu und zum Folgenden: Personalakt Hans Kelsen, Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Unterricht, Faszikel 589 (Akten des Ministeriums für Kultus und Unterricht Nr. 30728/1911 – dort auch die folgenden Zitate). Ein Teil der Aktenbestände des seinerzeitigen Archivs der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität – darunter bedauerlicherweise auch die Akten des Habilitationsverfahrens von Kelsen – wurde durch Bombentreffer des Universitätshauptgebäudes im Zweiten Weltkrieg zerstört.

¹¹³ Zu den Habilitationsvoten Menzels und Bernatziks vgl. auch *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (43).

¹¹⁴ Die Druckfassung des Vortrages erscheint rund zwei Jahre später in den „Juristische[n] Blättern“: *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹¹⁵

Eigentümlichkeiten sowie Eigenarten, selbst Inkonsistenzen in Rechtschreibung (etwa bei der Getrennt- und Zusammenschreibung von „irgendeines“/ „irgend eines“), Grammatik, Zeichensetzung, aber auch in der Präsentation des Inhaltsverzeichnisses, des Haupttextes und der Anmerkungen (insbesondere seitenweise Zählung unter Verwendung der „a. a. O.“-Verweisungstechnik) wurden, auch soweit sie heute nicht mehr üblich sind, beibehalten. Sämtliche Hervorhebungen im Erstdruck, d. h. sowohl Sperrungen für markante Textpassagen als auch die Kapitalchen-Formatierung der Eigennamen, werden vorliegend einheitlich durch Kursivierung wiedergegeben. Setzerseitige Inkonsistenzen bezüglich der Kapitalchenverwendung bei Genitivendungen von Autorennamen wurden durch Vollkursivierung sämtlicher Namensverwendungen beseitigt (Bsp.: statt „HATSHECKS“ und „HATSHECKS“ einheitlich „*Hatschecks*“, anstelle von „HATSHECKSche“ und „HATSHECKSCHE“ einheitlich „*Hatschecksche*“). Soweit vereinzelt ein Name im Erstdruck – abweichend vom Autographen – nicht hervorgehoben wurde, wurde der Name *sub silentio* ebenfalls kursiviert.

Kelsen hat auf Anregung des Verlegers jeder Seite des Haupttextes einen eigenen Kolummentitel zugeordnet.¹¹⁶ Diese werden vorliegend aus gestalterischen Gründen nicht reproduziert, sie können aber im Wesentlichen aus dem Inhaltsverzeichnis rekonstruiert werden, hat Kelsen sie dort doch mit geringfügigen Modifikationen kapitelweise zusammengefasst. Im Inhaltsverzeichnis der „Hauptprobleme“ werden zwar, wie sonst auch, offensichtliche Setzerfehler *sub silentio* korrigiert. Um die Lesbarkeit und die Übersichtlichkeit des Verzeichnisses nicht unnötig einzuschränken, wurde im Übrigen aber davon abgesehen, textgenetische Anmerkungen beizufügen. Dieser punktuelle Verzicht auf einen textgenetischen Apparat erscheint umso eher hinnehmbar, als das Inhaltsverzeichnis von Kelsen erst nach Fertigstellung des Haupttextes niedergeschrieben worden ist, also lediglich die überblicksmäßig-übersichtliche Vereinigung der bereits zuvor im Haupttext gesetzten Überschriften und Kolummentitel markiert.¹¹⁷ Dementsprechend beschränken sich Kelsens Text-„Bearbeitungen“ im Inhaltsverzeichnis darauf, Verschreibungen zu korrigieren und beim Zusammenschreiben vergessene Überschriften/ Kolummentitel nachträglich einzufügen.

Von der Fußnotenzählung des Erstdruckes wurde lediglich an einer Stelle abgewichen: Im Erstdruck ist auf S. 150 (HKW 2, S. 256) versehentlich im Haupttext das Fußnotenzeichen zu Anmerkung 1 vergessen worden; es wurde vorliegend in Übereinstimmung mit dem Autographen eingefügt. Ließ sich anhand der Zählung

¹¹⁵ Vgl. oben S. 5–18.

¹¹⁶ Dazu oben II.3., S. 900f.

¹¹⁷ Vgl. näher vorstehend II.3., S. 900f.

Kelsens im Autographen eindeutig ermitteln, dass eine Fußnote einer Überarbeitungsphase des Manuskriptes zuzurechnen ist, wurde dies im textgenetischen Apparat vermerkt („Anmerkung in A₂/F* eingefügt.“). Sub silentio wurden in Hauptwie Anmerkungs-text Kelsens nur offensichtliche Schreib- und/oder Setzerfehler richtiggestellt; so wurden etwa – jeweils in Übereinstimmung mit dem Autographen – „rechtsmäßig“ zu „rechtmäßig“ (S. 201), „Qualität“ zu „Qualität“ (S. 270), „Konstruktions-[Zeilenumbruch] zu punkt“ zu „Konstruktionspunkt“ (S. 270), „Rechtsordnung g Handlungen“ zu „Rechtsordnung: Handlungen“ (S. 814) oder „nicht, unabhängig“ zu „nicht unabhängig“ (S. 816) korrigiert. Von den zahlreichen Zeichensetzungsfehlern wurden, nach Konsultation des Autographen, lediglich jene, und zwar grundsätzlich sub silentio, korrigiert, die sich sinnverändernd auswirkten.

Vereinheitlicht wurde die im Erstdruck uneinheitliche Setzung von Anführungszeichen, und zwar im – im heutigen rechtswissenschaftlichen Schrifttum – gebräuchlichen Sinne: Zitate wurden in gewöhnliche, d. h. doppelte Anführungszeichen „“ gesetzt, Zitate innerhalb von Zitaten lediglich in einfache ‚‘. Eine Ausnahme bilden jene von Kelsen in Fremdzitate eingefügte Klammerzusätze, die ihrerseits Wendungen in Anführungszeichen enthalten; derlei Klammerzusätze werden als selbständige, dem Fremdzitat nicht zugehörige Einschübe behandelt, so dass gewöhnliche Anführungszeichen „“ verwendet werden (Bsp.: „Soll sie zu einer rechtlich relevanten werden, so muß dem *natürlichen Können* (was doch dasselbe ist wie „natürliche Handlungsfähigkeit“) ausdrücklich die *rechtliche Anerkennung* (was wieder dasselbe sein muß wie „Anerkennung durch die Rechtsordnung“) hinzugefügt werden“ – der auf S. 801 zitierte Satz stammt von Georg Jellinek, die Klammerzusätze von Kelsen und die darin zitativ angeführten Wendungen wiederum von Jellinek).

Bei Fremdzitaten hat Kelsen – gelegentlich wohl bewusst, überwiegend aber wohl unbewusst – Veränderungen an Wortlaut und Lautstand, an der Hervorhebung und der Zeichensetzung vorgenommen. Mit diesen Veränderungen wurde wie folgt verfahren: Offensichtliche Schreib- oder Satzfehler wurden, wie sonst auch, sub silentio richtiggestellt. Nicht sinnverändernde Abweichungen vom zitierten oder paraphrasierten Original wurden ihrer Häufigkeit wegen belassen und auch nicht als solche ausgewiesen; sie hätten an vielen Stellen nur um den Preis erheblicher Unübersichtlichkeit gekennzeichnet und nachgewiesen werden können (Bsp.: Auf S. 284 f. Kelsen-Anm. 2 (285) zitiert Kelsen Gerber unter anderem mit den Worten: „in der jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige Erscheinungsform findet“; bei *Carl Friedrich Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869, S. 219–229 (200) hingegen heißt es: „in der *gerade* jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige *Erscheinung* findet“ – Abweichungen kursiviert). Dadurch, dass jeweils suo loco in den editorischen Anmerkungen das von Kelsen verwendete Original genannt wird, lassen sich unter Rückgriff auf dieses die Abweichungen zwischen Kelsen-Text und Original

ohne Schwierigkeit ermitteln. Sinnverändernde Abweichungen vom zitierten Original wurden in der editionsüblichen Weise in den editorischen Anmerkungen unter Zitierung des Originals kenntlich gemacht; gleichfalls vermerkt wurde, wenn Kelsen bei der Zitierung fremder Texte Hervorhebungen weggelassen oder hinzugefügt hat (Bsp.: „– Hervorhebung von Kelsen“).

Kelsens „dialogischer“ Stil¹¹⁸ bringt es mit sich, dass er zu Beginn der Auseinandersetzung mit einer Theorie längere wörtliche Zitate ihrer prominentesten Vertreter anführt. In der sich daran anschließenden Analyse und Kritik greift er fast durchgängig besonders markante Schlagwörter und Wendungen aus den Zitaten auf. Unbeschadet des Umstandes, dass Kelsen Anführungszeichen verwendet, werden diese Zitate nur dann erneut mit einer Herausgeberanmerkung mit voller Fundstellenangabe ausgewiesen, wenn es der Verständlichkeit oder der Vermeidung von Verwechslungen dienlich ist.

Soweit Kelsen – was nur selten vorkommt – etwas in Anführungszeichen als Zitat wiedergibt, obwohl es sich lediglich um eine zusammenfassende Paraphrase handelt, wird dies im textkritischen Apparat festgehalten (etwa durch den Zusatz „Zitat n. e., Kelsen fasst Aussagen von Preuß zusammen“). Im Erstdruck fehlerhafte Seitenangaben bei Kelsens Belegen wurden in den editorischen Anmerkungen kommentarlos berichtigt; soweit indes – wie in insgesamt 18 Fällen – der im Erstdruck fehlerhafte Fundstellenbeleg im Autographen in korrekter Weise geführt wurde, wurde dies als Zusatz zur Fundstelle des Originalzitats vermerkt („– Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt“).

Mehrfach, gehäuft freilich gegen Ende der „Hauptprobleme“, bringt Kelsen im Haupttext Querverweise auf bereits Behandeltes oder noch zu Behandelndes an, die er aber nicht durch eine entsprechende Anmerkung mit Seiten- oder Kapitelangabe näher aufschlüsselt (Beispiele: „Der prinzipielle Unterschied der Moral- und der Rechtspflicht wird bei der Erörterung des Rechtspflichtbegriffes näher zu entwickeln sein.“ (S. 126); „Es sei zunächst dahingestellt, welches die dem Rechtsatzes eigentümliche logische Form ist, welches die spezifischen Mittel sind, durch die der Zweck des Rechtes erreicht wird; – es wird Aufgabe eines der folgenden Kapitel sein, diese Frage prinzipiell zu erörtern.“ (S. 139); „Die methodische Unzulässigkeit einer solchen Fragestellung für das Rechtsgebiet wird später bei der Erörterung des Problems vom Geltungsgrunde des Rechtssatzes näher nachgewiesen werden.“ (S. 451); „Inwiefern tatsächlich das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist, werden die Untersuchungen über das Verhältnis von Gesetz und Verordnung zu zeigen haben, die auch in anderer Richtung als natürliche und notwendige Ergänzung zu den obigen Ausführungen zu betrachten sind.“ (S. 649)). Diese seitens des Autors nicht aufgeschlüsselten Querverweise werden im textkritischen Apparat unter Angabe der Seitenzahl aufgeschlüsselt, soweit nicht die in Bezug genommene Passage den in Bezug nehmenden Ausführungen unmittelbar vorausgeht oder nachfolgt.

¹¹⁸ Dazu erläuternd oben II.4., S. 902 und 906f.

In den „Hauptproblemen“ nennt Kelsen insgesamt 125 Personen. Davon erfahren vorliegend 44 eine Personenbeschreibung anhand markanter Lebens- und Berufsdaten und unter Nennung ihrer wichtigsten Werke. Die Positivauswahl richtete sich grundsätzlich nach zwei Kriterien, nämlich erstens nach der Häufigkeit oder Durchgängigkeit der Nennung in den „Hauptproblemen“ und zweitens nach der Wichtigkeit der Person respektive ihres Werkes für Kelsens eigene Auffassung. Nicht erläutert wurden hingegen Personen – wie etwa Immanuel Kant oder Georg Wilhelm Friedrich Hegel –, die zu erläutern sich infolge ihrer Bekanntheit erübrigt. Die Auswahl erfolgte zwar nach den vorstehenden Kriterien, diese wurden aber als flexibler Standard im Sinne einer case-by-case-Entscheidung eingesetzt. Lediglich für einen an sich erläuterungswürdigen Autoren, nämlich Ernst Seligmann, konnten außer dem von Kelsen zitierten Werk weder weitere bibliografische noch biografische Daten ermittelt werden.

Beim Fundstellennachweis von Klassikerzitaten sind folgende Besonderheiten zu beachten: Kants Schriften werden in der heute gebräuchlichen Zitierweise nachgewiesen (Kelsens Reclam-Ausgabe war nicht auffindbar), d. h. mit den Abkürzungen KrV, KpV, GMS, MdS; bei der Erstnennung wird auch die Erstausgabe angegeben; die KrV wird wie folgt zitiert: S. A [Seitenzahl in arabischen Ziffern], B [Seitenzahl in arabischen Ziffern], alle anderen Werke Kants nach der Akademieausgabe: S. AA [Bandzahl in römischen Ziffern] [Seitenzahl in arabischen Ziffern]). Lockes „Essay“ wird mit Buch und Kapitel (Bsp.: „bk. 1, ch. 2“) angegeben. Fichte wird nach der zumindest damals gebräuchlichen Standardausgabe von Fichtes Sohn nachgewiesen. Sonstige Fundstellen aus Klassikern (Aristoteles, Digesten, Goethes „Faust“) werden nach der allgemein üblichen Zählweise angegeben. Von Kelsen zitierte Rechtsnormen werden mit der genauen Fundstellenangabe ihrer Verkündung nachgewiesen.

Bei der Erstellung des Registers wurde das von Rainer Lippold im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts in der zweiten Hälfte der Achtziger Jahre angefertigte Sach- und Personenregister¹¹⁹ berücksichtigt. Das vorliegende Register geht aber weit darüber hinaus.

¹¹⁹ Dazu oben I.2., S. 886.

Abkürzungen und Siglen

1. Abkürzungen

(die nur von Kelsen verwendeten Abkürzungen sind *kursiv* gestellt)

§	Paragraph
A.	Auflage
<i>a. a. O.</i>	am angeführten Ort
a. d. S.	an der Saale
a. M.	am Main
ao., a. o.	außerordentlich
AA	Akademieausgabe (Kant)
Abs	Absatz (Österreich)
Abs.	Absatz
<i>Abt.</i>	Abteilung
ad sab.	ad Sabinum (Digesten)
<i>Allgem.</i>	Allgemeine
Altgr.	altgriechisch
Anm.	Anmerkung
<i>Art.</i>	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Bernatzik
Bd.	Band
Bde.	Bände
<i>bezw.</i>	beziehungsweise
bk.	book
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
ch.	chapter
D.	Digesten
<i>d.</i>	die
<i>d. h.</i>	das heißt
<i>d. i.</i>	das ist
dt.	deutsch
<i>etc.</i>	et cetera
ev.	evangelisch
f.	folgende / für
<i>ff.</i>	fortfolgende
<i>gem.</i>	gemein(en)
<i>ges.</i>	gesamte
Hrsg.	Herausgeber
<i>hsgb.</i>	herausgegeben
HKW	Hans Kelsen Werke
i. Br.	im Breisgau

<i>i. e. S.</i>	im engeren Sinne
<i>i. e.</i>	id est
<i>i. w. S.</i>	im weiteren Sinne
<i>insb.</i>	insbesondere
<i>insbes.</i>	insbesondere
<i>insg.</i>	insgesamt
<i>inst.</i>	institutiones (Digesten)
<i>Jahrg.</i>	Jahrgang
<i>JGS</i>	Justizgesetzsammlung (Österreich)
<i>K.</i>	Kirchmann
<i>k. k.</i>	kaiserlich-königlich
<i>k. u. k.</i>	kaiserlich und königlich
<i>Kap.</i>	Kapitel
<i>KpV</i>	Kritik der praktischen Vernunft (Kant)
<i>KrV</i>	Kritik der reinen Vernunft (Kant)
<i>Lat.</i>	lateinisch
<i>lat.</i>	lateinisch
<i>m. a. W.</i>	mit anderen Worten
<i>MdS</i>	Die Metaphysik der Sitten (Kant)
<i>Nr.</i>	Nummer
<i>o.</i>	ordentlich
<i>o. D.</i>	ohne Datum
<i>öffent.</i>	öffentlich(en)
<i>öffentl.</i>	öffentlich(es)
<i>p.</i>	page
<i>Pol.</i>	Politik (Aristoteles)
<i>R.</i>	Richard
<i>resp.</i>	respektive
<i>RGB.</i>	Reichsgesetzblatt
<i>RGBI</i>	Reichsgesetzblatt (Österreich)
<i>RGBL.</i>	Reichsgesetzblatt (Deutschland)
<i>S.</i>	Seite
<i>S. M.</i>	Seine Majestät
<i>sog.</i>	so genannte
<i>subj.</i>	subjektiv
<i>tit. o.</i>	titulierter ordentlicher
<i>u.</i>	und
<i>u. a.</i>	und andere; unter anderem
<i>u. a. m.</i>	und andere(s) mehr
<i>u. dgl.</i>	und dergleichen
<i>u. ä.</i>	und ähnliches
<i>u. s. w.</i>	und so weiter
<i>u. zw.</i>	und zwar
<i>Ulp.</i>	Ulpian
<i>Univ.</i>	Universität(s)
<i>usw.</i>	und so weiter
<i>v.</i>	von
<i>v. Chr.</i>	vor Christus
<i>vgl.</i>	vergleiche
<i>vergl.</i>	vergleiche
<i>z. B.</i>	zum Beispiel

2. Siglen

]	Lemma-Kennzeichnung im textkritischen Apparat
« »	Kennzeichnung einer Referenzstelle im textkritischen Apparat
∫	Kennzeichnung von Absätzen im Autographen im textkritischen Apparat
A / A ₁ / A ₂ / ...	(Fassungen des) Autograph(en)
F*	nicht überlieferte, d. h. erschlossene Fahne
F ₁ / F ₂ / ...	(Fassungen der) Fahne (oder des Umbruchs)
n. e.	nicht ermittelt

Quellennachweis der Abbildungen

Anne Feder Lee, Honolulu: Frontispiz

Hans Kelsen-Institut, Wien: Faksimile des Autographen auf Seiten 60, 61, 82, 105, 135, 146, 180, 190, 209, 220, 237, 265, 274, 295, 364, 379, 421, 429, 434, 438, 458, 478, 496, 504, 506, 539, 569, 595, 611, 652, 688, 710, 729, 746, 777, 793, 818, 836, 865 (Die Autographen-Seiten sind auf 63–65 % verkleinert reproduziert.)

Schrifttumsverzeichnis

Im Schrifttumsverzeichnis wird – für jeden edierten Text getrennt – sowohl das in den Texten Kelsens als auch das in der Herausgeberrede und allfälligen Einführungstexten zitierte Schrifttum mit vollständigem bibliografischem Nachweis wiedergegeben. Nicht berücksichtigt wurden lediglich die in den editorischen Personenerläuterungen genannten „wichtigen Werke“.

Im Übrigen wird unterschieden (1) nach Schriften, die Kelsen selbst nachgewiesen hat, (2) nach Schriften, die Kelsen (nach heutigen Nachweisregeln) darüber hinaus hätte nachweisen sollen oder müssen, (3) nach Schriften aus früheren Textstufen und (4) nach lediglich in der Herausgeberrede oder Einführungstexten zitierter Literatur:

(1) Von Kelsen selbst – und sei es auch ungenau oder unvollständig, aber zumindest unter Angabe von Autor und Titel – nachgewiesenes Schrifttum wird ohne besondere Kennzeichnung aufgeführt.

(2) Darüber hinaus nachzuweisendes, aber von Kelsen nicht nachgewiesenes Schrifttum wird durch einen vorangestellten Asteriskus * kenntlich gemacht; eine nicht erfüllte Nachweispflicht wird angenommen, wenn (a) ein Zitat oder eine Paraphrasierung gar nicht als solches oder als solche ausgewiesen ist, wenn (b) Kelsen eine Stelle zitiert, aber keinerlei Nachweis liefert, wenn (c) er ein Zitat oder ein nachweispflichtiges Argument nur ungenügend, etwa durch bloße Nennung des Namens, belegt oder wenn (d) die verwendete Ausgabe oder Übersetzung eines Textes vom Herausgeber supponiert werden musste.

(3) Werke, die nur in früheren Textstufen erwähnt wurden, werden mit einem typographischen Kreuz † versehen aufgeführt.

Die hier verzeichneten Schriften werden nach Autor, dann nach Werktitel alphabetisch gereiht. Mehrbändige sowie in mehreren Auflagen erschienene Werke werden, nach Band und Auflage gereiht, nacheinander aufgeführt.

(4) In der Herausgeberrede und Einführungstexten zitierte Literatur ist durch ein vorangestelltes Gradzeichen ° ausgewiesen.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911)

Anschütz, Gerhard, Deutsches Staatsrecht, in: Franz von Holtzendorff/ Josef Kohler (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, 6. Aufl., Leipzig und Berlin 1904, S. 451–635
Anschütz, Gerhard, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901

- Anschütz, Gerhard*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891
- °*Aristoteles*, Politik
- **Bacon, Francis*, Instauratio magna, London 1620
- °*Baldus, Manfred*, Habsburgian Multiethnicity and the “Unity of the State” – On the Social and Political Setting of Hans Kelsen’s Legal Thought, in: Dan Diner/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, Gerlingen 1999, S. 13–25
- Bekker, Ernst Immanuel*, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910
- Benke, Friedrich Eduard*, Grundlinien der Sittenlehre. Ein Versuch eines natürlichen Systems derselben, Bd. 1: Allgemeine Sittenlehre, Berlin, Posen und Bromberg 1837
- Bernatzik, Edmund*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, in: Archiv für öffentliches Recht 5 (1890), S. 169–318
- Bernatzik, Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886
- Biedermann, Gustav*, Philosophie als Begriffswissenschaft, Bd. 1: Die Wissenschaft des Geistes, Prag 1878
- Bierling, Ernst Rudolf*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br. und Leipzig 1894
- Bierling, Ernst Rudolf*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 1: Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts, Gotha 1877
- Bierling, Ernst Rudolf*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 2: Objectives und subjectives Recht, Gotha 1883
- Binding, Karl*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1890
- Binding, Karl*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 2: Schuld und Vorsatz, Leipzig 1877
- °*Blumenberg, Hans*, Lebensthemen, Stuttgart 1998
- Bremer, J.*, Die authentische Interpretation, in: Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 2 (1858), S. 241–299
- Brentano, Franz*, Psychologie vom empirischen Standpunkte, Bd. 1, Leipzig 1874
- Brie, Siegfried*, Theorie der Staatenverbindungen, Breslau 1886
- Brütt, Lorenz*, Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften, Berlin 1907
- °*Caldwell, Peter C.*, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism, Durham und London 1997
- °*Caro, Friedrich*, [Buchbesprechung:] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre von Hans Kelsen, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 (1912), S. 364–378
- °*Cassirer, Ernst*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Berlin 1910
- Dernburg, Heinrich*, Pandekten, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin 1902
- **zu Dohna, Alexander Graf*, Die Elemente des Schuldbegriffs, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß und die ergänzenden Disziplinen 65 (1905), S. 304–324
- °*Dreier, Horst*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990
- von Ehrenfels, Christian*, System der Werttheorie, Bd. 1: Allgemeine Werttheorie, Psychologie des Begehens, Leipzig 1897

- **Einert, Carl*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Leipzig 1839
- Eisler, Rudolf*, Wörterbuch der Philosophischen Begriffe. Historisch-quellenmäßig bearbeitet, Bd. 2: O bis Z. Mit Nachträgen und Literaturregister, 2. Aufl., Berlin 1904
- Eucken, Rudolf*, Geistige Strömungen der Gegenwart, 4. Aufl., Leipzig 1909
- °*Ewald, Oscar*, Die deutsche Philosophie im Jahre 1911, in: Kantstudien 17 (1912), S. 382–433
- Exner, Franz*, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig und Wien 1910
- **Fichte, Johann Gottlieb*, Die Anweisung zum seligen Leben, oder auch die Religionslehre (1806), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 5, Berlin 1845, S. 397–574
- Fichte, Johann Gottlieb*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre (1796), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 3, Berlin 1845, S. 1–385
- **Fichte, Johann Gottlieb*, Das System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre (1798), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 4, Berlin 1845, S. 1–365
- °*Fioravanti, Maurizio*, Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento (1987), in: Maurizio Fioravanti (Hrsg.), La Scienza del Diritto Pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento, Bd. 2, Mailand 2001, S. 605–656
- Fricker, Karl Viktor*, Die Persönlichkeit des Staats, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 25 (1869), S. 29–50
- °*Funke, Andreas*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, Tübingen 2004
- von *Gerber, Carl Friedrich*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869
- Gierke, Otto*, [Buchbesprechung:] Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Von Dr. Paul Laband. Zweiter Band. Tübingen 1878. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung. SS. VI und 490, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 6 (1879), S. 221–235
- Gierke, Otto*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
- Gierke, Otto*, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- Gierke, Otto*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 30 (1874), S. 153–198, 265–335
- Gierke, Otto*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 7 (1883), S. 1097–1195
- **von Goethe, Johann Wolfgang*, Faust I, Tübingen 1808
- °*Goller, Peter*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945), Frankfurt am Main 1997
- Göring, Carl*, Über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit. Eine kritische Untersuchung, Leipzig 1876
- **Grillparzer, Franz*, [Geläng' es mir, des Weltalls Grund] (1854), in: Peter Frank (Hrsg.), Franz Grillparzer. Sämtliche Werke, Bd. 1, München 1960–1965, S. 525 f.
- Haenel, Albert*, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892
- Haenel, Albert*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888
- **Hamerling, Robert*, Amor und Psyche. Eine Dichtung in sechs Gesängen, Hamburg 1882
- von *Hartmann, Eduard*, Die Philosophie des Unbewussten, 6. Aufl., Berlin 1874

- Hatschek, Julius*, Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1: Das Recht der modernen Monarchie, Leipzig 1909
- Hatschek, Julius*, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 3 (1909), S. 1–67
- Heinze, Carl Friedrich Rudolph*, Ueber den Einfluß des Rechtsirrhums im Strafrecht, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für volksthümliches Recht und wissenschaftliche Praxis 13 (1861), S. 397–449
- von Helmholtz, Hermann*, Die Thatsachen in der Wahrnehmung. Rede gehalten zur Stiftungsfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 3. August 1878, in: Herman von Helmholtz (Hrsg.), Vorträge und Reden, Bd. 2, Braunschweig 1884, S. 217–271
- Hensel, Paul*, Hauptprobleme der Ethik. Sieben Vorträge, Leipzig 1903
- °*Herrera, Carlos Miguel*, Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen, Paris 1997
- **Hobbes, Thomas*, Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill, London 1651
- Hold von Ferneck, Alexander*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes, Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903
- Horn, Richard*, Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrechte. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, Leipzig 1893
- Husserl, Edmund*, Logische Untersuchungen. Erster Teil. Prolegomena zur reinen Logik, Halle 1900
- **Hyrtl, Joseph*, Lehrbuch der Anatomie des Menschen, mit Rücksicht auf physiologische Begründung und praktische Anwendung, 6. Aufl., Wien 1859
- von Ihering, Rudolf*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig 1883
- **von Ihering, Rudolf*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, 3. Aufl., Leipzig 1877
- von Ihering, Rudolf*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig 1888
- von Ihering, Rudolf*, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 10 (1871), S. 245–354
- von Ihering, Rudolf*, Der Zweck im Recht, 2 Bde., 4 Aufl., Leipzig 1884–1905
- **von Ihering, Rudolf*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1. Aufl., Leipzig 1877
- von Ihering, Rudolf*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1884
- **Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., Berlin 1900
- Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905
- Jellinek, Georg*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg i. Br. 1887
- °*Jellinek, Georg*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882
- Jellinek, Georg*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905
- Jodl, Friedrich*, Geschichte der Ethik als philosophische Wissenschaft, 2. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906
- Jodl, Friedrich*, Lehrbuch der Psychologie, Bd. 1, 3. Aufl., Stuttgart und Berlin 1908
- Jodl, Friedrich*, Lehrbuch der Psychologie, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart und Berlin 1908
- **Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785
- **Kant, Immanuel*, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788
- **Kant, Immanuel*, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781/1787

- **Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten. Zweiter Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Riga 1798
- Karlowa, Karl Franz Otto*, Zur Lehre von den juristischen Personen, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 15 (1888), S. 381–432
- °*Kelsen, Hans*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- °*Kelsen, Hans*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979
- °*Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: HKW 1, S. 561–562
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig. 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: HKW 1, S. 563–565
- °*Kelsen, Hans*, „Foreword“ to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law, in: Stanley L. Paulson/Bonnie Litschewski Paulson (Hrsg.), Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford 1998, S. 3–22
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M. 0.80, in: HKW 1, S. 567–568
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: HKW 1 S. 569–572
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: HKW 1, S. 573–575
- °*Kelsen, Hans*, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94
- °*Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934
- °*Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, „Labandismus“ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves vom 3. August 1933, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Kelsen, Hans – Treves, Renato. Formalismo giuridico e realtà sociale, Neapel 1992, S. 55–58
- °*Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: HKW 1, S. 577–580
- °*Kelsen, Hans*, Die Staatsrechtslehre des Dante Alighieri (1905), in: HKW 1, S. 134–300
- °*Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: HKW 1, S. 581–584
- °*Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232
- °*Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249

- von *Kirchmann, Julius Hermann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke, Leipzig 1869
- Kitz, Arnold*, Seyn und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten- und Rechtsgesetz, Frankfurt a. M. 1864
- Krainz, Josef*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Wien 1905, hrsg. von Leopold Pfaff
- von *Krieken, Albert Theodor*, Ueber die sogenannte organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs, Leipzig 1873
- Krug, Wilhelm Traugott*, Handbuch der Philosophie und der philosophischen Literatur, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1828
- Laband, Paul*, [Buchbesprechung:] Dr. Siegfried Brie, ord. Prof. an der Univers. Breslau, Theorie der Staatenverbindungen. Breslau 1886. gr. 4°. 139 S. (Gratulationschrift der Universität Breslau zum fünfzehnjährigen Jubiläum der Universität Heidelberg), in: Archiv für öffentliches Recht 2 (1887), S. 311–320
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1888
- **Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1. Aufl., Tübingen 1878
- **Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901
- Laband, Paul*, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 bis 3, in: Archiv für die civilistische Praxis 73 (1888), S. 161–208
- †*Landsberg, Ernst*, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, Freiburg i. Br. 1890
- von *Laun, Rudolf*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910
- °*von Laun, Rudolf*, [Buchbesprechung:] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Von Dr. Hans Kelsen. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911. XXVII und 709 S. Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage. Von Dr. Ignatz Kornfeld. Wien, 1911, Manz, VII und 350 S., in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 39 (1912), S. 312–335
- °*Lippold, Rainer*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000
- Lipps, Theodor*, Die ethischen Grundfragen. Zehn Vorträge, Hamburg und Leipzig 1899
- **Locke, John*, An essay concerning human understanding, London 1690
- Löffler, Alexander*, Die Schuldformen des Strafrechtes in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, Abt. 1, Leipzig 1895
- Lukas, Josef*, Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre, Graz 1901
- Mach, Ernst*, Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Physischen zum Psychischen, 5. Aufl., Jena 1906
- Mach, Ernst*, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung, 2. Aufl., Leipzig 1906
- °*May, Arthur J.*, The Hapsburg Monarchy 1867–1914, Cambridge 1951
- Mayer, Max Ernst*, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Leipzig 1896
- **Mayer, Otto*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886
- Mejer, Otto*, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht, 2. Aufl., Freiburg i. Br. und Tübingen 1884
- Merkel, Adolf*, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 5. Aufl., Leipzig

- 1899, S. 5–91, nachgedruckt in: Adolf Merkel (Hrsg.), *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Bd. 2, Straßburg 1889, S. 577–647
- *Mayer, Otto, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg 1886
- °Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969
- °Mock, Erhard, *Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus*, in: Werner Krawietz/Ernst Topitsch/Peter Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie: Beiheft 4*, Berlin 1982, S. 439–444
- °Möllers, Christoph, *Staat als Argument*, München 2000
- Münsterberg, Hugo, *Die Willenshandlung. Ein Beitrag zur Physiologischen Psychologie*, Freiburg i. Br. 1888
- Oppenheim, Lassa Francis Lawrence, [Buchbesprechung:] Träger, Ludwig, *Gerichtsassessor in Berlin, Wille, Determinismus, Strafe. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht, 1895. 272 S., in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 37 (1895) 597–609
- Paulsen, Friedrich, *System der Ethik mit einem Umriß der Staats- und Gesellschaftslehre*, Bd. 1, 7. Aufl., Stuttgart und Berlin 1906
- °Paulson, Stanley L., *Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism*, in: *Modern Law Review* 59 (1996), S. 797–812; wieder in: Stanley L. Paulson/Bonnie Litschewski Paulson (Hrsg.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford 1998, S. 23–43
- °Paulson, Stanley L., *Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), S. 631–657
- Pearson, Karl, *The Grammar of Science*, 2. Aufl. London 1900
- °Plinius der Jüngere, *Epistulae*
- Preuß, Hugo, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889
- Preuß, Hugo, *Stellvertretung oder Organschaft? Eine Replik*, in: *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 8 (1902), S. 429–479
- Preuß, Hugo, *Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie*, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* 26 (1902), S. 557–596
- °Preuß, Hugo, *Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion*. [Buchbesprechung:] Dr. Julius Hatschek: „Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung.“ (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausg. von Jellinek und Meyer. Bd. II, Heft 1.) Leipzig 1898, Duncker & Humblot. VIII u. 236 S., in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 24 (1900), S. 359–372
- Radbruch, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin 1903
- Radnitzky, Ernst, *Das Wesen der Obstruktionstaktik*, in: *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904), S. 465–482
- Rehm, Hermann, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1899
- Rieker, Karl, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, Leipzig 1893
- von Rohland, Woldemar, *Die Kausallehre des Strafrechts. Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre*, Leipzig 1903
- Rosin, Heinrich, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, in: *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* 16 (1883), S. 265–322
- °von Savigny, Carl Friedrich, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814
- Schein, Josef, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, Berlin 1889
- Schleiermacher, Friedrich, *Ueber den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz. Gelesen am 6. Januar 1825*, in: *Friedrich Schleiermacher's sämtliche Werke, Dritte Abteilung. Zur Philosophie*, Bd. 2, Berlin 1838, S. 397–417

- Schlossmann, Siegmund*, Organ und Stellvertreter, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 8 (1902), S. 289–330
- Schlossmann, Siegmund*, Der Vertrag, Leipzig 1876
- Schmidt, Bruno*, Der Staat. Eine öffentlich-rechtliche Studie, Leipzig 1896
- Schmidt, Richard*, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901
- ° *Schmitt, Carl*, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914
- ° *Schönberger, Christoph*, Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), Frankfurt am Main 1997, S. 157–165
- ° *Schönberger, Christoph*, Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende, in: Stanley L. Paulson / Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 3–32
- * *Schubert, Friedrich Wilhelm* (Hrsg.), Die Verfassungsurkunden und Grundgesetze der Staaten Europa's, der Nordamerikanischen Freistaaten und Brasiliens, welche gegenwärtig die Grundlage des öffentlichen Rechtes in diesen Staaten bilden, Bd. 1: Grossbritannien und Irland. Nordamerikanische Freistaaten. Frankreich, Königsberg 1848
- Seidler, Gustav*, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905
- Seligmann, Ernst*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 1: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin und Leipzig 1886
- Sigwart, Christoph*, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache (1879), in: Christoph Sigwart, Kleine Schriften. Zweite Reihe, Bd. 2, Freiburg i. Br. und Tübingen 1881, S. 115–211
- Sigwart, Christoph*, Logik, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 1. Aufl., Tübingen 1873
- Sigwart, Christoph*, Logik, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1889
- Sigwart, Christoph*, Logik, Bd. 1: Die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss, 3. Aufl., Tübingen 1904
- Sigwart, Christoph*, Logik, Bd. 2: Die Methodenlehre, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1893
- Sigwart, Christoph*, Logik, Bd. 2: Die Methodenlehre, 3. Aufl., Tübingen 1904
- ° *Silverman, Paul*, Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism, Chicago 1984
- Simmel, Georg*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892
- Simmel, Georg*, Philosophie des Geldes, 2. Aufl., Leipzig 1907
- * *Spinoza, Baruch de*, Epistola LVIII [o.D., zwischen Oktober 1674 und Januar 1675], in: Carl Gebhardt (Hrsg.), Spinoza opera, Bd. 4, Heidelberg 1925, S. 265–268
- ° *Stachel, Peter*, Leibniz, Bolzano und die Folgen. Zum Denkstil der österreichischen Philosophie, Geistes- und Sozialwissenschaften, in: Karl Acham (Hrsg.), Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften. Bd. 1: Historischer Kontext, wissenschaftssoziologische Befunde und methodologische Voraussetzungen, Wien 1999, S. 253–296
- Stammler, Rudolf*, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., Leipzig 1906
- Stange, Carl*, Einleitung in die Ethik, Bd. 2: Grundlinien der Ethik, Leipzig 1901
- ° *Stolleis, Michael*, A History of Public Law in Germany 1914–1945, trans. Thomas Dunlap, Oxford 2004
- ° *Stolleis, Michael*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999

- °*Tezner, Friedrich*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, in: Archiv des öffentlichen Rechts 28 (1912), S. 325–344
- Tezner, Friedrich*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888
- Tezner, Friedrich*, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Eine kritisch-orientierende Studie, in: Verwaltungsarchiv 8 (1900), S. 220–279, 475–557, Verwaltungsarchiv 9 (1901), S. 159–220, 515–610
- Tezner, Friedrich*, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Eine kritisch-orientierende Studie, Berlin 1901 [Separatabdruck aus dem Verwaltungsarchiv]
- Tezner, Friedrich*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888
- Thon, August*, Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878
- Träger, Ludwig*, Der Kausalitätsbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904
- Weber, Max*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19 (1904), S. 22–87
- °*Weyr, Franz*, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 175–188
- von Wieser, Friedrich*, Der natürliche Werth, Wien 1889
- Windelband, Wilhelm*, Normen und Naturgesetze, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Präjudien, Freiburg i. Br. und Tübingen 1884, S. 211–246
- Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, hrsg. von Theodor Kipp
- Windscheid, Bernhard*, Wille und Willenserklärung. Eine Studie, Leipzig 1878
- Wundt, Wilhelm*, Grundriß der Psychologie, 7. Aufl. Leipzig 1905
- Wundt, Wilhelm*, Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart 1903
- Wundt, Wilhelm*, Logik. Eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden wissenschaftlicher Forschung, Bd. 1: Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie, 3. Aufl., Stuttgart 1906
- Zitelmann, Ernst*, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879
- Zorn, Philipp*, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv 2 (1894), S. 74–147
- Zorn, Philipp*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1: Das Verfassungs- und Militärrecht, 1. Aufl., Berlin und Leipzig 1880
- °*Zweig, Egon*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution, Tübingen 1909

Gesetzesverzeichnis

In das Gesetzesverzeichnis wurden alle generellen Normen aufgenommen. Die Reihungskriterien sind, in absteigender Folge, die Herkunftsrechtsordnung, das Erlassdatum und schließlich das Alphabet.

Gesetz

1. Österreich

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, in: Patent vom 1. Junius 1811. Verlautbarung des bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten Deutschen Erbländer, JGS 4 (1811), Nr. 141

Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146

Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144

Gesetz vom 6. April 1870, zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses, RGBl 1870/42

Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Executions- und Sicherungsverfahren (Executionsordnung), RGBl 1896/79

Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17

2. Deutschland

[Revidierte] Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, vom 31. Januar 1850, Preußische Gesetz-Sammlung, S. 17

Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63

Civilprozeßordnung. Vom 30. Januar 1877, RGBl. S. 83

3. Vereinigte Staaten von Amerika

Constitution of the United States of September 17, 1787

Personen- und Sachregister

Das Personen- und Sachregister bezieht sich auf die Schriften Kelsens, den Einleitungsbeitrag sowie auf die Herausgeberrede. Letztere umfasst die editorischen Anmerkungen und den Editorischen Bericht. Stichwort-Nachweise aus Kelsens Haupttext werden durch die Angabe der Seite geführt, Nachweise aus Kelsens Anmerkungen durch die Angabe der Seite und – verbunden durch einen Punkt – der petit gesetzten Anmerkungszahl (Bsp.: 246.1). Die Herausgeberrede und der Einleitungsbeitrag werden im Grundsatz wie die Autorenrede behandelt; zur Unterscheidung werden die Fundstellen indes mit einem Asteriskus * versehen (Bsp.: 24*f. oder 347.1543*). Halbfett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer editorischen Personen- oder Sacherläuterung (Begriff, Ereignis, Ort). Für die alphabetische Reihung von Titeln kelsenscher Schriften bleiben allfällige Artikel (z. B.: „Der“, „The“, „Les“) und Präpositionen (z. B.: „Zu“, „Über“) außer Betracht; damit die Stichworteinträge als Beiträge Kelsens leichter identifiziert werden können, sind sie mit dem Klammerzusatz „(HK)“ versehen.

A

Abgeordneter

- als soziale Komponente 625
- als Staatsorgan 593, 609, 627, 637
- Gesamtinteresse und Gruppeninteresse 625

Ableitung der Rechtspflicht aus der Gerechtigkeit 452f., 455, 459

Absicht des Gesetzgebers 415, 704f., 728, 732f.1, 762, 766, 791

Absolutismus

- Exekutive und Legislative im Rechtsstaat und im ~ 638f.
- Polizeistaat und ~ 722

Abstraktion

- als Wesen der juristischen Methode 291–293
- Begriff als ~ 293
- Fiktion und ~ 288–290
- juristische Konstruktion und ~ 291f.
- Staat als ~ 289f.2
- Staatswille als ~ 284, 289f., 292f., 298.1–300 (299f.)
- Zurechnung und ~ 291f.

actio s. *Klage*

Adressat der Rechtsnormen 350

- Kenntnis der Norm und ~ 514f.
- Mensch als ~ 91
- Rechtsnorm bedarf als hypothetisches Urteil keiner Adresse 513
- Staatsorgan als ~ 517–529, 603f.
- Staatsperson als ~ 529
- Tier als ~ 91, 668
- Untertan als ~ 513–516

Adressaten des Imperativs 512–529

Adressaten des Verwaltungsakts 526f.

Adressatenlosigkeit der Naturgesetze 529

Allgemeinwohl

- im Rechtssatz als Fiktion 648
- Monarch als Chef der Verwaltung und ~ 648, 675

Amtspflicht s. a. *organisatorische Norm;*

Organpflicht; Staatsorgane; Unmöglichkeit staatlichen Unrechts 822f.

- Identifizierung von Staatspflicht und ~ 680–683
- Kompetenzrecht und ~ 680f.
- organisatorische Verwaltungsverordnung und ~ 712

- Rechtssatznatur der ~ 671, 689, 715.1
- Sanktion der ~verletzung ist Disziplinarrechtsfolge 684
- subjektives Recht und ~ 823
- Analogie
 - zwischen Individualwillen und Staatswillen 309f., 548f., 557–561, 696
 - zwischen Mensch und Staat 643f.
 - zwischen öffentlicher Organpflicht und privater Dienstvertragspflicht 716
- Anerkennung des Sittengesetzes 439
- Anerkennung von (Rechts-)Normen *s. a. Anerkennungstheorie (Bierlings)*
 - Akt der ~ 480, 485–490
 - als Fiktion *s. a. Rechtskenntnis als Fiktion* 486f., 489–493, 498, 500f., 509, 511, 514
 - als realpsychischer Zustand 486, 490f., 492, 510
 - als Selbstverpflichtung 479, 503, 505
 - Bianco-~ 487f.
 - durch die Majorität als Fiktion 493f.
 - Inhalt der ~ 487f.
 - Kenntnis und ~ 97–99, 129f., 499–501
 - ohne ~ kein verbindlicher Rechtssatz und keine Rechtspflicht 492–494, 495, 497f.
 - rechtmäßiges Verhalten als ~ 495
 - Subjekt der ~ 489–491, 492f.
 - unbewußte und ungewollte ~ 486
 - Unrecht und ~ 489, 493
 - Zweck der ~ ist die ethische Rechtfertigung von Normen 493f., 510f.
- Anerkennung von Rechtssätzen 479–511, 528
 - für Verpflichtung irrelevant 398, 528
- Anerkennungstheorie *s. a. Anerkennung von (Rechts-)Normen* 131–134
 - Bierlings ~ *s. Anerkennungstheorie Bierlings*
 - Gesellschaftsvertragstheorie und ~ 509–511
 - historische Betrachtungsweise in der ~ 498
 - Imperativtheorie und ~ 479, 511, 512f.
 - M. E. Meyers ~ 501–508, 528f.
 - Methodenfehler in der ~ 485–487, 490–492, 498
 - Naturrecht und ~ 509–511
 - neu erlassene Gesetze und ~ 497
 - positives Recht und ~ 495, 497–498
- Sein und ~ 486f., 490f., 498
- Zweck der ~ ist ethische Rechtfertigung von Normen 493f., 510f.
- Anerkennungstheorie Bierlings *s. a. Bierling* 484, 509f., 761
 - Anerkennung als Fiktion 486f., 489–491
 - Anerkennung als realpsychischer Zustand 486, 490f.
 - Anerkennungsakt 480, 485–487
 - Bianco-Anerkennung 487f.
 - Gesellschaftsvertragstheorie und ~ 510f.
 - Inhalt der Anerkennung 487f.
 - Methodenfehler in der ~ 485–487
 - Subjekt der Anerkennung 489–491, 492f.
 - unbewußte und ungewollte Anerkennung 486
- Anorganische Staatstheorie *s. a. organische Staatstheorie; Staat* 296.2–298 (297f.), 896*
 - Begriff der Persönlichkeit 673f.
 - Fiktionen in der ~ 298–300.1, 674
 - Gegensatz zur organischen Staatstheorie *s. a. Gegensatz von monistischer und dualistischer Weltanschauung* 62
 - negiert die Persönlichkeit der Staatsorgane 670f., 673f., 862
 - Organbegriff 592–594, 602f., 613f., 635f., 672f.
 - Organschaft und Stellvertretung 861f.
 - Staatswille und ~ 282–287
 - Unterscheidung von Organ als Institution und Organträger 672f.
 - Zweck im Recht und ~ 178
- Anschauung
 - vulgäre ~ *s. a. Tendenz zur Realität und Materialität* 57
- Anschütz, Gerhard 26*, 40*, 64.35*, 671, 699, 890*
 - Begriff der Gesetzgebung 638f.
 - Danksagung Kelsens 64
 - Dienstbefehl kein Rechtssatz 714
 - German public law positivism 40*
 - Gesetz als Imperativ oder Urteil 695
 - Gesetz im formellen und materiellen Sinne 691f., 694f., 696f., 700, 703f., 705f.
 - Gesetz ohne normativen Inhalt 695–697
 - Gesetzgebung als Staatsfunktion 700f.
 - Imperativtheorie 689f.

- in jedem Gesetzgebungsakt Staatswille enthalten 694f.
- Legislative und Exekutive 638f., 660, 661, 662, 718
- Rechtssatz und Normbegriff 689, 702–704, 715.1, 718
- Rechtssatzbegriff und Zweckmoment 704f.
- Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung 711f.
- Staat als Schöpfer des Rechts 541–543
- Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 602
- Staatsorgane haben keine Rechtspersönlichkeit 690f., 715.1
- Staatspflicht und Amtspflicht 679f.
- staatsrechtlicher Positivismus 26*
- subjektives Kriterium des Rechtssatzes 705
- Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung 662
- Verwaltung als freie Staatstätigkeit 647–649
- Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtsschranken 643–646
- Verwaltungsakte 701f.
- Verwaltungsbegriff 640f., 643f.
- Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes *s. a. Delegation; Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes* 706–708
- Zweck der Schrankenziehung als Wesen des Rechtssatzes 703f.
- Anspruch s. a. Klage; Rechtsverfolgung und subjektives Recht* 826, 845, 859
- des Wählers auf sein Wahlrecht 846f.
- Pflicht zur Erhebung des ~ *s. a. komplementäre Handlungen* 843–845
- Rechtssatz wird durch die Einräumung eines ~ zum subjektiven Recht 843
- Anthropomorphismus*
- anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson 571–574
- zwecksetzende Norm als ~ 156
- Anwendung von Normen s. a. Befolgung* 95f.
- angewandeter und befolgter Rechtssatz 522f.
- Befolgung und ~ 119–121, 136f., 351–353
- Billigung und Mißbilligung von Handlungen durch ~ 96f., 129f.
- Derogierung eines Gesetzes durch Nichtanwendung 137f.
- des Gewohnheitsrechts 119f., 196f.
- fehlerhafte ~ 197–200
- Rechtskenntnis und ~ 521f.
- Aristoteles* 101.184*, 466.2088*, 913*
- „Politik“ 101.184*, 466.2088*
- *zoon politikón* 101, 101.184*, 273, 466, 466.2088*
- Arndts, Carl Ludwig* 724.3468*
- Willenstheorie 724
- Ästhetik*
- Normen der ~ 84
- Aufhebung s. a. Derogierung* 415–417
- des Gesetzes als Änderung des Staatswillens 415
- des Unrechtstatbestandes 413
- eines Sollens nur durch ein Sollen 87
- Gesetz und Rechtssatz gelten ab dem Eintritt der Rechtskraft bis zur formellen ~ 386, 533, 536
- von Normen 412f.
- von Rechtspflichten 460f.
- Ausführungsverordnung s. a. Verordnung* 707f., 709.1–711
- Auslegung s. Interpretation*
- Ausnahme*
- Freiheitsrechte als ~bestimmungen 372f.
- Normwidrigkeit als ~ 110f., 470f.
- Regel und ~ bei Naturgesetzen 109–111
- Unrecht als ~ vom Recht 140, 142, 392–394, 470f.
- von einer Norm 109–111
- Ausnahmslosigkeit der Geltung* 348
- Autograph der „Hauptprobleme“*
- Abkürzungen 897*
- Ergänzungen 883.8*, 893*, 895
- Hervorhebungen 896*f.
- Paginierung 894*
- Papierformat 892*
- Schriftart 895*
- Streichungen 896*
- Autonome Moral s. a. heteronomer Charakter des Rechts; Moral; Sittengesetz* 120f., 132, 142, 155, 212, 213, 338, 346, 474f.
- dem Recht übergeordnet 451–453
- Gewohnheitsrecht und ~ 118–120
- Heteronomie des Rechts und ~ 125f.
- imperativistischer Charakter der ~ 315–317

- Mißbilligung als Sanktion der ~ 119f.1
 - Sein und Sollen und ~ 128f.
 - Selbstverpflichtung und ~ 442f., 536–541, 568
 - Zurechnung und ~ 164f.
 - Autonomer Charakter
 - des Sittengesetzes 119f., 317
 - kein ~ des (Gewohnheits-)Rechts 118
 - Autonomie und Heteronomie 98.2
 - Autorität
 - bei Jellinek 446
 - bei Kirchmann 441–443
 - Dürfen und Sollen als Verhältnis zu einer ~ 831f., 833
 - Identität von ~ und Ich 441–443
 - Autorität des Staates 477, 509f., 519
 - als Erfüllungsgarantie von Normen 338f., 403–405
 - als Motivation zu rechtmäßigem Verhalten 347.1543*, 406
 - Mitwirkung des Subjekts bei seiner Verpflichtung durch die staatliche Autorität 510
 - motivierende Kraft der ~ 406
- B**
- Baco von Verulam *s. a. Francis Bacon* 51, 51.1.*
 - Bacon, Francis *s. a. Baco von Verulam* 51, 51.1.*
 - von Bar, Carl Ludwig
 - Kausalität durch Unterlassen 218
 - Beamter
 - als Staatsorgan 593
 - Bedingtheit
 - ausnahmslose ~ der Staatspflicht 577f.
 - ausnahmslose ~ des Unrechts 786
 - des Staatswillens im Rechtssatz 287, 318–320, 326, 333f., 342f., 345, 354.1–356 (354), 362f., 372f., 382, 386, 412f., 423f., 431f., 476, 511, 513, 544, 549, 565.1, 574–576, 584f., 644f., 647f., 654, 662, 674, 707, 709, 713, 719, 756, 779, 787, 825–827, 848, 855
 - führt zum Rechtssatz als hypothetisches Urteil 373, 662
 - Rechtspflicht der Untertanen nicht immer bedingt 575f.
 - Rechtspflicht des Staates immer bedingt 575
 - Staatswille durch Verhalten der Untertanen bedingt 318–320, 575
 - Unrechtstatbestand bedingt Staatswillen 779
 - Unterlassen und ~ 372f.
 - van Beethoven, Ludwig 277.1–279
 - Befehl *s. a. Imperativ*
 - schafft keine Pflicht, sondern macht nur eine aufgrund der Rechtsordnung bestehende Pflicht geltend 402, 409f., 714f.
 - Befolgung
 - angewandeter und befolgter Rechtssatz 522f.
 - Anwendung und ~ von Normen 119–121, 136f., 351–353
 - des Sittengesetzes 106–108, 132–134
 - Motiv der Norm~ rechtlich unerheblich 334f.
 - von Handlungspflichten 465f., 787–789
 - von Normen 334–338
 - von Unterlassungspflichten 464–466, 575–578, 788
 - Begriff
 - als Abstraktion 293
 - Verwechslung von Regel und ~ 731
 - Begriffsbildung 234f.
 - Einheitlichkeit der ~ 58f., 368, 426
 - Eliminierung des Zwecks aus der juristischen ~ 185f.
 - Ökonomie der ~ *s. a. Einheit der juristischen Grundbegriffe* 58, 872
 - teleologische ~ 183
 - Zweckmoment in der juristischen ~ 704f.
 - Begründung von Normen 185f.
 - Bekanntmachung von Gesetzen *s. Gesetze; Publikation von Gesetzen*
 - Bekker, Ernst Immanuel 277.1199*
 - Begriff des Rechtssatzes 354.1–356
 - Staat als unkörperliche Realität 277.1–279
 - Willensbegriff 215
 - Beneke, Friedrich Eduard
 - Pflichtbegriff 437
 - Berechtigung
 - subjektives Recht als ~ 721, 778, 781, 783f., 790
 - Bernatzik, Edmund 63.33*, 869.4213*, 888*, 890*, 906*, 909*
 - Ähnlichkeit zur Interessentheorie Iherings 751–753

- Begriff der Persönlichkeit 663, 668 f., 759
- Danksagung Kelsens 63
- Durchschnittsinteressen 728, 761
- Einheit des Zweckes zwischen Staat und Wähler 772 f.
- Einheitlichkeit der Persönlichkeit und Willenseinheit 763–765
- Einheitlichkeit des Personenbegriffs 759
- Ermessensbegriff 655
- Gesamtwille und Gesamtzweck 760–762
- Imperativtheorie 756
- Interesse der Staatsorgane an der Organstellung 766
- Kombinationstheorie *s. a. Interessentheorie Iherings; Kombinationstheorie; Willens-
theorie Windscheids* 724 f., 750–773
- Kritik an Gierke und O. Mayer 757
- Recht der Staatsorgane auf Organstellung 767
- Regeln der Politik als letzter Zweck des Staates 763
- Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 602
- Staatsorgane haben keine Rechtspersönlichkeit 757 f., 766
- Stellvertretung 769.2
- subjektives Recht 751–773
- Unterschied zu Jellinek 774 f.
- vulgärer Sprachgebrauch ist unwissenschaftlich 757
- zwischen Staatsperson und Staatsorgan geteiltes Recht 766–773
- Berücksichtigung der einschlägigen Literatur in den „Hauptproblemen“ 59
- Betrachtung *s. a. Methode; Standpunkt*
- Eliminierung der explikativen ~ aus der Rechtswissenschaft 55
- ethisch-juristische ~ 258 f., 271, 289, 290, 291 f., 294, 296, 302–305, 367, 490 f.
- explikative ~ *s. a. normative Betrachtung* 54, 55, 56, 134.416*, 169, 174, 210, 218, 222, 242, 243, 249, 255 f., 256, 313, 471, 541, 547, 610, 634
- formale ~ *s. a. Vorwurf des Formalismus* 57, 186, 187 f., 318
- formal-juristische ~ 143, 318, 330, 334, 405, 517, 518, 550, 553 f., 556, 570, 589, 598, 650, 674, 679, 709, 709.1–711 (711), 715, 723, 826, 855, 856
- formal-normative ~ der Rechtswissenschaft 57 f., 127 f., 181 f., 198, 490 f.
- historische ~ der Anerkennungstheorie 498
- historisch-politische ~ 553 f.
- historisch-soziologische ~ 181 f., 498, 542 f.
- juristische ~ *s. a. normative Betrachtung* 140 f., 143 f., 154 f., 181 f., 194, 219, 219.2–222 (222), 222, 229, 234, 254, 258 f., 262, 263, 264, 271, 272, 278, 288 f., 290, 291, 293, 294, 302, 302–304, 306, 309, 313, 318, 322, 328, 330 f., 334, 341, 366 f., 399, 405, 467, 468, 517, 518, 550, 553 f., 556, 570, 589, 598, 650, 674, 679, 709, 709.1–711 (711), 715 f., 723, 740, 826, 849, 855, 856
- normative ~ *s. normative Betrachtung; s. a. juristische Betrachtung*
- notwendige Einseitigkeit und Dürftigkeit der formalen ~ *s. a. Tendenz zur Realität und Materialität* 57, 186–188
- psychologische ~ 303, 313, 580
- sozial-ethische ~ 367, 674
- soziologische ~ *s. soziologische Betrachtung*
- teleologische ~ 153–159, 161, 217.901*, 334
- Beurteilungsmaßstab
- Norm als ~ von Handlungen 95–97
- Bewußtsein
- des Sollens 212–216
- des Wollens 213 f.
- Bianco-Anerkennung von Rechtsnormen 487 f.
- Biedermann, Gustav
- Pflichtbegriff 437
- Bierling, Ernst Rudolf 30*, 43*, 322.1418*, 381, 849.4116*, 897*
- Anerkennungsakt 480, 485 f.
- Anerkennungstheorie *s. a. Anerkennungstheorie Bierlings* 484–491, 509 f., 761
- Geltungsgrund des Rechts 484
- Gesellschaftsvertragstheorie 510 f.
- Identifizierung von Norm und Imperativ 322–324
- Imperativ und Urteil 376.2
- Methodenfehler bei ~ 485–487
- Nachweis der Norm aus dem Strafrechtssatz 396–403
- Norm als Imperativ 376
- Rechtspflicht als Willensgebundenheit 484

- Urteil und Imperativ 378.1
- Verpflichtungskriterium der Rechtsordnung 360f.
- Zwangstheorie 327–331
- Billigung und Mißbilligung von Handlungen durch die Anwendung von Normen 96f., 129f.
- Binding, Karl (Lorenz) 260.1130*, 367, 462
 - angewandeter und befolgter Rechtssatz 523
 - Gehorsampflicht und Rechtspflicht 406
 - Geltungsgebiet von Norm und Strafgesetz 410–412
 - Imperativtheorie 344f., 390, 395, 401, 784
 - Kausalität durch Unterlassen 218
 - Kritik bei M. E. Mayer 523
 - Methodenfehler bei ~ 392f., 399f., 405f., 784, 907*
 - Naturrecht 401f.
 - Normentheorie *s. a. Normentheorie Bindings; Strafrecht* 390–420, 447, 448, 456, 457.1
 - Rechtssatz als hypothetisches Urteil 390, 404, 457.1
 - soziologische Betrachtung 392
 - Unrecht 392–394, 400f., 427.1
 - Verwaltungsakt 401f.
 - Willensbegriff 260f., 262f., 302f.
 - Zweckmoment 392–394, 403–406, 416–418
- Blankettgesetz 715
- Blankettrechtspflicht *s. a. Blankettrechtssatz*
 - im Privatrecht 716–718
 - Organpflicht als ~ 714f., 718
- Blankettrechtssatz *s. a. Blankettrechtspflicht; Ermessen* 408, 649, 714f., 743, 853
 - Ermessen und ~ 654f., 855
 - gesetzliche Delegation ist ~ 709
 - im Privatrecht 716–718
 - Verordnung und ~ 409f.
- Blankettstaatswillen 366
- Bolzano, Bernard 30*, 43*
- Brentano, Franz 30*, 43*
 - Willensbegriff 271
- Brie, Siegfried
 - Zweck im Recht 176.4, 176.4–178 (177), 178
- Brno juridico-theoretical school 38*
 - Brücke
 - Rechtsphilosophie als ~ zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft 62
 - Brünner rechtstheoretische Schule Weyrns 24*
 - Brütt, Lorenz
 - juristische Kausalität 375.2
 - Sollen und Wollen 157.2
 - Bürger
 - als Staatsorgan 593
 - Wahlrecht *s. a. Rechtsordnung erweitert Handlungsfähigkeit* 815f.
 - Bürgerliche Nationalökonomie *s. a. Sozialismus* 173
 - von Buri, Maximilian Georg Wilhelm
 - Kausalität durch Unterlassen 218
- C
 - Caro, Friedrich
 - Besprechung der „Hauptprobleme“ 904.94*
 - Carrino, Agostino 886*
 - Cassirer, Ernst 28.6*, 41.12*
 - Christus 129
 - collective interest 41*
 - Constitutio Criminalis Carolina 452.2039*, 460, 460.2070*
 - construction
 - legal ~ *s. a. juristische Konstruktion* 45*
 - one-dimensional ~ *s. a. eindimensionale Konstruktion* 46*
 - contrat social *s. a. Gesellschaftsvertrag* 509f., 562
 - coordination of the state and all other legal subjects by the law *s. a. Koordination des Staates mit allen anderen Rechtssubjekten* 42*
- D
 - Dante Alighieri 32*, 44*, 888*
 - Delegation *s. a. Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes; Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes* 712f.
 - gesetzliche ~ als Blankettrechtssatz 709
 - Rechts- und Verwaltungsverordnung 711
 - Verhältnis von Gesetz und Verordnung 708f.

- Denken/Wollen und Fühlen des Staates
543f., 572, 626, 696f.
- Denkfunktion
– normative Tätigkeit als Willensfunktion, nicht als ~ s. a. *Rechtswissenschaft als Form des Denkens* 54
- Dernburg, Heinrich
– subjektives Recht 737.1
- Derogierung s. a. *Aufhebung*
– eines Gesetzes durch Nichtanwendung 137f.
– von positivem Recht durch Gewohnheit 120f., 133, 137f., 460–462
- Determinismus s. a. *Indeterminismus; Willensfreiheit* 214f., 266–268, 304, 311f., 538, 540
– deterministischer Standpunkt der Psychologie 266–268
– Ferneck als Determinist 538.2–540 (538), 540.2, 583f.3 (584)
– normative Betrachtung und ~ 267f., 302–306, 330f.
- Dialogischer Charakter
– der Erkenntnis Kelsens 59
– der „Hauptprobleme“ 59
- Dienstbefehl ist kein Rechtssatz 714
- Dienstpflicht s. *Amtspflicht*
- Disziplin s. a. *Fachdisziplin; Rechtswissenschaft*
– explikative ~ s. a. *Kausalwissenschaften* 55, 83, 290, 291, 386, 392, 468, 470
– juristische ~ 123, 249
– normative ~ s. a. *Normwissenschaften* 54f., 83f., 102, 115, 117, 118, 124, 128, 168, 249, 291, 307, 330f., 385, 392, 468, 472
– Rechtswissenschaft auf den Grenzgebieten der ~ 53
– wissenschaftliche Methode als Kompaß in den Grenzgebieten der ~ 53
- Disziplinarrechtssatz 714
– Kompetenzrecht und ~ 680f., 681f.
– organisatorische Verwaltungsverordnung und ~ 713
– Sanktion der Amtspflichtverletzung ist Disziplinarrechtsfolge 684
– Staatsorgan nur zum ~ in einem Subjektverhältnis 677f.
– Unterscheidung zwischen Rechtssatz, der Rechtspflicht des Staates begründet, und ~ 676f.
- Dogmatische und historische Rechtsbetrachtung s. a. *Rechtsgeschichte* 118
- Graf zu Dohna, Alexander
– Schuldbegriff 245.1–248 (246)
- Dualismus s. a. *Monismus; Trennung* 54
– Gegensatz von ~ und monistischer Weltanschauung s. a. *Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie* 62
- Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung
– Staatsorgan als ~ 677f., 860, 870, 875
– Stellvertreter als ~ 875f.
- Durchschnittsinteresse 842
– als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 837f.
– als Fiktion 387
– bei Bernatzik 728, 761
– bei Ferneck 384, 386f., 387, 837–839, 841f.
– bei Ihering 728–731
– Gesamtwille und ~ 730f.
– Kollision von ~ als Fiktion 386f.
- Durchschnittskultur 503
- Dürfen s. a. *Erlauben; Gewähren; Können; Verbieten* 794f., 797f., 801–808, 832f., 835
– als Verhältnis zu einer Autorität 831f., 833
– Identität zwischen Erlauben und Gewähren, ~ und Können 798f., 800f., 803–805, 806f., 808f., 813
– Sollen und ~ 831–833
– subjektives Recht als ~ 831, 832f.
- dynamic view of the legal system as a system of law creation at graduated levels is lacking in the “Main Problems” 47*
- Dynamische Rechtsbetrachtung und Stufenbau der Rechtsordnung fehlen in den „Hauptproblemen“ 34*
- Dynamische und statische Methode 532
- E
- Edison, Thomas Alva 277.1
- editorische Bearbeitung der „Hauptprobleme“
– Fehlerkorrektur 908*, 911*

- Fußnoten 910* f.
- Hervorhebungen 910*
- Kolumnentitel 910*
- Literatur 913*
- Personenbeschreibungen 913*
- Querverweise 912*
- Register 913*
- Setzerfehler 910*
- Vereinheitlichungen 911*
- Zitate 911* f.
- von Ehrenfels, Christian
 - Willensbegriff 271
- Eigene(s) s. a. *Fremdes*
 - psychologischer Wille und ~ Aktivität 206–208, 210
 - Recht auf ~ Verhalten 745, 747–749
 - Rechtssatz als hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zu einem ~ Verhalten 326, 340, 342 f., 345, 346, 347, 350, 353, 369, 372, 373–383, 388, 390, 404, 457.1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 561 f., 573, 577, 608, 644, 662, 674, 826
 - Staat kann nur seine ~ Handlungen wollen 301, 373
 - Staatswille ist auf ~ Verhalten gerichtet 293–300, 318–320, 521, 543 f., 571–573, 606 f., 695
 - subjektives Recht nie auf ~ Verhalten, sondern stets auf fremde (Rechts-)Pflicht gerichtet 824, 828, 847
 - Unrechtsfolge als Staatswille zu ~ Verhalten 361, 362, 369, 388 f., 401, 431 f.
- Eindimensionale Konstruktion s. a. *mehrdimensionale Konstruktion* 33*, 58 f., 870–873
- Einert, Carl
 - Definition des Wechsels 183
- Einfluß Jellineks
 - auf die Staatsrechtslehre 63
 - auf Kelsen 63
- Einheit
 - der Begriffsbildung 58 f., 368, 426
 - der Gesellschaft 662
 - der juristischen Grundbegriffe s. a. *Ökonomie der Begriffsbildung* 33*, 58 f., 368, 426, 574 f., 872 f.
 - der Kulturnormen als Fiktion 502 f., 527
 - der Norm bei Mehrheit der Strafrechtsätze 418
 - der Persönlichkeit und Willens~ 763–765
 - der Rechtswissenschaft s. a. *Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht* 58 f.
 - der Staatsgewalt 582, 619
 - der Staatsperson 283, 366 f., 521, 587 f., 627, 662, 670, 675, 684, 707, 822
 - der Staatsperson und Organpersönlichkeit 684
 - des Gesetzesbegriffs 691 f.
 - des Personenbegriffs 759, 866 f., 870 f.
 - des realpsychischen Volkswillens 631–633
 - des Rechtsnormbegriffs 700
 - des Rechtspflichtbegriffs 368, 395, 524, 574 f., 679 f., 827
 - des Rechtssatzbegriffs 368, 827
 - des Staates 583 f.3
 - des Staatswillens s. a. *Gesetzgebung als einzige Quelle des Staatswillens* 276, 282 f., 362, 366, 545, 560 f., 587 f., 617–621, 627 f., 662, 675, 707
 - des Zweckes zwischen Staat und Wähler als Fiktion 772 f.
 - in der Vielheit 869
 - keine ~ der Kultur 502 f., 507
 - Mensch als ethisch-juristische ~ 248 f., 251 f., 547 f.
 - Mensch als zoologisch-physiologische ~ 164, 248 f., 251 f., 547 f.
 - Staats~ und Organ~ 619 f.
- Eisler, Rudolf
 - Pflichtbegriff 437
- Eliminierung der explikativen Betrachtung aus der Rechtswissenschaft 55
- Empfangsbedürftigkeit des Imperativs 512 f., 521 f.
- end point
 - Kelsen as the ~ of German public law positivism 40*
- Endpunkt
 - Kelsen als ~ des deutschen staatsrechtlichen Positivismus 26* f.
 - Person als ~ der Zurechnung 677, 860, 870
 - (Staats-)Wille als ~ der Zurechnung 250–252, 268, 270, 293–298, 301, 604 f., 630 f., 641 f., 665 f., 787
- Endzweck
 - Mensch als ~ ist naturrechtlicher Grundsatz 736 f.

- Erfolg 204–216, 249f., 254–257, 262, 304–306
- Erfüllungsgarantie des Rechtssatzes
- Autorität des Staates als ~ 338f., 403–405
 - durch Nachteilsdrohung 331f., 333f., 404, 445
 - durch Vorteilsverheißung 331–333, 404
- Erkenntnis
- des Sittengesetzes 439
 - dialogischer Charakter der ~ Kelsens 59
 - ~ziel Kelsens 57f.
 - juristische ~ 52
 - von Normen als Ziel der Rechtswissenschaft 54f.
- Erkenntnistheorie
- Problem der Realität 277.1–279
- Erklärende Disziplin s. *explikative Disziplin*
- Erlauben s. a. *Dürfen; Gewähren; Können; Verbieten* 794, 795–797, 801, 808, 816, 832
- Identität zwischen ~ und Gewähren, Dürfen und Können 798f., 800f., 803–805, 806f., 808f., 813
- Ermächtigung s. *Delegation*
- Ermessen s. a. *Blankettrechtssatz* 287, 640.3052*, 683f.3262* (684), 854
- Begriff des ~ 651–656, 656f.1
 - Blankettrechtssatz und ~ 654f., 855
 - der Regierung 649
 - der Staatsorgane 639, 650
 - der Verwaltung 651–660, 855
 - des Ministers 855
 - des Monarchen 649, 855
 - des Richters 410, 655
 - des Testators 584
 - Gesetzesbindung und ~ 656f.1
 - Grenzen des ~ 657–660
 - juristische Konstruktion des ~ 647
- Erweiterung der Handlungsfähigkeit 798f., 813–817
- Erzeugung des Staatswillens s. a. *Rechtserzeugung* 637
- als realpsychische Tatsache 543f., 604f., 613f., 617f., 660f., 698
 - als soziale Funktion 353.1, 540–573, 609, 612–614, 617f., 624, 627, 850
 - als Staatsfunktion 609, 612–614, 618–620, 626f., 636f., 660f., 719
 - als Zwecktätigkeit 642f.
 - durch Legislative und Exekutive 603
 - Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 602–604, 616
 - Staatsperson und ~ 543, 549, 565.1, 617f.
- „(L')état c'est moi“ 281
- Ethik 54f., 252, 338
- erfaßt Sollen 268f.
 - normativer und explikativer Standpunkt der ~ 114–116
 - Unabhängigkeit von ~ und Rechtswissenschaft 455
 - Willensfreiheit und ~ 267f.
- Ethische Betrachtung 367, 674
- Ethisch-juristische Betrachtung 258f., 271, 289, 290, 291f., 294, 296, 302–305, 367, 490f.
- Ethisch-politische Rechtfertigung
- des Rechts 451–453, 480f., 482–484, 487, 493f., 498f., 503f., 510
 - Fiktion der Rechtskenntnis 498f.
 - Fiktion des Majoritätsbeschlusses als Gesamtwille 626
 - Gesellschaftsvertrag als ~ des Rechts 510f.
 - Naturrecht als ~ des Rechts 722
 - Zweck der Anerkennung von Rechtsnormen ist die ~ von Normen 493f., 510f.
- Eucken, Rudolf
- Begriff des Gesetzes 81.5
 - Kritik an Schleiermacher 108f.1
- Ewald, Oscar
- Besprechung der „Hauptprobleme“ 904.94*
- Exekution
- als Unrechtsfolge 318f., 333f., 354, 369, 388f., 401, 431, 819
 - Privatrecht sind alle Rechtssätze, die Staatswillen zur ~ enthalten 819
- Exekutive s. a. *Verwaltung* 286
- als handelnder Staat 639
 - Erzeugung des Staatswillens durch die ~ 603
 - Gerichte als Zweig der ~ 286, 581f.1, 638, 852
 - Legislative und ~ 638f., 660, 661, 662, 718
 - Legislative und ~ im Rechtsstaat und Absolutismus 638f.
 - Monarch im Rechtsstaat oberstes Organ der ~ 713

- Monarch keine Staatsfunktion in der ~
s. a. *Monarch, als Rechtserzeuger keine Staatsfunktion* 856 f.
 - Monarch und ~ 852–854
 - nur ~, nicht Legislative ist Staatsfunktion 565.1, 581 f.1
 - realisiert Rechtssatz 707, 709.1–711 (709) Exner, Franz 245.1033*
 - Schuldbegriff 245.1–248
 - Explikative Betrachtung s. a. *normative Betrachtung* 54, 55, 56, 134.416*, 169, 174, 210, 218, 222, 242, 243, 249, 255 f., 256, 313, 471, 541, 547, 610, 634
 - Explikative Disziplinen s. a. *Kausalwissenschaften* 55, 83, 290, 291, 386, 392, 468, 470
 - Explikative Methode 120, 126, 153, 219.2–222 (222), 255 f., 266, 491, 540.2, 727
 - Explikativer Standpunkt der Ethik 114–116
 - Explikativer Willensbegriff 269
- F
- Fachdisziplin s. a. *Disziplin; Rechtswissenschaft*
 - Zusammenhang zur Weltanschauung 62
 - Fahrlässigkeit
 - Begriff 239–245
 - Zurechnung und ~ 165–168, 236.998*–239 (236, 238), 667
 - Faktische Machtverhältnisse s. a. *rechtliche Machtverhältnisse* 352 f., 406, 488, 507, 531 f., 580, 871 f.
 - Feder, Maria 882.3*
 - Fehlerhafte
 - Anwendung von Normen 197–200
 - Normsetzung 363, 365 f.
 - von Ferneck, Alexander Freiherr Hold 124.359*, 136.419*, 383.1712*, 538.2–540, 730.3486*, 899*
 - als Determinist 538.2–540 (538), 540.2, 583 f.3 (584)
 - Anerkennung von Rechtsnormen 493, 495, 497
 - Durchschnittsinteresse 384, 386 f., 387, 837–839, 841 f.
 - Einheit des Staates 583 f.3
 - Gewohnheitsrecht 495, 497
 - Gleichartigkeit von Rechtspflicht und Moralpflicht 444 f.
 - Idealbegriffe 838–840
 - Identifizierung von Staat und Staatsorgan 590
 - Imperativtheorie 383 f.
 - Inhalt und Form 469 f.
 - Kollisionsrecht 383–387
 - Leugnung des Unterschieds von Sein und Sollen 385 f.
 - Methodenfehler bei ~ 385 f., 468–473, 498
 - naturrechtlicher Pflichtbegriff 508.1
 - naturrechtlicher Rechtsbegriff 842 f.
 - objektives Recht als Komplex hypothetischer Urteile 383 f.
 - objektives Recht an Augenblick der Interessenkollision gebunden 384 f.
 - ohne Imperativ keine Pflicht 477.2134*
 - Pflichtbegriff als Mittelpunkt des Rechtssystems 436.2, 841 f.
 - Präventionszweck des Rechts 471
 - psychischer Zwang 385
 - psychologisch(-deterministische) Methode 444 f., 468, 540.2, 583 f.3, 835
 - Recht als Interessenschutz 383–387
 - Recht als objektive und subjektive Macht 469 f., 835, 837
 - Recht und Pflicht 842 f.
 - Rechtspflicht als realpsychischer Zustand 444 f., 464, 540.2
 - (Rechts-)Pflicht als sozialpsychischer Zwang durch Drohung 444 f., 464, 467 f., 469, 471 f., 475, 583 f.3, 841 f.
 - Rechtspflichten der Legislative 583 f.3
 - Selbstverpflichtung und autonome Moral 536 f.
 - Situationsrecht 383–387
 - soziologische Betrachtung des Rechts 385 f.
 - Staat als Schöpfer des Rechts 542
 - Staatsfunktion von Legislative und Exekutive 581 f.1
 - subjektives Recht als Können 835–839
 - subjektives Recht als Reflex der Pflicht 842 f.
 - Unrecht als Ausnahme vom Recht 471
 - Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht 841 f.
 - Verhältnis von Rechtsordnung und rechtmäßigem Verhalten als Fiktion 471 f.

- Feststellen
- Feststellbarkeit des Bestehens einer Rechtspflicht 455, 459, 493
 - Feststellung der (spezifischen) Form des Rechtssatzes durch die Rechtswissenschaft 159, 185f.
 - objektive Feststellbarkeit von Rechtsnormen 459f.
 - Rechtssatz als Feststellung der Voraussetzungen, an die der Wille des Staates geknüpft ist 342
- Ritter von Feuerbach, Paul Johann Anselm
- Kausalität durch Unterlassen 218
 - psychologische Zwangstheorie 328, 468
 - Recht findet Pflichten vor 446
- Fichte, Johann Gottlieb 913*
- Geltung und Befolgung des Sittengesetzes 107f.
 - Recht auf Strafe 345
- fictio Cornelianiana 491, 491.2214*
- Fiktion(en) *s. a. Personifikation durch Zurechnung; Methodenfehler* 600.6
- Abstraktion und ~ 288–290
 - Allgemeinwohl im Rechtssatz als ~ 648
 - als Folge von Methodenfehlern 56, 173
 - als Warnungstafel für das Verunglücken der juristischen Konstruktion 731
 - Anerkennung durch die Majorität als ~ 493f.
 - Anerkennung von Rechtsnormen als ~ 486f., 489–493, 498, 500f., 509, 511, 514
 - anorganische Staatstheorie und ~ 298.1–300, 674
 - Begriff der ~ 56
 - der Rechtskenntnis als ethische Rechtfertigung 498f.
 - Durchschnittsinteresse als ~ 387
 - Einheit des Volkes als ~ 28*
 - Einheit des Zweckes zwischen Staat und Wähler als ~ 772f.
 - einheitliche Kulturnormen als ~ 502f., 527
 - fictio Cornelianiana 491, 491.2214*
 - Fiktions-Psychologie 705
 - Furcht vor Strafe als einziger Grund für die Erfüllung von Rechtspflichten als ~ 465f.
 - Gesamtinteresse als ~ 649
 - Gesamtwille des Staatsvolkes als Staatswille als ~ 275f., 286
 - Gesamtwille und Gesamtzweck als ~ 761
 - Gesellschaftsvertrag als ~ 126, 509
 - Gesetz des konstitutionellen Staates als Gesamtwille des Volkes als ~ 281
 - Gesetzeskenntnis als ~ 228, 450f.
 - Gesetzgeber als Mensch als ~ 705
 - Gierkes Polemik gegen ~ 291
 - homogen-geschlossener Staat als Überperson als ~ 28*
 - Identifizierung des Staatswillens mit dem Willen des Monarchen als ~ 616
 - Identität des Willens des Parlaments und des Staatsvolkes als ~ 276
 - Identität von Gesamtwille und Staatswille als ~ 533f.
 - im juristischen Willensbegriff 227–230, 232f., 234f.
 - im Schuldbegriff 241, 744
 - in der Rechtswissenschaft 56, 57
 - in Iherings Interessentheorie 727, 731, 731f., 734
 - in Windscheids Willenstheorie 744
 - Interesse des Verbrechers an Strafe als ~ 346
 - ist Lüge 634
 - „iura novit curia“ als ~ 522
 - Jellineksche Definition des Staatswillen als ~ 290, 294, 296
 - Kampf gegen ~ als Ziel der „Hauptprobleme“ 56
 - Kenntnis der Kulturnormen als ~ 450, 500–502
 - Kenntnis einer Norm bedeutet ihre Anerkennung ist ~ 98
 - Kollision von Durchschnittsinteressen als ~ 386f.
 - Konstruktion und ~ 291–293, 491f.
 - Majoritätsbeschluß als Wille der Gesellschaft als ~ 622, 624f., 626
 - moralische Zurechnung als ~ 166
 - Motivation zu rechtmäßigem Verhalten in der juristischen Betrachtung führt zu ~ 468
 - Nichtwollen als ~ 233
 - Parlamentsbeschluß im Interesse des Gesamtstaates als ~ 624
 - Präsumpion und ~ 227, 387, 491f.
 - psychischer Vorgänge 266
 - psychischer Zwang durch Rechtsnormen als ~ 141

- Rechtskenntnis als ~ 227f., 466, 477f., 498–501, 508, 514f., 522
- Rechtssatz als Imperativ an die Untertanen als ~ 514
- Rousseau und ~ 634
- Staatswille und ~ 276, 281f.
- subjektives Recht als Wille oder Interesse als ~ 172
- tacitus consensus populi als ~ 195
- Untertanen als Adressaten der Rechtsnormen als ~ 514
- Verhältnis von Rechtsordnung und rechtmäßigem Verhalten als ~ 471f., 476
- Wahl als Akt des ganzen Volkes als ~ 631f., 633f.
- Wille als ~ 234f., 257, 298
- Wille des Staates als persönlicher Wille des Monarchen als ~ 281
- Wille des Volkes als Staatswille als ~ 617
- Zurechnung aufgrund der Rechtsordnung niemals ~ 631
- Zurückführung der Zurechnung auf psychologischen Willen als ~ 172
- Form und Inhalt *s. Inhalt und Form*
- Formale Betrachtung *s. a. Vorwurf des Formalismus* 57, 186, 187f., 318
- notwendige Einseitigkeit und Dürftigkeit der ~ *s. a. Tendenz zur Realität und Materialität* 57, 186–188
- Formale Kategorie
- Recht als ~ 185f.
- Rechtsbegriffe als ~ 185f., 428
- Formale Methode 784
- normative Betrachtung und ~ 185–188
- Formale Natur der Unrechtsfolge 430
- Formale Systematik des objektiven Rechts 388f.
- Formaler Charakter der Rechtswissenschaft 186, 321, 395, 400, 405
- Formalismus
- Vorwurf des ~ *s. a. formale Betrachtung; Tendenz zur Realität und Materialität* 58
- Formalistische Rechtskonstruktion von vornherein verfehlt (Ihering) 725, 731
- Formalistische Rechtstradition 32*
- Formalistisches Rechtsverständnis in Österreich 31*f.
- Formal-juristische Betrachtung 143, 318, 330, 334, 405, 517, 518, 550, 553f., 556, 570, 589, 598, 650, 674, 679, 709, 709.1–711 (711), 715, 723, 826, 855, 856
- Formallogischer Gegensatz von Sein und Sollen 87–90, 118, 126, 128, 131, 153f.
- Formal-normative Betrachtungsweise der Rechtswissenschaft 57f., 127f., 181f., 198, 490f.
- Formal-rechtliche Konstruktion
- Zweckmoment für die ~ unzulässig 386, 397f.
- Formelle Unverletzbarkeit der Rechtsordnung 347f.
- Formulierung des Rechtssatzes
- im engeren Sinne 319, 372, 472, 644f., 667, 674, 676, 779f., 790, 819f., 823f., 849
- im weiteren Sinne 369f., 372, 674f., 790, 819f., 824, 848f.
- Fortschritt der Wissenschaft
- Gegensätze der Weltanschauungen als Triebfeder des ~ 62f.
- Francis Bacon *s. a. Baco von Verulam* 51, 51.1*
- Freie Tätigkeit
- der Regierung 648f.
- des Monarchen 648f.
- Verwaltung als freie Staatstätigkeit 647–649
- Freies Ermessen *s. Ermessen*
- Freiheit
- im Naturrecht vor- und außerstaatliche ~ 722
- Rechtsordnung erkennt natürliche ~ des Individuums an *s. a. Erlauben* 794, 795, 798f., 800f., 809
- Freiheitsrechte
- als Ausnahmsbestimmungen 372f.
- als Organpflichten 682
- der Untertanen 683
- juristische Konstruktion der ~ 578–581
- Rechtsstaat und ~ 578–581, 797
- Selbstverpflichtungslehre und ~ 579
- sind keine selbständigen Rechtssätze 372
- Unterlassungspflichten des Staates und ~ 681f.
- Unterlassungspflichten und ~ 578–581, 681f.
- Fremde(s) *s. a. Eigene(s)*
- Staatsorgane üben ~ Rechte aus 757
- subjektives Recht nie auf eigenes Verhalten, sondern stets auf fremde (Rechts-) Pflicht gerichtet 824, 828, 847
- Wollen fremden Verhaltens 302–306, 310, 311, 312, 319f., 346, 372f., 399f., 521

- Fricker, Karl Viktor
 – organische Staatstheorie 275.5
 – steuerzahlender Bürger als Staatsorgan 593
- Frieden
 – Kriegserklärung und ~sschluß durch den Monarchen 647
 – Rechtsordnung als ~sordnung 392
- Fühlen und Denken/Wollen des Staates 543 f., 571 f., 626, 696 f.
- Furcht
 – vor Strafe 465 f.
 – vor Unrechtsfolgen motiviert zu rechtmäßigem Verhalten 140–142, 464–466
- G**
- Garantierende Funktion des Rechtssatzes 517 f., 524 f.
- Garantierte Normen 335–339
- Gebieten *s. a. Verboten* 339–341, 359, 574
 – als Zweckbegriff 344
 – Identität von Verboten und ~ 833
 – Sollen und ~ 832
- Gebot *s. Gebieten*
- Gegensatz
 – der Weltanschauungen als Triebfeder des Fortschritts der Wissenschaft 62 f.
 – formallogischer ~ von Sein und Sollen 87–90, 118, 126, 128, 131, 153 f.
 – Relativität des ~ von Inhalt und Form 56 f., 469
 – unüberbrückbarer ~ zwischen Sein und Sollen 86–88, 133 f., 136, 219, 222, 338, 393
 – von Inhalt und Form 613
 – von monistischer und dualistischer Weltanschauung 62
 – Zerstörung des ~ von Sein und Sollen 134–136, 385, 472 f.
 – zwischen Kausalität und Teleologie 145–153
 – zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie 62
- Gegenzeichnung des Ministers 852 f., 855–857 f.
- Gehorsamspflicht
 – Rechtspflicht und ~ 406
- Geist des Gesetzes und Interpretation 659
- Geltendmachung der durch die Gesetze statuierten Rechtspflichten durch die Verwaltung 402, 409 f., 691, 712–714
- Geltung
 – Ausnahmslosigkeit der ~ 348
 – der Norm 93 f., 376–378
 – des Naturgesetzes 92 f.
 – des Sittengesetzes 106–108, 132–134
 – des Urteils 376 f., 378
 – Normwidrigkeit und ~ 109–112
 – Publikation als Voraussetzung für die ~ des Rechtssatzes 515 f., 546 f., 549–551, 693–695, 698 f.
 – Rechtsordnung als letzter Rechtsgrund 451
 – Seins~ 347
 – Sollens~ 94, 347
 – von Rechtsnormen und Rechtswidrigkeit 137–141
 – Wahrheit und ~ 93, 376 f.
 – Wirksamkeit und ~ von Rechtsnormen 94 f., 109–111, 376–378, 461 f., 493 f., 494 f.
- Geltungsbereich
 – von Naturgesetzen 90–93
 – von Normen 91–93, 410–412
- Geltungsgrund des Rechts 480–483, 484
- Generalprävention 328
- Generalsanktion im Privatrecht *s. a. Verpflichtungskriterium* 357
- Geometrie der totalen Rechtserscheinung 187
- von Gerber, Carl Friedrich Wilhelm 284.1246*, 911*
 – anorganische Staatstheorie 592 f.
 – German public law positivism 40*
 – Monarch kein Staatsorgan 612
 – Parlament kein Staatsorgan 612
 – Selbstverpflichtung und Freiheitsrechte 579
 – Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 603
 – staatsrechtlicher Positivismus 26*, 27.5*
 – Theorie von der Staatspersönlichkeit 284 f.2, 298.1–300 (299)
- Gerechtigkeit 460–462
 – Ableitung der Rechtspflicht aus der ~ 452 f., 455, 459
 – für die Rechtswissenschaft unverrückbare Grenze zwischen Recht und ~ 455

Gericht

- als Voraussetzung des objektiven Rechts
s. a. Gerichtsnorm 375 f.
- als Zweig der Exekutive 286, 581 f.1, 638, 852
- Ermessen des Gerichts 410, 655
- kein Recht ohne ~ 120, 351–353
- Unabhängigkeit des Gerichts 852
- Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung bei Anschütz 662
- Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung bei Zorn 662

Gerichtsnorm

- Rechtsnorm als ~ *s. a. Gericht* 353, 353.1

Gesamtinteresse 28*

- als Fiktion 649
- Gruppeninteresse und ~ 625 f.

Gesamtpersönlichkeit

- Gesamtwille und ~ 866–868
- Organperson und Gesamtperson 868–871

Gesamtwille *s. a. Individualwille* 272 f., 533–535, 543 f., 698

- bei Gierke 273, 275, 298.1–300 (299 f.), 598
- bei Preuss 866 f., 877
- bei R. Schmidt 282
- des Staatsvolks als Staatswille 275–280, 286, 533 f., 598
- Durchschnittsinteresse und ~ 730 f.
- Fiktion des Majoritätsbeschlusses als ~ als ethisch-politische Rechtfertigung 626
- Gesamtpersönlichkeit und ~ 866–868
- Gesamtzweck und ~ 760–762
- Gesetz des konstitutionellen Staates als ~ des Volkes (als Fiktion) 281
- Identität von ~ und Staatswille (als Fiktion) 533 f.
- in der Völkerpsychologie 272 f., 273–279, 533 f.
- Majoritätsbeschluß als Fiktion des ~ 622, 624 f., 626
- Organwille und ~ 867 f.
- Staatswille in der organischen Staatstheorie realpsychischer ~ 271, 272–280, 285 f., 307 f., 534 f., 543 f., 614, 759 f., 864, 866, 866 f., 877 f.
- wird von der Rechtsordnung vorgefunden (Gierke) 868

Gesamtzweck 284–286

- Gesamtwille und ~ 760–762

Gesellschaft 598

- der Einzelne als Organ der ~ 600–602
- Einheit der ~ 662
- erzeugt Recht *s. a. Erzeugung des Staatswillens* 28*
- Gesetzgeber als Organ der ~ 548
- Gesetzgebungsakt als Übergangsstelle zwischen Staat und ~ 546 f., 612 f.
- Majoritätsbeschluß als Wille der ~ (als Fiktion) 622, 624 f., 626
- Parlament als Organ der ~ 620–624
- rein gesellschaftlicher Charakter der Moral 352
- Selbstorganisation der ~ durch Recht 33*
- Staat und ~ 275 f., 320–322, 572 f., 612 f., 620 f.
- staatliche und gesellschaftliche Natur des Wahlaktes 850 f.
- Verarbeitung gesellschaftlicher Interessenkonflikte durch normative Betrachtung 30*
- Wille der ~ 622, 624, 626

Gesellschaftsbegriff

- Umfang *s. a. Umfang des Staatsbegriffs* 59

Gesellschaftsvertrag *s. a. contrat social*

- als Fiktion 126, 509
- als sittliche Rechtfertigung des Rechts 510 f.
- Anerkennungstheorie und ~ 509–511
- Imperativtheorie und ~ 511
- Kritik bei Bierling 510 f.
- Mitwirkung des Subjekts bei seiner Verpflichtung durch die staatliche Autorität 510
- Naturrecht und ~ 508–511
- Strafrecht und ~ 511.2
- Gesetz(e) *s. a. Gesetzgeber; Rechtsnorm; Rechtssatz* 412 f.
- administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im Rechtsstaat nur auf ~ beruhen 712
- als Ausdruck des Staatswillens 286 f., 409 f., 615
- als Imperativ 695
- als Begriff des Rechtssatzes 294
- als notwendige Form des Rechtssatzes *s. a. Delegation; Verzicht auf die Gesetzesform*

- des Rechtssatzes* 649.1, 693, 703, 706–709, 709.1–711 (711), 712
- als Urteil 696
- als Wille des Monarchen 550
- als Zurechnungsregel zum Staatswillen 294
- Anerkennungstheorie und neu erlassene ~ 497
- Aufhebung des Gesetzes 412–417
- Aufhebung des Gesetzes als Änderung des Staatswillens 415
- Begriff des Gesetzes 80–85, 896*
- Blankett~ 715
- Derogierung eines Gesetzes durch Nichtanwendung 137f.
- des konstitutionellen Staates als Gesamtwille des Volkes (als Fiktion) 281
- Einheit des ~sbegriffs 691f.
- erst fertiges ~ Gegenstand der Interpretation 719
- Form des Gesetzes und Staatswille *s. a. Parlament; Promulgation; Publikation; Sanktion des Monarchen* 693–700
- Geist des Gesetzes und Interpretation 659
- Geltendmachung der kraft ~ statuierten Rechtspflichten durch die Verwaltung 402, 409f., 691, 712–714
- gesetzliche Delegation ist ein Blankettrechtssatz 709
- gilt ab dem Eintritt der Rechtskraft bis zur formellen Aufhebung 386, 536
- im formellen und materiellen Sinne 691–700, 703f., 706
- im materiellen Sinn 896*
- juristische Konstruktion von ~ und Verordnung 708f.
- kann etwas anderes als einen Rechtssatz zum Inhalt haben 693f.
- ~skenntnis *s. Rechtskenntnis*
- Legislative als Voraussetzung für das ~ 581f.1
- *lex imperfecta* 407f., 412
- *lex minus quam perfecta* 803
- nur das ~ statuiert Rechtspflichten 412f., 706f.
- ohne normativem Inhalt *s. a. Rechtssatz und Norm ohne Rechtssatzcharakter* 344, 695–697, 714
- perfekter Staatswille als Voraussetzung des Gesetzes 546, 549, 549f.
- Promulgation des Gesetzes 551, 557–560, 693–697
- Publikation *s. Publikation von Gesetzen*
- Publikationsgesetz 567
- Rechts~ und Natur~ 80f., 131–133
- Rechts~ und Rechtssatz 80f.
- Rechts~ und Sitten~ 80f., 315–317
- Rechtssatz als notwendiger Inhalt der ~sform 698
- rückwirkende Kraft des Gesetzes 585
- Sanktion des Gesetzes *s. Sanktion des Gesetzes durch den Monarchen*
- Sprachform des ~stextes gleichgültig für Rechte und Pflichten 699
- Staatswille im ~ enthalten 712f.
- *vacatio legis* 546, 549, 624
- Verordnung und ~ *s. a. Rechtsverordnung; Verordnung; Verwaltungsverordnung* 708f.
- Verwaltungsakt macht im ~ statuierte Rechtspflicht geltend 713, 714
- Wortlaut des Gesetzes und Unrechtstatbestand 353
- Wortlaut des Gesetzes und Verpflichtungskriterium 357f.
- Wortlaut des Gesetzestextes als bedeutungsloses historisches Requisit 550f.
- Gesetzesbindung
 - der Verwaltung 638f., 646–660
 - des Staates 525f.
 - Ermessen und ~ 656f.1
- Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl 551–553
- Gesetzesrecht *s. Recht*
- Gesetzgeber *s. a. Gesetz* 374f., 378–381, 384, 386f., 443
 - Absicht des Gesetzgebers 415, 704f., 728, 732f.1, 762, 766, 791
 - als Mensch eine Fiktion 705
 - als Organ der Gesellschaft 548
 - Monarch als ~ 550–567, 613
 - Monarch und ~ 851f.
 - Normierungsmotive des Gesetzgebers für Interpretation und juristische Konstruktion irrelevant 728
 - Parlament als ~ 550–567, 613, 623f., 704f.
 - unverbindliche Wünsche des Gesetzgebers 359–361, 401f., 407

- Gesetzgebung *s. a. Legislative; Staat als Schöpfer des Rechts*
- ~sakt als Übergangsstelle zwischen Staat und Gesellschaft 546f., 612f.
 - als außerstaatlicher Akt 192f., 543–547, 556f., 565.1, 581f.1, 637, 638, 701
 - als einzige Quelle des Staatswillens *s. a. Einheitlichkeit des Staatswillens* 707
 - als Erzeugung eines Staatswillens im psychologischen Sinne 697f., 704f.
 - als Staatsfunktion 700f., 719
 - als Willensbildungsprozeß des Staates 287, 697f.
 - als wollender Staat 639
 - ~sbegriff Anschütz' 638f.
 - ~sbegriff Haenels 558–563
 - Gleichwertigkeit der Stellung von Parlament und Monarch im Gesetzbildungsprozeß 549f., 553–557, 699, 855
 - in jedem ~sakt Staatswille enthalten 694f.
 - Methodenfehler in der Lehre vom Verhältnis von Parlament und Monarch im ~sprozeß 553f.
 - Publikation als letzter Akt der ~ 515
 - Sanktion als Kernpunkt der ~ (Seligmann) 552
 - Staatswille und ~ 543f., 552f.
 - Verhältnis von ~, Verwaltung und Rechtsprechung bei Anschütz 662
 - Verhältnis von ~, Verwaltung und Rechtsprechung bei Zorn 662
 - Zurechnung und ~ 544–546
- Gestatten *s. Erlauben*
- Geteiltes Recht (Bernatzik) 766–773
- Gewähren *s. a. Dürfen; Erlauben; Können; Verboten* 799f., 801, 808, 816
- Identität zwischen Erlauben und ~, Dürfen und Können 798f., 800f., 803–805, 806f., 808f., 813
- Gewaltenteilung *s. a. Exekutive; Legislative* 286f., 581–583
- Konstruktion der Staatsperson 582
- Gewaltverhältnis
- zwischen Staat und Staatsorgan 870–872
- Gewissen und Willensfreiheit 267
- Gewohnheit
- Rechtserzeugung durch ~ 191f.
- Gewohnheitsrecht *s. a. Recht* 117–120, 136.419*, 191f.
- als Staatswille 194–196
 - Anwendung von Normen des Gewohnheitsrechts 119f., 196f.
 - autonome Moral und ~ 118–120
 - Derogierung von positivem Recht durch ~ 120f., 133, 137f., 460–462
 - generelle Natur 136.419*
 - Gesetzesrecht und ~ 120–124, 196f.
 - kein autonomer Charakter 118
 - Konventionalregeln und ~ 197–202
 - Verdrängung des Gewohnheitsrechts durch das positive Recht 120–126, 192f., 495, 497
- von Gierke, Otto (Friedrich) 175.625*, 273, 275, 282.2
- Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen 557
 - Gesamtwille 273, 275, 298.1–300 (299f.), 598
 - Gesamtwille wird von der Rechtsordnung vorgefunden 868
 - Kritik an Laband 557
 - Kritik bei Bernatzik 757
 - Organbegriff 593f., 596, 598–600
 - organische Staatstheorie 175, 176.4–178 (177f.)
 - Polemik gegen Fiktionen 291
 - Rechtspflichten der Staatsorgane 671
 - Staat und Recht 542, 598f.
 - Staatswille von Rechtsordnung anerkannt 598
 - unvollkommene Persönlichkeiten 757
 - Urheber der Unterscheidung von Organschaft und Stellvertretung 862
- Glaser, Julius Anton
- Kausalität durch Unterlassen 218
- Gleichartigkeit von Rechtspflicht und Moralpflicht 443–448, 449, 461–464, 475, 477, 499, 535, 537, 538, 599
- Gleichgültigkeit und Wollen 212f.
- von Gneist, Rudolf
- Parlament kein Staatsorgan 613, 620f.
 - Staat und Gesellschaft 613
- von Goethe, Johann Wolfgang 277.1–279, 704, 913*
- Göring, Carl 261.2
- Gott
- Sittengesetz und ~ 102f.
 - Wille Gottes als Grundlage des Naturrechts 191

- Grammatik
- Normen der ~ 84, 142
 - Grammatischer Imperativ 376–382
 - Grenze der juristischen Methode 556
 - Grenze der Rechtswissenschaft 24*f.
 - Inhalt und Form als ~ 56
 - normative Betrachtung als ~ 56
 - Grenze für die Rechtswissenschaft
 - unverrückbare ~ zwischen Recht und Gerechtigkeit 455
 - Grenzen der juristischen Konstruktion 137f., 612f., 637
 - Grenzen des Ermessens 657–660
 - Grenzgebiete zwischen Disziplinen
 - Rechtswissenschaft auf den Grenzgebieten zwischen Disziplinen 53
 - wissenschaftliche Methode als Kompaß in den Grenzgebieten zwischen Disziplinen 53
 - Grillparzer, Franz 610
 - group interests *s. a.* *Gruppeninteresse* 41*
 - Grundbegriffe
 - Einheit der ~ *s. a.* *Ökonomie der Begriffsbildung* 33*, 58f., 368, 426, 574f., 872f.
 - Konstruktion der ~ 55, 58f.
 - Grundlagen
 - Revision der methodologischen ~ 51
 - Gruppeninteresse 28*
 - Gesamtinteresse und ~ 625f.
- H
- Habsburgischer Hintergrund der „Hauptprobleme“ 30*–33*
- Haenel, Albert 555.2577*
- Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen 558–561
 - Einheitlichkeit des Gesetzesbegriffs 692
 - Gesetz im formellen und materiellen Sinne 692f., 695, 697
 - Gesetzgebung 558–564
 - Gesetzgebung als Erzeugung eines Staatswillens im psychologischen Sinne 698
 - Gleichwertigkeit der Stellung von Parlament und Monarch im Gesetzbildungsprozeß 555f., 699
 - Imperativtheorie 697, 700
 - noch nicht publiziertes Gesetz 559–561
 - Publikationspflicht 564
 - Rechtspflichten der Staatsorgane 671
 - Rechtssatz als notwendiger Inhalt der Gesetzesform 697f.
 - sakramentale Promulgationsformel 697–700
 - Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 602
 - Staatswille und Gesetzesform 697f., 699f.
 - Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses 561
 - Verordnung als Ausführungsverordnung 708.1, 709.1–711
 - Zweckmoment in der juristischen Begriffsbildung 704
 - Hamerling, Robert 52, 52.8*
 - Handlung(en)
 - alle rechtmäßigen ~ und Unterlassungen als Staatsfunktion 313
 - Billigung und Mißbilligung von ~ durch Normen 96f., 129f.
 - Exekutive als handelnder Staat 639
 - komplementäre ~ *s. a.* *Pflicht zur Erhebung des Anspruchs* 844f., 849f.
 - Norm als Beurteilungsmaßstab von ~ 95–97
 - normativ indifferente ~ 92
 - rechtliche Relevanz 644, 645, 799f., 805f., 807f., 812f., 816f., 835
 - Staat kann nur seine eigenen ~ wollen 301, 373
 - Staatsorgan als handelnder Staat 639
 - Verwaltung als handelnder Staat 363, 369, 660, 675, 700f.
 - Handlungsfähigkeit
 - Erweiterung der ~ 798f., 813–817
 - Handlungspflichten
 - Befolgung von ~ 465f., 787–789
 - Hapsburg background of the “Main Problems” 42*–45*
 - von Hartmann, Eduard 261.2
 - Hatschek, Julius 198.781*
 - Konventionalregeln 197–202
 - Naturrecht und Positivismus 85.1
 - normative Kraft des Faktischen 200
 - „Hauptprobleme“ *s. a.* *Kelsen, Hans*
 - 2. Auflage 885*
 - als Habilitationsschrift Kelsens 888*–890*, 906*, 908*f.
 - Autograph der ~ *s. a.* *Autograph der „Hauptprobleme“* 881*–884*, 891*–898*, 900*

- Berücksichtigung der einschlägigen Literatur in den „Hauptproblemen“ 59
- Besprechung der ~ 24*f., 34*, 46*, 903*f.
- Bücher der ~ 884*
- dialogischer Charakter der ~ 23*f., 59
- Druckfassungen der ~ 884*–887*
- Druckkostenzuschuss 901*
- Drucklegung der ~ 897*–902*
- dynamische Rechtsbetrachtung und Stufenbau der Rechtsordnung fehlen in den „Hauptproblemen“ 34*
- editorische Bearbeitung der ~ *s. a. editorische Bearbeitung der „Hauptprobleme“* 910*–913*
- eindimensionale Konstruktion der ~ 33*
- Einheit juristischer Grundbegriffe 33*
- Entstehung der ~ 888*–891*
- Erkenntnisziel der ~ auf formale Betrachtung beschränkt 57f.
- grundlegende Strukturprobleme der ~ 33*
- habsburgischer Hintergrund der ~ 30*–33*
- Ideologiekritik 34*
- immanente Kritik 906*
- in der formalistischen Rechtstradition 32*
- Kampf gegen den Etatismus der reichsdeutschen Staatsrechtslehre 32*f.
- Kampf gegen Fiktionen als Ziel der ~ 56
- Kolumnentitel in den „Hauptproblemen“ 883*, 900*
- Kritik am Labandschen Positivismus 26*–30*
- Liberalismus in den „Hauptproblemen“ 31*, 34*f.
- methodologischer Charakter 24*f., 52f., 902*–908*
- Purifizierung der Staatsrechtswissenschaften 24*–26*
- Register 902*
- Staat als Rechtsvollzugssystem 28*f.
- statische Rechtsbetrachtung in den „Hauptproblemen“ 33*f.
- Übersetzungen der ~ 886*f.
- Verarbeitung gesellschaftlicher Interessenkonflikte durch normative Betrachtung 30*
- Verkaufsaufgabe 884*
- Verlagskorrespondenz 887*f.
- Werbetext 905.100*
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 775, 913*
 - Recht als allgemeiner Wille 420
- Heinze, Carl Friedrich Rudolph 446.2001*
 - Ähnlichkeit zu M. E. Mayer 454, 501, 527
 - als Vorgänger der Normentheorie Bindings 446f., 448, 456
 - Fingierung der Kenntnis und Anerkennung der Gesetze und Kulturnormen 449f., 501
 - Gesellschaftsvertragstheorie 511.2
 - Gleichartigkeit von Moralpflicht und Rechtspflicht 447, 449, 462
 - Kulturnormen *s. Kulturnormen bei Heinze*
 - Kulturnormen und Rechtspflichten 449f., 454, 527
 - Methodenfehler bei ~ 473
 - Naturrecht bei ~ 449
 - Pflicht als realpsychischer Zustand 447, 463f.
 - Recht findet Pflichten vor 446
 - (Rechts-)Pflichtbegriff 447–450, 475
 - sekundärer Charakter der Rechtsnormen 447f., 456f.
 - Strafe kein Rechtsgeschäft 345
- von Helmholtz, Hermann
 - Begriff des Naturgesetzes 83
- Hensel, Paul 115
- Heteronomie
 - des Rechts und autonome Moral 125f.
 - heteronomer Charakter des Rechts *s. a. autonome Moral* 119–123, 126, 128, 132, 213, 474f., 538, 540f., 568
 - Imperativ 316
 - sanktionierter und heteronomer Rechtsatz 317, 571f.
 - und Autonomie 98.2
- Historiker *s. a. Sozialwissenschaften* 42*
- Historische Betrachtung 181f., 498, 542f., 553f.
- Historische Methode 136.419*
- Historische Rechtsschule *s. a. Rechtsgeschichte* 123f., 136.419*
- Historische und dogmatische Rechtsbetrachtung 118
- Hobbes, Thomas 490.2211*, 581
- Freiherr Hold von Ferneck, Alexander *s. von Ferneck, Alexander Freiherr Hold*

- Homogen-geschlossener Staat als Überperson (als Fiktion) 28*
- homogenous, closed state qua superperson 41*
- Horn, Richard
- Kausalität durch Unterlassen 219.2–222 (219, 222)
- Husserl, Edmund 111.254*
- Sollsätze ohne Beziehung zu einem Wollen 157.1
- Hypothetischer Imperativ bei Kant 344f.
- Hypothetisches Urteil
- Rechtsnorm bedarf als ~ keiner Adresse 513
 - Rechtssatz als ~ über den Willen des Staates zu eigenem Verhalten 326, 340, 342f., 345, 346, 347, 350, 353, 369, 372, 373–383, 388, 390, 404, 457.1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 561f., 573, 577, 608, 644, 662, 674, 826
- Hyrtl, Joseph
- Organbegriff 597
- I
- Ich
- Identität von Autorität und ~ 441–443
- Idealbegriff(e)
- des subjektiven Rechts 838–841
 - Sein und ~ 840
- Idealer Imperativ 355
- Identifizierung
- des Begriffs der Person mit dem Begriff des Rechtssubjekts 663
 - des Staatswillens mit dem Willen des Monarchen als Fiktion 616
 - von Norm und Imperativ 322–324
 - von Staat und physischem Staatsorgan 590, 606
 - von Staat und Rechtsordnung 809f.
 - von Staatspflicht und Amtspflicht 680–683
 - von Zweck der Rechtsordnung und Staatswillen ist Hauptfehler der Imperativtheorie 320f., 324f., 405f.
- Identität
- des Willens des Parlaments und des Staatsvolks 276
 - materielle ~ von Sein und Sollen auf dem Gebiet der Moral 99–103, 440
 - von Autorität und Ich 441–443
 - von Gebieten und Verbieten 833
 - von Gesamtwillen und Staatswillen 533f.
 - von Norm und Strafrechtssatz 402f., 410f., 416
 - von Staat und Volk 628f.
 - von Staatsorgan und Staatsperson logisch unhaltbar 521
 - von Staatsperson und Staatswillen 306, 546
 - zwischen Erlauben und Gewähren, Dürfen und Können 798f., 800f., 803–805, 806f., 808f., 813
 - ideological criticism 44*f., 47*
 - Ideologiekritik Kelsens 32*f., 34*
 - von Ihering, Rudolf 179.653*
 - Adressat der Rechtsnormen 517–519, 521f., 524
 - Ähnlichkeit zu Jellinek 776
 - Ähnlichkeiten zu M. E. Mayer 514–518
 - Begriff der Rechtspersönlichkeit 735
 - Durchschnittsinteresse 728–731
 - formalistische Rechtskonstruktion von vornherein verfehlt 725, 731
 - Hauptmangel in ~ Konstruktion 523
 - Inhalt und Form 725f.
 - Interessentheorie s. a. *Interessentheorie Iherings* 724–738, 740f., 747
 - Kritik an Windscheid 740f., 744
 - Kritik bei Merkel 520f.
 - Kritik bei Thon 782f., 784
 - Methodenfehler bei ~ 906*f.
 - Naturrecht bei ~ 726, 736–738f., 747, 843
 - Rechtssatz als Imperativ an die Untertanen 514, 524
 - Rechtssubjekt als Zweckssubjekt 735–737
 - Staatsorgane als Adressaten der Rechtsnormen 517–521, 523f.
 - subjektives Recht 182, 184, 186.1, 524f., 725, 751–754, 755, 835, 837
 - subjektives Recht als Reflex der Pflicht 732–734, 737, 747, 842f.
 - teleologische Begriffsbildung 183f.
 - Zwangsmoment wesentlich für das objektive Recht 518, 588
 - Zweck im Recht 176.4, 179–184, 186.1
 - Zwecktheorie s. *Interessentheorie Iherings*
 - Imperativ s. a. *Befehl; Imperativtheorie*

- Adressaten des Imperativs 512–529
- autonome Moral und ~ 315–317
- bei Kant 344f., 437
- Empfangsbedürftigkeit des Imperativs 512f., 521f.
- Gesetz als ~ 695
- grammatischer ~ 376–382
- heteronomer ~ 316
- idealer ~ 355
- individuelles, unübertragbares Moment des Imperativs 375–378
- kategorischer ~ 344f., 437
- nackter ~ *s. nackter Imperativ*
- Norm als ~ 376
- Norm und ~ 322–325, 342–347, 395, 420, 422, 457.1, 476f., 518–529, 699f.
- „ohne ~ keine Pflicht“ 477, 524
- Rat und ~ 344
- Recht als Komplex von ~ (Thon) 420, 428, 430, 745, 783
- Rechtssatz als ~ 314–317, 325.1432*, 342f., 344, 353f., 450f., 457.1, 476f., 512–514, 518f., 521f., 524f., 528f., 782
- Urteil und ~ 323f., 339f., 376f., 378.1
- Wesen der Norm ist kein ~ 690
- Wesen des Imperativs 315f.
- Imperativtheorie *s. a. Gebieten; Imperativ; Verbieten* 313f., 334, 338f., 347–349, 354.1–356, 358f., 511
- Adressatenproblematik 512–529
- Anerkennungstheorie und ~ 479, 511, 512f.
- bei Anschütz 689f.
- bei Bernatzik 756
- bei Binding 344f., 390, 395, 401, 784
- bei Ferneck 383f.
- bei Haanel 697, 700
- bei Jellinek 700, 804
- bei Laband 578, 700
- bei Lukas 556
- bei M. E. Mayer 514–519, 521–526
- bei Merkel 512f.
- bei Seligmann 343.1, 359f., 513
- bei Thon 420, 744f., 749, 756, 781, 784f.
- bei Windscheid 742–745
- bei Zitelmann 373f., 380f.
- Gesellschaftsvertrag und ~ 511
- Gesetz im formellen und materiellen Sinne 695
- heteronomer Imperativ 316f.
- idealer Imperativ 357
- Identifizierung von Zweck der Rechtsordnung und Staatswillen als Hauptfehler der ~ 320f., 324f., 405f.
- Imperativ und Norm 322–324
- Imperativ und Urteil 323f., 339f.
- imperativistische Form von Rechtsnormen 315f.
- (methodischer) Fehler der ~ 342f., 405f., 427f., 513f., 715f., 784f.
- Moral und ~ 477
- Motivation zu rechtmäßigem Verhalten und ~ 314f.
- nackter Imperativ und ~ 314f., 340, 511, 512f., 519
- Naturrecht und ~ 511
- „ohne Imperativ keine Pflicht“ 477, 524
- Organbegriff und ~ 605
- Rechtskenntnis und ~ 522
- Rechtsordnung und ~ 320f., 323–325, 605f.
- Rechtssatz und ~ 302
- Staatsorgane und ~ 350f.
- Staatsperson und ~ 424f.
- Staatswille und ~ 320–325
- subjektives Recht und ~ 783–785
- Verpflichtungskriterium fehlt der ~ 358–361
- verstößt gegen juristische Methode 784f.
- Wesen des Imperativs 315f.
- Zweckmoment als Ausgangspunkt der ~ 313f., 427f., 512f.
- Imputation *s. a. Zurechnung*
- the will of the state as a product of legally constructed ~ 41*
- Indeterminismus *s. a. Determinismus; Willens(un)freiheit* 214f., 266–268, 304, 311f., 538, 540
- Individualwille *s. a. Gesamtwille* 272, 316f., 537
- Analogie zwischen ~ und Staatswille 309f., 548f., 557–561, 696
- Individuum
- als Organ der Gesellschaft 600–602
- Rechtsordnung erkennt natürliche Freiheit des Individuums an *s. a. Erlauben* 794, 795, 798f., 800f., 809
- Inhalt
- der Anerkennung von Rechtsnormen 487f.

- des Staatswillens 301f.
- Änderung des Inhalts des Rechtssatzes 411
- Inhalt und Form 321f., 328, 457.1, 589f., 613
- als Grenzen der Rechtswissenschaft 56
- bei Ferneck 469f.
- bei Ihering 725f.
- bei Jellinek 776
- Gegensatz von ~ 613
- Recht ist Form, nicht Inhalt 778
- Relativität des Gegensatzes von ~ 56f., 469
- Trennung von ~ 54, 56f., 469
- Verquickung von ~ 599
- Interesse
 - als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 731, 840f.
 - individuelles und generelles ~ 730
 - Recht als ~nsschutz 383–387
 - Rechtspflicht und ~ 474f.
 - ~nsschutz durch einen dem Staatswillen gegenüber selbständigen Willen 753–755
 - subjektives Recht als rechtlich geschütztes ~ 182, 346, 435, 524, 643, 725, 730f., 732–734, 740f., 753–759, 782f., 873f.
 - subjektives Recht als Wille oder ~ ist Fiktion 172
 - Verarbeitung gesellschaftlicher ~nskonflikte durch normative Betrachtung 30*
- Interessentheorie *s. a. Interessentheorie Iherings*
 - Interesse des Verbrechens an der Strafe als Fiktion 346
- Interessentheorie Iherings *s. a. Interessentheorie* 724, 774, 838
 - Ähnlichkeit zur Kombinationstheorie Bernatziks 751–753
 - Ähnlichkeit zur Willenstheorie Windscheids 740f.
 - Begriff der Rechtspersönlichkeit 735
 - Durchschnittsinteressen 728, 730f.
 - Fiktionen in der ~ 727, 731, 731f., 734
 - Gegensatz von Form und Inhalt 725f.
 - individuelles und generelles Interesse 730
 - Interesse als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 730f.
 - Methodenfehler in der ~ 727
 - naturrechtliches Element der ~ 726, 736, 737f., 747
 - objektives und subjektives Recht 725f.
 - Rechtssubjekt als Zweckssubjekt 735–737
 - Reflexwirkung und subjektives Recht 732–734, 737, 747, 842f.
 - rein formalistische Rechtskonstruktion von vornherein verfehlt 725, 731
 - subjektives Recht als rechtlich geschütztes Interesse 182, 346, 435, 524, 643, 725, 730f., 732–734, 740f., 753–759, 782f., 873f.
 - subjektives Recht und individuelle Rechtsverletzung 734
 - Verwechslung von Begriff und Regel 731
 - interests
 - the strictly normative perspective makes possible the law's liberal neutralization of social conflict of ~ 42*
 - Interpretation 416.1866*, 649
 - erst fertiges Gesetz Gegenstand der ~ 719
 - Geist des Gesetzes und ~ 659
 - Grenzen des Ermessens 657, 659
 - Lücken im Recht und ~ 650, 681
 - Normierungsmotive des Gesetzgebers für die ~ und die juristische Konstruktion irrelevant 728
 - subjektive ~ 705f.
 - Irrtum *s. a. juristischer Willensbegriff* 230–232
 - is and ought *s. a. Sein und Sollen* 39*
 - „iura novit curia“ *s. a. Rechtskenntnis* 522

J

 - Jellinek, Georg 25*f., 39*–41*, 63.31*, 138, 284.1255*, 284.1256*, 331.1467*, 718, 889*f., 896*f., 911*
 - Abstraktion als Wesen der juristischen Methode 291–293
 - Abstraktion und Fiktion 288
 - Ähnlichkeit zu Ihering 776
 - Ähnlichkeit zu Windscheid 775
 - als Determinist 538.2–540 (538)
 - Anerkennung von (Rechts-)Normen als Selbstverpflichtung 479
 - Anerkennung von Rechtsnormen 486, 493, 494
 - anorganische Staatstheorie 178, 289, 592, 671, 673f.

- anthropomorphistische Auffassung der Staatsperson 571
- Aufgabe der juristischen Methode 636
- Autorität 446
- Dürfen *s. a.* Erlauben; Gewähren; Können; Verboten 794f., 797f., 801–808, 832f., 835
- Einfluß auf die Staatsrechtslehre 63
- Einfluß auf Kelsen 63
- Einheit des realpsychischen Volkswillens 631–634
- Einheitlichkeit der Staatsgewalt 582, 619
- Erlauben *s. a.* Dürfen; Gewähren; Können; Verboten 794, 795–797, 801, 808, 816
- German public law positivism 38*–41*
- Gesetz im formellen und materiellen Sinne 692, 697
- Gesetz ist Wille des Monarchen 550
- Gewähren *s. a.* Dürfen; Erlauben; Können; Verboten 799f., 801, 808, 816
- Gewaltenteilung 582f.
- Gleichartigkeit von Rechtspflicht und Moralpflicht 444–446, 534f., 536–538, 540f.
- Identifizierung von Staat und Rechtsordnung 809f.
- Identifizierung von Staat und Staatsorgan 590
- Imperativtheorie 700, 804
- in jedem Gesetzgebungsakt Staatswille enthalten 694
- Inhalt und Form 776
- juristische Konstruktion 187f., 289, 636
- Kombinationstheorie *s. a.* Interessentheorie Iherings; Kombinationstheorie; Willens-*theorie Windscheids* 724f., 750, 774f.
- Können *s. a.* Dürfen; Erlauben; Gewähren; Verboten 792, 794, 799, 801–809, 835
- Kritik bei Preuß 868f.
- Kritik bei Schlossmann 869
- Methodenfehler bei ~ 540f., 636, 907*
- nächster und entfernter Zweck 705
- normative Kraft des Faktischen 87–89
- Organbegriff 594, 602f., 628–637, 672f.
- Parlament als Staatsorgan 620–623
- Parlamentsbeschluß und Staatswille 626
- perfekter Staatswille 546.1
- Permanenz des Volkswillens 531–534, 534–536, 603f.
- Pflichtbegriff 436, 467
- Pflichtenkollision 570f.
- psychologische Methode 444
- Publikationspflicht 564
- Recht als Staatswille oder Volkswille 193f., 195.2, 195.755*, 283f.
- rechtliche Relevanz von Handlungen 644, 645, 799f., 805f., 807f., 812f., 816f., 835
- Rechtsordnung erkennt natürliche Freiheit des Individuums an *s. a.* Erlauben 794, 795, 798f., 800f., 809
- Rechtsordnung erweitert Handlungsfähigkeit *s. a.* Naturgesetze 798f., 813–817
- Rechtspersönlichkeit 673f.
- Rechtspflicht als realpsychischer Zustand 444, 463, 483, 534–538, 540f.
- Rechtspflichten der Legislative 585f., 589
- Rechtspflichten der Staatsorgane 671
- Rechtssatz als garantierte Norm 336–338
- Rechtssatz und Normbegriff 703f.
- Rechtssatzbegriff und Zweckmoment 689f., 703–705
- Rousseau und Fiktionen 634
- sekundäres Organ 628f., 636
- Selbstverpflichtung des Staates 531, 533f., 534–542, 568, 570f., 587f.
- Selbstverpflichtung und autonome Moral 536–542
- Selbstverpflichtung und Freiheitsrechte 579
- Staat als juristische Person 289f.2, 550f., 811
- Staat als Schöpfer des Rechts 541f.
- Staat und Recht 542
- Staatseinheit und Organeinheit 619f.
- Staatsorgan als Erzeuger des Volkswillens 602
- staatsrechtlicher Positivismus 25*–27*
- Staatsunrecht 365–367
- Staatsvolk 628–637
- Staatswille als Abstraktion 284, 289f., 292f., 298.1–300 (299f.)
- Staatswille als Fiktion 290, 294, 296
- subjektive öffentliche und private Rechte 792, 794, 808, 817, 833–835, 847.1
- subjektives Recht 750, 774
- Tod 63
- Unmöglichkeit formaler Rechtskonstruktion 187
- Unterscheidung von Organ als Institution und Organträger 672f.

- Unterschied zu Bernatzik 774f.
- Verbieten *s. a.* *Dürfen; Erlauben; Gewähren; Können; Unrechtsfolge* 796f., 803–805
- Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses 561–563
- Verhältnis des Staates zu seinen Organen kein Rechtsverhältnis 629f.
- Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtsschranken 643–645
- Verwaltungsbegriff 640
- Volk als Staatsorgan 194f., 628–637
- Volksbegriff 630
- Wahl als Akt des ganzen Volkes als Fiktion 631f., 633f.
- Wähler als Staatsorgan 847.1
- Wählerwille 632–634
- Wahlrecht 847.1
- Zweck im Recht 176–178, 570, 571f.
- Zweck im Rechtssatzbegriff 689, 703–705
- von Jhering, Rudolph *s. Ihering, Rudolf von Joachim, Joseph* 277.1–279 (279)
- Jodl, Alfred 245.1033*
- Jodl, Friedrich 210.857*, 215.885*
 - Normbegründung 185.1
 - Willensbegriff 204–206, 270, 271.4
- Jurisprudenz *s. Rechtswissenschaft*
- Juristische Begriffsbildung 234f.
 - Einheitlichkeit der juristischen Begriffsbildung 58f., 368, 426
 - Eliminierung des Zwecks aus der juristischen Begriffsbildung 185f.
 - Methodenfehler in der juristischen Begriffsbildung 187.2
 - Zweckmoment in der juristischen Begriffsbildung 704f.
- Juristische Betrachtung *s. a. normative Betrachtung* 140f., 143f., 154f., 181f., 194, 219, 219.2–222 (222), 222, 229, 234, 254, 258f., 262, 263, 264, 271, 272, 278, 288f., 290, 291, 293, 294, 302, 302–304, 306, 309, 313, 318, 322, 328, 330f., 334, 341, 366f., 399, 405, 467, 468, 517, 518, 550, 553f., 556, 570, 589, 598, 650, 674, 679, 709, 709.1–711 (711), 715f., 723, 740, 826, 849, 855, 856
- Juristische Disziplin *s. a. Rechtswissenschaft* 123, 249
- Juristische Erkenntnis 52
- Juristische Grundbegriffe
 - Einheitlichkeit der juristischen Grundbegriffe *s. a. Ökonomie der Begriffsbildung* 33*, 58f., 368, 426, 574f., 872f.
 - Konstruktion juristischer Grundbegriffe 55, 58f.
- Juristische Kausalität *s. a. Kausalität* 375
- Juristische Konstruktion *s. a. Konstruktion* 53, 56, 58f., 62, 192, 193f., 197, 198, 233, 234, 243, 259, 261, 263, 264, 270, 281, 290.1, 291, 298.1–300 (299), 334, 341, 354.1–356 (354), 370f.1 (371), 388, 392, 399, 411, 461, 470, 479, 491, 492, 494, 546, 575, 626, 627, 736, 737f.
 - Abstraktion und ~ 291f.
 - Ausschaltung der Rechtsordnung durch ~ 137f.
 - basiert auf der Rechtsordnung 649, 650
 - bei Jellinek 187f., 289, 636
 - der Freiheitsrechte 578–581
 - der Legislative 609
 - der Rechtspflicht aus dem Rechtssatz 589f.
 - der Stellung des Monarchen 851
 - der Verwaltung 649
 - der Wahlpflicht 849
 - des Ermessens 647
 - des Staatsrechts 531
 - Einheitlichkeit der Begriffe als Grundpostulat der juristischen Konstruktion 872
 - Einschränkung der juristischen Konstruktion auf den normativen Standpunkt 55f.
 - faktische Machtverhältnisse entziehen sich der juristischen Konstruktion 406
 - Fiktionen als Warnungstafel für das Verunglücken juristischer Konstruktion 731
 - Grenzen juristischer Konstruktion 137f., 612f., 637
 - Kritik Kelsens an der Hypertrophie juristischer Konstruktion 32*f.
 - Normierungsmotive des Gesetzgebers für die Interpretation und die ~ irrelevant 728
 - Person immer juristischer Konstruktionspunkt 668
 - realpsychisches Moment unzulässig für ~ 744
 - Rechtsordnung als Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion 811

- Rechtssatz als Zentralbegriff der juristischen Konstruktion 51
 - rein formalistische Rechtskonstruktion von vornherein verfehlt (Ihering) 725, 731
 - Staatswille als ~ 294, 296, 521, 619f.
 - Unmöglichkeit formaler Rechtskonstruktion (Jellinek) 187
 - Unmöglichkeit von Staatsunrecht als Postulat juristischer Konstruktion 366f.
 - Unterlassen juristischer Konstruktion unzugänglich *s. a. Freiheitsrechte* 578f.
 - Verfassungsbruch und ~ 635
 - Verwaltung als freie Staatstätigkeit und ~ 648f.
 - Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtsschranken und ~ 644f.
 - von Gesetz und Verordnung 708f.
 - von Rechts- und Verwaltungsverordnung 711
 - Wille des Monarchen als ~ 550
 - Zerstörung eines Sollens durch ein Sein durch ~ nicht erfaßbar 89, 132–138, 461f., 494
 - Zweck in der juristischen Konstruktion 174–177, 182, 704f.
 - Juristische Methode 55, 176, 225f., 235.2, 252f., 290, 392, 727
 - Abstraktion als Wesen der juristischen Methode 291–293
 - Aufgabe der juristischen Methode bei Jellinek 636
 - eindimensionale und mehrdimensionale Konstruktion 33*, 870–873
 - Grenze der juristischen Methode 556
 - Imperativtheorie verstößt gegen ~ 784f.
 - Unterscheidung von Sein und Sollen als Spezifikum der juristischen Methode 472
 - Unterschied zwischen soziologischer Methode und juristischer Methode 263f.
 - Juristische Person
 - als Pflichtsubjekt 668f.
 - physische Untertansperson und juristische Staatsperson 530f., 531f.
 - Rechtspflichten von physischen Personen und juristischen Personen 530–532
 - Staat als ~ 289f.2, 550f., 811
 - Juristischer Organbegriff 601–608
 - Juristischer Wille 214f., 223, 250–253, 262f., 264, 266, 292f., 545f., 547f., 695f., 743f.
 - als Normativum 269
 - Fiktionen und ~ *s. a. Fiktion* 227–230, 232f., 234f.
 - im Privatrecht 223–235, 249f.
 - im Strafrecht 225, 235–249
 - Irrtum 230–233
 - Mentalreservation 229f.
 - Methodenfehler 225f., 255–257, 610, 612
 - psychischer Zwang und ~ 233f.
 - psychologischer Wille und ~ 234, 252f., 270f., 296.2–298, 305, 547f., 610, 698f.
 - Schuldformen 235–243, 245.1–248, 744
 - Verknüpfung von äußerem Tatbestand und Subjekt 223
 - wahrer Inhalt des Parteiwillens 227f.
 - Willensmängel 229, 233f.
 - Zitelmanns Begriff des (kausalen) juristischen Willens 215, 252–260, 262f., 298.1–300 (299), 303, 308
- ## K
- Kant, Immanuel 30*, 43*, 51.2*, 99, 335.1486*, 913*
 - Geltung des Sittengesetzes 106–108
 - hypothetischer Imperativ 344f.
 - kategorischer Imperativ 344f., 437
 - Kirchmann widerspricht ~ 440f.
 - Pflicht und Neigung 475
 - Pflichtbegriff 437, 475
 - Sein und Sollen 91f., 106f.
 - Verbindlichkeit 437
 - Karl V. 460.2070*
 - Karlowa, Karl Franz Otto
 - Organbegriff 594
 - Kategorischer Imperativ bei Kant 344f., 437
 - Kausalität 84f., 140, 170f., 181.2, 258f., 261f., 267.4, 311, 330f., 466, 491, 532.2442*, 538, 580, 666f., 877, 878
 - akausaler Charakter (rechtlicher) Zurechnung 162–164, 174, 250f., 541
 - Gegensatz zwischen ~ und Teleologie 145–153
 - juristische ~ 375
 - natürliche ~ 311, 375
 - psychische ~ 267, 296.2–298 (297f.), 302, 834.1

- psychologischer Wille und ~ 214f.
- Staatswille und ~ 543f.
- Unterlassen und ~ 164, 166, 216–222, 259, 666f.
- Wille und ~ 214–216, 303, 305f.
- Willensfreiheit und ~ 266f.
- Zurechnung und ~ 161–164, 219.2–222, 541f., 666f.
- Zusammengehörigkeit von Teleologie und ~ 151f., 153f.
- Kausalwissenschaften *s. a.* *Naturwissenschaft; Normwissenschaften; Psychologie; Rechtsgeschichte; Sozialwissenschaften; Soziologie; Wissenschaft* 54
- Kelsen, Adolf 889*
- Kelsen, Ernst 889*
- Kelsen, Gertrud 889*
- Kelsen, Hans *s. a.* „*Hauptprobleme*“ 881*–913*
 - Ablehnung eines monistischen Standpunkts 54
 - als Endpunkt des deutschen staatsrechtlichen Positivismus 26*f.
 - als radikaler Einzelgänger 30*
 - as radical outsider 42*
 - as the end point of German public law positivism 40*
 - Begriff des subjektiven Rechts 785, 827
 - criticism of the German public law positivism 40*f.
 - criticism of the hypertrophy of legal construction 45*
 - criticism of the state qua legal subject imbed with will 41*
 - Danksagungen 63f.
 - dialogischer Charakter der Erkenntnis Kelsens 59
 - Dualismus 54
 - Einfluß Jellineks 63
 - Emigration 881*f.
 - Erkenntnisziel 57f.
 - familiäre Situation 889*
 - Habilitation 888*–890*, 906*, 908*f.
 - „Hauptprobleme“ als Habilitationsschrift Kelsens 888*–890*, 906*, 908*f.
 - ideological criticism 44*f., 47*
 - Ideologiekritik 32*f., 34*
 - immanente Kritik 906*f.
 - in der formalistischen Rechtstradition 32*
 - Kampf gegen den Etatismus der reichsdeutschen Staatsrechtslehre 32*f.
 - Kölner Bibliothek Kelsens 881*
 - Kritik am Staat als Willenssubjekt 27*f.
 - Kritik am staatsrechtlichen Positivismus 27*
 - Kritik an der Hypertrophie juristischer Konstruktion 32*f.
 - liberalism 44*, 47*
 - Liberalismus 29*, 31*f.
 - Nachlass 882*
 - point of view 45*f.
 - Selbstorganisation der Gesellschaft durch Recht 33*
 - society organizes itself by means of the law 45*
 - Staat als Rechtsvollzugssystem 28*f.
 - Standpunkt Kelsens 32*, 57f.
 - Weltanschauung als subjektiver und undiskutierbarer Ausgangspunkt 53f., 725, 870f.
- Kelsen, Paul Friedrich 889.24*
- Kenntnis *s. a.* *Rechtskenntnis*
 - Adressatenproblematik und ~ von Normen 514f.
 - Anerkennung und ~ von Normen 97–99, 129f., 499–501
 - des Rechtssatzes für Verpflichtung irrelevant 398, 401, 528f.
 - einer Norm *s. a.* *Anerkennung von Normen* 98f., 129–132, 398–401
 - “(The) king can do no wrong” *s. a.* *Unmöglichkeit staatlichen Unrechts; Unverantwortlichkeit des Monarchen* 367
- Kipp, Theodor *s. a.* *Windscheid, Bernhard*
 - subjektives Recht als Wollendürfen 745, 747
- von Kirchmann, Julius Hermann 100, 101, 440.1953*, 446.2
 - Anerkennung von Normen 440–442, 484
 - Autorität 441–443
 - Gleichartigkeit von Rechtspflicht und Moralpflicht 444
 - Identität von Autorität und Ich 441–443
 - Rechtskenntnis 499
 - Rechtspflicht als Endresultat einer Motivation 464
 - (Rechts-)Pflicht als realpsychischer Zustand 440, 443, 464

- Selbstverpflichtung 442f.
- Sittengesetz im objektiven Sinne 441, 443f.
- widerspricht Kant 440f.
- Willensfreiheit 267.4
- Kitz, Arnold
 - Sein und Sollen 86f.
- Klage *s. a. Anspruch; Rechtsverfolgung* 825
- bedingt Staatswillen 779
- Pflicht zur Erhebung der ~ 843f.
- subjektives Recht und ~ 732–734, 755–757, 779f., 785f.
- Unrechtstatbestand im weiteren Sinne und ~ 786
- wegen Wahlrechtsverletzung 848
- Kohler, Joseph 260.1130*
- Kollisionsrecht 383–387, 576
- Kombinationstheorie *s. a. Bernatzik; Jellinek; Interessentheorie Iherings; Willenstheorie Windscheids* 724f.
- Ähnlichkeit zur Interessentheorie Iherings 751–753
- Durchschnittsinteresse 761
- Einheitlichkeit der Persönlichkeit und Willenseinheit 763–765
- Einräumung von Parteirechten durch die Rechtsordnung 754f.
- Gesamtwille und Gesamtzweck 760–762
- Imperativtheorie 756
- Interesse der Staatsorgane an der Organstellung 766
- Interessenschutz durch einen dem Staatswillen gegenüber selbständigen Willen 754f.
- Recht der Staatsorgane auf Organstellung 767
- Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane 757f., 766
- Rechtspersönlichkeit des Staates 754
- Rechtsschutz 755f.
- Staat als Rechtssubjekt 757–759
- Staatsorgane üben fremde Rechte aus 757
- subjektive Rechte des Staates 754f.
- Unterschied zwischen Bernatzik und Jellinek 774f.
- vulgärer Sprachgebrauch ist unwissenschaftlich 757
- Zweck und Willen im Begriff des subjektiven Rechts 750–753
- zwischen Staatsperson und Staatsorgan geteiltes Recht 766–773
- Kompaß
 - wissenschaftliche Methode als ~ in den Grenzgebieten der Disziplinen 53
- Kompetenz
 - der Verwaltung 648–650
 - des Monarchen 769–772
- Kompetenzrecht
 - Amtspflicht und ~ 680f.
 - Disziplinarrecht und ~ 680f., 681f.
- Komplementäre Handlung(en) *s. a. Pflicht zur Erhebung des Anspruchs*
 - Wahl als ~ 844f., 849f.
- Können *s. a. Dürfen; Erlauben; Gewähren; Verbieten* 792, 794, 799, 801–809, 835
- Identität zwischen Erlauben und Gewähren, Dürfen und ~ 798f., 800f., 803–805, 806f., 808f., 813
- subjektives Recht als ~ 834–835
- Konstitutionalismus und Publikation von Gesetzen 516
- Konstitutioneller Monarch 638f., 851–860
- Konstitutioneller Staat *s. Rechtsstaat*
- Konstruktion *s. a. juristische Konstruktion*
 - der Staatspflicht 532
 - eindimensionale ~ 33*, 58f., 870–873
 - Fiktion und ~ 291–293, 491f.
 - juristische ~ *s. juristische Konstruktion*
 - juristischer Grundbegriffe 55, 58f.
 - mehrdimensionale ~ 58f., 870–872
 - Mensch als normativer ~spunkt 164
 - naturrechtliche ~ der Kompetenzen der Verwaltung 648
 - naturrechtliche ~ des subjektiven Rechts 648, 720–723, 726, 737f.
 - naturrechtliche ~ von Rechten und Pflichten 648, 720f.
 - Rechtssatz als Zentralbegriff juristischer ~ 51
 - staatsrechtliche ~ 58
 - Zweck in der juristischen ~ 174–177, 182, 704f.
 - Zweckmoment für die formal-rechtliche ~ unzulässig 386, 397f.
- Kontrasignatur des Ministers 852f., 855–857f.
- Konventionalregeln
 - bei Hatschek 197–202
 - bei Stammler 121.1–123

- Koordination des Staates mit allen anderen
Rechtssubjekten 29*, 341f., 348f., 350,
362, 367f., 369, 531–533, 572f., 714,
809–812, 873f.
- Krainz, Josef
– Fiktion des Willens 234
- Kraus, Karl 30*, 43*
- Kriegserklärung und Friedensschluß durch
den Monarchen 647
- van Krieken, Albert Theodor
– Organbegriff 596f.
- Krug, August Otto
– Kausalität durch Unterlassen 218
- Krug, Wilhelm Traugott
– Pflichtbegriff 437
- Kultur
– Durchschnitts~ 503
– herrschende ~ 503
– keine Einheit der ~ 502f., 507
- Kulturnormen 509–511
– Privatrecht und ~ 507f.
– Strafrecht und ~ 507f.
– Subjektivität der ~ und Objektivität der
Rechtsordnung 502f., 505, 527
– Verwaltungsstrafrecht und ~ 507f.,
526–528, 528f.
- Kulturnormen bei Heinze
– Kenntnis der Kulturnormen als Fiktion
450, 500–502
– Rechtspflichten und Kulturnormen
448–450, 454
- Kulturnormen bei M. E. Mayer 453f.,
524–529
– einheitliche Kulturnormen als Fiktion
502f., 527
– individuelle und generelle Betrachtungs-
weise 503, 505, 507
– Objektivität der Rechtsordnung und Sub-
jektivität der Kulturnormen 502f., 527f.
– Rechtsnormen und Kulturnormen
507f., 527f.
– Rechtspflichten und Kulturnormen
453f., 527f.
– „richtiges“ und „unrichtiges“ Recht 508
– Verwaltungsstrafrecht und Kulturnor-
men 526–528
- Kundmachung von Gesetzen *s. Publikation
von Gesetzen*
- Kuroda, Satoru 886*f.
- L**
- Laband, Paul 25*, 38*f., 175.3, 178.647*,
896*
- anorganische Staatstheorie 592
– German public law positivism 39*, 40*–
42*
- Gesetz im formellen und materiellen
Sinne 692f., 694, 697, 700
– Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl
551–553
– Gesetzgebung als Erzeugung eines Staats-
willens im psychologischen Sinne 698
– Imperativtheorie 578, 700
– in jedem Gesetzgebungsakt Staatswille
enthalten 694
– Kelsen's fundamental criticism of La-
bandian positivism in the "Main Prob-
lems" 40*–42*
- Kritik an Labands Positivismus in den
„Hauptproblemen“ 26*–30*
- Kritik bei Gierke 557
– Kritik bei Preuß 868f.
– Kritik bei Schlossmann 863, 869
– Organbegriff 593f.
– Organschaft und Stellvertretung 862f.
– Parlament als Staatsorgan 621
– Publikationspflicht 564
– Sanktion des Gesetzes durch den Monar-
chen 551, 552f., 556
– staatsrechtlicher Positivismus 25*, 26*–30*
– substantive will of the state *s. a. Staats-
wille* 44*
– substanzhafter Staatswille 32*
– Tradition 32*f.
– Verwaltungsbegriff 640
– Wollen und Denken des Staates 697.1
– Zweck im Recht 178–184
- Landsberg, Ernst 215.885*
- von Laun, Rudolf 651.3098*, 883.8*, 893*,
895.57*
- Besprechung der „Hauptprobleme“
904.94*, 907.104*
- Ermessensbegriff 651.1–653, 655.2, 656f.1
– natürliche Rechtsgrundsätze als Ermes-
sensgrenzen 657.1–659
- law s. a. Recht*
– a system of ~ creation at graduated levels
is lacking in the "Main Problems" 47*

- all ~ is in the very nature of things state ~ *s. a. Staat, allrechtliche Natur des Staates und staatliche Natur allen Rechts* 46*
 - constructed solely on the basis of the sanction *s. a. Zwangsordnung* 41*f.
 - creation of the ~ by society *s. a. Erzeugung des Staatswillens* 41*f., 46*f.
 - society organizes itself by means of the ~ 45*
 - static and dynamic understanding of the ~ 46*f.
 - Lederer, Emil 890*
 - legal construction *s. a. juristische Konstruktion*
 - Kelsen's criticism of the hypertrophy of ~ 45*
 - the will of the state as a product of legally constructed imputation *s. a. Zurechnung* 41*
 - legal science *s. a. Rechtswissenschaft*
 - border between legal science and social sciences 38*f.
 - of Wilhelminian Germany 42*f., 44*
 - legal subject(s) *s. a. Rechtssubjekt*
 - coordination of the state and all other ~ by the law *s. a. Koordination des Staates mit allen anderen Rechtssubjekten* 42*
 - Kelsen's criticism of the state qua ~ imbued with will 41*
 - legal tradition *s. a. Rechtstradition*
 - the "Main Problems" continue the specifically Austrian ~ 44*
 - Legislative *s. a. Gesetzgeber; Gesetzgebung; Parlament* 286
 - als Staatsfunktion 700f., 719
 - als Staatsorgan 565.1, 609–612, 627f., 637f., 719
 - als Voraussetzung für das Gesetz 581f.1
 - als wollender Staat 639
 - Erzeugung des Staatswillens durch die ~ 603
 - Exekutive und ~ 638f., 660, 661, 662, 718
 - Exekutive und ~ im Rechtsstaat und Absolutismus 638f.
 - juristische Konstruktion der ~ 609
 - Monarch bildet primär den Staatswillen 856f.
 - nur Exekutive, nicht ~ ist Staatsfunktion 565.1, 581f.1
 - Rechtspflichten der ~ 584–587, 589
 - Legisvakanz *s. a. vacatio legis* 546, 549, 624
 - Lehre von der Rechtspflicht
 - methodischer Fehler in der ~ 461
 - Naturrecht in der ~ *s. a. Selbststand der Rechtswissenschaft* ~ 454f., 508f.
 - Leibniz, Gottfried Wilhelm 30*
 - lex imperfecta 407f., 412
 - lex minus quam perfecta 803.3858*
 - Liberale Staatstheorie *s. a. Neoliberalismus; Staatssozialismus* 59
 - liberalism
 - Kelsen's ~ 44*, 47*
 - Liberalismus Kelsens 29*, 31*f., 34*f.
 - Lippold, Rainer 886*, 913*
 - Lipps, Theodor
 - Autonomie und Heteronomie 98.2
 - Pflichtbegriff 437, 439
 - von Liszt, Franz 25*
 - Literatur
 - Berücksichtigung der einschlägigen ~ in den „Hauptproblemen“ 59
 - Locke, John 913*
 - Normbegründung 185.1
 - Löffler, Alexander 239.1000*
 - Schuldformen im Strafrecht 236, 238–242, 245.1–248 (246)
 - Logik
 - Normen der ~ 81, 84
 - Lücken im Recht 649f., 681
 - Luden, Heinrich
 - Kausalität durch Unterlassen 218
 - Lüge
 - Fiktion ist ~ 634
 - Lukas, Josef 296.1285*
 - Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl 553
 - hervorragende Stellung der Sanktion des Monarchen 549.1, 550, 551.3, 553, 556f.
 - Imperativtheorie 556
 - Methodenfehler in der Lehre vom Verhältnis von Parlament und Monarch im Gesetzgebungsprozeß 553f.
 - psychologischer und juristischer Wille 296.2–298
- ## M
- Mach, Ernst 93.1, 93.122*, 270.2
 - Begriff des Naturgesetzes 84.3
 - Macht
 - Recht als objektive und subjektive ~ 469f.

- Machtverhältnisse
- faktische ~ 352 f., 406, 488, 507, 531 f., 580, 871 f.
 - rechtliche ~ 871 f.
- “Main Problems”
- continue the specifically Austrian legal tradition *s. a. Rechtstradition* 44*
 - dynamic view of the legal system as a system of law creation at graduated levels is lacking in the ~ 47*
 - epistemological purification of legal science in public law 38* f.
 - fundamental criticism of Labandian positivism 40*–42*
 - fundamental ideological criticism 44* f., 47*
 - fundamental structural problems of the ~ 46*
 - Hapsburg background of the ~ 42*–45*
 - liberalism in the ~ 44*, 47*
 - methodological character 38*
 - one-dimensional construction of the ~ *s. a. eindimensionale Konstruktion* 46*
 - review of the ~ by Weyr 38*
 - static understanding of the law in the ~ 46*
 - the strictly normative perspective makes possible the law’s liberal neutralization of social conflict of interests 42*
- Majorität
- Anerkennung durch die ~ als Fiktion 493 f.
 - ~beschluss als Wille der Gesellschaft (als Fiktion) 622, 624 f., 626
 - ~sprinzip 616–619, 622, 626
- Massenpsychologie
- Recht als massenpsychologische Tatsache 141, 471 f.
 - Staatswille als massenpsychologische Tatsache 275 f.
- Materialität
- Tendenz zur Realität und ~ *s. a. formale Betrachtung; Vorwurf des Formalismus* 57
- Mauthner, Fritz 30*, 43*
- Mayer, Max Ernst 453.2044*, 462
- Adressatenproblematik 514 f., 521–525
 - Ähnlichkeit zu Heinze 454, 501, 527
 - Ähnlichkeit zu Ihering 514–518
 - Anerkennungstheorie 501–508, 528 f.
 - angewendeter und befolgter Rechtssatz 522 f.
 - garantierende Funktion des Rechtssatzes 517 f., 524 f.
 - Gesetzespublikation 515 f., 521 f.
 - Imperativtheorie 514–519, 521–526
 - „iura novit curia“ *s. a. Rechtskenntnis* 522
 - Kritik an Binding 523
 - Kulturnormen *s. Kulturnormen bei M. E. Mayer*
 - Naturrecht bei ~ 507–509
 - Publikation als Voraussetzung für die Geltung des Rechtssatzes 515 f.
 - Rechtskenntnis als Fiktion 521 f.
 - (Rechts-)Pflicht als Zustand realpsychischer Gebundenheit 453, 464
 - Rechtspflichten als rechtlich erhebliche Pflichten 454, 462, 525
 - Rechtssatz als an die Staatsorgane gerichteter Imperativ 525
 - Rechtssatz als Imperativ an die Untertanen (als Fiktion) 514 f.
 - Staatsgewalt durch rechtliche Schranken gebunden 524 f.
 - Verwaltungsstrafrecht 526–529
- Mayer, Otto
- Kritik bei Bernatzik 757
 - Organschaft und Stellvertretung 861 f.
 - subjektives öffentliches Recht 834.1
 - Unterscheidung von öffentlichem und privatem subjektiven Recht 834.1
 - unvollkommene Persönlichkeiten 757
- Mehrdimensionale Konstruktion *s. a. eindimensionale Konstruktion* 58 f., 870–872
- Mehrheit *s. Majorität*
- Mejer, Otto
- Gesetzgebungsakt als Übergangsstelle zwischen Staat und Gesellschaft 613
 - Parlament kein Staatsorgan 613, 620
 - Staat und Gesellschaft 613
- Mensch *s. a. physische Person; Wille; Zurechnung*
- als Adressat der Rechtsnorm 91
 - als Endzweck der Rechtsordnung ist naturrechtlicher Grundsatz 736 f.
 - als ethisch-juristische Einheit 248 f., 251 f., 547 f.
 - als normativer Konstruktionspunkt 164
 - als zoologisch-physiologische Einheit 164, 248 f., 251 f., 547 f.
 - Analogie zwischen Staat und ~ 643 f.

- Gesetzgeber als ~ eine Fiktion 705
- Person und ~ 666.3, 667–670
- Pflichtsubjektivität 668
- Rechtsordnung tritt mit menschlichem Verhalten in Beziehung, indem sie daran Rechtsfolgen knüpft 795f.
- zoon politikón 101, 101.184*, 273, 466, 466.2088*
- Mentalreservation 229f.
- Menzel, Adolf 63.34*, 890*, 909*
 - Danksagung Kelsens 63
- Merkel, Adolf 30*, 370f.1 (370)
 - Adressatenproblematik 520f.
 - Imperativtheorie 512f.
 - Kausalität durch Unterlassen 218
 - Kritik an Ihering 520f.
- Merkel, Adolf Julius VIII*, 34*, 47*, 886*
- Métall, Rudolf Aladár 882*
- Methode s. a. *Betrachtung* 903*–907*
 - dynamische und statische ~ 532
 - explikative ~ 120, 126, 153, 219.2–222 (222), 255f., 266, 491, 540.2, 727
 - formale ~ 185–188, 784
 - historische ~ 136.419*
 - juristische ~ s. *juristische Methode*
 - normative ~ 115, 118, 120, 126, 219.2–222 (222), 255, 541, 727
 - Prinzip der ~ im Vordergrund 52
 - psychologisch-genetische ~ 129, 540.2
 - psychologisch(-deterministische) ~ 444f., 468, 540.2, 583f.3, 612, 727, 835
 - Revision der Grundlagen der ~ 51
 - soziologische ~ 104, 290, 337, 612, 727
 - Unterschied zwischen psychologischer und juristischer ~ 262–264
 - wissenschaftliche ~ als Kompaß in den Grenzgebieten der Disziplinen 53
- Methodenfehler s. a. *Fiktion(en)*; *Methodensynkretismus* 55f., 124, 128f., 134, 136, 203, 219, 222, 243, 252f., 262f., 271, 294–296, 330, 338, 339, 464, 467
 - bei Bierling 485–487
 - bei Binding 392f., 399f., 405f., 784, 907*
 - bei Ferneck 385f., 468–473, 498
 - bei Heinze 473
 - bei Ihering 906*f.
 - bei Jellinek 540f., 636, 907*
 - bei B. Schmidt 309, 310f., 312f., 313
 - bei Thon 422, 428
 - bei Windscheid 906*f.
- bei Zitelmann 256f.
- Fiktionen als Folge von ~ 56, 173
- im juristischen Willensbegriff 225f., 255–257, 610, 612
- im Organbegriff 598f., 603f., 607f.
- in der Anerkennungstheorie 485–487, 490–492, 498
- in der Fiktion der Rechtskenntnis 498–500
- in der Imperativtheorie 342f., 405f., 427f., 513f., 715f., 784f.
- in der Interessentheorie Iherings 727
- in der juristischen Begriffsbildung 187.2
- in der Konstruktion der Verwaltung 650–653
- in der Konstruktion des subjektiven Rechts 723f.
- in der Lehre vom Verhältnis von Parlament und Monarch im Gesetzgebungsprozeß 553f.
- in der Lehre von der Rechtspflicht 461
- in der organischen Staatstheorie 277–280, 285f., 599
- in der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht 872f.
- in der Zwangstheorie 330f.
- Rechtswissenschaft und ~ 454f., 479f.
- Selbstverpflichtungslehre und ~ 540, 541, 572f.
- Vermengung von Sein und Sollen s. *Vermengung von Sein und Sollen*
- Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkt 634
- Verquickung von formalem und substantiellem Element 599
- Methodensynkretismus s. a. *Methodenfehler* 53, 294–296, 468, 903*
- Methodologische Spekulation als Selbstzweck 52
- Methodologischer Charakter der „Hauptprobleme“ 24*f., 52f., 902*–908*
- Fürst von Metternich-Winneburg zu Beilstein, Klemens Wenzel Nepomuk Lothar 30*, 43*
- Minister s. a. *Monarch*
 - Ermessen des Ministers 855
 - Kontrasignatur des Ministers 852f., 855–857f.
 - Monarch und ~ 855–857
 - Rechtspflicht des Ministers 855–857

- von Mises, Ludwig 30*, 43*
- Mißbilligung
- als Sanktion der Moral 119f.1
 - Billigung und ~ von Handlungen durch Normen 96f., 129f.
- Mittel und Zweck *s. a. Inhalt und Form* 328f.
- von Mohl, Robert
- Parlament kein Staatsorgan 613
 - Staat und Gesellschaft 613
- Mohr, Jakob Christian Benjamin 887*
- Monarch *s. a. Minister*
- administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im Rechtsstaat nur auf Gesetz / Verfassung beruhen 712
 - als Chef der Verwaltung und Allgemeinwohl 648, 675
 - als Gesetzgeber 550–567, 613
 - als Rechtserzeuger keine Staatsfunktion *s. a. Monarch in der Exekutive keine Staatsfunktion* 565.1, 855
 - als soziale Komponente 625f.
 - als Staatsorgan 592f., 609, 612, 614f., 616, 617, 619f., 629f., 639, 705, 769f., 830, 857f.
 - als Subjekt von Rechtspflichten 566, 851–860
 - bildet primär den Staatswillen 856f.
 - Doppelcharakter des Monarchen 856f.
 - Ermessen des Monarchen 649, 855
 - Exekutive und ~ 852–854
 - freie Tätigkeit des Monarchen 648f.
 - Gesamtinteresse und Gruppeninteresse 625f.
 - Gesetz als Wille des Monarchen 550
 - Gesetzgeber und ~ 851f.
 - Gleichwertigkeit der Stellung von Parlament und ~ im Gesetzbildungsprozeß 549f., 553–557, 699, 855
 - Identifizierung des Staatswillens mit dem Willen des Monarchen als Fiktion 616
 - im Rechtsstaat 851–856
 - im Rechtsstaat oberstes Organ der Exekutive 713
 - in der Exekutive keine Staatsfunktion *s. a. Monarch als Rechtserzeuger keine Staatsfunktion* 856f.
 - juristische Konstruktion der Stellung des Monarchen 851
 - kann Rechtsordnung in Funktion setzen oder zum Stillstand bringen 854f., 856, 859
 - Kompetenz des Monarchen 769–772
 - konstitutioneller ~ 638f., 851–860
 - Kontrasignatur des Ministers 852f., 855–857f.
 - Kriegserklärung und Friedensschluß durch den Monarchen 647
 - „(L')état c'est moi“ 281
 - Methodenfehler in der Lehre vom Verhältnis von Parlament und ~ im Gesetzgebungsprozeß 553f.
 - Minister und ~ 855–857
 - persönlicher Wille des Monarchen als Staatswille ist Fiktion 281
 - Promulgation von Gesetzen durch den Monarchen 551, 693–695, 697f.
 - Publikation von Gesetzen durch den Monarchen 516f., 549–551, 694f., 698f., 857
 - Publikationspflicht des Monarchen 566
 - Rechtsordnung als Wille des Monarchen 550f.
 - Rechtspflichten des Monarchen *s. a. Monarch, Unverantwortlichkeit des* 854, 855f.
 - Reservatrechte des Monarchen 771f.
 - Sanktion *s. Sanktion des Gesetzes durch den Monarchen; s. a. Gesetz, Form des Gesetzes und Staatswille*
 - staatliche und außerstaatliche Stellung des Monarchen 851f.
 - Staatsperson und ~ 859f.
 - subjektives Recht auf Organstellung des Monarchen 769f., 830, 858–860
 - Unverantwortlichkeit des Monarchen *s. a. Monarch, Rechtspflichten des* ~ 854–856
 - Wille des Monarchen als juristische Konstruktion eines Zurechnungsprozesses 550
 - Wille des Monarchen als Rechtsordnung 550f.
 - Wille des Monarchen als Staatswille 554, 615–618
 - zwischen Staat und ~ geteiltes Recht 769–772
- Monismus *s. a. Dualismus; Trennung*
- Ablehnung des ~ durch Kelsen 54
 - Gegensatz von dualistischer und monistischer Weltanschauung *s. a. Gegensatz*

- zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie* 62
- Moral *s. a. autonome Moral; Sittengesetz*
- autonome ~ *s. autonome Moral; s. a. heteronomer Charakter des Rechts*
 - dem Recht übergeordnet 451–453
 - Imperativtheorie und ~ 477
 - materielle Identität von Sein und Sollen auf dem Gebiet der ~ 99–103, 440
 - Mißbilligung als Sanktion der ~ 119f.1
 - Recht und ~ 508f.
 - rein gesellschaftlicher Charakter der ~ 352
 - Selbstverpflichtung und ~ 442f., 536–541, 568
 - subjektiver Charakter der ~norm 459
 - Zurechnung und ~ 166
- Moralpflicht
- als durch das Sittengesetz bewirkte innere Gebundenheit des Subjektes 437, 439
 - als realpsychischer Zustand 439f., 453, 463, 464f., 537, 540
 - Gleichartigkeit von Rechtspflicht und ~ 443–448, 449, 461–464, 475, 477, 499, 535, 537, 538, 599
 - Rechtspflicht und ~ 437
- Motivation zu rechtmäßigem Verhalten
- 130f., 140f., 335–341, 404f., 414, 464–466, 468, 477, 479, 494f.
 - Autorität des Staates als ~ 347.1543*, 406
 - Furcht vor Sanktion als ~ 141, 317f., 334, 398f.
 - Furcht vor Unrechtsfolgen als ~ 140–142, 464–466
 - Imperativtheorie und ~ 314f.
 - Motiv der Normbefolgung rechtlich unerheblich 334f.
 - motivierende Kraft der Rechtsordnung setzt Kenntnis der Rechtsnormen voraus 466
 - nackter Imperativ motiviert nicht 315
 - Normierungsmotive des Gesetzgebers für Interpretation und juristische Konstruktion irrelevant 728
 - Rechtspflicht als Endresultat einer Motivation 464, 642f., 873
 - Unterlassen und ~ 335
 - Vorteilsverheißung als ~ 331–333
- Münsterberg, Hugo
- Willensbegriff 270f.
- N
- Nachteilsdrohung
- als Erfüllungsgarantie des Rechtssatzes 331f., 333f., 404, 445
 - Rechtsnorm als ~ 318, 404, 589f.
- Nackter Imperativ 404, 476, 519, 756
- Imperativtheorie und ~ 314f., 340, 511, 512f., 519
 - motiviert nicht 315
 - Sittengesetz als ~ 439
- Nagao, Ryuichi 887*
- Napoléon Bonaparte 96
- Nationalökonomie *s. a. wirtschaftliche Zurechnung*
- als normative Disziplin 168f.
 - bürgerliche ~ *s. a. Sozialismus* 173
- Naturgesetz(e) *s. a. Naturwissenschaft* 153f.
- Adressatenlosigkeit der ~ 529
 - Ausnahme und Regel bei Naturgesetzen 109–111
 - Begriff des Naturgesetzes 83–85
 - Erweiterung der Handlungsfähigkeit durch die Rechtsordnung und ~ 813–815
 - Geltung der ~ 92f.
 - Geltungsbereich der ~ 90–93
 - kein Verstoß gegen das ~ möglich 109f.
 - Norm und ~ 80–116
 - Rechtsgesetz und ~ 80f., 131–133
 - Rechtsordnung und ~ 347f.
 - Sittengesetz und ~ 80–93
 - Zweck des Naturgesetzes 112f.
- Natürliche Kausalität 311, 375
- Naturrecht 139, 191, 498
- Anerkennungstheorie und ~ 509–511
 - bei Binding 401f.
 - bei Ferneck 508.1, 842f.
 - bei Heinze 449
 - bei Ihering 726, 736–738f., 747, 843
 - bei M. E. Mayer 507–509
 - bei Windscheid 747
 - ethisch-politischer Rechtfertigungscharakter des Naturrechts 722
 - Gesellschaftsvertrag und ~ 508–511
 - Gottes Wille als Grundlage des Naturrechts 191
 - Grundfehler des Naturrechts 725
 - Imperativtheorie und ~ 511

- in der Lehre von der Rechtspflicht *s. a. Selbststand der Rechtswissenschaft* 454f., 508f.
- Mensch als Endzweck der Rechtsordnung ist naturrechtlicher Grundsatz 736f.
- naturrechtliche Konstruktion der Kompetenzen der Verwaltung 648
- naturrechtliche Konstruktion des subjektiven Rechts 648, 720–723, 726, 737f.
- naturrechtliche Konstruktion von Rechten und Pflichten 648, 720f.
- naturrechtlicher Rechtsbegriff bei Fern-
eck und Ihering 842f.
- Positivismus oder ~ 659
- Positivismus und ~ 85.1
- Recht findet Pflichten vor 446, 454–456,
720f.
- Rechtsbegriff des Naturrechts 721–723,
843
- Rechtswissenschaft und ~ 84f.
- vor- und außerstaatliche Freiheit 722
- Naturwissenschaft *s. a. Kausalwissenschaft; Naturgesetz; Wissenschaft* 54–56, 266,
385f., 546f.
- erfaßt das Sein 83
- Helmholtzsche Definition der ~ 83
- Organbegriff der ~ 594–598, 869f.
- Neigung und Pflicht (Kant) 475
- Neoliberalismus *s. a. Staatssozialismus; liberale Staatstheorie* 59
- Nichtanwendung
 - Derogierung eines Gesetzes durch ~
137f.
- Norm(en) *s. a. Normentheorie Bindings; Normentheorie Thons*
 - als Beurteilungsmaßstab von Handlungen 95–97
 - als Imperativ 376
 - als objektivierter sittlicher Trieb 102
 - Anerkennung von ~ *s. Anerkennung von (Rechts-)Normen; Anerkennungstheorie (Bierlings)*
 - Anwendung von ~ *s. a. Kenntnis von ~* 95–97, 130, 197–200, 521f.
 - Aufhebung von ~ 412f.
 - Ausnahme von einer ~ 109–111
 - Autorität des Staates als Erfüllungsgarantie von Normen 338f., 403–405
 - Befolgung und Anwendung von ~ 119–121, 136f., 351–353
 - Begründung von ~ 185f.
 - Billigung und Mißbilligung von Handlungen durch Anwendung von ~ 96f., 129f.
 - der Ästhetik 84
 - der Grammatik 84, 142
 - der Logik 81, 84
 - Erfassung des Inhalts von ~ durch die Soziologie 185f.
 - Erkenntnis von ~ als Ziel der Rechtswissenschaft 54f.
 - fehlerhafte Anwendung von ~ 197–200
 - fehlerhafte ~setzung 363, 365f.
 - garantierte ~ 335–339
 - Geltung von ~ 93f., 376–378
 - Geltungsbereich von ~ 91–93, 410–412
 - Identität von ~ und Strafrechtssatz 402f., 410f., 416
 - Imperativ und ~ 322–325, 342–347, 395,
420, 422, 457.1, 476f., 518–529, 699f.
 - Kenntnis von ~ *s. a. Anerkennung von (Rechts-)Normen* 98f., 129–132, 398–401
 - Kultur~ *s. Kulturnormen (bei Heinze / bei M. E. Mayer)*
 - Motiv der ~befolgung rechtlich unerheblich 334f.
 - Nachweis der ~ aus dem Strafrechtssatz 396–403
 - Naturgesetze und ~ 80–116
 - ohne Rechtssatzcharakter *s. a. Gesetz ohne normativen Rechtssatz* 714
 - organisatorische ~ *s. a. Amtspflicht* 671,
690f., 719
 - psychischer Zwang 102, 130f.
 - Rechtssatz und ~begriff bei Anschütz 689, 702–704, 715.1, 718
 - Sollen als Spezifikum der ~ 472
 - soziologische Betrachtung der ~ 100f.,
127f.
 - Urteil und ~ 324
 - Wert und ~ 155f.1
 - Wesen der ~ 689–691
 - ~widrigkeit als Ausnahme 110f., 470f.
 - ~widrigkeit und Geltung 109–112
 - Wirkung von ~ 93–95
 - Zurechnung erfolgt nur aufgrund von ~
161f., 166, 168f.
 - Zweck und ~ 153–155, 158f.
 - Zweck von ~ 113f., 138f., 153–159,
161–163

- zwecksetzende ~ als Anthropomorphismus 156
- Normativ indifferente Handlungen 92
- Normative Betrachtung *s. a. explikative Betrachtung*; *juristische Betrachtung* 30*, 54, 57f., 59, 84, 115, 121.1–123 (122), 124, 129, 153, 155f.1 (155), 169, 170, 174, 181, 198, 218, 222, 241, 242, 248, 251, 254f., 266, 276–279, 287, 290, 302–304, 311, 328, 332, 634
- als Grenze der Rechtswissenschaft 56
- des Willens 249–271
- Determinismus und ~ 267f., 302–306, 330f.
- Einseitigkeit und Grenzen der normativen Betrachtung 127f., 134, 137, 186–188
- erfasst nicht die Gesamt-Rechtserscheinung 127
- formale Methode und ~ 185–188
- Gegensatz von Sein und Sollen und normativer Betrachtung 134, 338f.
- Schuldbegriff und ~ 241–249
- teleologische Betrachtung und ~ 153–159
- Trennung von explikativer und normativer Betrachtung 54f., 56
- Verarbeitung gesellschaftlicher Interessenkonflikte durch ~ 30*
- Normative Disziplinen *s. a. Normwissenschaften* 54f., 83f., 102, 115, 117, 118, 124, 128, 168, 249, 291, 307, 330f., 385, 392, 468, 472
- Normative Kraft des Faktischen 87–89, 200
- Normative Methode 115, 118, 120, 126, 219.2–222 (222), 255, 541, 727
- normative perspective *s. a. normative Betrachtung*
- the strictly ~ makes possible the law's liberal neutralization of social conflict of interests 42*
- Normative Tätigkeit
- als Willens-, nicht als Denkfunktion *s. a. Rechtswissenschaft als Form des Denkens* 54
- Definition 54f.
- Normative Verknüpfung
- Zurechnung als ~ 162, 166, 168f., 250f.
- Normativer Charakter des Schuldbegriffs 241–249
- Normativer Inhalt
- Gesetz ohne normativen Inhalt 344, 695–697, 714
- Normativer Konstruktionspunkt
- Mensch als ~ 164
- Normativer Standpunkt 84, 92, 124, 126, 133, 173, 332, 336
- Beschränkung der Rechtswissenschaft auf den normativen Standpunkt 55f.
- der Ethik 114–116
- Normativer Willensbegriff 269
- Normativität
- verschiedene ~ von Rechtsnormen 142–144
- Normentheorie Bindings *s. a. Norm; Normentheorie Thons; Strafrecht* 390–420, 447, 448, 456, 457.1
- auf dem (vulgären) Sprachgebrauch aufgebaut *s. a. vulgäre Anschauung* 391
- Einheit der Norm bei Mehrheit der Strafrechtssätze 418
- Fortbestehen der Norm bei Aufhebung des Strafrechtssatzes 416f.
- Gehorsampflicht und Rechtspflicht 406
- Geltungsgebiet von Norm und Strafrechtssatz 410–412
- Heinz als Vorgänger der ~ 446f., 448, 456
- Identität von Norm und Strafrechtssatz 402f., 410f., 416
- Imperativtheorie 390, 395, 401
- inhaltliche Änderung und Aufhebung von Norm und Strafrechtssatz 411–413
- Mehrheit der Normen bei Einheit des Strafrechtssatzes 419f.
- Methodenfehler in der ~ 392f., 399f., 405f.
- Nachweis der Norm aus dem Strafrechtssatz 396–403
- Naturrecht in der ~ 401f.
- objektives Recht als Zustand der Ordnung 392
- Rechtssatz als hypothetisches Urteil 390, 404, 457.1
- soziologische Betrachtung in der ~ 392
- Unrecht 392–394, 400f.
- Unterscheidung zwischen Strafrechtssatz und Norm 390, 394f., 408–412, 416–418
- Verwaltungsakt 401f.

- Wandelbarkeit der Strafgesetze und unveränderter Bestand der Norm 417
 - Zweckmoment in der ~ 392–394, 403–406, 416–418
 - Normentheorie Thons *s. a. Norm; Normen-theorie Bindings* 390, 420–432
 - Begriff der Rechtsfolge 422–424, 427 f., 430, 431 f.
 - Erfüllungszwang 428, 430
 - Methodenfehler in der ~ 422, 428
 - Recht als Komplex von Imperativen 420, 428, 430, 745, 783
 - Rechtspflichten der Staatsperson 424 f.
 - Schadensersatzpflicht als Unrechtsfolge 425–427
 - Verbindung der Rechtsimperative 422
 - Willensbegriff 420–423
 - Zweckmoment in der ~ 427 f.
 - Normwissenschaften *s. a. Kausalwissen-schaften; Rechtswissenschaft; Staatsrechts-lehre; Staatsrechtswissenschaften; Wissen-schaft* 54 f.
- O
- Objektive Rechtsanschauung 371, 372, 435 f.
 - Objektives Recht 517, 634
 - als Komplex hypothetischer Urteile (Ferneck) 383 f.
 - als vom subjektiven Recht Wesensver-schiedenes 778
 - als Zustand der Ordnung (Binding) 392
 - an Augenblick der Interessenkollision ge-bunden (Ferneck) 384 f.
 - formale Systematik des objektiven Rechts 388 f.
 - setzt Gerichte voraus *s. a. Gerichtsnorm* 375 f.
 - Staatswille ist ~ 191–193, 302, 542 f.
 - subjektive Pflicht aus dem objektiven Recht abzuleiten 720
 - subjektives Recht aus dem objektiven Recht abzuleiten 720
 - subjektives Recht und ~ bei Ihering 725 f.
 - Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht 841 f.
 - Zwang wesentlich für das objektive Recht 518, 588
 - Oestreicher, Hanna (Anna) 882.3*
 - Öffentliches Recht
 - öffentliches und privates subjektives Recht *s. a. Unterscheidung zwischen öffent-lichem und privatem Recht* 790–794, 808, 817, 834 f., 847.1
 - Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht *s. a. Einheitlichkeit der Rechtswissenschaft* 58, 367, 371, 372, 387 f., 388 f., 790–792, 817, 819, 872 f.
 - „ohne Imperativ keine Pflicht“ 477, 524
 - Ökonomie der Begriffsbildung *s. a. Einheit der juristischen Grundbegriffe* 58, 872
 - one-dimensional construction *s. a. ein-di-mensionale Konstruktion* 46*
 - Oppenheim, Lassa Francis Lawrence 307
 - Organ *s. a. Staatsorgan*
 - –begriff der Naturwissenschaften 594–598, 869 f.
 - –begriff und Zurechnungsregel 606 f.
 - der Einzelne als ~ der Gesellschaft 600–602
 - –einheit und Staatseinheit 619 f.
 - Gesetzgeber als ~ der Gesellschaft 548
 - höchstes ~ 619 f.
 - juristischer –begriff 598–601
 - –wille und Gesamtwille 867 f.
 - Parlament als ~ der Gesellschaft 620–624
 - Recht der Staatsorgane auf ~stellung 767, 828–830
 - ~verhältnis als bloße Relation der Zu-rechnung zum Staat 858
 - Unterscheidung von ~ als Institution und Organträger in der anorganischen Staats-theorie 672 f.
 - Zurechnungsregel und Organbegriff 606 f.
 - Organisatorische Norm *s. a. Amtspflicht*
 - in Gesetzesform 718 f.
 - Rechtssatznatur der organisatorischen Norm 671, 690 f., 719
 - Organisatorische Verwaltungsverordnung 690 f., 712 f.
 - Organische Staatstheorie *s. a. anorganische Staatstheorie; Staat; Völkerpsychologie* 896*
 - Begriff der Persönlichkeit 673 f.
 - bei Gierke 175, 176.4–178 (177 f.)
 - Einheit in der Vielheit 869

- Einheitlichkeit des Personenbegriffs 759, 866 f., 870 f.
- Gegensatz zur anorganischen Staatstheorie s. a. *Gegensatz von monistischer und dualistischer Weltanschauung* 62
- Methodenfehler in der organischen Staatstheorie 276–280, 285, 599
- Organbegriff 590 f., 594–596, 602 f., 869 f., 896*
- Organschaft und Stellvertretung 861–871, 873–875
- Rechtsstellung der Staatsorgane 670 f., 862
- Staatswille als realpsychischer Gesamtwille 271, 272–280, 285 f., 307 f., 534 f., 543 f., 614, 759 f., 864, 866, 866 f., 877 f.
- Zweck im Recht und ~ s. a. *Zweck im Recht* 174–176
- Organperson
 - Staatsorgan als ~ und Gesamtperson 868–871
 - Vereinbarkeit von Staats- und Organperson 673–678
- Organpflicht s. a. *Amtspflicht*
 - als Blankettrechtspflicht 714 f., 718
 - als Rechtspflicht 684–687, 713
 - organisatorische Verwaltungsverordnung und ~ 712 f.
 - Rechtspflicht und ~ 679
- Organschaft und Stellvertretung 861–871, 873–875
 - bei Laband 862 f.
 - bei O. Mayer 861 f.
 - bei Preuß 862 f., 864–866
 - bei Rehm 861 f.
 - bei Schlossmann 861–864
 - Gierke als Urheber der Unterscheidung von ~ 862
 - in der anorganischen Staatstheorie 861 f.
 - in der organischen Staatstheorie 861–871, 873–875
 - Übereinstimmung von ~ 874–877
 - Zurechnung bei ~ 876–878
- Organwille s. a. *Gesamtwille; Individualwille*
 - und Gesamtwille 867 f.
- Organträger
 - Unterscheidung von Organ als Institution und ~ in der anorganischen Staatstheorie 672 f.
- P
 - Panejko, Jerzy 886*
 - Parlament s. a. *Gesetz, Form des Gesetzes und Staatswille* 583, 694 f., 698 f.
 - als Gesetzgeber 550–567, 613, 623 f., 704 f.
 - als Organ der Gesellschaft 620–624
 - als Rechtserzeuger keine Staatsfunktion 565.1
 - als Staatsorgan 593, 609, 612, 613–623, 625, 626–628, 636 f.
 - ~beschuß im Interesse des Gesamtstaates als Fiktion 624
 - Gleichwertigkeit der Stellung von ~ und Monarch im Gesetzbildungsprozeß 549 f., 553–557, 699, 855
 - Identität des Willens des Parlaments und des Staatsvolks 276
 - Methodenfehler in der Lehre vom Verhältnis von ~ und Monarch im Gesetzgebungsprozeß 553 f.
 - Publikation von Gesetzen und ~ 516
 - Staatswille und ~beschuß 626
 - Verbindlichkeit des sanktionierten ~beschlusses 560–563
 - Paulsen, Friedrich 109, 111.254*, 139 f.
 - Naturgesetz und Norm 111, 112 f.
 - Pearson, Karl 80, 895*
 - Perfektion des Staatswillens 546, 548, 549 f., 557, 565.1, 567
 - Permanenz des Staatswillens 531–536, 603 f., 615, 617 f.
 - Person s. a. *Rechtspersönlichkeit*
 - als Endpunkt der Zurechnung 677, 860, 870
 - als Subjekt von Rechtspflichten 665
 - als Träger des subjektiven Rechts 663 f.
 - anorganische Staatstheorie negiert die Persönlichkeit der Staatsorgane 670 f., 673 f., 862
 - ~begriff Bernatziks 663, 668 f., 759
 - ~begriff in der anorganischen und organischen Staatstheorie 673 f.
 - Einheitlichkeit der Persönlichkeit und Willenseinheit 763–765, 765.2
 - Einheitlichkeit des ~begriffs 759, 866 f., 870 f.
 - homogen-geschlossener Staat als Über~ (als Fiktion) 28*

- Identifizierung des Begriffs der ~ mit dem Begriff des Rechtssubjekts 663
- ist immer juristischer Konstruktionspunkt 668
- ist Pflichtsubjekt aufgrund durch die Rechtsordnung begründeter Zurechnung 667
- juristische ~ *s. juristische Person*
- Konstruktion der ~ mit einer einfachen Ebene 870–873
- Konstruktion der ~ mit einer mehrfachen Ebene 870–872
- Mensch und ~ 666.3, 667–670
- Organ~ und Gesamt~ 868–871
- Rechtspflichten physischer und juristischer Personen 530–532
- Rechtspflichten von Personen müssen auf Rechtssätzen beruhen 671
- Staat als juristische ~ 290.1, 550f., 811f.
- unvollkommene ~ 757
- Wesensgleichheit der ~ mit der Staatsperson 666
- person *s. a. Person*
- homogenous, closed state qua super~ 41*
- Personifikation durch Zurechnung *s. a. Fiktion* 172f.
- Pflicht(en) *s. a. Rechtspflicht*
- alle ~ sind auch Rechte 833
- als realpsychischer Zustand 440f., 442f., 447f., 451f., 453f., 463f., 576, 580
- Anerkennung des Rechtssatzes für Verpflichtung irrelevant 398, 528
- Bedeutung des ~begriffs 436
- Befehl schafft keine ~, sondern macht nur eine aufgrund der Rechtsordnung bestehende ~ geltend 402, 409f., 714f.
- Befolgung von Handlungs~ 465f., 787–789
- ~begriff als Mittelpunkt des Rechtssystems 436.2, 841f.
- ~begriffe *s. a. Beneke; Biedermann; Eisler; Ferneck; Heinze; Jellinek; Kant; W. T. Krug; Lipps; Simmel; Stange* 437–439
- Kollision von ~ 570f.
- Mitwirkung des Subjekts bei seiner Verpflichtung durch die staatliche Autorität 510
- naturrechtliche Konstruktion von Rechten und ~ 648, 720f.
- Neigung und ~ (Kant) 475
- „ohne Imperativ keine ~“ 477, 524
- psychologischer ~begriff 472f.
- Publikations~ *s. Publikationspflicht*
- Recht findet ~ vor 446, 454–456, 720f.
- Recht und ~ 842–844
- Rechtspflicht als rechtlich erhebliche ~ 454, 462, 525, 690, 714
- Selbstverpflichtung *s. Selbstverpflichtung*
- Sprachform des Gesetzestextes gleichgültig für Rechte und ~ 699
- Staat als Subjekt von Rechten und ~ 340–342, 529
- Staats~ *s. Staatspflicht*
- subjektive ~ *s. subjektive Pflicht*
- subjektives Recht nie auf eigenes Verhalten, sondern stets auf fremde ~ gerichtet 824f., 828, 846f.
- (un)bedingte ~ und (doppelt) bedingter Rechtssatz 381f., 575, 577.2708*, 786
- Unterlassungs~ 465, 466, 577–581, 681f., 858
- Verhältnis von Rechtssatz und ~ 380
- verpflichtende Rechte und berechtigende ~ 830f., 849
- Wesen der Norm ist Statuierung eines Sollens und einer ~ 690
- Zurechnung zur ~ und zum Recht 171f.
- zur Erhebung eines Anspruchs / einer Klage *s. a. komplementäre Handlungen* 843f.
- Pflichtsubjekt
- Begriff des Pflichtsubjekts 665f.
- juristische Person als ~ 668f.
- Mensch als ~ 668
- Person ist ~ aufgrund durch die Rechtsordnung begründeter Zurechnung 667
- Sklaven als ~ 668
- Souveränität der Rechtsordnung in der Anerkennung von Pflichtsubjekten 668
- Staat als ~ 340–342, 529
- Staatsorgane und Untertanen als Pflichtsubjekte gleichwertig 686f.
- Tiere als Pflichtsubjekte 668
- Pflug, Richard 887*
- Philosophie
- Rechtsphilosophie als Brücke zwischen ~ und Rechtswissenschaft 62
- Physische Person *s. a. Mensch*
- Rechtspflichten juristischer Personen und physischer Personen 530–532

- Untertan und juristische Staatsperson 530f., 531f.
 - Plinius der Jüngere 52*
 - Politik
 - Aristoteles' „Politik“ 101.184*, 466.2088*
 - ethisch-politische Rechtfertigung s. *ethisch-politische Rechtfertigung*
 - historisch-politische Betrachtung 553f.
 - letzter Zweck des Staates sind die Regeln der ~ 763f.
 - rechtspolitischer Zweck der Wahlpflicht 848
 - Trennung von Recht und ~ 27.5*
 - Wert von ~ und Zweck des Staates 176.4–178
 - Politische Betrachtung 553f.
 - Polizeistaat und Absolutismus 722
 - Positives Recht s. *Recht*
 - positivism
 - German public law ~ 38*f., 40*–42*
 - Kelsen as the end point of German public law ~ 40*
 - Kelsen's criticism of the German public law ~ 40*f.
 - Kelsen's fundamental criticism of Labandian positivism in the “Main Problems” 40*–42*
 - Positivismus
 - Kelsen als Endpunkt des deutschen staatsrechtlichen ~ 26*f.
 - Kritik an Labands ~ in den „Hauptproblemen“ 26*–30*
 - Kritik Kelsens am staatsrechtlichen ~ 27*
 - Naturrecht oder ~ 659
 - staatsrechtlicher ~ 25*, 26*–30*
 - Präsumption s. *Fiktion*
 - Fiktion und ~ 227, 387, 491f.
 - Wille und ~ 227f., 229f., 266
 - Prävention
 - General~ 328
 - ~szweck der Rechtsordnung 467, 471
 - Preuß, Hugo 31*, 43*, 176.629*, 672, 912*
 - Einheit in der Vielheit 869
 - Einheitlichkeit des Personenbegriffs 866f.
 - Gesamtperson der Organperson übergeordnet 868–871
 - Gesamtwille 866f., 877
 - Gesamtwille wird von der Rechtsordnung vorgefunden 868
 - Kritik an Laband und Jellinek 868f.
 - Kritik an Schlossmann 863
 - Methodenfehler in der juristischen Begriffsbildung 187.2
 - Organbegriff 599
 - Organhandlung als Staatshandlung 867f.
 - Organperson und Gesamtperson 868–871
 - Organschaft und Stellvertretung 862f., 864–866
 - Recht als formale Kategorie 185.2
 - Rechtspflichten der Staatsorgane 664f., 671
 - Staatswille 279f., 289f.2 (290), 298.1–300, 759
 - Zurechnung bei Organschaft und Stellvertretung 876–878
 - Zweck im Recht 174–176, 176.4–178 (177), 181, 182.1, 184.1
- Private
 - Analogie zwischen öffentlicher Organpflicht und privater Dienstvertragspflicht 716
 - Statuierung von Rechtspflichten durch die Verwaltung und ~ 701–703
 - Privatrecht s. a. *Strafrecht* 791f., 804
 - als Staatsrecht 388f.
 - Analogie zwischen öffentlicher Organpflicht und privater Dienstvertragspflicht 716
 - Blankettrechtspflicht und Blankettrechtsatz 716–718
 - enthält Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge und verpflichtet Untertanen 388f., 664
 - Generalsanktion im ~ s. a. *Verpflichtungskriterium* 357
 - Gleichartigkeit von Rechts- und Moralpflicht 463f.
 - juristischer Willensbegriff 223–235, 249f.
 - Kulturnormen und ~ 507f.
 - öffentliches und privates subjektives Recht s. a. *Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht* 790–794, 808, 817, 834f., 847.1
 - sind alle Rechtssätze, die Staatswillen zur Exekution enthalten 819
 - subjektive Rechte im ~ 724
 - Unterscheidung zwischen öffentlichem und ~ s. a. *Einheit der Rechtswissen-*

- schaft* 58, 367, 371, 372, 387f., 388f., 790–792, 817, 819, 872f.
 – Wille im ~ 224–235, 249f.
 Promulgation *s. a. Gesetz, Form des Gesetzes und Staatswille* 557–560
 – eines Gesetzes durch den Monarchen 551, 693–695, 697f.
 – sakramentale ~sformel 697–700
 Przeorski, Tadeusz 886*
 Psychische Kausalität 267, 296.2–298 (297f.), 302, 834.1
 Psychische Vorgänge
 – Fiktion von psychischen Vorgängen 266
 Psychischer Zwang 102, 130f., 141f., 233, 328, 329f., 385
 – bei Ferneck 385
 – durch Rechtsnormen als Fiktion 141
 Psychologie *s. a. Kausalwissenschaften; Sozialwissenschaften; Staatsrechtswissenschaften; Völkerpsychologie* 53, 56, 127f., 141f., 252f., 261f., 264–266, 292f.
 – deterministischer Standpunkt der ~ 266–268
 – erfährt Sein 268
 – Fiktions~ 705
 – Grenze der ~ zur Rechtswissenschaft 25*
 – Massen~ *s. Massenpsychologie*
 – methodologischer Unterschied zur Rechtswissenschaft 263f., 268, 470f.
 – Selbstbeobachtung als Methode der ~ 264–266
 – Situation der ~ zur Jahrhundertwende 25*
 Psychologisch(-deterministisch)e Methode 444f., 468, 540.2, 583f.3, 612, 727, 835
 Psychologisch-genetische Methode 129, 540.2
 Psychologische Betrachtung 303, 313, 580
 „psychologische“ Rechtswissenschaft 249–262, 269, 306
 Psychologische Zwangstheorie 328, 468
 Psychologischer Pflichtbegriff 472f.
 Psychologischer Wille 224f., 228f., 230, 232, 233, 234, 235–240, 261, 262–266, 285–287, 289, 292f., 307, 320f., 329f., 521, 534f., 545, 589, 603f., 743f., 759f.
 – Ablauf des Willensvorgangs 205
 – Begriff des psychologischen Willens 203–210, 223f.
 – bewußter und unbewußter Wille 206f.
 – eigene Aktivität und ~ 206–208, 210
 – ermöglicht keine Staatsperson 533f., 866f.
 – Gesetzgebung als Erzeugung eines Staatswillens im psychologischen Sinne 697f., 704f.
 – Gleichgültigkeit und ~ 212f.
 – im Strafrechtssatz 244f.
 – Inhalt des Willens 205f.
 – juristischer Wille und ~ 234, 252f., 270f., 296.2–298, 305, 547f., 610, 698f.
 – Kausalität und ~ 214f.
 – negativer Inhalt 211
 – realpsychischer Zustand *s. realpsychischer Zustand*
 – Schuld und ~ 240, 241, 248f., 249
 – Staatswille als ~ 271–289, 674, 696, 698
 – vorausgesehener Erfolg ist niemals gewollt 212f.
 – Willens(un)freiheit 214f.
 – Zurückführung der Zurechnung auf den psychologischen Willen als Fiktion 172
psychology s. a. Psychologie
 – border between legal science and ~ 38*
 – situation of ~ in the decades immediately before and after the turn of the century 38*f.
 Publikation von Gesetzen *s. a. Gesetz, Form des Gesetzes und Staatswille* 310, 549, 557–562, 582f., 624, 705
 – als Bekanntmachung 515f., 522, 561f.
 – als letzter Akt der Gesetzgebung 515
 – als Voraussetzung für die Geltung des Rechtssatzes 515f., 546f., 549–551, 693–695, 698f.
 – Konstitutionalismus und ~ 516
 – Monarch und ~ 516f., 549–551, 694f., 698f., 857
 – noch nicht publiziertes Gesetz 560f.
 – Parlament und ~ 516
 – Perfektion des Staatswillens und ~ 557
 Publikationsgesetz 567
 Publikationspflicht 562–567
 – als Rechtspflicht 564f., 567
 – als staatliche Pflicht 566f.
 – der Staatsorgane 566f.
 – des Monarchen 566
 – Doppelnatur der ~ 567

R

Radbruch, Gustav 260.1132*

- Schuldbeginn 245.1–248 (246), 260f.
- Unterschied zwischen psychologischer und juristischer Methode 263f.
- Wollen 213, 215.1, 262
- Wollen und Unterlassen 215.885*, 216
- Radnitzky, Ernst 620.2936*, 627, 637.3041*
- Begriff des Staatsorgans 621–624
- Gesamtinteresse und Gruppeninteresse 625f.
- Majoritätsbeschluß im Interesse des Gesamtstaates als Fiktion 624f.
- Parlament als Staatsorgan 620f., 622f.

Rat

- Imperativ und ~ 344
- Rechtssatz als ~ 344, 397f.

Realisierung

- des Staatswillens als Funktion der Rechtsanwendung 459
- Exekutive realisiert den Rechtssatz 707, 709.1–711 (709)
- Staatsorgan realisiert, aber erzeugt nicht den Staatswillen 565.1, 607f., 638f., 675, 718
- Staatstätigkeit als ~ der Rechtsschranken 645–647
- Verwaltung realisiert den Staatswillen 639, 660, 709.1–711 (709)

Realität und Materialität

- Tendenz zur ~ s. a. *formale Betrachtung; Vorwurf des Formalismus* 57

Realitätsproblem der Erkenntnistheorie 277.1–279

Realpsychischer Zustand

- Anerkennung von Rechtsnormen als ~ 486, 490f., 492, 510
- Einheit des realpsychischen Volkswillens 631–633
- Erzeugung des Staatswillens als ~ 543f., 604f., 613f., 617f., 660f., 698
- Moralpflicht als ~ 439f., 453, 463, 464f., 537, 540
- (Rechts-)Pflicht als ~ 440f., 442f., 447f., 451f., 453f., 463f., 483, 532.2442*, 576, 580, 873f.
- Staatswille in der organischen Staatstheorie als ~ 271, 272–280, 285f., 307f., 534f., 543f., 614, 759f., 864, 866, 866f., 877f.

- Volkswille als ~ 633

Realpsychisches Moment unzulässig für juristische Konstruktion 744

Recht(e)

- alle Pflichten sind auch ~ 833
- alles ~ ist Wille des Staates 371
- als allgemeiner Wille 420–422
- als formale Kategorie 185f.
- als Interessenschutz (Ferneck) 383–387
- als Komplex von Imperativen (Thon) 420, 428, 430, 745, 783
- als massenpsychologische Tatsache 141, 471f.
- als objektive und subjektive Macht 469f.
- als Staatswille oder Volkswille 193–195, 195.2, 283f.
- als Wille außerstaatlicher Faktoren 191–193
- als Zustand der Ordnung (Binding) 392
- als Zwangsordnung 28*f.
- Anerkennung und positives ~ 494–498
- auf eigenes Verhalten 745, 747–749
- auf Strafe 345.1
- autonome Moral dem ~ übergeordnet 451–453
- der Staatsorgane auf Organstellung 767, 828–830
- Derogierung von Rechten durch Gewohnheit 120f., 133, 137f., 460–462
- Einräumung von Parteirechten durch die Rechtsordnung 754f.
- enthält Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge und verpflichtet Untertanen 388f., 664
- findet Pflichten vor 446, 454–456, 720f.
- Freiheits~ s. *Freiheitsrechte*
- für die Rechtswissenschaft unverrückbare Grenze zwischen ~ und Gerechtigkeit 455
- Geltungsgrund des Rechts 480–483, 484
- Gesellschaftsvertrag als sittliche Rechtfertigung des Rechts 510f.
- geteiltes ~ 766–773
- Gewohnheits~ s. *Gewohnheitsrecht*
- Gewohnheits~ und Gesetzes~ 120–124, 196f.
- heteronomer Charakter des Rechts s. a. *autonome Moral* 119–123, 126, 128, 132, 213, 474f., 538, 540f., 568
- Heteronomie des Rechts und autonome Moral 125f.

- individuelle Natur des Gesetzesrechts 136.419*
- ist Form, nicht Inhalt 778
- ist Schutz und nicht Geschütztes, ist Schranke und nicht das Beschränkte 643, 722–724, 778, 782f., 874
- kein ~ ohne Gericht 120, 351–353
- Kollisions~ 383–387, 576
- Kompetenz~ 680–682
- Lücken im ~ 649f., 681
- Moral und ~ 508f.
- Naturrecht als ethisch-politische Rechtfertigung des Rechts 722
- naturrechtliche Konstruktion von Pflichten und Rechten 648, 720f.
- naturrechtlicher ~sbegriff 721–723, 843
- normative Betrachtung erfasst nicht die Gesamt-Rechtserscheinung 127
- objektive Rechtsanschauung 371, 372, 435f.
- objektives ~ *s. objektives Recht*
- Pflicht und ~ 842–844
- Präventionszweck des Rechts 467, 471
- rechtliche Relevanz von Handlungen 644, 645, 799f., 805f., 807f., 812f., 816f., 835
- „richtiges“ und „unrichtiges“ ~ 508
- schafft die Rechtsordnung 187f.
- Selbstorganisation der Gesellschaft durch ~ 33*
- sittliche Rechtfertigung des Rechts 451–453, 480f., 482–484, 487, 493f., 498f., 503f., 510
- Situations~ 383–387, 576
- soziologische Betrachtung des Rechts bei Ferneck 385f.
- spezifisch staatliche Natur des Rechts 351f.
- Sprachform des Gesetzestextes gleichgültig für ~ und Pflichten 699
- Staat als Schöpfer des Rechts *s. a. Gesetzgebung* 541–544, 567f., 572, 573, 609f.
- Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten 340–342, 529
- Staat als Träger des Rechts 125f., 192f., 195, 715
- Staat und ~ 541–543, 598f.
- staatliche Natur allen Rechts und allrechtliche Natur des Staates 33*, 371, 388
- Staatsorgane üben fremde ~ aus 757
- subjektive ~sanschauung 371f., 435, 436
- subjektives ~ *s. subjektives Recht*
- Trennung von ~ und Politik 27.5*
- Unrecht als Anwendungsfall des Rechts 140f.
- Unrecht als Ausnahme vom ~ 140, 142f., 392–394, 470, 471
- Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem ~ 841f.
- Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privat~ *s. a. Einheit der Rechtswissenschaft* 58, 367, 371, 372, 387f., 388f., 790–792, 817, 819, 872f.
- Unterscheidung zwischen Rechtswissenschaft und ~ 187f.
- Verdrängung des Gewohnheitsrechts durch positives ~ 120–126, 192f., 495, 497
- verpflichtende ~ und berechtigende Pflichten 830f., 849
- Wille des Staats ist (objektives) ~ 191–193, 542f.
- Zurechnung zur Pflicht und zum ~ 171f.
- Zweck im ~ *s. a. Zweck im Recht* 174–188, 403, 570, 571f.
- zwischen Staatsperson und Staatsorgan geteiltes ~ 766–773
- Rechtfertigung
 - ethisch-politische ~ *s. ethisch-politische Rechtfertigung*
- Rechtliche Bindung des Staates 531
- Rechtliche Machtverhältnisse *s. a. faktische Machtverhältnisse* 871f.
- Rechtliche Relevanz von Handlungen 644, 645, 799f., 805f., 807f., 812f., 816f., 835
- Rechtliche Zurechnung *s. Zurechnung*
- Rechtliches Sollen *s. a. Sollen* 90, 91f.
- Rechtsanschauung
 - objektive ~ 371, 372, 435f.
 - subjektive ~ 371f., 435, 436
- Rechtsanwendung
 - Realisierung des Staatswillens als Funktion der ~ 459
- Rechtsbegriffe
 - als formale Kategorien 185f., 428
 - Rechtswissenschaft schafft ~ 187f.
- Rechtsbetrachtung
 - dogmatische und historische ~ *s. a. Rechtsgeschichte* 118

- dynamische und statische ~ 33*f.
- Rechtserkenntnis *s. Interpretation*
- Rechtserscheinung 185f.
- Geometrie der totalen ~ 187
- normative Betrachtung erfasst nicht die Gesamt~ 127
- Rechtserzeugung
- durch die Gesellschaft 28*, 33*f. *s. a. Erzeugung des Staatswillens*
- durch Gewohnheit 191f.
- kein rechtliches Phänomen *s. Erzeugung des Staatswillens*
- Rechtsfolge(n) *s. a. Normentheorie Thons*
- Begriff der ~ 796
- Rechtsordnung tritt mit menschlichem Verhalten in Beziehung, indem sie daran ~ knüpft 795f.
- Rechtsgeschäft
- essentialia und naturalia negotii 731
- Rechtspflicht nie durch ~, sondern nur durch Rechtssatz statuiert 523, 701f.
- Strafe als ~ 345
- subjektive Rechte durch ~ begründet 702
- Verwaltungsakt und ~ 716f.
- Rechtsgeschichte *s. a. dogmatische und historische Rechtsbetrachtung; Kausalwissenschaften; rechtshistorische Schule* 55, 117f., 124
- Rechtsgesetz *s. a. Gesetz*
- Begriff 84
- Naturgesetz und ~ 80f., 131–133
- Rechtssatz und ~ 80f.
- Sittengesetz und ~ 80f., 315–317
- Rechtsgrund *s. a. Geltung*
- Rechtsordnung als letzter ~ 451
- Rechtshistorische Schule *s. a. Rechtsgeschichte* 123f., 136.419*
- Rechtskenntnis *s. a. „iura novit curia“*
- als Fiktion *s. a. Anerkennung als Fiktion* 227f., 466, 477f., 498–501, 508, 514f., 522
- als Präsumpion 498–500
- als Voraussetzung für die motivierende Kraft der Rechtsordnung 466
- Anwendung von Normen und ~ 521f.
- der Staatsorgane 521f.
- Fiktion der ~ als ethische Rechtfertigung 498f.
- Imperativtheorie und ~ 522
- Rechtskraft
- Gesetz und Rechtssatz gelten ab dem Eintritt der ~ bis zur formellen Aufhebung 386, 536
- schlechter Ruf der ~ 62
- Rechtsnorm(en) *s. a. Gesetz; Rechtssatz*
- Adressaten der ~ *s. Adressaten der Rechtsnorm*
- als Gerichtsnorm *s. a. Gericht* 353, 353.1
- als Grenzen des Ermessens 657–660
- als Nachteilsdrohung 318, 404, 589f.
- Anerkennung von ~ *s. Anerkennung von Rechtsnormen*
- bedarf als hypothetisches Urteil keiner Adresse 513
- Bianco-Anerkennung von ~ 487f.
- doppelte Funktion von ~ 141
- Einheit des ~begriffs 700
- Form der ~ 159f.
- Geltung und Wirksamkeit von ~ 94f., 109–111, 376–378, 461f., 493f., 494f.
- Geltung von ~ und Rechtswidrigkeit 137–141
- imperativistische Form von ~ 315f.
- Kulturnormen und ~ 507f., 527f.
- Motivation zu rechtmäßigem Verhalten *s. Motivation zu rechtmäßigem Verhalten*
- objektive Feststellbarkeit von ~ 459f.
- psychischer Zwang durch ~ als Fiktion 141
- Rechtsordnung als Inbegriff aller ~ 435
- Rückwirkung von ~ 412–415, 584f.
- Sanktionsbedürftigkeit von ~ 317f.
- sekundärer Charakter der ~ 447f., 456f., 461f., 500
- Selbständigkeit von ~ und Rechtspflicht 455–457
- Sittengesetz und ~ 117–144, 437
- Staatsorgane als Adressaten der ~ 517–529, 603f.
- Staatsperson als Adressat der ~ 529
- Unerzwingbarkeit von ~ 327
- Untertan als Adressat von ~ 513–516
- verschiedene Normativität von ~ 142–144
- Zweck von ~ 113f., 138f., 153–159, 161–163
- Rechtsordnung
- als Friedensordnung 392
- als Inbegriff aller Rechtsnormen 435

- als letzter Rechtsgrund 451
- als Wille des Monarchen 550f.
- als wollender Staat 362f., 369, 660, 700f.
- Befehl schafft keine Pflicht, sondern macht nur eine aufgrund der ~ bestehende Pflicht geltend 402, 409f., 714f.
- Bianco-Anerkennung der ~ 487f.
- bringt Willen des Staates zum Ausdruck 318, 348f., 362, 363–365, 617, 674
- Einräumung von Parteidrechten durch die ~ 754f.
- erkennt natürliche Freiheit des Individuums an *s. a. Erlauben* 794, 795, 798f., 800f., 809
- erweitert Handlungsfähigkeit *s. a. Naturgesetze* 798f., 813–817
- findet Gesamtwillen vor 868
- formelle Unverletzbarkeit der ~ 347f.
- Identifizierung von Staat und ~ 809f.
- Identifizierung von Zweck der ~ und Staatswillen ist Hauptfehler der Imperativtheorie 320f., 324f., 405f.
- Imperativtheorie und ~ 320f., 323–325, 605f.
- ist Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion 811
- jede Staatshandlung muß in der ~ vorgezwollt sein 662
- juristische Konstruktion basiert auf der ~ 649, 650
- keine ~ ohne Rechtspflichten 436, 663f.
- Mensch als Endzweck der ~ ist naturrechtlicher Grundsatz 736f.
- Monarch kann ~ in Funktion setzen oder zum Stillstand bringen 854f., 856, 859
- Motivation zu rechtmäßigem Verhalten *s. Motivation zu rechtmäßigem Verhalten*
- motivierende Kraft der ~ setzt Rechtskenntnis voraus 466
- Naturgesetze und ~ 347f.
- Objektivität der ~ und Subjektivität der Kulturnormen 502f., 505, 527
- Person ist Pflichtsubjekt aufgrund durch die ~ begründeter Zurechnung 667
- Präventionszweck der ~ 467, 471
- Reaktion auf Unrecht als Zweck der ~ 467
- Recht schafft die ~ 187f.
- rechtliche Relevanz von Handlungen und ~ 644f.
- Rechtspflicht ist durch die ~ statuiertes Sollen 832
- Rechtssatz als letzte Einheit der ~ 354.1–356
- Rechtsverhältnis ist Verhältnis zur ~ 873–875
- sekundärer Charakter der ~ und Strafrecht 447f., 456f., 462
- Souveränität der ~ in der Anerkennung von Pflichtsubjekten 668
- Staat und andere Subjekte Pflichtsubjekt aufgrund durch die ~ begründeter Zurechnung 667
- Staatsgewalt und ~ 525, 586f.
- Staatsperson und ~ 348–350, 573f.
- Staatswille in der ~ 660–662, 674
- Staatswille von der ~ anerkannt 598
- Stufenbau der ~ fehlt in den „Hautproblemen“ 34*
- tritt mit menschlichem Verhalten in Beziehung, indem sie daran Rechtsfolgen knüpft 795f.
- Unrecht als Versagen des sozialen Zwecks der ~ 346f.
- Verhältnis von ~ und rechtmäßigem Verhalten als Fiktion 471f., 476
- Verpflichtungskriterium der ~ *s. a. Sanktion* 357–362
- Wille der ~ und realer Wille bei Windscheid 741–743
- Wille des Monarchen als ~ 550f.
- Zurechnung aufgrund der ~ niemals Fiktion 631
- (sozialer) Zweck der ~ 327, 336, 340, 343, 369, 414, 466–468, 471, 519, 667f.
- Rechtspersönlichkeit *s. a. Person* 673f.
- der Staatsorgane *s. Staatsorgane*
- des Staates 754f.
- Iherings ~sbegriff 735
- Rechtspflicht(en) *s. a. Pflicht* 341f., 357–359, 362, 396f., 409f.
- Ableitung der ~ aus dem Rechtssatz im engeren Sinne 475f., 665f.
- Ableitung der ~ aus der Gerechtigkeit 452f., 455, 459
- als durch die Rechtsordnung statuiertes Sollen 832
- als Endresultat einer Motivation 463f., 642f., 873f.

- als realpsychischer Zustand der Willensgebundenheit 440f., 442f., 447f., 451f., 453f., 463f., 483, 532.2442*, 576, 580, 873f.
- als rechtlich erhebliche Pflicht 454, 462, 525, 690, 714
- als sozialpsychischer Zwang durch Drohung 444f., 463f., 467f., 469, 471, 475, 583f.3 (583), 841f.
- als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes 389, 435f., 455, 574f., 664f., 706f., 720, 721, 737f., 779
- Anerkennung und Kenntnis des Rechtssatzes für ~ irrelevant 398, 528
- Aufhebung von ~ 460f.
- Befehl schafft keine ~, sondern macht nur eine aufgrund der Rechtsordnung bestehende ~ geltend 402, 409f., 714f.
- Befolgung von Handlungspflichten 465f., 787–789
- Befolgung von Unterlassungspflichten 464–466, 575–578, 788
- Blankett~ s. *Blankettrechtspflicht*
- der Legislative 584–587, 589
- der Staatsorgane 664f., 671
- der Untertanen s. a. *Bedingtheit* 524, 575–577, 663f.
- des Ministers 855–857
- des Monarchen s. a. *Monarch, Unverantwortlichkeit des* 854, 855f.
- des Staates immer bedingt 574f.
- Einheit des ~sbegriffs 368, 395, 524, 574f., 679f., 827
- Feststellbarkeit des Bestehens einer ~ 455, 459, 493
- Furcht vor Strafe als einziger Grund für die Erfüllung von ~ (als Fiktion) 465f.
- Gehorsamspflicht und ~ 406
- Geltendmachung der durch die Gesetze statuierten ~ durch die Verwaltung 402, 409f., 691, 712–714
- Gleichartigkeit von ~ und Moralpflicht 443–448, 449, 461–464, 475, 477, 499, 535, 537, 538, 599
- in jedem Rechtssatz enthalten 333f., 435f., 475f., 533, 712f., 726, 779f., 819–821
- Interesse und ~ 474f.
- ist Rechtssatz in seiner Subjektivierung 574f.
- juristische Konstruktion der ~ aus dem Rechtssatz 589f.
- keine Rechtsordnung ohne ~ 436, 663f.
- keine ~ ohne Rechtssatz 578
- Kulturnormen und ~ 448–450, 453f., 527f.
- Methodenfehler in der Lehre von der ~ 461
- Monarch als Subjekt von ~ 566, 851–860
- Moralpflicht und ~ 437
- muß auf Rechtssätzen beruhen 671
- Naturrecht in der Lehre von der ~ s. a. *Selbststand der Rechtswissenschaft* 454f., 508f.
- naturrechtliche Konstruktion der ~ 648, 720f.
- nie auf eigenes Verhalten, sondern stets auf fremde ~ gerichtet 824, 828, 847
- nie durch Rechtsgeschäft, sondern nur durch Rechtssatz statuiert 523, 701f.
- nur das Gesetz statuiert Rechtspflichten 412f., 706f.
- ohne Anerkennung keine ~ 492–494, 495, 497f.
- Organpflicht als Blankett~ 714f., 718
- Organpflicht als ~ 684–687, 713
- Organpflicht und ~ 679
- Person als Subjekt von ~ 665
- physischer und juristischer Personen 530–532
- Publikationspflicht als ~ 564f., 567
- Rechtsstellung des Staatsorgans als ~ 829f.
- sekundäre Natur des subjektiven Rechts zur subjektiven Pflicht s. a. *Rechtspflicht in jedem Rechtssatz enthalten* 436, 520f., 819f., 842f.
- Selbständigkeit von Rechtsnorm und ~ 455–457
- Staat als Subjekt von Rechten und ~ 340–342, 529
- Staatsperson und ~ (Thon) 424f.
- Statuierung von ~ durch die Verwaltung und Private 701–703
- subjektive ~ s. *subjektive Pflicht*
- subjektives Recht als materieller Reflex der ~ 731–734, 737, 747f., 842f.
- Unterscheidung von Rechtssatz und ~ 435

- Unterscheidung zwischen Rechtssatz, der ~ des Staates begründet und Disziplinarrechtssatz 676 f.
- verpflichtende Rechte und berechtigende Pflichten 830 f., 849
- Verwaltung als Inhalt von Rechtssätzen und Erfüllung von ~ 660, 675
- Verwaltungsakt macht im Gesetz statuierte ~ geltend 713, 714
- Wahlpflicht als ~ 848 f.
- zur Erduldung der Unrechtsfolgen 417
- Rechtsphilosophie
- als Brücke zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft 62
- Rechtsprechung s. *Gericht*
- Rechtsquellen 450, 452, 483 f., 648 f., 659
- Rechtsregel und Rechtssatz 552
- Rechtssatz s. a. *Gesetz; Rechtsnorm* 196 f., 412 f.
- Ableitung der Rechtspflicht aus dem ~ im engeren Sinne 475 f., 665 f.
- als Ausdruck des Staatswillens 408
- als Feststellung der Voraussetzungen, an die der Wille des Staates geknüpft ist 342
- als garantierte Norm 335–339
- als hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zu einem eigenem Verhalten 326, 340, 342 f., 345, 346, 347, 350, 353, 369, 372, 373–383, 388, 390, 404, 457.1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 561 f., 573, 577, 608, 644, 662, 674, 826
- als Imperativ 314–317, 325.1432*, 342 f., 344, 353 f., 450 f., 457.1, 447, 476 f., 512–514, 518 f., 521 f., 524 f., 528 f., 782
- als letzte Einheit der Rechtsordnung 354.1–356
- als notwendiger Inhalt der Gesetzesform 649.1, 693, 703, 706–709, 709.1–711 (711), 712
- als Rat 344, 397 f.
- als subjektives Recht der Untertanen und des Staates 826 f.
- als Zentralbegriff juristischer Konstruktion 51
- als (Zurechnungs-)Regel staatlichen Handelns 293–296, 369 f., 543 f., 552 f., 561 f., 565.1, 567, 578–580, 586 f., 608, 630 f., 642 f., 645–647, 649, 654, 674 f., 695, 698, 706 f., 867 f.
- Änderung des Inhalts des Rechtssatzes 411
- Anerkennung des Rechtssatzes für Verpflichtung irrelevant 398, 528
- Anerkennung von Rechtssätzen 479–511, 528
- angewendeter und befolgter ~ 522 f.
- Anschutz' ~begriff 689, 702–704, 715.1, 718
- Autorität des Staates als Erfüllungsgarantie des Rechtssatzes 338 f., 403–405
- Bedingtheit des Staatswillens im ~ 287, 318–320, 326, 333 f., 342 f., 345, 354.1–356 (354), 362 f., 372 f., 382, 386, 412 f., 423 f., 431 f., 476, 511, 513, 544, 549, 565.1, 574–576, 584 f., 644 f., 647 f., 654, 662, 674, 707, 709, 713, 719, 756, 779, 787, 825–827, 848, 855
- Begriff des Rechtssatzes 80, 693 f.
- Begriff des ~ bei Zitelmann 80.1, 373 f., 380 f.
- Bekkers ~begriff 354.1–356
- Bianco-Anerkennung des Rechtssatzes 487 f.
- Blankett~ s. *Blankettrechtssatz; s. a. Blankettrechtspflicht; Ermessen*
- Dienstbefehl ist kein ~ 714
- Disziplinar~ s. *Disziplinarrechtssatz*
- doppelter Zweck des Rechtssatzes 328 f.
- Einheit des ~begriffs 368, 827
- enthält den Staatswillen 196, 202, 294, 301, 477–479, 525, 527 f., 561 f., 604, 606–608, 666
- enthält Unrechtsfolge 137
- Erfüllungsgarantien des Rechtssatzes s. *Erfüllungsgarantien des Rechtssatzes*
- Exekutive realisiert den ~ 707, 709.1–711 (709)
- Feststellung der spezifischen Form des Rechtssatzes durch die Rechtswissenschaft 159, 185 f.
- Fiktion des Allgemeinwohls im ~ 648
- Freiheitsrechte sind keine selbständigen Rechtssätze 372
- Funktion des Rechtssatzes ist die Reaktion gegen das Unrecht 328, 338, 674 f.
- garantierende Funktion des Rechtssatzes 517 f., 524 f.
- gesamte Tätigkeit des Rechtsstaates beruht auf Rechtssätzen 608, 706 f., 712
- Gesetz als Inbegriff des Rechtssatzes 294

- Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes *s. a. Delegation; Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes* 649.1, 693, 703, 706–709, 709.1–711 (711), 712
- gilt ab dem Eintritt der Rechtskraft bis zur formellen Aufhebung 386, 533, 536
- heteronomer und sanktionierter ~ 317, 571f.
- Identität von Norm und Straf~ 402f., 410f., 416
- im engeren Sinne *s. a. Unrechtsfolge* 319f., 472, 644, 667, 674, 676, 778–780, 819f., 823f., 849
- im weiteren Sinne 369, 372, 674, 790, 819f., 824, 848f.
- Imperativtheorie und ~ 302
- Inhaltsänderung des Rechtssatzes 411
- jeder ~ verpflichtet den Staat 529, 533
- Jellineks ~begriff 689f., 703–705
- juristische Konstruktion der Rechtspflicht aus dem ~ 589f.
- keine Rechtspflicht ohne ~ 578
- Kenntnis des Rechtssatzes für Verpflichtung irrelevant 398, 401, 528f.
- Motivation zu rechtmäßigem Verhalten *s. Motivation zu rechtmäßigem Verhalten*
- Nachweis der Norm aus dem Straf~ 396–403
- Norm ohne Rechtssatzcharakter und ~ *s. a. Gesetz ohne normativen Inhalt* 714
- Normbegriff und ~ 689, 702–704, 715.1, 718
- ohne Anerkennung kein verbindlicher ~ 492–494, 495, 497f.
- Privatrecht sind alle Rechtssätze, die Staatswillen zur Exekution enthalten 819
- Publikation als Voraussetzung für die Geltung des Rechtssatzes 515f., 546f., 549–551, 693–695, 698f.
- Rechtsgesetz und ~ 80f.
- Rechtspflicht als subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes 389, 435f., 455, 574f., 664f., 706f., 720, 721, 737f., 779
- Rechtspflicht in jedem ~ enthalten 333f., 435f., 475f., 533, 712f., 726, 779f., 819–821
- Rechtspflicht ist ~ in seiner Subjektivierung 574f.
- Rechtspflicht nie durch Rechtsgeschäft, sondern nur durch ~ statuiert 523, 701f.
- Rechtspflichten und subjektive Rechte müssen auf ~ beruhen 671
- Rechtsregel und ~ 552
- ~begriff 80, 693f.
- ~begriff der Zwangstheorie 354.1–356, 368f.
- ~natur der Amtspflichten 671, 689, 715.1
- Schema des Rechtssatzes 326
- Staatsorgan nur zum Disziplinar~ in einem Subjektsverhältnis 677f.
- Staatsorgane und Untertanen durch denselben ~ verpflichtet 561f., 574f.
- subjektives Kriterium des Rechtssatzes 704f.
- subjektives Recht als ~ in seiner besonderen Beziehung zum Rechtssubjekt 778f., 873f.
- Tätigkeit der Staatsorgane durch ~ dem Staat zugerechnet 351, 579f., 608, 641–643, 649, 661f., 706f.
- (un)bedingte Pflicht und (doppelt) bedingter ~ 381f., 575, 577.2708*, 786
- Unrechtstatbestand des Rechtssatzes 244
- Unrechtsverhinderung als Zweck des Rechtssatzes 403
- Unterscheidung von Rechtspflicht und ~ 435
- Unterscheidung zwischen ~, der Rechtspflicht des Staates begründet und Disziplinarrechtssatz 676f.
- Unveränderlichkeit der logischen Form des Rechtssatzes 375
- Verhältnis von Pflicht und ~ 380
- verpflichtet Rechtssubjekte 435f.
- Verpflichtung der Untertanen durch den ~ im engeren Sinne 666
- verschiedene formale Funktion des Rechtssatzes gegenüber Staat und übrigen Rechtssubjekten 367
- Verwaltung als Inhalt von Rechtssätzen und Erfüllung von Rechtspflichten 660, 675
- Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes *s. a. Delegation; Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes* 706–708
- wird durch die Einräumung eines Anspruchs zum subjektiven Recht 843
- Zitelmanns ~begriff 80.1, 373f., 380f.
- Zweck der Schrankenziehung als Wesen des Rechtssatzes 703f.

- Zweck im ~begriff 689f., 703–706
- Rechtsschranken
- Staatsgewalt durch ~ gebunden 525, 586f.
- Staatstätigkeit als Realisierung der ~ 645–647
- Verwaltung als Staatstätigkeit innerhalb der ~ 643–646
- Rechtsschutz 599
- als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 840
- Rechtssicherheit 459
- Rechtsstaat 616, 634–636, 659f., 693f., 697f.
- administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im ~ nur auf dem Gesetz/ der Verfassung beruhen 712
- Exekutive und Legislative im ~ und Absolutismus 638f.
- Freiheitsrechte und ~ 578–581, 797
- gesamte Tätigkeit des Rechtsstaates beruht auf Rechtssätzen 608, 706f., 712
- Gesetze des Rechtsstaates als Gesamtwille des Volkes (als Fiktion) 281
- Monarch im ~ 851–856
- Monarch im ~ oberstes Organ der Exekutive 713
- Staatsgewalt reicht im ~ so weit wie der Staatswille 578–580, 639, 661f., 681
- Staatsorgane im ~ 639–641
- Unabhängigkeit der Gerichte im ~ 852
- Verwaltung im ~ als Inhalt von Rechtssätzen 660, 675
- Rechtssubjekt 339–341
- als Zweckssubjekt 735–737
- Identifizierung des Begriffs der Person mit dem Begriff des Rechtssubjektes 663
- Koordinierung des Staates mit allen anderen Rechtssubjekten 29*, 341f., 348f., 350, 362, 367f., 369, 531–533, 572f., 714, 809–812, 873f.
- Staat als ~ 757–759
- subjektives Recht als Rechtssatz in seiner besonderen Beziehung zum ~ 778f., 873f.
- verschiedene formale Funktion des Rechtssatzes gegenüber Staat und übrigen Rechtssubjekten 367
- Rechtssystem
- Pflichtbegriff als Mittelpunkt des Rechtssystems 436.2, 841f.
- Rechtstradition
- formalistische 32*
- Rechtsverfolgung *s. a. Klage*
- subjektives Recht und ~ *s. a. Anspruch* 821–823, 825
- Rechtsverhältnis
- ist Verhältnis zur Rechtsordnung 873–875
- subjektive Pflicht als ~ 873f.
- subjektives Recht als ~ 873f.
- Verhältnis des Staates zu seinen Organen als ~ 629f.
- Rechtsverletzung
- subjektives Recht und individuelle ~ 733f.
- Rechtsverordnung *s. a. Verordnung*
- gesetzliche Delegation und ~ 708f.
- juristische Konstruktion der ~ 711
- Verwaltungsverordnung und ~ 711
- Rechtsverständnis
- formalistisches ~ in Österreich 31*f.
- Rechtsvollzugssystem
- Staat als ~ 28*f.
- Rechtswidrigkeit *s. a. Unrecht* 786
- Geltung von Rechtsnormen und ~ 137–141
- nur durch Unrechtsfolge gegeben 420
- Rechtswissenschaft *s. a. Disziplinen; Fachdisziplin; Normwissenschaft; Soziologie; Staatsrechtslehre; Staatsrechtswissenschaften; Wissenschaft* 83
- Absicht des Gesetzgebers und ~ 415, 704f., 728, 732f.1, 762, 766, 791
- Abstraktion als Wesen der juristischen Methode 291–293
- als Form des Denkens 54
- als normative Disziplin 54f., 83f., 102, 115, 117, 118, 124, 128, 168, 249, 291, 307, 330f., 385, 392, 468, 472
- auf den Grenzgebieten der Disziplinen 53
- Bedeutung des Willensbegriffs für die ~ 202f.
- des wilhelminischen Deutschland 30*, 32*
- dogmatische ~ 55
- dogmatische und historische Rechtsbetrachtung 118
- Einheit der ~ *s. a. Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht* 58f.

- Einseitigkeit und Grenzen der normativen Betrachtung 127f., 134, 137, 186–188
 - Eliminierung der explikativen Betrachtung aus der ~ 55
 - erfaßt Sollen 83, 268, 269
 - ergründet Staatswillen 405f.
 - Erkenntnis von Normen als Ziel der ~ 54f.
 - Feststellung der (spezifischen) Form des Rechtssatzes durch die ~ 159, 185f.
 - Fiktionen in der ~ 56, 57
 - formal-normative Betrachtung in der ~ 57f., 127f., 181f., 198, 490f.
 - formaler Charakter der ~ 186, 321, 395, 400, 405
 - formalistisches Rechtsverständnis in Österreich 31*f.
 - für die ~ unverrückbare Grenze zwischen Recht und Gerechtigkeit 455
 - Grenze der ~ zur Soziologie und Psychologie 25*
 - Inhalt und Form als Grenzen der ~ 56
 - Methodenfehler und ~ 454f., 479f.
 - methodologischer Unterschied der ~ zur Psychologie 263f., 268, 470f.
 - Naturrecht und ~ 84f.
 - normative Betrachtung als Grenze der ~ 56
 - Organbegriff der ~ 594–598
 - „psychologische“ ~ 249–262, 269, 306
 - Rechtsgeschichte *s. a. Rechtsgeschichte* 55, 117f., 124
 - rechtshistorische Schule 123f., 136.419*
 - Rechtsphilosophie als Brücke zwischen ~ und Philosophie 62
 - schafft Rechtsbegriffe 187f.
 - Selbstand der ~ *s. a. Naturrecht* 454–457, 470
 - Unabhängigkeit von Ethik und ~ 455
 - Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht aus der römischen ~ übernommen 791
 - Unterscheidung zwischen Recht und ~ 187f.
 - Verhältnis der ~ zur Soziologie 321f., 330f., 405, 470f.
 - Wesen der ~ *s. a. formale Betrachtungsweise* 57f.
 - Willensfreiheit und ~ 264–268
 - Reflexwirkung und subjektives Recht 732–734, 737, 747f., 842f.
 - Regel
 - Ausnahme und ~ bei Naturgesetzen 109–111
 - Verwechslung von Begriff und ~ 731
 - Regierung
 - Ermessen der ~ 649
 - freie Tätigkeit der ~ 648f.
 - Rehm, Hermann
 - Organschaft und Stellvertretung 861f.
 - Staat als Abstraktion 289f.2
 - Staatsorgan 858.1
 - Relativität des Gegensatzes von Inhalt und Form 56f., 469
 - reservatio mentalis s. a. juristischer Willensbegriff; Mentalreservation* 229
 - Reservatrechte *s. a. Monarch* 771f.
 - Revision der methodologischen Grundlagen 51
 - Richter *s. Gericht*
 - „richtiges“ und „unrichtiges“ Recht 508
 - Rieker, Karl Eugen 614.2896*
 - Begriff des Staatsorgans 614
 - Monarch als Staatsorgan 614–619
 - Parlament kein Staatsorgan 613f., 617f., 619–623, 625
 - Staatswille als realpsychische Tatsache 614
 - Volkssouveränität 617f.
 - Roces, Wenceslao 886*
 - von Rohland, Woldemar
 - Kausalität durch Unterlassen 219.1
 - Rosin, Heinrich
 - Begriff als Abstraktion 292
 - Zweck im Recht 176.4, 176.4–178 (177f.)
 - Rousseau, Jean-Jacques
 - Fiktionen bei ~ 634
 - Royama, Yoshiro 887*
 - Rückwirkung von Rechtsnormen 412–415, 584f.
- S
- sanction
 - the law constructed solely on the basis of the ~ *s. a. Zwangsordnung* 41*f.
 - Sanktion *s. a. Verpflichtungskriterium*
 - der Amtspflichtverletzung ist Disziplinarrechtsfolge 684

- Furcht vor ~ als Motivation zu rechtmäßigem Verhalten 141, 317f., 334, 398f.
- General~ im Privatrecht 357
- heteronomer und sanktionierter Rechtsatz 316–318, 571f.
- Mißbilligung als ~ der Moral 119f.1
- Spezial~ im Strafrecht 355–357
- ~sloser Charakter des Sittengesetzes 317
- ~slosigkeit der Staatspflicht 589
- Sanktion des Gesetzes durch den Monarchen *s. a. Gesetz, Form des Gesetzes und Staatswille* 549–553, 556, 558–563, 583, 618f., 623, 693–695, 698f., 705
- als Kernpunkt der Gesetzgebung (Seligmann) 552, 553
- formal-juristische und historisch-politische Betrachtung der ~ 553f.
- Perfektion des Staatswillens und ~ 557
- Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses 560–563
- Sanktionsbedürftigkeit von Rechtsnormen 317f.
- von Savigny, Friedrich Carl 118.304*
- Schein, Josef
 - Rechtssatz als Regel staatlichen Handelns 370f.1
 - Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht 371f.1
- Schema des Rechtssatzes 326
- Schleiermacher, Friedrich (Daniel Ernst) 92.118*
 - Geltung und Befolgung des Sittengesetzes 107f., 132, 133f.
 - Kritik bei Eucken 108f.1
 - Naturgesetz und Sittengesetz 92f.
- Schlossmann, Siegmund Alexander 450.2023*
 - Ableitung der Rechtspflicht aus der Gerechtigkeit 452f., 460
 - Anerkennungsakt 480.2
 - (autonome) Moral dem Recht übergeordnet 451f.
 - Kritik an Jellinek 869
 - Kritik an Laband 863, 869
 - Kritik bei Preuß 863
 - Organschaft und Stellvertretung 861–866
 - (Rechts-)Pflicht als Zustand realpsychischer Gebundenheit 451–453
 - Rechtsquellen 450, 452, 483f.
- Rechtssatz als Imperativ 450f.
- sittliche Rechtfertigung des positiven Rechts 451, 452f., 483f.
- Schmidt, Bruno 307.1339*
 - Analogie zwischen Individualwillen und Staatswillen 309, 310
 - (kausaler bzw. psychologischer) Staatswille 307–311
 - Methodenfehler bei ~ 309, 310f., 312f., 313
 - organische Staatstheorie 307, 308
 - Willens(un)freiheit 311f.
 - Wollen fremden Verhaltens 310–312
- Schmidt, Richard 275.1195*
 - Gesamtwille 282.2
 - Organbegriff 600f.
 - organische Staatstheorie 275.5
 - Staat als juristische Person 290.1
 - Staat und Recht 542.3
- Schmill, Ulises 886*
- Schmitt, Carl 902*
 - Schuld
 - Begriff 235–243, 245–248.1, 260f.
 - Fiktionen beim Schuldbegriff 241, 744
 - normative Betrachtung und ~begriff 241–249
 - normativer ~begriff 241–249
 - (psychologischer) Wille und ~ 240, 241, 248f., 249
 - ~formen 235–243, 245–248.1, 744
 - Zurechnung und ~ 249, 250
- Seidler, Gustav 181
 - organische Staatstheorie 175f.
 - rechtliche Gebundenheit des Staates 531
 - Staat und Recht 542.3
- Sein *s. a. Sein und Sollen* 242, 252, 266, 268, 289, 291f., 298.1–300 (299f.), 330, 334, 392, 468, 532.2442*, 541, 631, 634, 666, 877
 - als ursprüngliche Kategorie 86, 160
 - faktische Machtverhältnisse und ~ 580
 - Idealbegriffe und ~ 840f.
 - in der Anerkennungstheorie 486f., 489, 490f., 497f.
 - Naturwissenschaft erfaßt das ~ 83
 - Psychologie erfaßt das ~ 268
 - Seins-Geltung 347
 - Sollen als Spezialfall des Seins 100, 106
 - soziologische Betrachtung des Seins 100f.

- Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens und ~ 307
- Zerstörung eines Sollens durch ein ~ 83–101, 132–138, 461f., 494f., 571
- Sein und Sollen 54–56, 86–88, 120f., 291f.
- als ursprüngliche Kategorien 86, 160
- autonome Moral und ~ 128f.
- bei Kant 91f., 106f.
- bei Kitz 86f.
- bei Simmel 86f., 100–102
- (formallogischer) Gegensatz zwischen ~ 87–90, 118, 126, 128, 131, 153f.
- materielle Identität von ~ auf dem Gebiet der Moral 99–103, 440
- normative Betrachtung und Gegensatz von ~ 134, 338f.
- normative Kraft des Faktischen und ~ 87–89
- soziologische Betrachtung von ~ 100f.
- Trennung von ~ 26*, 54f., 56, 86–88, 120f.
- Unterscheidung von ~ als Spezifikum der juristischen Methode 472
- unüberbrückbarer Gegensatz zwischen ~ 86–88, 133f., 219–222, 338, 393f.
- Vermengung von ~ 81–89, 100f., 104, 114f., 124, 127f., 130–132, 133–136, 141f., 153, 173, 210f., 218–223, 226f., 242f., 256–258, 266–268, 270, 291, 293, 309, 311, 314f., 332f., 340, 387f., 393f., 468, 470f., 486f., 490, 498, 507, 540f., 574, 579f., 634f., 727, 734, 814, 839
- Zerstörung des Gegensatzes von ~ 133f., 385f., 472f.
- Zerstörung eines Sollens durch ein Sein 83–101, 132–138, 461f., 494, 570f.
- Selbstbefreiung
 - des Staates 568–570, 573
 - Selbstverpflichtung und ~ 568
- Selbstbeobachtung als Methode der Psychologie 264–266
- Selbstorganisation der Gesellschaft durch Recht 33*
- Selbststand der Rechtswissenschaft *s. a. Naturrecht* 454–457, 470
- Selbstverpflichtung
 - Anerkennung von (Rechts-)Normen und ~ 479, 503, 505
 - autonome Moral und ~ 442f., 536–541, 568
 - des Staates 531, 532.2442*, 533f., 535–541, 568–571, 572f., 587, 588
 - Freiheitsrechte und ~ 579
 - Methodenfehler in der ~lehre 540, 541, 572f.
 - Selbstbefreiung und ~ 568
- Selbstverwaltungskörper
 - als Staatsorgan 830
- Selbstzweck
 - methodologische Spekulation als ~ 52
- Seligmann, Ernst 913*
 - Anerkennung von Rechtsnormen 495
 - Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl 551f.
 - Imperativtheorie 343.1, 359f., 513
 - Organpflicht als Rechtspflicht 685–687
 - Rechtssatz und Rechtsregel 552
 - Sanktion als Kernpunkt der Gesetzgebung 552, 553
 - Staatspflicht und Amtspflicht 679
- Siebeck, Oskar 884.14*, 885.16*, 887*, 893.43*, 898.68*, 900.78*, 901*, 902.89*, 905.100*, 908*
 - Siebeck, Paul 884*, 887*, 892.40*, 893.43*, 899*, 900.78*
- Siebeck, Werner 887*
 - von Sigwart, Christoph 93.1, 103f., 152, 152.493*, 222.940*, 374
- Idealbegriffe 839
- individuelles Moment des Imperativs 376f.
- Unterlassen und Wollen 216–218
- Unterschied zwischen psychologischer und juristischer Methode 263f.
- Willensbegriff 204, 206, 211–216, 253f., 261f.
- Zweckbegriff 145, 158.1, 761.3
- Simmel, Georg 86.75*, 88.89*, 91, 134.416*, 136.419*, 899*
 - eine einzelne Wissenschaft kann nie das Ganze erkennen 636
 - Pflichtbegriff 439
 - Sein und Sollen als ursprüngliche Kategorien 86f.
 - Sollen als Denkmodus 86f.
 - Verhältnis von Sein und Sollen 100–102
- Sittengesetz *s. a. Moral* 402
 - als nackter Imperativ 439
 - Anerkennung des Sittengesetzes 439
 - autonomer Charakter des Sittengesetzes 119f., 317

- Befolgung des Sittengesetzes 106–108, 132–134
- Erkenntnis des Sittengesetzes 439
- Geltung des Sittengesetzes bei Fichte 107f.
- Geltung des Sittengesetzes bei Kant 106–108
- Geltung und Befolgung des Sittengesetzes bei Schleiermacher 107f., 132, 133f.
- Gott und ~ 102f.
- im objektiven Sinne 439, 441, 443f.
- Moralpflicht als durch das ~ bewirkte innere Gebundenheit des Subjektes 437, 439
- Naturgesetz und ~ 80–93
- Normen als objektivierter sittlicher Trieb 101f., 103
- Rechtsgesetz und ~ 80, 81, 316f.
- Rechtsnorm und ~ 117–144, 437
- sanktionsloser Charakter des Sittengesetzes 317
- Zweck und ~ 114f.
- Sittliche Rechtfertigung *s. ethisch-politische Rechtfertigung*
- Sittlicher Trieb
 - in der Norm objektiviert 101f., 103
- Situationsrecht 383–387, 576
- Sklaven 252
 - als Pflichtsubjekt 668
- society *s. a. Gesellschaft*
- creation of the law by ~ *s. a. Erzeugung des Staatswillens* 41*, 46*f.
- organizes itself by means of the law 45*
- the strictly normative perspective makes possible the law's liberal neutralization of social conflict of interests *s. a. normative Betrachtung* 42*
- sociology *s. a. Soziologie*
- border between legal science and ~ 38*f.
- situation of ~ in the decades immediately before and after the turn of the century 38*f.
- Sollen *s. a. Sein und Sollen* 241f., 252, 268, 291, 330, 468
 - als Denkmodus 86
 - als Spezialfall des Seins 100, 106
 - als Spezifikum der Norm 472
 - als ursprüngliche Kategorie 86, 160
 - Aufhebung eines Sollens nur durch ein ~ 87
 - Bewußtsein des Sollens 212–216
 - Ethik erfaßt ~ 268f.
 - Sollens-Geltung 94, 347
 - rechtliches ~ 90, 91f.
 - Rechtspflicht als durch die Rechtsordnung statuiertes ~ 832
 - Rechtswissenschaft erfaßt ~ 83, 268, 269
 - ~sätze ohne Beziehung zu einem Wollen 157.1
 - Trieb zum gesollten Verhalten 212f.
 - Wesen der Norm ist Statuierung einer Pflicht und eines Sollens 690
 - Wollen und ~ 89f., 154f., 156f., 168, 368
 - Zerstörung eines Sollens durch ein Sein 83–101, 132–138, 461f., 494, 570f.
- Sollen und Dürfen 831–833
 - als Verhältnis zu einer Autorität 831f., 833
 - Rechtspflicht als Sollen 832f.
 - Sollen und Gebieten 832
- Sozial-ethische Betrachtung 367, 674f.
- Soziale Funktion
 - Erzeugung des Staatswillens als ~ 353.1, 540–573, 609, 612–614, 617f., 624, 627, 850
- Soziale Komponente
 - Monarch als ~ 625f.
- Sozialismus *s. a. bürgerliche Nationalökonomie*
- Wirtschaftstheorie des ~ 168–170
- Zukunftsstaat des ~ 436
- Sozialpsychologie 866–868
 - Rechtspflicht als sozialpsychischer Zwang durch Drohung 444f., 463f., 467f., 469, 471, 475, 583f.3 (583), 841f.
- Sozialwissenschaften *s. a. Kausalwissenschaften; Methodenfehler; Psychologie; Soziologie* 53, 126–128
- Öffnung der Staatsrechtswissenschaften zu den ~ 25*
- Soziologie *s. a. Kausalwissenschaften; Rechtswissenschaft; Sozialwissenschaften; Staatsrechtswissenschaften* 53, 56, 127f., 141, 198
 - Erfassung des Inhalts von Normen durch die ~ 185f.
 - Grenze der ~ zur Rechtswissenschaft 25*
 - Organbegriff der ~ 597–601, 624, 628
 - Situation der ~ zur Jahrhundertwende 25*

- Verhältnis der ~ zur Rechtswissenschaft 321f., 330f., 405, 470f.
- Soziologische Betrachtung 181, 194, 278, 288, 322, 328, 334, 340, 467, 498, 542f., 580, 589, 598, 871f.
- der Norm 100f., 127f.
- des Rechts bei Binding 392
- des Rechts bei Ferneck 385f.
- von Sein und Sollen 100f.
- Soziologische Methode 104, 290, 337, 612, 727
- Unterschied zwischen juristischer und soziologischer Methode 262–264
- Spekulation
 - methodologische ~ als Selbstzweck 52
- Spezialsanktion im Strafrecht s. a. *Verpflichtungskriterium* 355–357
- de Spinoza, Baruch
 - Willensfreiheit 267
- Sprachgebrauch des täglichen Lebens
 - bei Binding 391
 - Sein und ~ 307
 - Willensbegriff und ~ 307
 - wissenschaftliche Terminologie und ~ 391, 757
- Staat s. a. *anorganische Staatstheorie; organische Staatstheorie*
 - allrechtliche Natur des Staates und staatliche Natur allen Rechts 33*, 371, 388
 - als Abstraktion 289f.2
 - als juristische Person 290.1, 550f., 811f.
 - als Rechtssubjekt 757–759
 - als Rechtsvollzugssystem 28*f.
 - als Schöpfer des Rechts s. a. *Gesetzgebung* 541–544, 567f., 572, 573, 609f.
 - als Subjekt von Rechten und Pflichten 340–342, 529
 - als Träger des Rechts 125f., 192f., 195, 715
 - als unkörperliche Realität 277.1–279
 - als Zurechnungspunkt 762, 814f., 871
 - Analogie zwischen Mensch und ~ 643f.
 - Autorität des Staates s. *Autorität des Staates*
 - Denken und Fühlen/Wollen des Staates 543f., 571f., 626, 696f.
 - Einheit des Staates 583f.3
 - Einheit des Zweckes zwischen ~ und Wähler als Fiktion 772f.
 - Exekutive als handelnder ~ 639
- Freiheitsrechte sind Unterlassungspflichten des Staates 681f.
- für jede ~shandlung eigener Staatswille erforderlich 661
- Gesellschaft und ~ 275f., 320–322, 572f., 612f., 620f.
- Gesetzesbindung des Staates 525f.
- Gesetzgebung als außerstaatlicher Akt 192f., 543–547, 556f., 565.1, 581f.1, 637, 638, 701
- Gesetzgebung als Willensbildungsprozeß des Staates 287, 697f.
- Gesetzgebungsakt als Übergangsstelle zwischen ~ und Gesellschaft 546f., 612f.
- Gewaltverhältnis zwischen ~ und Staatsorgan 870–872
- handelnder ~ in der Verwaltung 363, 369, 660, 675, 700f.
- homogen-geschlossener ~ als Überperson (als Fiktion) 28*
- Identifizierung von ~ und physischem Staatsorgan 590, 606
- Identifizierung von ~ und Rechtsordnung 809f.
- Identität von ~ und Volk 628f.
- im Begriff des „Zweck des Staates“ fallen Zweck und Zweckträger zusammen 762f.
- im Naturrecht vor- und außerstaatliche Freiheit 722
- jede ~shandlung muß in der Rechtsordnung vorgewollt sein 662
- jeder Rechtssatz verpflichtet den ~ 529, 533
- kann nur seine eigenen Handlungen wollen 301, 372f.
- komplementäre Handlungen s. a. *Pflicht zur Erhebung des Anspruchs* 844f., 849f.
- Koordinierung des Staates mit allen anderen Rechtssubjekten 29*, 341f., 348f., 350, 362, 367f., 369, 531–533, 572f., 714, 809–812, 873f.
- Kritik Kelsens am ~ als Willenssubjekt 27*f.
- Legislative als wollender ~ 639
- letzter Zweck des Staates sind die Regeln der Politik 763f.
- Mitwirkung des Subjekts bei seiner Verpflichtung durch die staatliche Autorität 510

- Organeinheit und ~seinheit 619f.
- Organverhältnis als bloße Relation der Zurechnung zum ~ 858
- Parlamentsbeschluß im Interesse des Gesamt~ als Fiktion 624
- Pflichtsubjekt aufgrund durch die Rechtsordnung begründeter Zurechnung 667
- Publikationspflicht des Staates 566f.
- Recht und ~ 541–543, 598f.
- rechtliche Bindung des Staates 531
- Rechtsordnung als wollender ~ 362f., 369, 660, 700f.
- Rechtspersönlichkeit des Staates 754f.
- Rechtspflicht des Staates immer bedingt 574f.
- Rechtssatz als subjektives Recht des Staates 826f.
- Rechtssatz als (Zurechnungs-)Regel staatlichen Handelns 293–296, 369f., 543f., 552f., 561f., 565.1, 567, 578–580, 586f., 608, 630f., 642f., 645–647, 649, 654, 674f., 695, 698, 706f., 867f.
- Selbstbefreiung des Staates *s. a. Selbstverpflichtung* 568–570, 573
- Selbstverpflichtung des Staates *s. a. Selbstbefreiung* 531, 532.2442*, 533f., 535–541, 568–571, 572f., 587, 588
- spezifisch staatliche Natur des Rechtes 351f.
- staatliche und gesellschaftliche Natur des Wahlaktes 850f.
- Staatsorgan als handelnder ~ 639
- subjektive Rechte des Staates 754f., 827
- subjektive Rechte gegen den ~ 820–827
- ~stätigkeit als Realisierung der Rechtsschranken 646f.
- Tätigkeit der Staatsorgane durch Rechtssatz dem ~ zugerechnet 351, 579f., 608, 641–643, 649, 661f., 706f.
- Unmöglichkeit staatlichen Unrechts 363–367, 520, 588f., 590f., 674f., 679, 681, 821f., 854
- Unterlassungspflichten des Staates 577–581, 681f., 858
- Unterscheidung zwischen Rechtssatz, der Rechtspflicht des Staates begründet und Disziplinarrechtssatz 676f.
- Verhältnis von ~ und Staatsorganen als Rechtsverhältnis 629f.
- verschiedene formale Funktion des Rechtssatzes gegenüber ~ und übrigen Rechtssubjekten 367
- Verwaltung als freie ~stätigkeit 646–649
- Verwaltung als ~stätigkeit innerhalb der Rechtsschranken 643–646
- Volk und ~ 194f.
- Wille des Staates ist (objektives) Recht 191f., 542f.
- Wollen des Staates als Zurechnung 571f.
- wollender ~ in der Gesetzgebung 639
- wollender ~ in der Rechtsordnung 362f., 369, 660, 700f.
- Zwang des Staates gegen sich selbst undenkbar 362, 821f.
- zwischen Monarch und ~ geteiltes Recht 769–772
- zwischen Staatsorgan und ~ geteiltes Recht 766–773
- zwischen Wähler und ~ geteiltes Recht 772f.
- Staatsbegriff
 - Umfang des ~ *s. a. Umfang des Gesellschaftsbegriffs* 59
- Staatsbewußtsein
 - Staatswille und ~ 306
- Staatsform 634f.
- Staatsfunktion
 - alle rechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen als ~ 313
 - Erzeugung des Staatswillens als ~ 609, 612–614, 618–620, 626f., 636f., 660f., 719
 - Gesetzgebung als ~ 700f., 719
 - Monarch als Rechtserzeuger keine ~ *s. a. Monarch in der Exekutive keine Staatsfunktion* 565.1, 855
 - Monarch in der Exekutive keine ~ *s. a. Monarch als Rechtserzeuger keine Staatsfunktion* 856f.
 - nur Exekutive, nicht Legislative ist ~ 565.1, 581f.1
 - Parlament als Rechtserzeuger keine ~ 565.1
 - Wahl als ~ 849f.
- Staatsgewalt 339, 630
 - durch rechtliche Schranken gebunden 525, 586f.
 - Einheit der ~ 582, 619
 - Rechtsordnung und ~ 525, 586f.

- reicht im Rechtsstaat so weit wie der Staatswille 578–580, 639, 661f., 681
- (Die) Staatslehre des Dante Alighieri (HK) 888*
- Staatsorgan(e) *s. a. Amtspflicht* 363, 536, 639
- Abgeordneter als ~ 593, 609, 627, 637
- als Adressat der Rechtsnormen 517–529, 603f.
- als Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung 677f., 860, 870, 875
- als Erzeuger des Staatswillens 602–604, 616
- als handelnder Staat 639
- Analogie zwischen öffentlicher Organpflicht und privater Dienstvertragspflicht 716
- anorganische Staatstheorie negiert die Persönlichkeit der ~ 670f., 673f., 862
- Beamter als ~ 593
- Begriff der anorganischen Staatstheorie 592–594, 602f., 613f., 635f., 672f.
- Begriff der Naturwissenschaft 594–598, 869f.
- Begriff der organischen Staatstheorie 590f., 594–596, 602f., 869f.
- Begriff der Rechtswissenschaft 601–608
- Begriff der Soziologie 597–601, 624, 628
- Begriff Jellineks 594, 602f., 628–637, 672f.
- Begriff und Zurechnungsregel 606f.
- Bürger als ~ 593
- Einheit der Staatsperson und Organpersönlichkeit 683–685
- Ermessen der ~ 639, 650
- Freiheitsrechte als Organpflichten 682
- Gewaltverhältnis zwischen Staat und ~ 870–872
- Gierke als Urheber der Unterscheidung von Organschaft und Stellvertretung 862
- höchstes ~ 619f.
- Identifizierung von Staat und physischem ~ 590, 606
- Identifizierung von Staatspflicht und Amtspflicht 680–683
- Identität von ~ und Staatsperson logisch unhaltbar 521
- im Rechtsstaat 639–641
- Imperativtheorie und ~ 350f.
- Imperativtheorie und ~sbegriff 605
- Interesse des ~ an der Organstellung 766
- juristischer ~begriff 598–601
- keine Rechtspersönlichkeit der ~ bei Anschütz 690f., 715.1
- keine Rechtspersönlichkeit der ~ bei Bernatzik 757f., 766
- Legislative als ~ 565.1, 609–612, 627f., 637f., 719
- Methodenfehler im ~begriff 598f., 603f., 607f.
- Monarch als ~ 592f., 609, 612, 614f., 616, 617, 619f., 629f., 639, 705, 769f., 830, 857f.
- nur zum Disziplinarrechtssatz in einem Subjektsverhältnis 677f.
- Organperson und Gesamtperson 868–871
- Organpflicht *s. Amtspflicht*
- Organpflicht als Blankettrechtspflicht 714f., 718
- Organpflicht als Rechtspflicht 684–687, 713
- Organpflicht und organisatorische Verwaltungsverordnung 712f.
- Organpflicht und Rechtspflicht 679
- Organschaft und Stellvertretung bei Laband 862f.
- Organschaft und Stellvertretung bei O. Mayer 861f.
- Organschaft und Stellvertretung bei Preuß 862f., 864–866
- Organschaft und Stellvertretung bei Rehm 861f.
- Organschaft und Stellvertretung bei Schlossmann 861–864
- Organschaft und Stellvertretung in der anorganischen Staatstheorie 861f.
- Organschaft und Stellvertretung in der organischen Staatstheorie 861–871, 873–875
- Organschaft und Stellvertretung stimmen überein 874–877
- Organverhältnis als bloße Relation der Zurechnung zum Staat 858
- Organwille und Gesamtwille 867f.
- Parlament als ~ 593, 609, 612, 613–623, 625, 626–628, 636f.
- Publikationspflicht der ~ 566f.

- realisiert, aber erzeugt nicht den Staatswillen 565.1, 607f., 638f., 675, 718
- Recht der ~ auf Organstellung 767, 828–830
- Rechtskenntnis der ~ s. a. „*iura novit curia*“ 521f.
- Rechtspflichten der ~ 664f., 671
- Rechtspflichten der ~ müssen auf Rechtsätzen beruhen 671
- Rechtssatz als an die ~ gerichteter Imperativ 525
- Rechtsstellung der ~ in der organischen Staatstheorie 670f., 862
- Rechtsstellung des Staatsorgans als Pflichtverhältnis 829f.
- sekundäres ~ 628–630, 636
- Selbstverwaltungskörper als ~ 830
- Staatseinheit und ~einheit 619f.
- Staatswille als Willensakt von ~ 280f., 550f., 677f.
- Steuerzahler als ~ 593, 637
- subjektive Rechte der ~ 720, 766f., 828–830
- subjektives Recht gegen ~ 823f.
- Tätigkeit der ~ durch Rechtssatz dem Staat zugerechnet 351, 579f., 608, 641–643, 649, 661f., 706f.
- üben fremde Rechte aus 757
- Unrecht und ~ 681
- Unterscheidung von Organ als Institution und Organträger in der anorganischen Staatstheorie 672f.
- Untertan und ~ 312–314, 607f.
- Untertanen und ~ als Pflichtsubjekt gleichwertig 686f.
- Untertanen und ~ durch denselben Rechtssatz verpflichtet 561f., 574f.
- Vereinbarkeit von Staats- und Organperson 673–678
- Verhältnis von Staat und ~ als Rechtsverhältnis 629f.
- Volk als ~ 194f., 628–637
- Wähler als ~ 609, 627, 637, 772f., 830, 847.1, 849f.
- Zurechnung bei Organschaft und Stellvertretung 876–878
- Zurechnungsregel und Organbegriff 606f.
- Zweck im ~begriff 596–599, 624
- zwischen Staatsperson und ~ geteiltes Recht 766–773
- Staatsperson
 - als Adressat der Rechtsnormen 529
 - anthropomorphistische Auffassung der ~ 571–574
 - Einheit der ~ 283, 366f., 521, 587f., 627, 662, 670, 675, 684, 707, 822
 - Einheit der ~ und Organpersönlichkeit 684
 - Erzeugung des Staatswillens und ~ 543, 549, 565.1, 617f.
 - Gewaltenteilung und ~ 582
 - identisch mit dem Staatswillen 306, 546
 - Identität von Staatsorgan und ~ logisch unhaltbar 521
 - Imperativtheorie und ~ 424f.
 - Monarch und ~ 859f.
 - physische Untertansperson und juristische ~ 530f., 531f.
 - psychologischer Wille ermöglicht keine ~ 533f., 866f.
 - Rechtsordnung und ~ 348–350, 573f.
 - Rechtspflichten und ~ (Thon) 424f.
 - Theorie der ~ bei Gerber 284f.2, 298.1–300 (299)
 - Vereinbarkeit von ~ und Organperson 673–678
 - verschiedene Funktion des Rechtssatzes gegenüber der ~ und den übrigen Rechtssubjekten 367
 - Wesensgleichheit mit den übrigen Personen 666
 - zwischen ~ und Staatsorgan geteiltes Recht 766–773
- Staatspflicht
 - ausnahmslose Bedingtheit der ~ 577f.
 - Differenz der ~ zur Untertanspflicht 367f.
 - Identifizierung von ~ und Amtspflicht 680–683
 - Konstruktion der ~ 531f.
 - Sanktionslosigkeit der ~ 589
 - Selbstbefreiung von ~ 568
 - Selbstverpflichtung s. *Selbstverpflichtung*
 - Staatswille ist ~ 367f.
 - Unterlassungs~ 465, 466, 577–581, 681f., 858
- Staatsrecht s. a. *Verfassungsrecht*
 - alles Recht ist Staatsrecht 33*
 - Begriff 388f.
 - juristische Konstruktion des Staatsrechts 531

- Staatsrechtliche Konstruktion *s. a. juristische Konstruktion* 58
- Staatsrechtlicher Positivismus *s. a. Positivismus* 25*–30*
- Staatsrechtslehre *s. a. Rechtswissenschaft*
- Einfluß Jellineks auf die ~ 63
 - Kampf gegen den Etatismus der reichsdeutschen ~ 32*f.
- Staatsrechtswissenschaften
- Öffnung der ~ zu den Sozialwissenschaften *s. a. Psychologie; Soziologie* 25*
 - Purifizierung der ~ in den „Hauptproblemen“ 24*–26*
 - Situation der ~ zur Jahrhundertwende 25*
- Staatssozialismus *s. a. liberale Staatstheorie; Neoliberalismus* 59
- Staatstätigkeit
- Verwaltung als freie ~ 646–649
 - Verwaltung als ~ innerhalb der Rechtsschranken 643–646
- Staatstheorie
- anorganische ~ *s. anorganische Staatstheorie*
 - Gegensatz von organischer und anorganischer ~ *s. a. Gegensatz von monistischer und dualistischer Weltanschauung* 62
 - liberale ~ *s. a. Neoliberalismus; Staatssozialismus* 59
 - organische ~ *s. organische Staatstheorie*
- Staatsunrecht *s. Unmöglichkeit staatlichen Unrechts*
- Staatsvolk *s. a. Volk* 628–636
- Begriff des Staatsvolkes 623, 630f.
 - Gesamtwille des Staatsvolks als Staatswille 275–280, 286, 533f., 598
 - Identität des Willens des Parlaments und des Staatsvolks 276
- Staatswille *s. a. Wille* 759
- alles Recht ist ~ 371
 - als Abstraktion 284, 289f., 292f., 298.1–300 (299f.)
 - als Art der Zurechnung 293–298, 318–320, 543f., 572f., 694f., 697–699
 - als Endpunkt der Zurechnung 250–252, 268, 270, 293–298, 301, 604f., 630f., 641f., 665f., 787
 - als Gesamtwille des Staatsvolks 275–280, 286, 533f., 598
 - als juristische Konstruktion 294, 296, 521, 619f.
 - als massenpsychologische Tatsache 275f.
 - als Produkt rechtlicher Zurechnung 27*f.
 - als psychologischer Wille 271–289, 674, 696, 698
 - als realpsychischer Gesamtwille (organische Staatstheorie) 271, 272–280, 285f., 307f., 534f., 543f., 614, 759f., 864, 866, 866f., 877f.
 - als Willensakt von Staatsorganen 280f., 550f., 677f.
 - Analogie zwischen Individualwille und ~ 309f., 548f., 557–561, 696
 - Anerkennung durch die Rechtsordnung 598
 - anorganische Staatstheorie und ~ 282–287
 - auf eigenes Verhalten gerichtet 318f., 521, 606f., 695
 - Aufhebung von Gesetzen als Änderung des Staatswillens 415
 - Bedingtheit des Staatswillens im Rechtsatz 287, 318–320, 326, 333f., 342f., 345, 354.1–356 (354), 362f., 372f., 382, 386, 412f., 423f., 431f., 476, 511, 513, 544, 549, 565.1, 574–576, 584f., 644f., 647f., 654, 662, 674, 707, 709, 713, 719, 756, 779, 787, 825–827, 848, 855
 - bei B. Schmidt 307–311
 - bei Preuß 279f., 289f.2 (290), 298.1–300, 759
 - Blankett-Statswillen 366
 - durch Verhalten der Untertanen bedingt 318–320, 575
 - Einheit des Staatswillens *s. a. Gesetzgebung als einzige Quelle des Staatswillens* 276, 282f., 362, 366, 545, 560f., 587f., 617–621, 627f., 662, 675, 707
 - Erzeugung des Staatswillens als realpsychische Tatsache 543f., 604f., 613f., 617f., 660f., 698
 - Erzeugung des Staatswillens als soziale Funktion 353.1, 540–573, 609, 612–614, 617f., 624, 627, 850
 - Erzeugung des Staatswillens als Staatsfunktion 609, 612–614, 618–620, 626f., 636f., 660f., 719
 - Erzeugung des Staatswillens als Zweckätigkeit 642f.
 - Erzeugung des Staatswillens durch Legislative und Exekutive 603

- Erzeugung des Staatswillens und Staatsperson 543, 549, 565.1, 617f.
- Fiktionen und ~ 276, 281f.
- für jede Staatshandlung selbständiger ~ erforderlich 661
- Gesetz als Ausdruck des Staatswillens 286f., 409f., 615
- Gesetz als Zurechnungsregel zum ~ 294
- Gesetz enthält ~ 712f.
- Gesetzesform und ~ 693–700
- Gesetzgebung als einzige Quelle des Staatswillens *s. a. Einheit des Staatswillens* 707
- Gesetzgebung als Erzeugung eines Staatswillens im psychologischen Sinne 697f., 704f.
- Gesetzgebung und ~ 543f., 552f.
- Gewohnheitsrecht als ~ 194–196
- Identifizierung des Staatswillens mit dem Willen des Monarchen als Fiktion 616
- Identifizierung von Zweck der Rechtsordnung und ~ ist Hauptfehler der Imperativtheorie 320f., 324f., 405f.
- identisch mit der Staatsperson 306, 546
- Identität von Gesamtwille und ~ als Fiktion 533f.
- Imperativtheorie und ~ 320–325
- in der organischen Staatstheorie realpsychischer Gesamtwille 271, 272–280, 285f., 307f., 534f., 543f., 614, 759f., 864, 866, 866f., 877f.
- in der Rechtsordnung 660–662, 674
- in der Verwaltung 660–662
- in jedem Gesetzgebungsakt enthalten 694f.
- Inhalt des Staatswillens 301f.
- Interessenschutz durch einen dem ~ gegenüber selbständigen Willen 753–755
- ist objektives Recht 191–193, 542f.
- ist Staatspflicht 367f.
- Kausalität und ~ 543f.
- Klage bedingt ~ 779
- Monarch bildet primär den ~ 856f.
- objektives Recht als ~ 191–193, 302
- Parlamentsbeschluß und ~ 626
- perfekter ~ 546, 548, 549f., 557, 565.1, 567
- Permanenz des Staatswillens 531–536, 603f., 615, 617f.
- persönlicher Wille des Monarchen als ~ ist Fiktion 281
- Privatrecht sind alle Rechtssätze, die ~ zur Exekution enthalten 819
- Realisierung des Staatswillens als Funktion der Rechtsanwendung 459
- Recht als ~ oder Volkswille 193–195, 195.2, 283f.
- Recht enthält ~ zu einer Unrechtsfolge und verpflichtet Untertanen 388f., 664
- Rechtsordnung bringt ~ zum Ausdruck 318, 348f., 362, 363–365, 617, 674
- Rechtssatz als Ausdruck des Staatswillens 408
- Rechtssatz als Feststellung der Voraussetzungen an den ~ geknüpft 342
- Rechtssatz als hypothetisches Urteil über einen ~ zu eigenem Verhalten 326, 340, 342f., 345, 346, 347, 350, 353, 369, 372, 373–383, 388, 390, 404, 457.1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 561f., 573, 577, 608, 644, 662, 674, 826
- Rechtssatz enthält den ~ 196, 202, 294, 301, 477–479, 525, 527f., 561f., 604, 606–608, 666
- Rechtswissenschaft ergründet ~ 405f.
- Staatsbewußtsein und ~ 306
- Staatsgewalt reicht im Rechtsstaat so weit wie der ~ 578–580, 639, 661f., 681
- Staatsorgan als Erzeuger des Staatswillens 602–604, 616
- Staatsorgan realisiert, aber erzeugt nicht den ~ 565.1, 607f., 638f., 675, 718
- substanzhafter ~ bei Laband 32*
- Unrechtsfolge als ~ zu eigenem Verhalten 360f., 362, 369, 388f., 400f., 431f.
- Unrechtstatbestand bedingt ~ 779
- unverbindliche Wünsche des Gesetzgebers als ~ 359–361, 401f., 407
- Verdoppelung des Staatswillens *s. a. Wille zu wollen* 545f., 560, 603–605, 610
- Verwaltung realisiert ~ 639, 660, 709.1–711 (709)
- Volkswille als ~ (als Fiktion) 617f.
- Wille des Monarchen als ~ 554, 615–618
- Stammler, Rudolf 147.464*, 150.480*
- Gegensatz zwischen Kausalität und Teleologie 145–153
- Konventionalregel 121.1–123
- Zweck im Recht 181.2
- Standpunkt *s. a. Betrachtung*
- Kelsens 32*f., 57f.

- normativer ~ 84, 92f., 115f., 124, 126, 133f., 173, 334, 338
- Stange, Carl
- Pflichtbegriff 437
- state *s. a. Staat*
- all law is in the very nature of things ~ law *s. a. Staat, allrechtliche Natur des ~ und staatliche Natur allen Rechts* 46*
- state's coercive apparatus 28*f., 46*
- homogenous, closed ~ qua superperson 41*
- Kelsen's criticism of the ~ qua legal subject imbued with will 41*
- the will of the ~ as a product of legally constructed imputation *s. a. Zurechnung* 41*
- static understanding of the law in the "Main Problems" 46*f.
- Statische Rechtsbetrachtung in den „Hauptproblemen“ 33*f.
- Statische und dynamische Methode 532
- von Stein, Lorenz 622
- Trennung von Staat und Gesellschaft 613, 620
- Stellvertretung *s. a. Organschaft und Stellvertretung* 709.1–711 (711)
- bei Bernatzik 769.2
- Gierke als Urheber der Unterscheidung von Organschaft und ~ 862
- Organschaft und ~ bei Laband 862f.
- Organschaft und ~ bei O. Mayer 861f.
- Organschaft und ~ bei Preuß 862f., 864–866
- Organschaft und ~ bei Rehm 861f.
- Organschaft und ~ bei Schlossmann 861–864
- Organschaft und ~ in der anorganischen Staatstheorie 861f.
- Organschaft und ~ in der organischen Staatstheorie 861–871, 873–875
- Stellvertreter als Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung 875f.
- Übereinstimmung von Organschaft und ~ 874–877
- Zurechnung bei Organschaft und ~ 876–878
- Steuerzahler als Staatsorgan 593, 637
- Strafe *s. a. Unrechtsfolgen*
- als Rechtsgeschäft 345
- als Unrechtsfolge 318f., 333f., 369, 388f., 400f., 431f.
- Bestrafung von Tieren 668
- Furcht vor ~ als einziger Grund für die Erfüllung von Rechtspflichten als Fiktion 465f.
- Interesse des Verbrechens an ~ als Fiktion 346
- Recht auf ~ 345.1
- Strafrecht *s. a. Normentheorie Bindings; Privatrecht* 791, 803f.
- als Staatsrecht 388f.
- enthält Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge und verpflichtet Untertanen 388f., 664
- erfordert Spezialsanktionen *s. a. Verpflichtungskriterium* 355–357
- Geltungsbereich des Strafrechts 410–412
- Gesellschaftsvertragstheorie und ~ 511.2
- Gleichartigkeit von Rechtspflicht und Moralpflicht 462
- Identität von Norm und Strafrechtssatz 402f., 410f., 416
- in den Schuldformen 240f., 744
- Kulturnormen und ~ 507f.
- Nachweis der Normen aus dem Strafrechtssatz 396–403
- psychologische Elemente im ~ 244f.
- sekundärer Charakter der Rechtsnorm und ~ 447f., 456f., 462
- subjektive Rechte im ~ 723f.
- Wille im ~ 225, 235–249
- Stufenbau der Rechtsordnung und dynamische Rechtsbetrachtung fehlen in den „Hauptproblemen“ 34*
- Subjekt
- der Anerkennung von Rechtsnormen 489–491, 492f.
- Kritik Kelsens am Staat als Willens~ 27*f.
- Mitwirkung des Subjekts bei seiner Verpflichtung durch die staatliche Autorität 510
- Monarch als ~ von Rechtspflichten 566, 851–860
- Moralpflicht als durch das Sittengesetz bewirkte innere Gebundenheit des Subjekts 437, 439
- Person als ~ von Rechtspflichten 665
- Staat als ~ von Rechten und Pflichten 340–342, 529
- Staatsorgan nur zum Disziplinarrechtssatz in einem ~sverhältnis 677f.

- Unrechtstatbestand und ~ 666
- Subjektive Interpretation 705f.
- Subjektive Pflicht *s. a. (Rechts-)Pflicht*
- als Rechtsverhältnis 873f.
- aus dem objektiven Recht abzuleiten 720
- durch Rechtsgeschäft begründet 523, 702
- sekundäre Natur des subjektiven Rechts zur subjektiven Pflicht *s. a. Rechtspflicht in jedem Rechtssatz enthalten* 436, 520f., 819f., 842f.
- Subjektive Rechtsanschauung 371f., 435, 436
- Subjektives Recht
- Ableitung aus dem objektiven Recht 720
- als Berechtigung 721, 778, 781, 783f., 790
- als Dürfen 831, 832f.
- als Können 834–835
- als materieller Reflex der Rechtspflicht 731–734, 737, 747f., 842f.
- als mein Recht 778f., 781, 859
- als rechtlich anerkannte Willensmacht 739f., 741f., 745–747, 752, 774f.
- als rechtlich geschütztes Interesse 182, 346, 435, 524, 643, 725, 730f., 732–734, 740f., 753–759, 782f., 873f.
- als Rechtssatz in seiner besonderen Beziehung zum Rechtssubjekt 778f., 873f.
- als Rechtsverhältnis 873f.
- als vom objektiven Recht Wesensverschiedenes 778
- als Wille oder Interesse ist Fiktion 172
- als Wollendürfen (Kipp und Thon) 745, 747
- Amtspflicht und ~ 823
- Begriff des subjektiven Rechts 182, 435f., 642f., 663, 664f., 720f., 725, 737.1, 739f., 745–748, 774
- Begriff des subjektiven Rechts bei Bernatzik 751–773
- Begriff des subjektiven Rechts bei O. Mayer 834.1
- der Staatsorgane auf Organstellung 720, 767, 828–830
- der Untertanen 826f.
- des Monarchen auf Organstellung 769f., 830, 858–860
- des Staates 754f., 827
- durch Rechtsgeschäft begründet 702
- Durchschnittsinteresse als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 837f.
- gegen den Staat 820–827
- gegen die Untertanen 820f.
- gegen Staatsorgane 823f.
- Idealbegriff des subjektiven Rechts 838–841
- Iherings Begriff des subjektiven Rechts 182, 184, 186.1, 524f., 725, 751–754, 835, 837
- im potentiellen und aktuellen Zustand 787–789
- im Privatrecht 724
- im Strafrecht 723f.
- Imperativtheorie und ~ 783–785
- individuelle Rechtsverletzung und ~ 733f.
- Interesse als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 731, 840f.
- Jellineks Begriff des subjektiven Rechts 750, 774
- Kelsens Begriff des subjektiven Rechts 785, 827
- Klage und ~ 732–734, 755–757, 779f., 785f.
- Konstruktion des subjektiven Rechts bei Thon 781–785
- methodischer Fehler in der Konstruktion des subjektiven Rechts 723
- Möglichkeit der Rechtsverfolgung und ~ *s. a. Anspruch* 821–823, 825, 843
- muß auf Rechtssätzen beruhen 671
- naturrechtliche Konstruktion des subjektiven Rechts 648, 720–723, 726, 737f.
- nie auf eigenes Verhalten, sondern stets auf fremde Pflicht gerichtet 824f., 828, 846f.
- objektives Recht und ~ bei Ihering 725f.
- öffentliches und privates ~ *s. a. Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht* 790–794, 808, 817, 834f., 847.1
- Person als Träger des subjektiven Rechts 663f.
- Rechtssatz wird durch die Einräumung eines Anspruchs zum ~ 843
- Rechtsschutz als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts 840
- Rechtsverfolgung und ~ 821–823, 825
- Reflexwirkung und ~ 732–734, 737, 747f., 842f.

- sekundäre Natur zur subjektiven Pflicht *s. a. Rechtspflicht in jedem Rechtssatz enthalten* 436, 520f., 819f., 842f.
- Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht 841f.
- vulgärer Sprachgebrauch und ~ 721
- Wahlrecht als ~ 821–823, 846f.
- Zweck und Wille im Begriff des subjektiven Rechts 750–753
- zwischen Staatsperson und Staatsorgan geteiltes ~ 766–773
- Subjektsverhältnis
- Staatsorgane nur zum Disziplinarrechtssatz in einem ~ 677f.
- Sulla, Lucius Cornelius 491.2214*
- Synkretismus der Methoden *s. a. Methodenfehler* 53, 294–296, 468, 903*
- Systematik des objektiven Rechts
- formale ~ 388f.

T

- Takei, Takeo 887*
- Teleologie *s. a. Zweck* 181f., 334f.
- ateleologischer Charakter (rechtlicher) Zurechnung 164, 165, 174–176, 250f.
- Gegensatz zwischen Kausalität und ~ (Stammler) 145–153
- normative Betrachtung und ~ 153f.
- Zurechnung und ~ 161f.
- Zusammengehörigkeit von Kausalität und ~ 151f., 153f.
- Teleologische Begriffsbildung 183f.
- Teleologische Betrachtung 160f., 217.901*, 334
- normative und ~ 153–159
- Tendenz zur Realität und Materialität *s. a. formale Betrachtung; Vorwurf des Formalismus* 57
- Testator
- Ermessen des ~ 584
- Tezner, Friedrich 64.37*, 890*, 891.32*, 899.73*
- Besprechung der „Hauptprobleme“ 34*, 46*, 904.94*
- Danksagung Kelsens 64
- Ermessensbegriff 651.1–653 (651)
- Thon, August 420.1886*
- Begriff der Rechtsfolge 422, 423f., 427f., 430–432

- Imperativtheorie 420, 744f., 749, 756, 781, 784f.
- Inkonsequenzen in der Konstruktion des subjektiven Rechts 783–785
- Konstruktion des subjektiven Rechts 781–785
- Kritik an Ihering 782f., 784
- Kritik an Windscheid 741
- Methodenfehler bei ~ 422, 428
- Normentheorie *s. a. Normentheorie Thons* 390, 420–432
- Recht als Komplex von Imperativen 420, 428, 430, 745, 783
- Rechtsgenuß juristisch irrelevant 724.1
- Rechtspflichten der Staatsperson 424f.
- Schadensersatzpflicht als Unrechtsfolge 425–427
- subjektives Recht als Wollendürfen 747
- Unrechtsfolgen 423f., 430, 431f.
- Willensbegriff 420–423
- Zweckmoment 427f.

Tier

- als Adressat der Rechtsnorm 91, 668
- als Pflichtsubjekt 668
- Tönnies, Ferdinand 111.254*
- Träger, Ludwig
- Kausalität durch Unterlassen 219.2–222
- Trennung *s. a. Dualismus; Monismus*
- von explikativer und normativer Betrachtung 54f., 56
- von Inhalt und Form 54, 56f., 469
- von Sein und Sollen *s. a. Vermengung von Sein und Sollen* 26*, 54–56, 86–88, 120f.

U

- Umfang
- des Gesellschaftsbegriffs 59
- des Staatsbegriffs 59
- Unabhängigkeit
- der Gerichte 852
- von Ethik und Rechtswissenschaft 455
- Unbewußte und ungewollte Anerkennung von Rechtsnormen 486
- Unmöglichkeit staatlichen Unrechts *s. a. Amtspflicht; "(The) king can do no wrong"; Unverantwortlichkeit des Monarchen* 363–367, 520, 588f., 590f., 674f., 679, 681, 821f., 854
- als Postulat juristischer Konstruktion 366

- bei Jellinek 365, 366, 367.1
- fehlerhafte Normsetzung 365, 366
- Staatsunrecht immer Widerspruch in sich 367
- Unrecht *s. a. Rechtswidrigkeit* 139, 358, 644f., 785–787
 - als Anwendungsfall des Rechts 140f.
 - als Ausnahme vom Recht 140, 142f., 392–394, 470, 471
 - als Versagen des sozialen Zwecks der Rechtsordnung 346f.
 - Anerkennung von Rechtsnormen und ~ 489f., 493f.
 - ausnahmslose Bedingtheit des Unrechts 786
 - bei Binding 392–394, 400f., 427.1
 - im engeren Sinne und Tatbestand 786–788
 - Reaktion auf ~ als Zweck der Rechtsordnung 467
 - Reaktion gegen das ~ ist Funktion des Rechtssatzes 328, 338, 674f.
 - Staatsorgane und ~ 681
 - Unmöglichkeit staatlichen Unrechts *s. a. Amtspflicht; Unmöglichkeit staatlichen Unrechts* 363–367, 520, 588f., 590f., 674f., 679, 681, 821f., 854
 - Untertanen können unrecht handeln 588
 - ~sverhinderung als Zweck des Rechtssatzes 405
- Unrecht des Staates *s. Unmöglichkeit staatlichen Unrechts*
- Unrechtsfolge(n) *s. a. Rechtssatz im engeren Sinne; Strafe; Verbieten* 544, 575, 588, 644f., 676, 713
 - als Wille des Staates zu eigenem Verhalten 360f., 362, 369, 388f., 400f., 431f.
 - bei Thon 423f., 430, 431f.
 - Exekution als ~ 318f., 333f., 354, 369, 388f., 401, 431, 819
 - formale Natur der ~ 430
 - Furcht vor ~ motiviert zu rechtmäßigem Verhalten 140f., 141, 464f., 465f.
 - Recht enthält Willen des Staates zu einer ~ und verpflichtet Untertanen 388f., 664
 - Rechtspflicht zur Erduldung der ~ 417
 - Rechtssatz enthält ~ 137
 - Rechtswidrigkeit nur durch ~ gegeben 420
- Schadensersatzpflicht als ~ (Thon) 425–427
- Strafe als ~ 318f., 333f., 369, 388f., 400f., 431f.
- Unrechtstatbestand 266, 423f., 544, 578, 644f., 787f.
 - Aufhebung des Unrechtstatbestandes 413
 - bedingt Staatswillen 779
 - des Rechtssatzes 244
 - Klage und ~ im weiteren Sinne 786
 - Subjekt und ~ 666
 - Wortlaut des Gesetzes und ~ 353
- Unterlassen 263, 417, 667
 - alle rechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen als Staatsfunktion 313
 - Bedingtheit des Staatswillens im Rechtssatz und ~ 372f., 576f.
 - Befolgung von Unterlassungspflichten 465, 466, 575f., 577f., 788
 - bei Zitelmann 259, 381f.
 - Freiheitsrechte und ~ 579f., 580f., 681f.
 - juristischer Konstruktion unzugänglich *s. a. Freiheitsrechte* 578f.
 - Kausalität und ~ 164, 166, 216–222, 259, 666f.
 - Motivation und ~ 335
 - Staatspflichten und ~ 475f., 577–581, 681f.
 - Unterlassungspflichten 465, 466, 577–581, 681f., 858
 - Wollen und ~ 216–218
 - Zurechnung und ~ 236.998*–239 (238)
- Unterscheidung
 - objektives und subjektives Recht 841f.
 - Recht und Rechtswissenschaft 187f.
 - Rechtssatz und Rechtspflicht 435
 - Sein und Sollen als Spezifikum der juristischen Methode *s. a. Vermengung von Sein und Sollen* 472
- Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht *s. a. Einheit der Rechtswissenschaft; subjektives Recht* 58, 367, 371, 372, 387f., 388f., 790–792, 817, 819, 872f.
 - aus der römischen Rechtswissenschaft übernommen 791
 - bei Schein 371f.1
 - erfolgt aus Zweckgesichtspunkten 792
 - Methodenfehler in der ~ 872f.

Untertan(en) 318, 646

- alle rechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen der ~ als Staatsfunktionen 313
- als Adressat der Rechtsnormen 513–516
- Differenz zwischen Staatspflicht und ~pflicht 367f.
- Freiheitsrechte der ~ 683
- komplementäre Handlungen *s. a. Pflicht zur Erhebung des Anspruchs* 844f.
- können unrecht handeln 588
- physische Untertansperson und juristische Staatsperson 530f., 531f.
- Recht enthält Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge und verpflichtet ~ 388f., 664
- Rechtskenntnis der ~ *s. a. „iura novit curia“* 227f., 466f., 477, 479, 498f., 500f., 508f., 513–515, 521f.
- Rechtspflichten der ~ 524, 575–577, 663f.
- Rechtssatz als Imperativ an die ~ (als Fiktion) 514f., 524
- Rechtssatz als subjektives Recht des ~ 826f.
- Staatsorgan und ~ 312–314, 607f.
- Staatsorgan und ~ als Pflichtsubjekt gleichwertig 686f.
- Staatsorgane und ~ durch denselben Rechtssatz verpflichtet 561f., 574f.
- Staatswille durch Verhalten der ~ bedingt 318–320, 575
- subjektive Rechte der ~ 826f.
- subjektive Rechte gegen die ~ 820f.
- Verbindlichkeit des sanktionierten Parlamentsbeschlusses für die ~ 562f.
- Verpflichtung der ~ durch den Rechtssatz im engeren Sinne 666
- verschiedene Funktion des Rechtssatzes gegenüber Staatsperson und ~ 367

Unveränderlichkeit der logischen Form des Rechtssatzes 375

Unverantwortlichkeit des Monarchen *s. a. „(The) king can do no wrong“; Unmöglichkeit staatlichen Unrechts* 854–856

Unverletzbarkeit der Rechtsordnung

- formelle ~ 347f.

Unvollkommene Persönlichkeiten 757

Urteil *s. a. Gebieten; Verbieten*

- Geltung 376f., 378

- Gesetz als ~ 696
- Imperativ und ~ 323f., 339f., 376f., 378.1
- Norm und ~ 324
- Rechtssatz als hypothetisches ~ 326, 340, 342, 345, 346f., 350, 353, 369, 372, 373, 374–383, 388, 390, 404, 457.1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 562, 573f., 577, 608, 644, 662, 674, 826

V

vacatio legis 546, 549, 624

Verbieten *s. a. Gebieten* 339f., 340, 359, 574, 832f.

- als Zweckbegriff 344
- bei Jellinek *s. a. Dürfen; Erlauben; Gewähren; Können; Unrechtsfolge* 796f., 803–805
- Identität von Gebieten und ~ 833

Verbot *s. Verbieten*

Verdoppelung des Staatswillens *s. a. Wille zu wollen* 545f., 560, 603–605, 610

Verdross, Alfred VIII*, 886*

Verfassung

- administrative Organisationsgewalt des Monarchen kann im Rechtsstaat nur auf der ~ beruhen 712
- Freiheitsrechte *s. Freiheitsrechte*
- Publikationsklausel 361, 565–567

Verfassungsbruch

- Ausschaltung der Rechtsordnung durch juristische Konstruktion 137f.
- juristisch nicht konstruierbar 635

Verfassungsrecht *s. a. Staatsrecht*

- mangelnde Verarbeitung in den „Hauptproblemen“ als eigene Normebene 33*f.

Vermengung von Sein und Sollen 81–89, 100f., 104, 114f., 124, 127f., 130–132, 133–136, 141f., 153, 173, 210f., 218–223, 226f., 242f., 256–258, 266–268, 270, 291, 293, 309, 311, 314f., 332f., 340, 387f., 393f., 468, 470f., 486f., 490, 498, 507, 540f., 574, 579f., 634f., 727, 734, 814, 839

Verordnung *s. a. Rechtsverordnung* 410f.

- Änderung des Inhalts des Rechtssatzes durch ~ 411
- Ausführungs~ 708, 709.1–711
- Blankettrechtssatz und ~ 409
- Delegation und ~ 708f.
- Gesetz und ~ 707–709

- juristische Konstruktion von Gesetz und ~ 708f.
- Rechts~ und Verwaltungs~ 711
- Verhältnis von Gesetz und ~ 707–709
- Verwaltung und ~ 409f.
- Verwaltungs~ 690, 711, 712
- Verpflichtungskriterium *s. a. Sanktion*
- der Rechtsordnung 357–362
- fehlt der Imperativtheorie 358–361
- Wortlaut des Gesetzes und ~ 357f.
- Vertragstheorie *s. Gesellschaftsvertrag*
- von Verulam, Baco *s. a. Francis Bacon* 51, 51.1*
- Verwaltung *s. a. Exekutive* 373
- als freie Staatstätigkeit 646–649
- als handelnder Staat 363, 369, 660, 675, 700f.
- als Inhalt von Rechtssätzen und Erfüllung von Rechtspflichten 660, 675
- als Staatstätigkeit innerhalb der Rechtschranken 643–646
- als Zweckverfolgung 642f.
- Ermessen der ~ 650–660, 855
- Geltendmachung der durch die Gesetze statuierten Rechtspflichten durch die ~ 402, 409f., 691, 712–714
- Gesetzesbindung der ~ 638f., 646–660
- juristische Konstruktion der ~ 649
- Kompetenz der ~ 648–650
- Methodenfehler in der Konstruktion der ~ 650–653
- Monarch als Chef der ~ 647f., 675
- naturrechtliche Konstruktion der Kompetenzen der ~ 648
- realisiert Staatswillen 639, 660, 709.1–711 (709)
- Rechtsbegriff der ~ 641f.
- Staatswille in der ~ 660–662
- Statuierung von Rechtspflichten durch Private und die ~ 701–703
- Verhältnis von Gesetzgebung, ~ und Rechtsprechung bei Anschütz 662
- Verhältnis von Gesetzgebung, ~ und Rechtsprechung bei Zorn 662
- Verordnung und ~ 409f.
- ~sbegriff bei Anschütz 640f., 643f.
- ~sbegriff bei Jellinek 640
- ~sbegriff bei Laband 640
- ~sverordnung 690, 711, 712
- wirtschaftlicher ~sbegriff 639–641
- Verwaltungsakt
- bei Anschütz 702
- bei Binding 401f.
- macht im Gesetz statuierte Rechtspflicht geltend 713, 714
- Rechtsgeschäft und ~ 716f.
- Verwaltungs(straf)recht
- Adressaten 526–528
- Kulturnormen und ~ 507f., 526–528, 528f.
- Verwaltungsverordnung *s. a. Rechtsverordnung; Verordnung*
- gesetzliche Delegation 711
- juristische Konstruktion der ~ 711
- organisatorische ~ 690f., 712f.
- Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes *s. a. Delegation; Gesetz als notwendige Form des Rechtssatzes* 706–708
- Volk *s. a. Staatsvolk*
- als Staatsorgan 194f., 628–637
- Einheit des realpsychischen ~swillens 631–633
- Einheit des ~ als Fiktion 28*
- Gesetze des konstitutionellen Staates als Gesamtwille des Volkes (als Fiktion) 281f.
- Identität von Staat und ~ 628f.
- Recht als Staatswille oder ~swille 193–195, 195.2, 283f.
- Staat und ~ 194f.
- Staatswille als ~swille (als Fiktion) 617f.
- ~sbegriff 623, 630f.
- ~swille als realpsychischer Zustand 633
- Wahl als Akt des ganzen ~ (als Fiktion) 631f., 633f.
- Völkerpsychologie *s. a. organische Staatstheorie; Psychologie* 579f.
- Begriff des Gesamtwillens in der ~ 272f., 273–279, 533f.
- Volkssouveränität 616f.
- in Preußen 639
- Volksvertretung *s. Parlament*
- Vorteilsverheißung
- als Erfüllungsgarantie des Rechtssatzes 331–333, 404
- als Motivation zu rechtmäßigem Verhalten 331–333
- Vorwurf des Formalismus *s. a. formale Betrachtung; Tendenz zur Realität und Materialität* 57f.

- Vulgäre Anschauung *s. a. Tendenz zur Realität und Materialität* 57
- Vulgärer Sprachgebrauch
- bei Binding 391
 - subjektives Recht und ~ 721
 - unwissenschaftlich 757
- W
- Wach, Adolf 260.1130*
- Wagner, Richard 277.1
- Wahl
- als Akt des ganzen Volkes (als Fiktion) 631f., 633f.
 - als komplementäre Handlung 844f., 850
 - als Staatsfunktion 849f.
 - rechtliche Relevanz des ~akts 805–808
 - staatliche und gesellschaftliche Natur des ~akts 850f.
- Wähler
- als Staatsorgan 609, 627, 637, 772f., 830, 847.1, 849f.
 - Anspruch auf Wahlrecht 846f.
 - Einheit des Zweckes zwischen Staat und ~ (als Fiktion) 772f.
 - Wille des Wählers 632–634
 - zwischen Staat und ~ geteiltes Recht 772f.
- Wahlpflicht *s. a. Wahlrecht* 630f., 848f., 896*
- als Rechtspflicht 848f.
 - juristische Konstruktion der ~ 849
 - rechtspolitischer Zweck der ~ 848
- Wahlrecht *s. a. Wahlpflicht* 630f.
- als subjektives Recht 821–823, 846f.
 - Anspruch des Wählers auf sein ~ 846f.
 - dem Bürger gewährt *s. a. Rechtsordnung erweitert Handlungsfähigkeit* 815f.
 - im objektiven Sinne 846
 - im subjektiven Sinne 846–848
 - Klage wegen ~sverletzung 848
 - komplementäre Handlung und ~ 844–846
- Wahrheit 377f., 485, 553, 562, 597
- Geltung und ~ 93, 376f.
- Warnungstafel
- Fiktionen als ~ für das Verunglücken der juristischen Konstruktion 731
- Weber, Max(imilian Carl Emil) 57, 57.23*, 890*
- Wechsel
- Definition 183
- Weltanschauung
- als subjektiver und undiskutierbarer Ausgangspunkt 53f., 725, 870f.
 - Gegensatz von monistischer und dualistischer ~ *s. a. Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie* 62
 - Gegensätze der Weltanschauungen als Triebfeder des Fortschritts der Wissenschaft 62f.
 - Zusammenhang zur Fachdisziplin *s. a. Disziplinen; Rechtswissenschaft* 62
- Wert und Norm 155f.1
- Wesen
- der Norm 689–691
 - der Rechtswissenschaft *s. a. formale Betrachtung* 57f.
- Weyr, Franz
- Besprechung der „Hauptprobleme“ 24*f., 904*, 907*
 - Brno juridico-theoretical school 38*
 - Brünner rechtstheoretische Schule 24*
 - review of the “Main Problems” 38*
- von Wieser, Friedrich
- wirtschaftliche Zurechnung 169, 174f.
- will *s. a. Staatswille*
- Kelsen’s criticism of the state qua legal subject imbued with ~ 41*
 - the ~ of the state as a product of legally constructed imputation *s. a. Zurechnung* 41*
- Wille *s. a. Mensch; Staatswille; Wollen; Zurechnung*
- als anderer Begriff für Zurechnung 763f.
 - als Endpunkt der Zurechnung 250–253, 268, 270, 293f., 301
 - als Fiktion 234f., 257, 298
 - Analogie zwischen Individual- und Staats- 309f., 547f., 557–561, 696f.
 - Bedeutung des ~nsbegriffs für die Rechtswissenschaft 202f.
 - der Gesellschaft 622, 624, 626
 - der Rechtsordnung und realer ~ (Windscheid) 742f.
 - des Monarchen *s. Monarch*
 - des Wählers 632–634
 - Einheitlichkeit der Persönlichkeit und ~nseinheit 763–765, 765.2
 - explikativer ~nsbegriff 269

- Gesamt~ *s. Gesamtwille*
- Gesamt~ und Gesamtzweck 760–762
- Gottes ~ als Grundlage des Naturrechts 191
- im Privatrecht 224–235, 249f.
- im Strafrecht 225, 235–249
- Individual~ *s. Individualwille*
- Interessenschutz durch einen dem Staatswillen gegenüber selbständigen Willen 753–755
- Irrtum 230–233
- juristischer und psychologischer ~ 234, 252f., 270f., 296.2–298, 305, 547f., 610, 698f.
- juristischer ~ *s. juristischer Wille*
- Kausalität und ~ 214–216, 303, 305f.
- Mentalreservation 229
- Moralpflicht als innere Gebundenheit des ~ 439
- normative Betrachtung des ~ 249–271
- normativer ~nsbegriff 269
- Organ~ und Gesamt~ 867f.
- Partei~ 227
- perfekter ~ 546, 548, 549f., 557, 565.1, 567
- Präsomption und ~ 227f., 229f., 266
- psychologischer ~ *s. psychologischer Wille*
- Recht als allgemeiner ~ 420–422
- Schuld und ~ 239–241, 248f.
- Sprachgebrauch des täglichen Lebens und ~nsbegriff 307
- Staats~ *s. Staatswille*
- subjektives Recht als ~ oder Interesse ist Fiktion 172
- Unterlassen und ~ 216–218
- Volks~ *s. Volk*
- Wille zu wollen *s. a. Verdopplung des Staatswillens* 89, 545, 581, 610, 747f.
- ~nsbegriff 168, 270f.
- ~nsbegriff bei Bekker 215
- ~nsbegriff bei Binding 260f., 262f., 303
- ~nsbegriff bei F. Jodl 204–206, 270, 271.4
- ~nsbegriff bei Sigwart 204, 206, 211–216, 253f., 261f.
- ~nsbegriff bei Thon 420–423
- ~nsbegriff bei Windscheid 224–227, 229f., 264
- ~nsbegriff bei Zitelmann 215, 253–260, 262f., 298.1–300 (299), 303, 308
- ~nsmängel 229, 233f.
- Wünschen und ~ 206–208
- zum Erfolg 304–306
- Zurechnung und ~ 167f.
- Zweck und ~ im Begriff des subjektiven Rechts 750–753
- Wille, Richard 884.14*, 887*, 893.43*, 898.68*, 901.82*, 902.89*, 905.100*, 908.109*
- Willensfunktion
 - normative Tätigkeit als ~ *s. a. Rechtswissenschaft als Form des Denkens* 54
- Willenssubjekt
 - Kritik Kelsens am Staat als ~ 27*f.
- Willensstheorie Windscheids 724
 - Ähnlichkeit zur Interessentheorie Iherings 740f.
 - fiktiver Charakter des Willensmoments 744
 - Imperativtheorie in der ~ 742–744
 - Kritik bei Ihering 740f., 743f.
 - Kritik bei Thon 741
 - naturrechtlicher Charakter 747f.
 - subjektives Recht als materieller Reflex der Rechtspflichten 731–734, 737, 747f., 842f.
 - subjektives Recht als rechtlich anerkannte Willensmacht 739f., 745
 - subjektives Recht als Wollendürfen 747
 - Wille und Interesse 740
- Willens(un)freiheit *s. a. Determinismus; Indeterminismus* 214, 266–268, 303–305, 311f., 329f., 538.2–540
 - bei de Spinoza 267
 - Ethik und ~ 267f.
 - Kausalität und ~ 266f.
 - Psychologie und ~ 264–268
 - Rechtswissenschaft und ~ 264–268
- Windelband, Wilhelm 102.198*, 104, 106, 251.1074*, 251.1075*
 - Norm als psychischer Zwang 102f., 130f.
 - Willensfreiheit 266f.
- Windscheid, Bernhard (Joseph Hubert) *s. a. Kipp, Theodor* 225.949*
 - Ähnlichkeit zu Jellinek 775
 - Imperativtheorie 742–745
 - Irrtum 230f.
 - Kritik bei Ihering 740f., 744
 - Methodenfehler bei ~ 906*f.
 - Naturrecht bei ~ 747
 - Wille der Rechtsordnung und realer Wille 741–743

- Willensbegriff 224–227, 228–230, 264, 266f.
 - Willentheorie s. *Willentheorie Windscheids*
 - Wirksamkeit
 - Geltung und ~ von Rechtsnormen 94f., 109–111, 376–378, 461f., 493f., 494f.
 - Wirkung von Normen 93–95
 - Wirtschaftliche Zurechnung s. a. *Nationalökonomie* 168–174
 - Wirtschaftstheorie des Sozialismus 168–170
 - Wissenschaft(en) s. a. *Rechtswissenschaft*
 - eine einzelne ~ kann nie das Ganze erkennen 636
 - Gegensätze der Weltanschauungen als Triebfeder des Fortschritts der ~ 62f.
 - Kausal~ 54
 - Natur~ s. *Naturwissenschaft*
 - Norm~ 54f.
 - Psychologie s. *Psychologie*
 - Sprachgebrauch des täglichen Lebens und wissenschaftliche Terminologie 391, 757
 - Staatsrechts~ s. *Staatsrechtswissenschaften*
 - Staatsrechtslehre s. *Staatsrechtslehre*
 - wissenschaftliche Methode als Kompaß in den Grenzgebieten der Disziplinen 53
 - Wollen s. a. *Wille*
 - bei Radbruch 213, 215.1, 262
 - Bewußtsein des Wollens 213
 - Denken und Fühlen/Wollen des Staates 543f., 571f., 626, 696f.
 - des Staates als Zurechnung 571f.
 - fremden Verhaltens 302–306, 310, 311, 312, 319f., 346, 372f., 399f., 521
 - Gleichgültigkeit und ~ 212f.
 - Legislative als wollender Staat 639
 - Nichtwollen 231–233
 - Rechtsordnung als wollender Staat 362f., 369, 660, 700f.
 - Staat kann nur seine eigenen Handlungen wollen 301, 372f.
 - subjektives Recht als Wollendürfen 747
 - Sollen und ~ 89f., 154f., 156f., 168, 368
 - Sollenssätze ohne Beziehung zu einem ~ 157.1
 - Unterlassen und ~ 216–218
 - Wille zu wollen s. a. *Verdopplung des Staatswillens* 89, 545, 581, 610, 747f.
 - Wünschen und ~ 206–208
 - Wortlaut des Gesetzes(textes)
 - als bedeutungsloses historisches Requisite 550f.
 - Rechtspflicht und ~ 357f.
 - Unrechtstatbestand und ~ 353
 - Wundt, Wilhelm 94.2, 97.1, 142.453*
 - graduelle Verschiedenheiten der Normativität 142f.
 - Kausalität und Teleologie 152f.
 - Wille und Gemeinschaft 272f., 282.2
 - Wünsche(n)
 - Wille und ~ 206–208
 - Wollen und ~ 206–208
 - Unverbindliche ~ des Gesetzgebers 359–361, 401f., 407
- Z
- Zentralbegriff juristischer Konstruktion
 - Rechtssatz als ~ 51
 - Zerstörung
 - des Gegensatzes von Sein und Sollen 133f., 385f., 472f.
 - eines Sollens durch ein Sein 83–101, 132–138, 461f., 494, 570f.
 - Ziel
 - der Rechtswissenschaft ist die Erkenntnis von Normen 54f.
 - Erkenntnis~ der „Hauptprobleme“ auf formale Betrachtung beschränkt 57
 - Kampf gegen Fiktionen als ~ der „Hauptprobleme“ 56
 - Zitelmann, Ernst 253.1087*
 - Begriff des Rechtssatzes 80.1, 373f., 380f.
 - Imperativtheorie 373f., 380f.
 - individuelles, unübertragbares Moment des Imperativs 375–378
 - juristische Kausalität 375
 - (kausaler) Willensbegriff 215, 253–260, 262f., 298.1–300 (299), 303, 308
 - Methodenfehler bei ~ 256f.
 - Rechtssatz als hypothetisches Urteil 373–383
 - Staatswille 282.2
 - Unterlassen 259f., 381f.
 - Verhältnis von Rechtssatz und Pflicht 380
 - Wille zum Erfolg 304–306
 - Willensfreiheit 304f.
 - Zurechnung 258f.

Zivilrecht *s. Privatrecht*

zoon politikón 101, 101.184*, 273, 466, 466.2088*

Zorn, Philipp

– Ermessensbegriff 655.2
– Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung 662

Zurechnung *s. a. Mensch; Wille* 236.998*–239, 262–266, 410, 622, 661

– Abstraktion und ~ 291f.

– akausaler Charakter (rechtlicher) ~ 162–164, 174, 250f., 541

– als normative Verknüpfung 162, 166, 168f., 250f.

– ateleologischer Charakter (rechtlicher) ~ 164f., 174f., 250f.

– aufgrund der Rechtsordnung niemals Fiktion 631

– autonome Moral und ~ 165f.

– bei Organschaft und Stellvertretung 876–878

– bei Zitelmann 258f.

– erfolgt nur aufgrund von Normen 161f., 166, 168f.

– Fahrlässigkeit und ~ 165–168, 236.998*–239 (236, 238), 667

– Gesetz als ~regel 294

– Gesetzgebung und ~ 544–546

– Kausalität und ~ 161–164, 219.2–222, 541f., 666f.

– moralische ~ 166

– Organbegriff und ~regel 606f.

– Organverhältnis als bloße Relation der ~ zum Staat 858

– Person als Endpunkt der ~ 677, 860, 870

– Personifikation durch ~ *s. a. Fiktion* 172f.

– Rechtssatz als ~regel staatlichen Handelns 293–296, 369f., 543f., 552f., 561f., 565.1, 567, 578–580, 586f., 608, 630f., 642f., 645–647, 649, 654, 674f., 695, 698, 706f., 867f.

– Schuld und ~ 249–251

– Staat als ~spunkt 762, 814f., 871

– Staat und andere Subjekte Pflichtsubjekt aufgrund durch die Rechtsordnung begründeter ~ 667

– Staatsorgan als Durchgangspunkt der rechtlichen ~ 677f., 860, 870, 875

– Staatswille als Art der ~ 293–298, 318–320, 543f., 572f., 694f., 697–699

– (Staats-)Wille als Endpunkt der ~ 250–252, 268, 270, 293–298, 301, 604f., 630f., 641f., 665f., 787

– Staatswille als Produkt rechtlicher ~ 27*f.

– Stellvertreter als Durchgangspunkt der rechtlichen ~ 875f.

– Tätigkeit der Staatsorgane durch Rechtssatz dem Staat zugerechnet 351, 579f., 608, 641–643, 649, 661f., 706f.

– Teleologie und ~ 160–162

– Unterlassen und ~ 236.998*–239 (238f.)

– versus Kausalität und Teleologie 160–162

– Wille des Monarchen als ~ 550f.

– Wille und ~ 167f.

– wirtschaftliche ~ *s. a. Nationalökonomie* 168–174

– Wollen des Staates als ~ 572f.

– zur Pflicht und zum Recht 171f.

– Zurückführung der ~ auf psychologischen Willen als Fiktion 172

– Zweck und Wille als andere Begriffe für ~ 762f.

Zusammenhang von Fachdisziplin und Weltanschauung *s. a. Disziplinen; Rechtswissenschaft* 62

Zwang *s. a. Zwangstheorie* 589

– des Staates gegen sich selbst undenkbar 362, 821f.

– psychischer ~ 102, 130f., 141f., 233, 328, 329f., 385

– Rechtspflicht als sozialpsychischer ~ durch Drohung 444f., 463f., 467f., 469, 471, 475, 583f.3 (583), 841f.

– Unerzwingbarkeit von Rechtsnormen 327

– wesentlich für das objektive Recht 518, 588

Zwangsordnung

– Recht als ~ 28*f.

Zwangstheorie *s. a. Zwang* 326–331, 362f., 589

– Bierlings 327–331

– Feuerbachs 328, 468

– Iherings 518, 588

– methodischer Fehler der ~ 330f.

– Rechtssatzbegriff der ~ 354.1–356, 368f.

Zweck *s. a. Teleologie*

– als Synonym für Zurechnung 762f.

– der Anerkennungstheorie 493f., 510f.

- der Rechtsnorm 138f.
- der Rechtsordnung 327, 336, 340, 343, 369, 414, 466–468, 471, 519, 667f.
- des Naturgesetzes 112f.
- doppelter ~ des Rechtssatzes 328f.
- Einheit des Zwecks zwischen Staat und Wähler (als Fiktion) 772f.
- Eliminierung des Zwecks aus der juristischen Begriffsbildung 185f.
- Erzeugung des Staatswillens als ~tätigkeit 642f.
- Gebieten als ~begriff 344
- Gesamtwille und Gesamt~ 760f.
- Identifizierung von ~ der Rechtsordnung und Staatswille ist Hauptfehler der Imperativtheorie 320f., 324f., 405f.
- im Begriff des „Zweck des Staates“ fallen ~ und ~träger zusammen 762f.
- im Organbegriff 596–599, 624
- im Recht *s. Zweck im Recht*
- im Rechtssatzbegriff 689f., 703–706
- im subjektiven und objektiven Sinne 157f.
- in der juristischen Konstruktion 174–177, 182, 704f.
- letzter ~ des Staates sind die Regeln der Politik 763f.
- Mensch als End~ der Rechtsordnung als naturrechtlicher Grundsatz 736f.
- Mittel und ~ *s. a. Inhalt und Form* 328f.
- Zweckmoment *s. Zweckmoment*
- Zweck im Recht
 - bei Brie 176.4, 176.4–178 (177), 178
 - bei Ihering 176.4, 179–184, 186.1
 - bei Jellinek 176–178, 570, 571f.
 - bei Laband 178–184
 - bei Preuß 174–176, 176.4–178 (177), 181, 182.1, 184.1
 - und organische Staatstheorie 174–176
- Zweckmoment
 - als Ausgangspunkt der Imperativtheorie 313f., 427f., 512f.
 - bei Binding 392–394, 403–406, 416, 417f.
 - bei Thon 427f.
 - für die formal-rechtliche Konstruktion unzulässig 386, 397f.
 - in der juristischen Begriffsbildung 704f.
 - nächster und entfernter ~ bei Jellinek 705
 - Norm und ~ 153–155, 158f.
 - Präventions~ der Rechtsordnung 467, 471
 - rechtspolitischer ~ der Wahlpflicht 848
 - Rechtssubjekt als ~subjekt 735–737
 - Sittengesetz und ~ 114f.
 - ~träger 762f.
 - Unrechtsverhinderung als ~ des Rechtssatzes 403
 - Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht erfolgt aus ~gesichtspunkten 791f.
 - Verbieten als ~begriff 344
 - Verwaltung als ~verfolgung 642f.
 - von Normen 113f., 138f., 153–159, 161–163
 - Wille und ~ im Begriff des subjektiven Rechts 750–753
 - ~begriff 145, 151f., 158.1, 760
 - ~setzende Norm als Anthropomorphismus 156