Werk

Titel: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft

Autor: Kelsen, Hans

Ort: Tübingen

Jahr: 1913

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0031|log31

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft.

Von

Privatdozent Dr. HANS KELSEN, Wien.

(Schluß.)

III. Kapitel.

Anders freilich gestaltet sich das Bild, wenn man den Staat nicht als der Rechtsordnung unterworfenes Subjekt von Pflichten und Rechten ins Auge faßt, als welcher er ja ausschließlich und allein für die herrschende materielle Auffassung des Rechtsverhältnisses in Betracht kommt, sondern wenn man den Staat als Träger der Rechtsordnung begreift, als Subjekt des verpflichtenden und berechtigenden Willens, dem für die juristische Betrachtung alle übrigen Subjekte — bildlich gedacht — untergeordnet sind; wenn man den Staat nicht als Rechtssubjekt, sondern als Rechtsautorität (d. h. als Rechtsordnung) voraussetzt und nun das Verhältnis der Rechtssubjekte zu diesem Staat, d. h. hier: zur Rechtsordnung betrachtet. Diese formale Relation ist stets ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis, allein diese formale Relation ist stets und immer gegeben, so oft eine Pflicht oder ein Recht vorliegt. In diesem formalen Sinne ist jedes Rechtsverhältnis, weil ein Verhältnis zur Rechtsordnung, ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis nämlich zwischen der Rechtsordnung, der verpflichtenden und berechtigen-

den Autorität und dem verpflichteten oder berechtigten Subjekte. In diesem Sinne ist jedes Rechtssubjekt Untertan, Untertan der Rechtsordnung, und nur der Rechtsordnung, auch der Staat, sofern er eben ein der Rechtsordnung unterworfenes Subjekt von Pflichten und Rechten ist!

Es ist von allergrößter Bedeutung — und es ist dies der Sinn der Rechtsstaatsidee — den Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten, als Person, vom Staat als Träger der Rechtsordnung, als Rechtsautorität, formal zu scheiden. Nur als Rechtsordnung erscheint er den Rechtssubjekten übergeordnet, als Person ist er allen anderen Rechtssubjekten gleichgeordnet, welches immer auch der Inhalt jener Pflichten und Rechte sein mag, den die Rechtsordnung dem ihr unterworfenen Staate zuerkennt. Nur soferne man den Staat in seiner Qualität als Rechtsordnung oder Rechtsautorität mit dem Staat als Rechtssubjekt verwechselt, nur sofern man ihn dort, wo er als Rechts- und Pflichtsubjekt in Betracht kommt — d. h. im ganzen Bereich der Exekutive — als Rechtsordnung, als verpflichtende und berechtigende Autorität gelten läßt, d. h. dem Staat als Rechts- und Pflichtsubjekt, als Person, eine Eigenschaft zuspricht, die ihm nur als Träger der Rechtsordnung, als Rechtsautorität zukommt, nur auf Grund dieses Denkfehlers kann man sich zu der Scheinkonstruktion eines juristischen Ueber- und Unterordnungsverhältnisses zwischen dem Rechtssubjekt Staat und allen übrigen Rechtssubjekten verirren. Dabei begeht man den weiteren fundamentalen logischen Fehler, daß man ein Moment, das zur Voraussetzung juristischer Konstruktion gehört, in die Konstruktion hineinnimmt, zu einem Element juristischer Konstruktion macht. Denn das Moment der Ueberordnung, die Autoritätsqualifikation, kommt der Rechtsordnung eben wegen ihrer verbindlichen, normierenden Kraft

zu. Die Rechtsordnung ist aber die Voraussetzung aller juristischen Konstruktion. Wenn also ein Verhältnis zwischen zwei der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten (ein Rechtsverhältnis im Sinne der herrschenden Lehre) juristisch konstruiert werden, d. h. die Qualität festgestellt werden soll, die irgend einem solchen Verhältnis durch die Rechtsordnung verliehen wurde, dann kann man unmöglich eine Qualität, die der Rechtsordnung selbst, an sich, zukommt, an diesem Verhältnisse konstatieren. Die Qualität der Ueberordnung, die der Rechtsordnung den Rechtssubjekten gegenüber gebührt, ist gar keine juristische, sondern eine außer- oder überjuristische Qualität, denn es ist keine Qualität, welche die Rechtsordnung verleiht, sondern welche der Rechtsordnung zukommt, damit sie irgendeine rechtliche Qualität ihrerseits verleihen kann.

Und dieser Fehler zeigt sich deutlich bei jener Theorie, die vornehmlich auf dem Gebiete des neueren Verwaltungsrechtes den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Rechte auf einen rechtlichen Mehrwert der Staatsperson gegenüber den Untertanen in allen jenen Verhältnissen gründet, in denen die öffentliche Gewalt, das Imperium des Staates zum Ausdruck kommt [44]. „Oeffentlich rechtlich ist das Rechtsverhältnis, wenn es die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Inhalte hat", sagt Otto Mayer [45], dessen deutsches Verwaltungsrecht am deutlichsten diese Auffassung des öffentlichen Rechtes vertritt. Die beiden spezifischen Aeußerungen des staatlichen Imperiums aber sind: „Der Befehl und die Gewaltanwendung" [46]. „Das Verhältnis zwischen Staat und Untertan ist das einer rechtlichen Ungleichheit: der Staat hat auf seiner Seite die öffentliche Gewalt. Gewalt bedeutet die Fähigkeit eines rechtlich

[44] Vgl. Fleiner, a. a. O. S. 147.
[45] A. a. O. S. 107. [46] A. a. O. S. 50.

überwiegenden Willens“ [47]. Wenn aber der Befehl des Staates in der Exekutive, also der Staatsperson, nur deshalb bei den Untertanen die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht hat, weil die Rechtsordnung, d. h. ein Rechtssatz an den Tatbestand eines staatlichen Befehles (d. h. eines unter bestimmten, von der Rechtsordnung bestimmten, Voraussetzungen von einem gleichfalls durch die Rechtsordnung bestimmten Organe ausgesprochenen Imperativs) die Rechtspflicht, dem Befehle zu gehorchen, statuiert (soferne eben der Ungehorsam mit Strafe bedroht ist), dann ist kein wesentlicher Unterschied gegenüber irgendeiner anderen einseitigen Willensäußerung irgendeiner anderen Person gegeben, die von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen ausgestattet wurde. Dann besteht insbesondere auch, und darauf wurde ja hier schon hingewiesen, kein wesentlicher Unterschied des staatlichen Befehls zu dem Dienstbefehl, der Dienstesanordnung des Arbeitgebers, welcher zu entsprechen — innerhalb des Dienstvertrages zu entsprechen — Rechtspflicht des Arbeitnehmers ist. Der Begrenzung durch den Arbeitsvertrag entspricht durchaus die Begrenzung durch die Kompetenz des Organs; nur daß hier die Grenze unmittelbar durch die Rechtsordnung, dort mittelbar durch die Rechtsordnung, nämlich durch den nur durch die Rechtsordnung wirksamen Vertrag erfolgt. Und wenn die Staatsperson in der Exekutive physische Gewalt, körperlichen Zwang nur deshalb rechtmäßig ausüben kann, weil und soferne sie hierzu durch die Rechtsordnung, d. h. durch einen Rechtssatz ermächtigt, i. e. berechtigt oder verpflichtet wurde, so ist ebenfalls keine wesentliche Differenz zwischen dem staatlichen Zwangsakt und irgendeinem anderen Zwangsakt zu konstatieren, zu dem die Rechtsordnung irgendeine andere Person berechtigt oder verpflichtet. Ebensowenig wie die Person des

[47] A. a. O. S. 67.

Arbeitgebers der Person des Arbeitnehmers rechtlich übergeordnet ist, einen rechtlichen Mehrwert repräsentiert, weil nicht sie, sondern die Rechtsordnung die juristisch relevante verbindliche Autorität darstellt, so ist auch nicht die Staatsperson, die in der Exekutive einen Befehl setzt, dem zu Gehorsam verpflichteten Untertanen übergeordnet, denn nicht die Staatsperson, sondern die Rechtsordnung, nicht der Staat als Rechts- und Pflichtsubjekt, sondern der Staat als Rechtsordnung ist die verbindliche, rechtsverpflichtende, und als solche ausschließlich dem Untertan übergeordnete Autorität. In diesem Sinne wird jede Rechtspflicht der Rechtsordnung oder dem Staate als Rechtsordnung gezollt, auch die Rechtspflicht der Staatsperson, und in diesem Sinne ist jede Rechtspflicht Gehorsamspflicht, auch die der Staatsperson. Daß bei Ausübung der physischen Zwangsgewalt niemals ein rechtliches Ueber- und Unterordnungsverhältnis, überhaupt kein Rechtsverhältnis zwischen der zum Zwang berechtigten oder verpflichteten P e r s o n und dem gezwungenen, überwältigten M e n s c h e n besteht, ist bereits früher dargetan worden. Eine rechtliche Niveaudifferenz zwischen z w e i P e r s o n e n könnte nur im Falle des Befehles denkbar sein. Und dies nur dann, wenn nicht von der Rechtsordnung, sondern von der zum Befehl berechtigten und verpflichteten Person die rechtsverbindliche Kraft abgeleitet wird, die den Adressaten des Befehls zu Gehorsam verpflichtet! Denn dann ist die befehlende Person der Gehorchenden gegenüber mit Rechtsautorität, also mit wahrem, echtem Mehrwert ausgestattet. Nicht weil diese autoritäre Person befiehlt, sondern weil ihr Befehl Gehorsams p f l i c h t statuiert, ist sie rechtlich „übergeordnet", hat sie die Autorität der Rechtsordnung in sich. Ihr Befehl ist zugleich auch verpflichtender Rechtssatz. Nun ist es nicht selten, daß ein vulgärer, die rechtslogischen Beziehungen verdunkelnder Sprachgebrauch

Rechtspflichten und Berechtigungen durch die Rechtssubjekte selbst entstehen, statuieren läßt. Besonders im Privatrecht ist die unpräzise Formel üblich, daß die Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäftes durch den Willen der Parteien entstehen. Man sagt: der Testator schafft das Recht des Erben, die Vertragschließenden statuieren gewisse gegenseitige Rechte und Pflichten. Man ist sich dabei meist des Ungenauen dieser abbrevierenden Ausdrucksweise bewußt und setzt als selbstverständlich voraus, daß nicht der Wille der Parteien, sondern die Rechtsordnung die Rechte und Pflichten statuiert, daß der geäußerte Wille der Parteien, Testament, Vertrag usw. lediglich die Voraussetzung, der Tatbestand ist, an den die Rechtsordnung die spezifischen Rechtswirkungen anknüpft. Im Staats- und Verwaltungsrechte aber, wo die Tatbestände, an welche die Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft, von einer besonderen Partei, nämlich der Staatsperson gesetzt werden, dort wird der unpräzise und unlogische Sprachgebrauch wörtlich genommen. Nicht die Rechtsordnung, nicht ein Rechtssatz, sondern die Staatsperson selbst, die in der Exekutive, also als Rechts- und Pflichtsubjekt, einen Befehl setzt, ihr Imperium geltend macht, bewirkt die Gehorsamspflicht des Untertanen! Otto Mayer hat dies ausdrücklich ausgesprochen: „In obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Aeußerung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht“ [48].

Wenn Otto Mayer der vollziehenden Gewalt die gleiche rechtserzeugende, verpflichtende Kraft zuspricht wie der Rechtsordnung, wenn er den Aeußerungen des Staatswillens, der Staatsperson innerhalb der Exekutive Rechtswirkung oder „Geltung“ zuerkennt, ohne Rücksicht auf irgendeinen Rechts-

[48] A. a. O. S. 97.

satz, der die erwünschten Pflichten und Rechte der Untertanen als Rechtsfolgen an den Tatbestand einer staatlichen Willensäußerung knüpft, wenn er den Staatsakt im bewußten Gegensatz zum Rechtsgeschäfte der Privaten aus „eigener Kraft" und nicht aus der Rechtsordnung heraus wirken läßt, so sieht er sich doch auffallenderweise zu einer wesentlichen Einschränkung genötigt. Obgleich er diese „Wirkung aus eigener Kraft" aus dem Wesen der exekutiven Staatsgewalt als solcher ableitet, der ebenso wie der Rechtsordnung — dem „Gesetz" (offenbar im materiellen Sinne) sagt Otto Mayer — zustehe, „in obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll", so muß er doch jene Aeußerung der exekutiven Staatsgewalt, die man als U r t e i l bezeichnet, selbst ausnehmen und sein Dogma eigentlich auf den Verwaltungsakt, die zweite der beiden typischen Erscheinungsformen, in denen der obrigkeitliche Wille der Staatsperson sich äußert, beschränken. Denn das Urteil, das sind Otto Mayers eigene Worte, „gründet sich stets auf das Gesetz, das es auf den Einzelfall in Anwendung bringt"[49]. Das richterliche Urteil, das auch nach Otto Mayer die obrigkeitliche Gewalt in eminentester Weise zum Ausdruck bringt, ja im Grunde genommen nach Otto Mayers Konstruktion noch in höherem Maße als der Verwaltungsakt den obrigkeitlichen Charakter der Staatsgewalt manifestiert, da es in der Stufenfolge: Rechtsgeschäft, Verwaltungsakt, Urteil, an oberster Stelle steht, dieses Urteil hat nicht die Fähigkeit, a u s e i g e n e r K r a f t, d. h. ohne Rechtssatz dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens ist, denn es bringt ja nur den Rechtssatz auf den Einzelfall zur Anwendung! Der Verwaltungsakt aber soll — mit einer später zu berücksichtigenden Ausnahme — diese Fähigkeit haben. Für den

[49] A. a. O. S. 97.

Verwaltungsakt weist Otto Mayer ausdrücklich die Anschauung zurück, er hole wie das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit aus einem Rechtssatz. Der Wille der Staatsperson, der im Verwaltungsakt erscheint, hat die bezweckte Rechtspflicht oder Berechtigung des Untertanen aus eigener Kraft zur Folge. Der Verwaltungsakt unterscheidet sich von einem Rechtssatz nach Otto Mayer nur dadurch, daß der letztere generell — für eine unbeschränkte Anzahl von Fällen — der erstere individuell, für einen Einzelfall, Geltung hat. Allein das Wesen der Norm im allgemeinen und der Rechtsnorm im besonderen ist nicht in ihrem generellen Charakter gelegen — es gibt auch Normen, die nur Individualpflichten statuieren, die Normen der autonomen Moral können durchaus so gedacht werden — sondern in ihrer Fähigkeit, eine Pflicht zu statuieren. Der Verwaltungsakt, der aus eigener Kraft eine Rechtspflicht statuiert, wäre eine Rechtsnorm; allein ganz abgesehen von allen anderen Einwänden, sei zunächst hervorgehoben, daß es nicht nur von größtem begriffsökonomischem und denkästhetischem Werte ist, den Begriff der Rechtsordnung und den Begriff der Verwaltung so zu begrenzen, daß beide einander ausschließen[59], sondern daß gerade dieses ausschließende Verhältnis von Rechtsordnung und Verwaltung die rechtslogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee sein muß. Denn wie kann ein Verwaltungsakt als Inhalt einer Rechtspflicht des Staates oder einer staatlichen Berechtigung erkannt werden, wenn er selbst die verpflichtende und berechtigende Norm ist? Nur wenn eine Relation des Verwaltungsaktes zu einer über ihm stehenden, von ihm formal verschiedenen Rechtsnorm möglich ist, kann ihm die rechtliche Qualität zugesprochen

[59] Vgl. dazu meine Hauptprobleme S 556 f.

werden, die er nach dem Prinzipe des Rechtsstaates haben muß: Inhalt einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung des Staates. Wie es unmöglich ist, die Rechtsordnung als solche juristisch zu qualifizieren, weil sie selbst die Quelle aller rechtlichen Qualitäten ist; wie es logisch unmöglich ist, den Prozeß der Rechtserzeugung als Rechtspflicht des Staates und damit als Funktion des Staates im juristischen, d. h. im rechtsstaatlichen Sinne zu denken, so wäre auch die Verwaltung, sofern sie rechtserzeugend wirkt, selbst Rechtsordnung, also rechtlich nicht konstruierbar. Die Qualität einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung kann keinem Tatbestand und somit auch keinem Akte der Verwaltung immanent sein; ein Akt, der Pflichten oder Rechte statuiert, ist darum noch nicht selbst als Pflicht oder Recht qualifiziert. Und wenn man geneigt ist, einem angeblich berechtigenden und verpflichtenden Akte die fragliche Qualität einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung aus immanenten Prinzipien zuzusprechen, so begeht man den gleichen Fehler, der gewissen Kriminalisten vorzuwerfen ist, die irgendwelche psychische Tatbestände an sich als „Schuld" erklären, also ohne Rücksicht auf eine Norm, auf Grund psychologischer Untersuchungen eine rechtliche Qualität finden zu können glauben, wo solche doch stets und ausnahmslos nur in der Relation eines Tatbestandes zu einer Rechtsnorm gelegen sein kann [51].

Selbst wenn man schon — unter Verzicht auf das Prinzip des Rechtsstaates der Verwaltung gegenüber und damit zugleich auf das Postulat ihrer rechtlichen Konstruierbarkeit — ablehnt, die Akte oder doch gewisse Akte der Verwaltung als Inhalt staatlicher Rechtspflicht oder Berechtigung zu begreifen, als Träger der Verwaltung das der Rechtsordnung unterworfene Rechtssubjekt (die „Person") des Staates anzusehen, ist die Auf-

[51] Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 133 ff.

fassung der Verwaltung als Rechtsordnung oder doch gewisser Verwaltungsakte als Rechtsnormen im konstitutionellen Staate undurchführbar. Denn wenn die Kompetenz, Normen — genereller oder individueller Natur — zu statuieren, zwei voneinander verschiedenen Autoritäten zuerkannt wird, so ist zu bedenken, in welcher Relation normierende Autoritäten zueinander überhaupt stehen können — die Gleichheit des Normobjektes, menschliches Verhalten, vorausgesetzt: Entweder sie sind voneinander gegenseitig unabhängig, ihre Normen können einander auch widersprechen. Das Pflichtsubjekt — der Adressat der Normen — steht vor einer Norm- oder Pflichtkollision, er muß sich für die eine oder die andere Autorität entscheiden. In solchem Verhältnis stehen die Rechtsnormen zu den Imperativen der Moral oder der Religion. Oder aber eine Kollision zwischen beiden Autoritäten ist ausgeschlossen; das ist aber nur dann möglich, wenn die Sphären beider Normen gegenseitig abgegrenzt sind. Diese Grenzziehung kann aber — wenn nicht von einer gemeinsamen über beiden normierenden Autoritäten stehenden Autorität — nur von einem der beiden normsetzenden Faktoren ausgehen. Mit dieser — juristisch ausgedrückt — Kompetenzhoheit, ist aber schon einem von beiden ein Vorrang zuerkannt; die eine Autorität wird über die andere gestellt, die dadurch ihren Charakter als normierende Autorität verliert, denn „Souveränität" ist tatsächlich das Wesen jeder normierenden Autorität. Es liegen in solchem Falle nicht zwei verschiedene Normsysteme, sondern in Wahrheit nur ein einziges System vor, ebenso wie im Grunde nur eine Normautorität zu erkennen ist. Denn diejenige, deren Bereich durch die andere vorgeschrieben ist, steht mit ihrer normierenden Tätigkeit selbst unter einer Norm, unter der Vorschrift: innerhalb eines bestimmten Bereiches zu normieren. Und insoferne ist sie nicht Autorität, sondern Pflicht- und Rechts-

subjekt, und die materiell von ihr innerhalb des ihr vorgezeichneten Rahmens gesetzten Normen sind formell letzten Endes Normen der übergeordneten, kompetenzziehenden Autorität, soferne eben sie es ist, welche auch diese Normen gestattet, anerkennt, anordnet, oder wie sonst man die kompetenzziehende Normfunktion charakterisieren will.

Wenn nun die Kompetenz, Rechtsnormen — generelle oder individuelle — zu statuieren, zwei verschiedenen Instanzen: der Legislative und der Exekutive, dem Parlament im Vereine mit dem Monarchen auf der einen Seite und dem Monarchen im Vereine mit den verantwortlichen Ministern auf der anderen Seite zugesprochen wird, darf man nicht vergessen, daß die Rechtsordnung, als Inbegriff aller Rechtsnormen, insofern ein logisch geschlossenes, d. h. widerspruchsloses System sein muß, als nicht zwei Rechtsnormen nebeneinander bestehen können, die inhaltlich miteinander unvereinbar sind. Das und nichts anderes bedeutet ja der Interpretationsgrundsatz lex posterior derogat priori. Von zwei einander widersprechenden Normen, die beide gleichzeitig Geltung beanspruchen, ohne daß die eine die andere zu vernichten imstande ist, kann nur eine als Rechtsnorm erkannt werden. Es ist wohl eine Kollision zwischen zwei Normsystemen verschiedenen Charakters, z. B. zwischen Rechtsnormen und Religionsnormen, niemals aber eine Pflichtenkollision innerhalb desselben Normsystems möglich. Die Einheit des Normsystems, dieses Postulat der Begreiflichkeit, der Denkbarkeit eines Normsystems, diese logische Voraussetzung jeder normativen, d. h. auf Normen gerichteten Erkenntnis ist nichts anderes als die Einheit des normierenden „Willens", die Einheit der normierenden Autorität! Wenn daher die Einheit des Staatswillens und die Einheit des Rechtssystems gewahrt bleiben soll, muß die Rechtssatzungskompetenz formal letzten Endes auf einen

Punkt zurückgeführt werden können. Wird der Exekutive neben der Legislative die Möglichkeit, Recht zu setzen, Rechtspflichten zu statuieren, zugesprochen, dann muß die Exekutive diese Kompetenz von der Legislative oder umgekehrt: die Legislative sie von der Exekutive ableiten. Stünden beide unabhängig nebeneinander, gäbe es zwei voneinander verschiedene Normsysteme, die beide mit dem Anspruch Rechtsnormen zu sein, aufträten, obgleich beide miteinander in Widerspruch geraten könnten. Sind aber die Gebiete beider Rechtssatzungsautoritäten gegenseitig abgegrenzt, dann ist eben die Frage zu beantworten, von welcher Stelle diese Grenze gezogen wird. Nur eine von beiden kann es sein. Diese aber ist formal als die letzte und einzige Instanz zu betrachten, über deren Ermächtigung, Auftrag oder Vollmacht die andere innerhalb des ihr von der ersten normierten Rahmens eine delegierte, eine stellvertretende Rechtssatzung ausübt. Der delegierenden, mit der Kompetenzhoheit ausgestatteten Instanz sind formal die Rechtsnormen zuzurechnen, deren Inhalt die andere, delegierte Instanz bestimmt, so wie nach allgemeiner juristischer Vorstellung formell nur der Delegant, nicht der Delegat, der Vollmachtgeber, nicht der Bevollmächtigte, der Vertretene, nicht der Vertreter als Subjekt des Geschäftes anzusehen ist, das der Delegat, der Bevollmächtigte, der Stellvertreter materiell für ihn geschlossen hat (so wie als Aussteller eines Blankowechsels nicht derjenige gilt, der ihn ausgefüllt, sondern derjenige, der durch seine Unterschrift den andern zur Ausfüllung ermächtigt hat). Die delegierte Instanz ist der delegierenden gegenüber nicht Rechts-Autorität, sondern Rechts- und Pflicht-Subjekt, erfüllt mit ihrer Funktion eine Rechtspflicht oder übt damit ein subjektives Recht aus. Sie kommt der delegierenden Instanz gegenüber in materiell-funktioneller oder dynamischer Beziehung in Betracht, ist in diesem Sinne

Exekutive, Ausführung der delegierenden Norm, während bei der delegierenden Instanz, der die materiell von der delegierten bestimmte Norm zugerechnet wird, dies funktionelle Moment in den Hintergrund tritt, die dynamische einer statischen Betrachtung weicht: Nicht das Werden (Erzeugen), sondern das Sein der Norm tritt hier als einzig relevant hervor: der Autorität der Rechtsordnung steht gegenüber die Person der Exekutive.

Soferne es sich nicht um die historisch-politische, sondern um die juristisch-begriffliche Ableitung oder Delegierung rechtssetzender, normierender Funktion von der Legislative auf die Exekutive oder umgekehrt von der Exekutive auf die Legislative handelt, kann die Frage für den konstitutionellen Rechtsstaat nicht zweifelhaft sein. Nach konstitutionellem Prinzipe — dessen historisch politischer Werdeprozeß hier bedeutungslos ist — ist als letzte und oberste und darum formal als einzige Rechtssatzungsautorität die Legislative anzusehen. Die Rechtsnorm muß die Form des Gesetzes aufweisen. Wenn die Exekutive eine Rechtssatzungskompetenz hat, so kommt sie ihr nur über Ermächtigung durch einen in Form des Gesetzes erscheinenden Rechtssatz — einen Blankettrechtssatz — zu. Das ist für generelle Rechtsnormen von der herrschenden Lehre allgemein anerkannt. Rechtsverordnungen können nur über gesetzliche Delegation erlassen werden. Daß kraft des Zurechnungsgedankens, der in dem Delegationsbegriffe beschlossen ist, die von der Exekutive inhaltlich bestimmten Normen in das delegierende Gesetz zurückzuverlegen sind, dessen Blankett nur auszufüllen, daß somit auch in diesem Falle das Gesetz die Form des Rechtssatzes ist, darauf habe ich an anderer Stelle hingewiesen [52]. Dem delegierenden Gesetze als der Rechtsordnung gegenüber erscheint die verordnende Funktion

[52] Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 553 ff.

der Exekutive als Erfüllung von Rechtspflicht oder Geltendmachung subjektiven Rechtes, kurz als Exekutive der Rechtsordnung, vollzogen durch das Rechtssubjekt Staat.

Für das Wesen der Rechtsnormierung als Funktion und der Rechtsnorm als deren Produkt ist es ganz gleichgültig, ob die Rechtspflicht, die statuiert wird, genereller oder individueller Natur ist; d. h. ob die Voraussetzungen, an die der Rechtssatz eine Rechtspflicht knüpft, so geartet sind, daß eine unbegrenzte Vielheit von Personen zu unbestimmten Malen oder eine einzige individuell bestimmte Person ein einziges Mal Subjekt dieser Pflicht sein kann. Daß überhaupt eine Rechtspflicht normiert wird, ist das Wesentliche des Rechtssatzes. Von dieser Normierung der Rechtspflicht, die ausschließlich und allein durch die Autorität der Rechtsordnung erfolgt — welche Autorität r e c h t l i c h einzig und allein als den Rechtssubjekten „übergeordnet" gedacht werden kann — ist scharf zu unterscheiden die Entstehung einer konkreten Rechtspflicht dadurch, daß die Voraussetzungen in Wirklichkeit eintreten, an die der R e c h t s s a t z das rechtliche Sollen bindet. Den Charakter solcher Voraussetzungen hat z. B. das Rechtsgeschäft. Lediglich den Charakter solcher Voraussetzung kann auch der Verwaltungsakt haben, wenn die Rechtspflicht, den obrigkeitlichen Akt zu respektieren, nicht durch den Staatsakt selbst statuiert werden soll, wenn der Staatsakt nicht zugleich Rechtsnorm ist. Im letzteren Falle wäre der Rechtssatz eben so eng gefaßt, daß nur einem einzigen Subjekte eine einzige Pflicht ein einziges Mal zuwächst und zwar in demselben Augenblicke, da der Rechtssatz entstanden ist. In diesem Falle, wo der Verwaltungsakt zugleich Rechtsnorm wäre, fielen beide Akte: die abstrakte Normierung der Rechtspflicht im Rechtssatze und ihre konkrete Entstehung in der Wirklichkeit äußerlich zusammen, weil die Bedingungen, an die der Rechts-

satz die Rechtspflicht knüpft, hier schon im Augenblicke seiner Perfektion gegeben sind.

Nach Otto Mayer soll der Verwaltungsakt, der juristisch als Erfüllung staatlicher Rechtspflicht zu gelten hat und die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht nach sich zieht, tatsächlich Rechtspflicht und Rechtsnorm zugleich sein: „In obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Aeußerung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht". Was hat man darunter zu verstehen, daß dem Untertanen gegenüber bestimmt wird, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll? Beim gerichtlichen Urteil, das diese Funktion erfüllt, liegt die Sache so: Eine durch die Rechtsordnung statuierte, durch Rechtsgeschäft oder sonstwie zustandegekommene Pflicht wird verletzt. Ob die Pflicht und daher auch deren Verletzung nach der Rechtsordnung besteht, wird in der Regel streitig sein, muß es aber nicht; der Begriff der Rechtsprechung erfordert nicht den Rechtsstreit, sondern die Rechtspflichtverletzung [53]. Das Urteil muß auf Grund des die Unrechtsfolge statuierenden Rechtssatzes die Rechtsverletzung feststellen, bevor die Unrechtsfolge — Strafe oder Exekution — verhängt wird. Das Urteil schafft nicht die fragliche Rechtspflicht neu, es stellt lediglich fest, daß die Rechtspflicht durch die Rechtsordnung entstanden ist. Was das Urteil selbst bewirkt, ist die Außerstreitsetzung der bisher nur behaupteten Pflichtverletzung. Das Urteil erfüllt eine letzte vom Rechtssatz geforderte Voraussetzung für die Verhängung der Unrechtsfolge. Was in dem Einzelfalle für den Untertan Rechtens sein soll, bestimmt nicht das Urteil, son-

[53] Vgl. dagegen Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 63 ff.

dern der Rechtssatz. Das Urteil stellt nur das Vorhandensein der vom Rechtssatz für die Unrechtsfolge aufgestellten Bedingungen im konkreten Falle fest.

Und der Verwaltungsakt? Er sollte eine Kraft haben, die nicht einmal das Urteil hat, wo doch dieses die äußerste Grenze ist, zu der er sich über das Niveau des Rechtsgeschäftes zu erheben vermag? Die vollziehende Gewalt sollte — ohne vom Gesetz dazu ermächtigt zu sein — dem Untertanen gegenüber im Einzelfalle bestimmen können, was Rechtens ist? Was von Rechts wegen sein soll, bestimmt der Rechtssatz. Wenn die öffentliche Gewalt in der Exekutive dies kann, ohne dabei eine Rechtsnorm anzuwenden, so muß sie selbst die Rechtsnorm für den Einzelfall sein, ihre Rechtssatzungskompetenz konkurriert mit der der Legislative, kann aber in Wahrheit nur von dieser abgeleitet sein. Sie braucht also eine Ermächtigung dazu. Wenn die Exekutive — nach herrschender Ansicht — zur generellen Rechtssetzung einer formalgesetzlichen Delegation bedarf, dann muß dasselbe von einer individuellen Rechtssetzung gelten. Und solche liegt vor, wenn die Exekutive im konkreten Falle Pflicht oder Recht statuiert, und nicht wie das Urteil durch Rechtssatz statuierte Pflichten oder Rechte feststellt. Liegt aber gesetzliche Delegation — wenn auch noch so allgemeiner Natur, liegt somit ein wenn auch noch so allgemeiner Blankettrechtssatz vor, etwa die Norm, daß Untertanen bei Nichtbeachtung einer obrigkeitlichen Verfügung zu strafen sind, dann ist es nicht mehr der Verwaltungsakt, der — selbst eine Rechtsnorm — die Gehorsamspflicht der Untertanen statuiert, sondern der in Form des Gesetzes ergangene Blankettrechtssatz; und der Verwaltungsakt bleibt so wie das Rechtsgeschäft und das Urteil nur eine

Voraussetzung, an welche die Rechtsnorm die Rechtsfolge einer Rechtspflicht, resp. in Verbindung mit der Pflichtverletzung, eine Unrechtsfolge knüpft. Dann ist aber auch die Möglichkeit gegeben, den Verwaltungsakt als Rechtspflicht oder subjektives Recht der Staatsperson zu begreifen, denn dann ist er formal tatsächlich nur Exekutive eines mit ihm nicht identischen Rechtssatzes, der Rechtsordnung, die in Form des Gesetzes [54] erscheint. Dann ist aber auch der logische Widerspruch vermieden, der darin liegt, daß man den Verwaltungsakt — nach Rechtsstaatsprinzip — den Normen einer Rechtsordnung unterworfen denkt, und dabei dennoch selbst als Rechtsnorm erklärt. Wenn das Verwaltungsrecht ein Inbegriff von Rechtsnormen ist, die unter anderem auch den Verwaltungsakt des Staates regeln, dann kann der Verwaltungsakt nicht selbst Rechtsnorm sein.

Indessen schränkt Otto Mayer seine Behauptung, die Exekutive könne dem Untertanen gegenüber ohne gesetzliche Basis bestimmen, was Rechtens sein soll, wesentlich ein. Er sagt: „Soll damit ein Eingriff gemacht werden in Freiheit und Eigentum, Befehl, Lastauflegung, Begründung einer Zahlungspflicht,

---

[51] Im konstitutionellen Rechtsstaate, der theoretisch nicht die einzig mögliche Form des Rechtsstaates ist. Wesentlich für den letzteren ist nicht die spezifische Form des Gesetzes, sondern die Unterscheidung zwischen einer — irgendwie zustande gekommenen — Rechtsnorm und dem durch diese Rechtsnorm determinierten, von der Rechtsnorm formal zu trennenden Staatsakt. Zuzugeben ist allerdings, daß die formale Unterscheidung zwischen Norm und Akt nur im konstitutionellen Rechtsstaate auf Grund der hier durchgeführten Trennung zwischen einer rechtserzeugenden (legislativen) und einer exekutiven Staatsgewalt auch praktisch materielle Bedeutung hat.

Ob im konstitutionellen Staate auch auf Grund vorkonstitutioneller Rechtsquellen staatliche Tätigkeit oder doch gewisse staatliche Tätigkeit entfaltet werden kann, ist eine andere Frage, Dazu vgl. Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Rechte, Tübingen, J. C. B. Mohr 1906. S. 98 ff. und Fleiner a. a. O. S. 118 ff.

dingliche Entziehung oder Beschränkung, dann bedarf es hiezu selbstverständlich einer gesetzlichen Grundlage. Nicht weil überhaupt bestimmt wird, daß etwas für ihn Rechtens ist, sondern weil bestimmt wird, daß ein solcher Eingriff gegen ihn stattfinden soll. Der Verwaltungsakt kann aber auch umgekehrt dem Untertanen einen Vorteil zuwenden, ein Besitzrecht, eine Nutzung, einen Geldbezug. Da ist der Vorbehalt des Gesetzes nicht in Frage und es zeigt sich sofort, daß der Verwaltungsakt seine Wirkung übt aus eigener Kraft“ [55].

Diese Unterscheidung gründet sich auf die Tatsache, daß die sogenannten Freiheitsrechte solche Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen seitens des Staates ohne gesetzliche Ermächtigung verbieten. Allein auch wenn die Verfassungen der konstitutionellen Staaten keinen Katalog von Freiheitsrechten enthielten, wäre solcher Eingriff ohne gesetzliche Basis nach dem Prinzipe der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, nach dem Prinzipe, daß die Verwaltung des Staates als Inhalt von Rechtspflichten gedacht werden muß, Rechtspflichten des Staates aber nur durch Rechtssatz statuiert werden können, unmöglich. Und da kein Recht ohne korrespondierende Pflicht denkbar ist, kann die Exekutive niemals einem Rechtssubjekte ein Recht, Besitzrecht, Nutzungsrecht, Recht auf Geldbezug, einräumen, ohne zugleich eines anderen Subjektes korrespondierende Pflicht zu statuieren, den Besitz oder die Nutzung zu dulden, das Geld zu zahlen usw. Jede Rechtspflicht ist aber ein Eingriff in Freiheit oder Eigentum des Verpflichteten. Und wenn auch dem durch Verwaltungsakt Berechtigten der Staat selbst als Pflichtsubjekt gegenübersteht — können die Rechtspflichten des Staates, können Ein-

[55] A. a. O. S. 97. Vgl. dazu auch Thoma, Polizeibefehl S. 98 ff. und Fleiner, a. a. O. S. 116 ff.

griffe in die Rechtssphäre der Staatsperson anders als durch Rechtssatz statuiert werden?

Wenn irgendein Akt, der sich für eine bloße Wirklichkeitsbetrachtung als menschliche Handlung darstellt, als Staatsakt gelten, d. h. wenn irgendeine menschliche Handlung der juristischen Staatsperson zugerechnet werden soll, dann kann, soferne die Zurechnung eine rechtliche sein, der Akt juristisch sich als Staatsakt qualifizieren soll, das Zurechnungskriterium nur aus der Rechtsordnung, aus einer Rechtsordnung geholt werden, die über diesem Akte stehend, diesem Akte die fragliche juristische Qualität verleiht. Wenn man Staatsakte für möglich hält, die ohne Beziehung zu einem Rechtssatz als solche zu gelten haben, so läßt man die Frage offen, warum denn diese Akte überhaupt rechtlich Staatsakte sein müssen. Weil der Akt von einer bestimmten Behörde, d. h. bestimmt qualifizierten Menschen in einer bestimmt qualifizierten Form gesetzt wurde? Ja, aber welche Norm bestimmt eben diese Qualifikation der Menschen und die Form ihrer Tätigkeit, wenn nicht eine Rechtsnorm? Und werden denn wirklich alle Tätigkeiten solch qualifizierter Menschen, wenn sie nur in der qualifizierten Form erscheinen, schon als Staatsakte anerkannt, dem Staate zugerechnet? Liegt ein Staatsakt vor, wenn ein Bezirkshauptmann verfügt, eine Partei habe einen Diebstahl auszuführen, oder auf dem Seil zu tanzen? Liegt ein Staatsakt vor, wenn ein Schutzmann jemandem den Polizeibefehl erteilt, eine Unsittlichkeit zu dulden? Es ist hier gewiß auch nach Otto Mayer ein nichtiger Staatsakt gegeben, also einer, „der in Wirklichkeit keiner ist, sondern nur der Schein eines solchen“ [56]. Der Akt muß also auch inhaltlich gewissen Normen entsprechen, um ein Staatsakt zu sein, und diese Normen können doch gewiß nur

[56] A. a. O. S. 100.

Rechtsnormen sein, Rechtsnormen, die eben nicht mit dem konkreten Befehl des obrigkeitlichen Organs identisch sind; Rechtsnormen, wenn die menschliche Handlung rechtlich dem Staate zugerechnet werden soll. Und alle diese formalen und materiellen Rechtssätze können bei jedem Staatsakt zur Anwendung kommen; die menschliche Handlung, die sie als Staatsakt qualifizieren, ist ihnen gegenüber Exekutive, Erfüllung der durch sie normierten Rechtspflicht, Geltendmachung der durch sie gewährten Berechtigung des Staates; und sofern der Akt ein über solche solutio hinausgehende Rechtswirkung hat, z. B. die Gehorsamspflicht des Untertanen, dann fixieren diese Normen doch nur die Voraussetzungen, unter denen eine menschliche Handlung, als Staatsakt, die Gehorsamspflicht des Untertanen zur Folge hat, die Bedingungen, die zusammen mit dem Ungehorsam des Untertanen den gesamten Voraussetzungstatbestand für die Unrechtfolge bilden. Diese Unrechtsfolge, ohne die es eine Gehorsamspflicht der Untertanen nicht gibt, wird nicht durch den obrigkeitlichen Befehl, den Verwaltungsakt an sich bestimmt, sondern durch einen besonderen Rechtssatz, der — meist ganz allgemein gehalten — den Ungehorsam gegen bestimmte Verfügungen mit Strafe bedroht. Und auch aus diesem Grunde kann die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht nicht durch den als Imperativ rechtmäßigen Verhaltens auftretenden „obrigkeitlichen" Akt, sondern nur durch den als hypothetisches Urteil konstruierten Rechtssatz statuiert sein, der an den obrigkeitlichen Akt — als eine von mehreren Voraussetzungen — die Unrechtsfolge bindet.

Wie der „hoheitliche" Staatsakt, der die Willensäußerung der Staatsperson im Bereich der Exekutive, Urteil wie Verwaltungsakt, als Erfüllung von Rechtspflicht oder Geltendmachung

einer Berechtigung durchaus der privatrechtlichen solutio oder Rechtsausübung entspricht, so kommt der Staatsakt, sofern er eine darüber hinausgehende Wirkung, z. B. die Gehorsamspflicht der Untertanen, auslöst, ebenso wie das p r i v a t e Rechtsgeschäft als Bedingungstatbestand in Betracht, an den die Rechtsordnung diese Wirkung knüpft. Der Rechtsordnung gegenüber steht der „hoheitliche" und darum öffentlich-rechtliche Staatsakt der Exekutive, sofern er Pflichten erfüllt und Rechte ausübt, aber auch sofern er Pflichten und Rechte begründet, auf gleicher Basis mit den Tatbeständen des Privatrechtes, die Staatsperson auf gleichem Niveau wie alle übrigen Rechtssubjekte. Weil die spezifische Qualität des rechtlichen M e h r w e r t e s, die in der rechtsn o r m i e r e n d e n, rechtsverbindlichen, rechtspflichtstatuierenden Autorität beruht, ausschließlich und allein der Rechtsordnung, d. h. dem Staate als Rechtsordnung, nicht aber dem Staate als dem der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte der Exekutive, als Person zukommt, muß die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsverhältnissen, soferne sie die Ueberordnung der Staatsperson über die Person des Untertanen i n e i n e m u n t e r d e r R e c h t s o r d n u n g s t e h e n d e n V e r h ä l t n i s — und nicht im Verhältnis zur Rechtsordnung — als unterscheidendes Kriterium gegenüber anderen Rechtsverhältnissen zwischen gleichgeordneten Subjekten geltend macht, abgelehnt werden. R e c h t l i c h gibt es nur Untertanen der Rechtsordnung. Denn die Rechtsordnung ist für die juristische Betrachtung die einzige relevante Autorität, sie hat — bildlich gesprochen — gleichsam alle rechtlich relevante „Macht", „Gewalt" absorbiert, sie bildet den einzigen juristischen Punkt, der „über" den Rechtssubjekten steht; sie allein ist die Quelle von Recht und Unrecht, wie überhaupt alles rechtlichen Wertes. Die Subordination unter die Rechtsordnung

ist in diesem Sinne rein logischer Natur: Nur aus der Rechtsordnung sind die Erkenntnisgründe für alle rechtlichen Werturteile zu holen. Soferne aber der Staat in der Exekutive unter diese Rechtsordnung gestellt wird, sofern seine Beziehungen rechtlich nach dieser Ordnung zu beurteilen sind, muß an Stelle des Gewaltverhältnisses zwischen Staat und Untertan ein Rechtsverhältnis treten, das den Staat n e b e n den übrigen Untertanen der gemeinsamen Rechtsordnung unterwirft. Vom Standpunkt der Theorie des rechtlichen Mehrwertes kann man konsequenterweise zu keiner Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte gelangen; denn jedes Rechtsverhältnis ist für eine formale Betrachtung ausschließlich ein Verhältnis zur Rechtsordnung, d. h. zum Staat in der Rechtsordnung, also zu einer übergeordneten Autorität; und für eine materielle Betrachtung ist jedes Rechtsverhältnis zumindest a u c h ein Verhältnis zur Rechtsordnung. Und nur insoferne es ein Verhältnis zum Staat in der Rechtsordnung, z u m S t a a t a l s R e c h t s a u t o r i t ä t ist, kann es als U e b e r o r d n u n g s r e l a t i o n erkannt werden; auch dann, wenn es — materiell — zugleich ein Verhältnis zum Staat als der Rechtsordnung unterworfenes Rechtssubjekt, zum Staat in der Exekutive bedeutet.

Die allgemeine Erkenntnis, daß der Staat in der Exekutive als Rechts- und Pflicht-Subjekt, sowie als Subjekt rechts- und pflichtbegründender Tatbestände allen übrigen Personen sowohl als Pflicht- und Rechtssubjekten, wie auch als Subjekten recht- und pflichtbegründender Tatbestände koordiniert ist, und die besondere Erkenntnis, daß der Staat als Rechtssubjekt der Exekutive auch dort, wo seine einseitige, „hoheitliche“ Willensäußerung die Gehorsamspflicht der Untertanen zur Folge hat, juristisch nicht als „übergeordnet“ angesehen werden darf, daß ihm kein rechtlicher Mehrwert dem Unter-

tanen gegenüber zukommt, daß Staatsakt und Rechtsgeschäft der Untertanen — als Tatbestände, an welche die gemeinsame Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft — auf gleicher Basis stehen, eine Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte somit aus dem Titel eines „Herrschafts-" oder Ueberordnungsverhältnisses, eines rechtlichen Mehrwertes undurchführbar ist — all diese Erkenntnis ist nur die logische Konsequenz jener Idee, die den Staat in der Exekutive als Person derselben Rechtsordnung unterwirft, die auch für die übrigen Untertanen verbindlich ist; ist nur die Konsequenz der Rechtsstaatsidee. Und soferne eine juristische Erfassung des Staates nur möglich ist unter der Voraussetzung seiner Unterwerfung unter die Rechtsordnung, ist die Idee des Rechtsstaates die logische Voraussetzung alles Staatsrechtes.

Otto Mayer hält der Auffassung, derzufolge der Verwaltungsakt ganz so wie das Rechtsgeschäft, „auch seine Kraft nicht sich selbst, sondern dem Gesetze entnimmt" [57], entgegen, sie verlasse „eigentlich sogar schon das Vorbild der Justiz" [58], dem die Verwaltung im Rechtsstaate zu folgen habe [59]; er sieht nämlich die Durchführung der Rechtsstaatsidee in bezug auf die Verwaltung in dem Prinzipe „die Verwaltung gleich den Gerichten dem Gesetze zu unterwerfen" [60]; er sieht das Wesen der rechtsstaatlichen Verwaltung in ihrer „Justizförmigkeit" [61]. Schon früher habe ich darauf hingewiesen, daß das Wesen des Rechtsstaates ausschließlich in der fundamentalen Tatsache beruht, daß die Staatsgewalt — Justiz wie Verwaltung — der Rechtsordnung ebenso als unterworfen zu denken ist, wie irgendein anderes

[57] Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht S. 15.
[58] A. a. O. S. 97.
[59] A. a. O. S. 53 ff.
[60] A. a. O. S. 57.
[61] A. a. O. S. 65.

Rechtssubjekt; wenn der Verwaltung eine der Justiz analoge Stellung zukommt, so kommt eben der Justiz — der Rechtsordnung gegenüber als eine analoge Stellung wie allen Rechtssubjekten — „Untertanen" zu, die im Rechtsstaat — darin kommt ja das Prinzip der ausschließlichen Herrschaft des Gesetzes zum Ausdruck — nur mehr Untertanen der Rechtsordnung, nicht mehr des Staates sind, da dieser selbst der Rechtsordnung untertan ist. Eben wegen der Unterordnung der Justiz wie der Verwaltung unter die Rechtsordnung ist, wie früher schon bemerkt, eine Abstufung in der Stellung der Staatsperson und jener der übrigen Rechtssubjekte nicht mehr möglich, da jede Ueberordnung des Staates in Justiz und Verwaltung nur aus der Möglichkeit rechtlicher Bindung der Untertanen abzuleiten wäre, solche Rechtsautorität, solcher rechtliche Mehrwert aber von der Rechtsordnung absorbiert ist, kraft Rechtsstaatsidee nur dem Gesetz, d. h. der Rechtsordnung zukommt. Auch habe ich in anderem Zusammenhange bereits darauf hingewiesen, daß die Forderung der Justizförmigkeit der Verwaltung nur die spezielle Konsequenz einer besonderen Modalität ist, nach der das politische Prinzip des Rechtsstaates durchgeführt werden kann, nicht aber das Wesen der Rechtsstaatsidee als solcher.

Im übrigen ist die Analogie zwischen den Tatbeständen der Justiz und denen der Verwaltung, sofern sie über das rein formale Moment (beide sind Erfüllung staatlicher, durch die Rechtsordnung statuierter Pflichten und von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen ausgestattete staatliche Handlungen) hinausgehen soll, nur in sehr beschränktem Ausmaß möglich. Dazu einige Bemerkungen. Das Urteil ist als eine spezielle Form jener Staatstätigkeit anzusehen, die sich materiell als Rechtsprechung charakterisiert; diese aber ist keineswegs auf die Justiz beschränkt; man hat längst erkannt, daß auch die Ver-

waltung Rechtsprechungsfunktionen ausübt. Allein es wäre eine ungebührliche, den ursprünglichen im „Urteil" zusammengefaßten Sinn des Rechtsprechungsbegriffes gegen den Sprachgebrauch verändernde Bedeutung, wenn man unter Rechtsprechung etwas anderes als die Feststellung verletzter Rechtspflicht verstehen wollte. Was das Zivil- wie Strafurteil stets charakterisiert, ist die vom Rechtssatz geforderte der Realisierung der (zivilen oder kriminellen) Unrechtsfolge notwendig vorausgehende Feststellung, daß eine durch Rechtssatz statuierte Rechtspflicht verletzt wurde. Läge keine (zunächst bloß behauptete) Pflichtverletzung vor, könnte es überhaupt gar nicht zur Urteilsfunktion der Gerichte kommen. Der Rechtsprechungsakt der Gerichte (das Urteil) ist doch nur die notwendige Vorbedingung für die Realisierung der Unrechtsfolge, die wiederum nur die Rechtskonsequenz einer Pflichtverletzung ist. Die besonderen Rechtswirkungen, welche die Rechtsordnung an den Urteilsakt knüpft, sind ausschließlich auf diese Eigenschaft desselben zurückzuführen: Materielle und formelle Rechtskraft sind nur deshalb nötig, weil — solange nicht einwandfrei festgestellt ist, ob eine Rechtspflicht verletzt wurde — die auf die Pflichtverletzung gesetzte Unrechtsfolge nicht verhängt werden soll.

Wenn daher dem Verwaltungsakt durch die Rechtsordnung die gleiche oder doch eine analoge Stellung eingeräumt werden soll wie dem Urteil, so ist dies nur insoweit gerechtfertigt, als der Verwaltungsakt Rechtsprechung in dem Sinne eines zivilen oder Strafurteils ist, d. h. als der Verwaltungsakt die Feststellung einer Pflichtverletzung durch die staatliche Behörde beinhaltet. Dies gilt aber keineswegs von jedem oder auch nur den meisten Verwaltungsakten. Eine kurze Ueberlegung soll dies klarstellen.

Für die juristische Konstruktion der Staatstätigkeit, ins-

besondere aber für das Verhältnis von Justiz und Verwaltung ist eine Unterscheidung von größter Bedeutung. Den durch die Rechtsordnung verschiedentlich verpflichteten und berechtigten Rechtssubjekten steht der Staat in seinen Zivil- und Strafgerichten mit der durch die Rechtsordnung statuierten Rechtspflicht gegenüber: bei einer vorkommenden Pflichtverletzung der Untertanen diese festzustellen, um so die Voraussetzung für die Realisierung der Unrechtsfolge zu schaffen. Faßt man speziell das dem Verwaltungsrecht naheliegende Zivilrecht ins Auge, so gestaltet sich der Ablauf des Rechtsapparates, schematisch dargestellt, folgendermaßen: Zuerst das Rechtsgeschäft der Parteien — ein Tatbestand, an den die Rechtsordnung Pflichten und Rechte knüpft; dann Pflichtverletzung seitens einer der Kontrahenten, bestritten oder nicht; hierauf Anrufung des Staates. Schließlich Urteil des Staates. Ganz anders auf dem Gebiete der Verwaltung. Hier ist regelmäßig schon der erste Akt eine Tätigkeitsäußerung des Staates; z. B. es wird eine Eisenbahnkonzession erteilt, ein Gebot der Gewerbebehörde betreffs Anbringung einer Sicherungsvorkehrung in einem gefährlichen Betrieb erlassen, eine Schankkonzession wegen nachträglich zutagetretender Umstände entzogen usw. Der für die Rechtsprechung wesentliche, das Urteil der Zivil- und Strafgerichte stets charakterisierende Tatbestand der Feststellung einer P f l i c h t v e r l e t z u n g ist hier — in der 1. Instanz des Verwaltungsverfahrens zumindest — regelmäßig nicht gegeben. Vielmehr bedeutet der Verwaltungsakt neben der damit beabsichtigten Pflichterfüllung einen Tatbestand, an den die Rechtsordnung weitere Rechtsfolgen: Pflichten und Rechte des Staates wie der Partei geknüpft hat. Dieser Verwaltungsakt ist demnach nicht dem Urteil, sondern dem Rechtsgeschäft innerhalb des zivilen Rechtes und Prozesses analog. Anders, wenn durch den Verwaltungsakt das

subjektive Recht einer Partei, resp. die Rechtspflicht des Staates verletzt, oder eine solche Verletzung behauptet wird. Das Rechtsmittel, das gegen solchen Verwaltungsakt eingelegt wird — es ist der zivilen Klage zu vergleichen — führt zu einer Entscheidung der im Instanzenzuge übergeordneten Verwaltungsbehörde, und dieser Verwaltungsakt erst bedeutet materiell eine Rechtsprechung: die seitens des Staates erfolgte Feststellung einer Pflichtverletzung.

Die Idee des Rechtsstaates kann in bezug auf die Verwaltung sich nicht in dem Postulate der „Justizmäßigkeit der Verwaltung" erschöpfen, denn die Verwaltungstätigkeit ist nur zu einem geringen Teil „Verwaltungsjurisdiktion". Nur wenn man den Begriff der Jurisdiktion über jene Grenzen ausdehnt, die er im gerichtlichen Urteil behauptet, kann man die „Rechtsprechung" in der Verwaltung einen größeren Raum einnehmen lassen. Allein dann hat es keinen Sinn mehr für diese Rechtsprechungsfunktion der Verwaltung „Justizförmigkeit" zu fordern, denn diese Verwaltungsakte sind etwas wesentlich anderes als zivilgerichtliche Urteile. Faßt man etwa Rechtsprechung als obrigkeitliche Bestimmung dessen, was im konkreten Falle Rechtens ist[62], oder als staatliche „Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses"[63], ist in jedem Verwaltungsbefehl, in jeder Konzessionserteilung ein Akt der „Jurisdiktion" zu sehen, dann ist für den, der die Rechtswirkungen dieses Verwaltungsaktes: die Entstehung von Pflichten und Rechten — und diese Rechtswirkungen sind es doch, die durch den Akt „bestimmt" oder „festgestellt" werden sollen — aus der Rechtsordnung und nicht aus einer immanenten Kraft des Aktes ableitet, ebenso auch jedes Rechtsgeschäft der Untertanen Rechtsprechung. Wenn die Anstellung

[62] Otto Mayer a. a. O. S. 97.
[63] Bernatzik, a. a. O. S. 64.

eines Beamten in den Staatsdienst, die Aufnahme eines Fremden in den Staatsverband Rechtsprechung ist, dann muß man, macht man mit der Annahme ernst, daß der Staat ein der Rechtsordnung unterworfenes Rechts- und Pflichtsubjekt ist, auch die Aufnahme eines Vereinsmitgliedes und die Anstellung eines Privatbeamten als Rechtsprechung ansehen. Denn weder bei der Aufnahme in den Staatsverband, noch bei der Anstellung des Beamten erscheint das Staatssubjekt ebenso wie der Untertan bei den analogen Rechtsgeschäften als das, was die spezifische Stellung des Gerichtes ausmacht: als Entscheider über eine Pflichtverletzung.

Das Ergebnis dieser Ausführungen betreffend das Verhältnis der Trias: Rechtsgeschäft, Urteil und Verwaltungsakt, läßt sich somit folgendermaßen zusammenfassen: Urteil und Verwaltungsakt können wegen des in ihnen zum Ausdruck kommenden Momentes obrigkeitlicher Gewalt vom Standpunkte formaljuristischer Konstruktion im Verhältnis zu anderen von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen verknüpften Tatbeständen (den Rechtsgeschäften) nicht wesentlich unterschieden werden. Das Moment obrigkeitlicher Gewalt ist als bloßer Inhalt der staatlichen Rechtsverhältnisse für die formaljuristische Konstruktion irrelevant, kann insbesondere der Staatsperson keinen rechtlichen Mehrwert im Verhältnis zu den anderen Rechtssubjekten geben. Eine Wesensverschiedenheit des Verwaltungsaktes im Verhältnis zum Rechtsgeschäft wegen Wesensgemeinschaft des ersteren mit dem Urteil im gemeinsamen Begriff der Rechtsprechung ist nicht erweislich, da der Begriff der Rechtsprechung, dem das gerichtliche Urteil ganz angehört, nur einen Teil der Verwaltung umfaßt. Ein gemeinsamer Oberbegriff aber schließt alle drei Tatbestände: Urteil, Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft in sich ein: Es handelt sich in allen drei Fällen um Willensäußerungen von

Rechtssubjekten, an welche die Rechtsordnung, der diese Rechtssubjekte in gleicher Weise unterworfen sind, gewisse Rechtswirkungen knüpft. Die gemeinsame Basis ist die einheitliche Idee der Rechtssubjektivität, als eine von der Rechtsordnung verliehene Qualität, die dem Staat als Subjekt von Urteil und Verwaltungsakt nicht anders zukommt wie den Untertanen als Subjekten der Rechtsgeschäfte. Das oberste rechtslogische Prinzip dieser wie jeder anderen juristischen Erkenntnis ist das Dogma, daß alle Rechtswirkung nur durch die Rechtsordnung und nicht durch irgendeine dem Tatbestand immanente Qualität geschaffen wird.

Aus den bisherigen Ausführungen geht mit voller Klarheit hervor, daß die Idee des Rechtsstaates unvereinbar ist mit der Scheidung in privates und öffentliches Recht[64], weil und soferne diese Scheidung — wie die historische Begriffsentwicklung dieses Gegensatzes zeigt — nichts anderes als den Gegensatz der rechtlichen Gebundenheit zur Freiheit vom Recht, den Gegensatz von Recht und Macht, Recht und politischer Gewalt im Verhältnis zum Staat zum Ausdruck bringt. Nur solange es Beziehungen zwischen Staat und Untertanen gibt, die nicht der Rechtsordnung unterworfen sind, nur solange der Staat nach irgendwelchen Richtungen, vor allem noch in der Verwaltung, seine Gewalt anders denn als Inhalt von Rechtspflichten oder Berechtigungen und nicht als Rechts-, sondern als Machtsubjekt ausüben kann, kommt der Staat in diesen Relationen den Untertanen gegenüber als übergeordnetes Machtsubjekt und nicht als gleichgeordnetes Rechtssubjekt in Betracht, ist ein Begriff berechtigt, der diese Ueberordnungs-,

[64] Den Gedanken, daß die Idee des Rechtsstaates mit dem Gegensatz von privatem und öffentlichem Rechte unvereinbar ist, hat schon Weyr ausgesprochen. Vgl. a. a. O. S. 534.

diese reinen Machtbeziehungen des Staates zu den Untertanen zusammenfaßt und den Rechtsverhältnissen gegenüberstellt, in denen der Staat und die übrigen der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte einander koordiniert sind. Sobald aber der Staat in allen Beziehungen der gleichen einheitlichen Rechtsordnung unterstellt wird, wie alle übrigen Subjekte, sobald alle Aeußerungen des Staates nur als Erfüllung von Rechtspflichten oder Geltendmachung von Berechtigungen erkannt werden müssen, Pflichten und Rechte des Staates aber ebenso wie Pflichten und Rechte aller übrigen Subjekte nur durch die gemeinsame Rechtsordnung (d. h. dem Staat nur in der Rechtsordnung) statuiert werden, ist jedes Ueber- und Unterordnungsverhältnis zwischen dem Staat (in der Exekutive) und dem Untertan geschwunden; in einem Ueberordnungsverhältnis zu den Rechtssubjekten steht einzig und allein die Rechtsordnung. Nur wenn man irrtümlicherweise die verpflichtende und berechtigende Autorität der Rechtsordnung der ihr unterworfenen Staatsperson zuschreibt, kann diese im Verhältnis zu den Untertanen den Schein eines „Mehrwertes" erlangen. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Rechtsverhältnissen aus dem Titel irgendeines „Mehrwertes" ist daher ausgeschlossen [65].

[65] Diese rechtslogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee bleibt völlig unberührt von dem größeren oder geringeren Ausmaße, in dem diese Idee rechtspolitisch realisiert ist. Ob die Staatsgewalt, wenn sie nur überhaupt als der Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, durch diese Rechtsordnung mehr oder weniger determiniert ist, ob auf dem Gebiete der Verwaltung von der Rechtsordnung ein größerer oder geringerer Spielraum freien Ermessens den Organen eingeräumt ist, ob die Rechtsordnung mehr oder weniger Garantien dafür bietet, daß die Organe sich auf die Erfüllung staatlicher Rechtspflicht, des in der Rechtsordnung ausgedrückten „Willens" des Staates beschränken, ist für die rechtslogische Grundstruktur der exekutiven Staatstätigkeit als Erfüllung staatlicher Rechtspflicht, als „Exekutive" der Rechtsordnung

Lehnt man ab, der Staatsperson jenen „Mehrwert" zuzusprechen, der in der verpflichtenden und berechtigenden Autorität beruht, die ausschließlich der Rechtsordnung zukommt, und will man trotzdem die Staatsperson in ihren Verhältnissen zu anderen Personen, sowie in den von ihr gesetzten Rechtstatbeständen — den Staatsakten — zum Unterschied von

gleichgültig. Geradeso wie die Justiz diesen ihren rechtslogischen Charakter nicht ändern würde, wenn bei Verhängung von Strafe und Exekution dem Richter von der Rechtsordnung ein weit größerer Spielraum für freies Ermessen eingeräumt würde als dies tatsächlich der Fall ist. Es geht nicht an — wie dies mitunter versucht wird — den Staat als Verwalter für die juristische Konstruktion als der Rechtsordnung teils unterworfen, teils aber von der Rechtsordnung frei anzusehen; denn der Staat kann juristisch konstruiert werden nur insoweit, als er als Rechtssubjekt, als Person erkannt, als er der Rechtsordnung unterworfen gedacht wird. Was rechtslogische Voraussetzung aller juristischen Konstruktion des Staates, alles Staatsrechtes ist, kann nicht zum Teil weggedacht werden. Und wenn man einem konkreten konstitutionellen Staate gegenüber auf Grund einer konkreten Verfassung den Grundsatz aufstellen zu müssen glaubt, daß der Staat in der Verwaltung zu allem berechtigt (sic!) ist, was ihm nicht durch die Rechtsordnung (in Form des Gesetzes) untersagt ist, dann muß man diesen Satz eben als Rechtssatz aus der Rechtsordnung nachweisen, wenn man den Staat nicht als Polizeistaat erklären und auf eine juristische Konstruktion seiner Funktionen nicht verzichten will. Auch die Allgemeinheit und Inhaltlosigkeit eines solchen ermächtigenden Blankettrechtssatzes genügt, um die Rechtsstaatsidee in ihrer rein formalen rechtslogischen Konsequenz zu wahren und so die Denkmöglichkeit eines Staatsrechtes zu erhalten. Darum ist nur im rechtspolitischen Sinne richtig, im rechtslogischen Sinne aber falsch, wenn Otto Mayer erklärt, ein Staat sei „als Rechtsstaat vollkommen oder unvollkommen", je nach dem Maße, in welchem seine Verwaltung durch Gesetze determiniert und die Beobachtung der Gesetze seitens der Organe durch einen urteilsähnlich gestalteten Verwaltungsakt gesichert sei. Denn rechtslogisch ist ein Staat entweder Rechtsstaat oder nicht, so wie er nur entweder Person oder nicht Person, und nicht teils Rechtssubjekt, teils über dem Recht stehendes Machtsubjekt sein kann; nämlich für eine juristische Erkenntnis des Staates, die eben nur unter der Voraussetzung einer über dem Staate stehenden Rechtsordnung möglich ist.

jenen der Untertanen (den Rechtsgeschäften) in formeller Beziehung prinzipiell charakterisieren, so kann eine solche Differenzierung zwischen Staat und Untertan, Staatsakt und Rechtsgeschäft, präziser: zwischen öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft und damit schließlich zwischen öffentlichem und privatem Rechte überhaupt, nur aus der Rechtsordnung selbst begründet werden.

Eine solche durch die Rechtsordnung selbst geschaffene Differenzierung kann auf einen Unterschied zwischen der formalen Struktur der Rechtspflichten des Staates und jener der Untertanen hinauslaufen; dann kann sie aber keinerlei Ueber- und Unterordnung zwischen Staat und Untertan bedeuten. Die Möglichkeit dieser Differenzierung habe ich an anderer Stelle angedeutet [66]. Jede andere kann nur materieller Natur sein. Die Pflichten und Rechte des Staates unterscheiden sich durch einen besonderen Inhalt von denen der Untertanen: Befehl und Zwang; das Unzulängliche dieses Kriteriums wurde bereits früher dargetan. Allein es ist noch ein anderes materielles Kriterium möglich. Die Rechtsordnung kann Rechtswirkungen an Tatbestände knüpfen, die sich als Willensäußerung einer einzigen Person darstellen; sie kann aber die Rechtswirkung auch von der Tatsache abhängig machen, daß eine Uebereinstimmung zwischen den Willenserklärungen zweier oder mehrerer Personen zustande gekommen ist. Soferne nun der übereinstimmend erklärte Wille der Parteien auf die Rechtswirkungen gerichtet ist, welche die Rechtsordnung an den so charakterisierten Tatbestand knüpft, wird dieser ein Vertrag genannt.

Der hier für das gesamte Rechtsgebiet entwickelte Gegensatz, demzufolge alle Tatbestände, an welche die Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft, eingeteilt werden

[66] Vgl. meine Hauptprobleme S. 268 ff.

können, gleichgültig ob sie nach herrschender Lehre dem Privat- oder öffentlichen Rechte angehören, ist bisher nur auf dem erstgenannten der beiden Teilgebiete in dem Gegensatz von einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften zum Ausdruck gekommen. Das Privatrecht kennt zahlreiche Fälle, in denen die Willenserklärung eines einzigen Rechtssubjektes von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen für das erklärende Subjekt selbst wie für andere Subjekte ausgestattet ist. Das öffentliche Recht, das gewissen einseitigen Willenserklärungen der Staatsperson Rechtswirkungen gegenüber Dritten einräumt, unterscheidet sich darum also vom Privatrechte prinzipiell nicht. Und selbst wenn eine positive Rechtsordnung tatsächlich der einseitigen Willenserklärung eines Privaten (d. h. aller Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates) niemals rechtliche Wirkung für Dritte zuerkennen würde, könnte diese Tatsache für das Wesen des Privatrechtes zum Unterschiede vom öffentlichen Rechte in keiner Weise ausschlaggebend sein; denn der Privatrechtsordnung stünde ja solche Möglichkeit jederzeit zur Verfügung. Es kann auch nicht von Bedeutung sein, daß die Normen, die man üblicherweise zum Privatrecht zählt, durch einseitiges Rechtsgeschäft regelmäßig — nicht ausnahmslos — dritten Personen nur R e c h t e, Rechtspflichten aber nur dem einseitig handelnden Rechtssubjekte zuwachsen lassen, während der dem öffentlichen Rechte unterworfene Staat durch einseitige Willenserklärung sehr häufig Rechtspflichten der übrigen Subjekte kraft Rechtsordnung bewirkt. Der einseitige Verwaltungsbefehl z. B. hat die Gehorsamspflicht der Untertanen zur Folge. So wenig dieses Moment für das formale System allgemeiner Rechtsbegriffe von Bedeutung sein kann, weil die beiden subjektiven Erscheinungsformen der Rechtsnorm: die Rechtspflicht wie die Berechtigung, einander durchaus gleichwertig gegenüber stehen und es sich ja dabei — wie

früher bereits gesagt — nicht um eine spezifische, aus dem Wesen der Staatsperson zu erschließende Qualität handelt, so mag dieses Kriterium für eine materielle Systemisierung der Tatbestände immerhin von gewisser Relevanz sein. Einen Gegensatz der Rechtsnormen oder der Rechtsverhältnisse — wie solcher in der formalen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte behauptet oder beabsichtigt wird — kann es jedoch niemals begründen. Darin, daß gewisse einseitige Willensäußerungen der Staatsperson auf Grund der Rechtsordnung Rechte und insbesondere Pflichten dritter Personen begründen, ist kein zureichender Grund dafür gegeben, diese Tatbestände, weil spezifisch öffentlich-rechtlicher Natur, als „publizistische" Rechtsgeschäfte den privaten Rechtsgeschäften entgegenzustellen.

Freilich liegt in jenen Fällen, wo sich an den einseitigen Willensakt der Staatsperson Gehorsamspflichten der Untertanen anschließen, die Vorstellung nahe, daß die verpflichtende Autorität von der einseitigen befehlenden Staatsperson selbst ausgehe; man ist in diesen Fällen leicht geneigt, das, was bloß Tatbestand ist, an den die Rechtsordnung erst Rechtswirkung knüpft, mit dieser Rechtsordnung selbst zu identifizieren, in den nur von der Rechtsordnung qualifizierten Akt eines Rechtssubjektes eine immanente rechtsverbindliche Kraft hineinzudenken. Zumal für den „gesunden Menschenverstand" des praktischen Juristen und Laien, der, dem abstrakt Formalen von vornherein weniger zugewandt, mit seinem Blick leichter und lieber am konkret Realen des sichtbaren, in der Welt der Wirklichkeit sich abspielenden Tatbestandes haften bleibt. Der Denkfehler, der dabei vom rechtslogischen Standpunkte aus unterläuft, ist ein ganz ähnlicher wie jener, der in der Annahme einer den realen Dingen selbst innewohnenden, kausalen „Kraft" oder einer immanenten „Zwecktendenz"

besteht. Wie hier, was bloß kausaler oder teleologischer Denkprozeß ist, also außerhalb der Welt der sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung, dennoch in diese hineinprojiziert wird, so wird dort, was nur Eigenschaft der gedachten (abstrakten) Rechtsnorm ist, in den realen Tatbestand verlegt, der alle Qualifikation nur durch die Rechtsordnung erhält [67]; wobei

[67] Fleiner unterscheidet (a. a. O. S. 163 ff.), ob Pflichten und Berechtigungen der Untertanen „unmittelbar" auf dem Gesetze, d. h. der Rechtsordnung beruhen oder ob „zwischen das Gesetz und den Untertan eine Verfügung der Verwaltungsbehörde eingeschoben ist", die feststellt, wozu der Untertan verpflichtet oder berechtigt sei. „Anspruch und Pflicht beruhen dann nicht direkt auf dem Gesetz, sondern auf diesem Verwaltungsakt" (a. a. O. S. 166). Diese Unterscheidung verdunkelt jedoch insofern das rechtslogische Verhältnis, als Pflicht und Recht (Anspruch) stets nur auf dem Gesetze d. h. der Rechtsordnung beruhen; der Verwaltungsakt hat rechtslogisch ebenso nur den Charakter eines Tatbestandselementes wie irgendeine andere Voraussetzung, an welche der Rechtssatz Pflicht und Recht einer Person knüpft. Wenn z. B. die Pflicht des Hausbesitzers zur Reinigung des Trottoirs (Fleiner a. a. O. S. 163) an die Voraussetzung gebunden ist, daß das Trottoir schmutzig sei, und die Pflicht des Darlehensschuldners zur Rückerstattung des Darlehens an den Eintritt des Fälligkeitstermines, so sind all diese Bedingungen in keinem anderen Sinne Tatbestände (richtiger Elemente eines Tatbestandes), an welche die Rechtsordnung Rechtspflichten knüpft, wie etwa ein Polizeibefehl, wenn die Rechtsordnung einen solchen zur Voraussetzung einer Gehorsamspflicht der Untertanen macht. „Direkt" beruht die Gehorsamspflicht im letzteren Falle ebenso auf dem Polizeibefehl, wie die Pflicht des Schuldners „direkt" auf dem Eintritt des Zahltages oder die des Hausbesitzers auf einem reinigungsbedürftigen Zustand des Trottoirs beruht. „Indirekt" aber beruhen in gleicher Weise alle diese Pflichten auf der Rechtsordnung. Wichtig ist, daß Fleiner die Pflichten und Rechte der Untertanen, auch wenn sie „direkt" auf pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakten beruhen, letzten Endes auf das Gesetz, d. h. die Rechtsordnung zurückführt, wo wenigstens „indirekt" der Sitz der verpflichtenden und berechtigenden Autorität zu denken ist. Den pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakten kann dann aber kaum mehr aus dem Titel ihrer rechtserzeugenden, „rechtmachenden" Kraft — wie Otto Mayer sagt — ein Mehrwert zugesprochen werden. Dann sind diese pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakte in keiner anderen Weise von der Rechtsordnung zur Voraussetzung von Rechtswirkungen gemacht wie die einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäfte des Privatrechtes.

noch die beliebte Verwechslung von Erkenntnisgrund und Ursache mit unterläuft, wenn man dem Tatbestand eine „Wirkung", eine Art „juristische Kausalität" — auch dieses Denkmonstrum ist von Juristen geschaffen worden — zuspricht.

IV. Kapitel.

Daß in dieser irrigen Vorstellung von der rechtsautoritären Qualität der Staatsperson in Justiz und Verwaltung die letzte Wurzel der rechtslogisch unhaltbaren Scheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsgeschäften und letzten Endes zwischen privatem und öffentlichem Rechte überhaupt steckt, das geht mit absoluter Sicherheit aus der Lehre vom öffentlichen oder publizistischen Vertrag hervor, so wie sie von der heute herrschenden Theorie des öffentlichen Rechtes entwickelt wurde. Solange man nämlich nicht klar und deutlich ausspricht, was bei den meisten Theoretikern nur unklar und mehr unter der Schwelle ihres juristischen Bewußtseins ruht: daß dem Staat bei den sogenannten „öffentlichen" Verträgen nicht die Rolle eines Kontrahenten, ja überhaupt nicht die Rolle eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes, einer Person im Rechtssinne, sondern die Stellung einer Rechtsautorität, des Gesetzgebers zukommt — und diese Konsequenz dürfte man, weil sie gegen eine allgemein akzeptierte Voraussetzung verstößt, nicht gerne ziehen — solange muß sich die Theorie in einem plumpen circulus vitiosus bewegen. Ein Beispiel für viele soll das Gesagte beweisen. Doch vorher einige allgemeine Bemerkungen.

Der „Vertrag" ist nicht ein Begriff des privaten oder des öffentlichen Rechtes, sondern, weil rein formaler Natur, ein Begriff der allgemeinen Rechtslehre. Das juristisch Relevante dieses Tatbestandes ist: daß der Eintritt der Rechtswirkungen von der Rechtsordnung an die Erklärung einer Willensübereinstimmung geknüpft ist. Nun ist, soferne man

den Staat als Rechtspersönlichkeit auffaßt, im modernen Staats- und Verwaltungsrechte sehr häufig der Fall gegeben, daß gewisse Rechtswirkungen von der Rechtsordnung an einen Tatbestand geknüpft werden, der sich deutlich dadurch charakterisiert, daß zu einer in einem Staatsakte zum Ausdruck kommenden Willenserklärung des Staates eine übereinstimmende oder zustimmende, d. h. das gleiche Ziel verfolgende Willenserklärung eines anderen Rechtssubjektes — eines Untertanen — hinzukommen muß (oder umgekehrt), damit die von der Rechtsordnung vorgesehenen Rechtswirkungen eintreten können. Dieser Tatbestand unterscheidet sich nach herrschender Lehre von einem Vertrage — „des Privatrechtes", wie diese Auffassung immer hinzufügt — lediglich dadurch, daß die beiden Subjekte nicht wie beim Kauf, Darlehen usw. einander koordiniert, sondern einander über- und untergeordnet sind. Und darum sprechen die einen von einem spezifischen, vom privatrechtlichen wesentlich verschiedenen „publizistischen" Vertrage, die anderen erklären die Kategorie des Vertrages überhaupt in solchen Fällen für unzulässig. „Das, was hinzutreten muß, um die Willensübereinstimmung zum Vertrag zu erheben, ist die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen; sie aber gerade fehlt nach der modernen staatsrechtlichen Auffassung in dem Verhältnis zwischen dem Untertan und dem überragenden Inhaber des Imperium" [68]. Zwischen beiden Richtungen besteht im Grunde nur eine terminologische Differenz. Worauf es ankommt, darin sind beide einig; sie sehen in dem fraglichen Tatbestande aus demselben Grunde einen vom Kauf, Darlehen usw. wesensverschiedenen Tatbestand.

Zugegeben, daß zum Wesen des Vertrages die „rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen" gehört, so muß man

[68] Kormann a. a. O. S. 36/7. Vgl. auch die dort zitierte Literatur.

natürlich die Frage aufwerfen, warum gerade in diesen Fällen eine rechtliche Wertdifferenz zwischen dem Staate und einem Untertan angenommen werden muß, da doch die herrschende Lehre zahlreiche andere Fälle kennt, in denen Staat und Untertan einander rechtlich gleichwertig entgegentreten; Kaufverträge, Darlehensverträge des Staates mit Untertanen usw. Und es muß daran festgehalten werden, daß die behauptete Niveaudifferenz eine rechtliche, d. h. von der Rechtsordnung statuierte sein, daß die Rechtsordnung selbst beide Rechtssubjekte verschieden werten muß, wenn ihre rechtliche Verschiedenheit von der Theorie behauptet wird. Worin kommt nun diese verschiedene Wertung beider Rechtssubjekte durch die Rechtsordnung zum Ausdruck? Warum wertet die Rechtsordnung Staat und Untertan bei einem zwischen beiden abgeschlossenen Kaufvertrag gleich, bei einer vom Staate vorgenommenen Beamtenernennung aber ungleich, wenn die gewünschten Rechtswirkungen in beiden Fällen von der erklärten Willensübereinstimmung beider abhängen? Es ist geradezu beschämend, wenn man in der neueren Literatur bei Aufwerfung dieser primitiven Grundfrage immer wieder auf den gleichen Fehlschluß stoßen muß. Um nur Einen für Viele zu zitieren, sei Kormann angeführt, der zuletzt am ausführlichsten zur Frage der rechtsgeschäftlichen Staatsakte Stellung genommen hat und dessen selten umfassende Kenntnis der einschlägigen Literatur ihn geradezu prädestiniert, den geläuterten Niederschlag der herrschenden Lehrmeinung zu formulieren. Auf die Frage, ob im konkreten Falle ein publizistischer oder ein privater Vertrag vorliege, antwortet er wörtlich: „Einen allgemeinen Anhaltspunkt für die Entscheidung dürfte der Satz bilden, daß ein öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft immer dann vorliegt, wenn es auf den Eintritt öffent-

lich-rechtlicher Wirkungen gerichtet ist“ [69]. Es wäre gewiß ungerecht, Kormann persönlich dafür verantwortlich zu machen, daß in seinem tüchtigen und scharfsinnigen Buche solch logischer Unsinn steht. Denn diese nichtsbeweisende Argumentation wird in der heutigen Theorie des öffentlichen Rechtes ganz allgemein als bare Münze genommen; diese offenkundige Scheinwahrheit genießt in der Wissenschaft des öffentlichen Rechtes Zwangskurs! Und gleichfalls typisch für den heutigen Stand des Problems eines ,,öffentlichen“ Rechtes ist die Art und Weise, wie Kormann seine Argumentation fortführt! Unter der Vorgabe von ,,Erläuterungen“ zu dem oben aufgestellten Prinzipe erklärt er nun: ,,Gänzlich unzweifelhaft ist der privatrechtliche Charakter bei den gewöhnlichen Kauf-, den Pacht- usw. Verträgen des Fiskus“ [70]. Ebenso erklärt er den Anleihevertrag bei Ausgabe von Staatspapieren für privatrechtlich, obgleich z. B. Löning [71] ihn für öffentlich rechtlich hält. Dann zählt er eine Reihe anderer Verträge auf, die ebenfalls seiner Meinung nach privatrechtlich sind und hält sich dabei im großen und ganzen an die von der Praxis gezogene Grenze, derzufolge gewisse ,,Verträge“ den ordentlichen Gerichten, andere den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung in Streitfällen überlassen werden. Und das ist im Grunde genommen die tatsächliche Lösung, die das fragliche Problem in der gesamten Literatur erfährt: Die Grenze zwischen dem, was man Privatrecht und dem, was man öffentliches Recht nennt, wird nicht nach einem formalen, allgemein gültigen theoretischen Prinzip, sondern im großen und ganzen nach der positiv rechtlichen Zuteilung zu Gericht oder Verwaltungsbehörde, und wo das Gesetz darüber schweigt, durch

[69] A. a. O. S. 33.

[70] A. a. O. S. 33.

[71] Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. S. 131.

praktisch-politische Erwägungen und das allgemeine Herkommen fixiert. Nur post festum kommt dann die Theorie und erklärt, daß der Staat in jenen Fällen, die man schon vorher aus irgendwelchen Motiven dem öffentlichen Rechte zuzurechnen geneigt ist, als dem Untertan übergeordneter Träger des Imperiums auftritt. Daß damit freilich nur der Begriff des „Oeffentlich-Rechtlichen" mit anderen Worten umschrieben wird, ist selbstverständlich.

Nur um das Typische des charakterisierten circulus vitiosus aufzuzeigen, der immer wiederkehrt, sobald es sich darum handelt, ein Kriterium für den behaupteten Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht zu liefern, will ich die Argumentationen Kormanns noch weiter verfolgen. Ich zitiere der Genauigkeit wegen einen längeren Absatz wörtlich: „Weniger sicher ist die Entscheidung bei den „Verträgen", „Vereinbarungen" und „Einigungen", die ohne gleichmäßige Terminologie und ohne gleichmäßige Rechtsnatur im Wegerecht vorkommen. Wir lernten vorhin schon publizistische Verträge über die Wegebaulast kennen, betonten aber schon damals, daß es auch privatrechtliche gebe. Als privatrechtlich aber wird man alle diejenigen Rechtsgeschäfte zu betrachten haben, welche die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unberührt lassen" [72]. Es gibt also privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Wegbaulastverträge. Oeffentlich-rechtlich sind diejenigen, die öffentlich-rechtlich sind! Das ist dieser Weisheit letzter und immer wiederkehrender Schluß. Und beinahe humoristisch berührt es einen, wenn Kormann gerade im Beamtenrecht seine doch niemals versagende Formel nicht so recht anwenden will. Er meint vorsichtig: „Auch die im Beamtenrecht zulässigen Verträge können zu erheblichen

[72] A. a. O. S. 34.

Zweifeln Anlaß geben. So hat vor allem Preuß behauptet, die Vereinbarungen oder Festsetzungen über die Gehaltsansprüche seien wenigstens insoweit privatrechtliche Geschäfte, als sie sich auf bereits entstandene Ansprüche bezögen; und er hat dies damit begründet, daß die Gehaltsansprüche selbst privatrechtlicher Natur seien [73]. Wäre dieser Begründungssatz richtig, so hätten wir nach unserem vorhin aufgestellten allgemeinen Grundsatz hier allerdings privatrechtliche Akte anzunehmen". Und nun fährt Kormann fort: „Ob es freilich richtig ist und ob nicht die Gehaltsansprüche der Beamten als publizistische Ansprüche aufzufassen sind, kann hier nicht so im Vorbeigehen entschieden werden; es ist eine schwierige und bekanntlich stark umstrittene Frage" [74]. Nicht schwieriger und nicht weniger bestreitbar als irgendeine andere Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Und im Sinne der herrschenden Lehre durchaus befriedigend nach der bewährten Schablone zu lösen: Gehaltsansprüche der Beamten sind öffentlich-rechtlich, wenn oder weil sie öffentlich-rechtliche Wirkungen haben!

Daß es bei der heute üblichen Methode oder Methodenlosigkeit zum großen Teil vom Geschmack des Einzelnen abhängt, ob er einen Akt für privat- oder öffentlich-rechtlich erklärt, das verrät Kormann aufs deutlichste, wenn er — nur als Sprachrohr der communis opinio — sagt: „Ueberhaupt soll man in der Zuweisung an das Privatrecht nicht zu weit gehen und nicht vergessen, daß eine unverkennbare Entwicklungstendenz darauf hinzielt, das Gebiet des privaten zugunsten des Verwaltungsrechtes einzuengen" [75]. Ja, liegt es denn im Belieben des Theoretikers, wo er die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Rechte ziehen darf, wenn die spezifisch öffent-

[73] Städtisches Amtsrecht. Berlin 1902. S. 440.
[74] A. a. O. S. 34/35. [75] A. a. O. S. 35.

lich-rechtliche Qualität eines Rechtsverhältnisses in dem von der Rechtsordnung verliehenen Mehrwert des Staates gegenüber dem Untertanen beruht? Kann der Theoretiker einem solchen durch die positiven Rechtsvorschriften fixierten Symptom gegenüber überhaupt im Zweifel sein, wie seine Qualifizierung auszufallen hat? Gibt es denn überhaupt eine andere juristische Qualifizierung als eine durch die Rechtsordnung begründete? Kann denn die „Entwicklungstendenz", von der Kormann spricht, und die auf die Einengung des Privatrechtes zugunsten des öffentlichen Rechtes gerichtet sein soll, anderswo als in der Gesetzgebung bestehen; und wäre es nicht ein törichter Irrtum der Rechtswissenschaft, der Theorie solche Tendenz zu imputieren, da diese doch nur aus der Rechtsordnung die Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht ablesen kann, wenn wirklich das fragliche Kriterium, wie die herrschende Lehre behauptet, in der „rechtlichen", d. h. durch die Rechtsordnung erfolgten Höherwertung der Staatspersönlichkeit besteht? Zu einer solchen Annahme aber bieten jene Fälle gar keinen Anlaß, in denen die Rechtswirkungen seitens der Rechtsordnung nicht bloß von der im Staatsakt zum Ausdruck kommenden Willenserklärung der Staatsperson allein, sondern auch von der damit inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärung eines anderen Rechtssubjektes abhängig gemacht sind. Welche Bedeutung für eine materielle Einteilung der Tatbestände die Tatsache hat, daß die Rechtsordnung in gewissen Fällen Berechtigungen und insbesondere Rechtspflichten dritter Personen an die einseitige Willenserklärung der Staatsperson knüpft, habe ich bereits früher dargelegt. Daß die Rechtsordnung in diesen Fällen den Staat „besser" behandelt als den Untertanen, der ohne seinen eigenen Willen verpflichtet wird, daß sie die Staatsperson „höher", d. h. „über" den Untertanen stellt, ihm einen „Mehrwert" verleiht, das mag

für eine auf den Rechtsinhalt gerichtete Betrachtung irgendwie ausdrucksbedürftig sein. Nur muß man sich darüber klar werden, daß diese „Wirkung" nicht Ausfluß eines staatlichen Imperiums sein kann, das nur der Inhalt jenes der Staatsperson (in der Exekutive) zuzurechnenden, als Ausübung einer Rechtspflicht zu denkenden Tatbestandes ist, sondern daß die Verpflichtung von der Rechtsordnung ausgeht, die solche Wirkung eben so gut an irgendeinen anderen Tatbestand — etwa die Willensäußerung eines Privaten — knüpfen kann; und daß nach positivistischen Prinzipien für die der Rechtsordnung unterworfene Person des Staates keinerlei präsumptio juris spricht, dahingehend, daß ihre Willenserklärung als solche — natürlich ist hier nur von der Exekutive die Rede — die „Kraft" habe, einseitig Pflichten und Rechte dritter Personen hervorzurufen. Nur sofern die positive Rechtsordnung dem Staatsakt solche Wirkung verleiht, kann die Interpretation sie anerkennen.

Man halte sich aber auch stets gegenwärtig, daß jede Rechtswirkung zu dem sie begründenden Tatbestand im Verhältnis einer Erkenntnisfolge zum Erkenntnisgrund steht, daß daher alle von der Rechtsordnung fixierten Voraussetzungen konstatiert sein müssen, wenn eine bestimmte Rechtsfolge als gegeben angenommen werden kann, und daß alle Bedingungen rechtslogisch als gleich notwendig, als gleichbedeutend oder gleichwertig anzusehen sind. Hat daher die Rechtsordnung irgendeine Rechtswirkung nicht bloß von einer Willenserklärung der Staatsperson, sondern auch von einer inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärung eines anderen Subjektes (speziell jenes, für welches Pflichten und Rechte begründet werden sollen) abhängig gemacht, dann sind beide Willenserklärungen gleichbedeutend, gleich notwendig; dann hat aber auch eine materielle Betrachtung nicht die geringste

Handhabe, eine Höher- oder Mehrwertung der Staatsperson (resp. deren Willenserklärung) gegenüber der Person des Untertanen (resp. deren Willenserklärung) durch die Rechtsordnung anzunehmen. Wenn die Staatsperson auf Grund der Rechtsordnung — und das ist natürlich quaestio facti — einen Beamten nicht ohne seinen Willen anstellen kann, dann ist der Staatsdienstvertrag oder die Anstellung in den Staatsdienst ebenso ein zweiseitiges Rechtsgeschäft wie die locatio conductio operarum zwischen Unternehmer und Arbeiter. Und wenn (was wiederum quaestio facti ist) nach positiv-rechtlicher Vorschrift der Staat niemanden in seinen Verband aufnehmen kann, der nicht um diese Aufnahme ansucht oder mit dieser Aufnahme sich einverstanden erklärt, dann ist die Naturalisation juristisch ebenso als Vertrag zu qualifizieren wie das Rechtsgeschäft, durch das irgend jemand irgendeinem Geselligkeitsverein beitritt.

Die herrschende Lehre hat nun versucht, aus den hier als Verträgen erkannten Tatbeständen einseitige Akte der Staatsgewalt zu machen, die eben die Eigentümlichkeit haben, an zustimmende Willenserklärungen der Untertanen gebunden zu sein. So hat bekanntlich Otto Mayer die fraglichen Tatbestände ursprünglich als öffentlich-rechtliche Verträge charakterisiert, später aber daraus „Verwaltungsakte auf Unterwerfung“[76] konstruiert und mit diesem Begriff hauptsächlich Naturalisation und Beamtenernennung erfassen wollen. Und Kormann erklärt von allen vertragsähnlichen Staatsakten, wenn sie „publizistischen“ Charakter haben: „Hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur sind alle diese Akte den vorhin erwähnten Verwaltungsakten auf Unterwerfung durchaus gleichartig. Ihr Unterschied von diesen besteht lediglich in ihrem andersartigen Inhalt; das, was sie schaffen, ist ein anderes,

[76] A. a. O. S. 98.

ihre Rechtswirkungen sind andere als bei jenen; aber nicht ist die Kraft, durch die sie dies schaffen, nicht ist ihr Rechtsgrund und ihre Rechtsform, ihre Rechtsnatur eine andere. Auch sie wirken nicht durch vertragsmäßige Willensübereinstimmung, sondern durch ihre eigene publizistische Kraft als einseitige publizistische Willenserklärungen, deren Besonderheit ebenso wie die der Verwaltungsakte auf Unterwerfung nur darin besteht, daß sie nicht ergehen dürfen ohne die Zustimmung des Betroffenen, und daß der Mangel dieser Zustimmung gewisse später zu erörternde Folgen nach sich zieht“ [77]. Solange die herrschende Lehre an der Voraussetzung festhält, daß der Staat in der Exekutive als der Rechtsordnung unterworfenes Rechtssubjekt den übrigen Rechtssubjekten gegenübersteht, daß zwischen Staatsperson und Untertanen ein Rechtsverhältnis besteht, so lange kann eine solche Konstruktion ebensowenig berechtigt sein wie etwa jene, welche auch die zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossene locatio conductio als einen einseitigen Akt des wirtschaftlich mächtigen Unternehmers ansehen wollte, der eben die merkwürdige Eigenart hat, die gewünschten Rechtswirkungen nur dann hervorzubringen, wenn er mit einer zustimmenden Willenserklärung des Arbeiters verbunden ist.

Sieht man aber näher zu, so stellt sich klar und deutlich heraus, daß der „Mehrwert“, den die herrschende Lehre dem Staate im Verhältnis zum Untertanen in jenen hier als Verträgen charakterisierten Tatbeständen zuerkennt, daß die eigene publizistische Kraft gewisser (übrigens warum nicht aller?) Staatsakte tatsächlich unvereinbar ist mit der Annahme, daß

[77] A. a. O. S. 38.

es sich um ein Rechtsverhältnis (im Sinne der herrschenden Lehre), nämlich um ein Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten handelt, daß der Staat gar nicht als der Rechtsordnung unterworfene Person, sondern als Rechtsautorität, als Rechtsordnung selbst angesehen wird. Die Willenserklärung des Staates soll hier Rechtsnorm und nicht Erfüllung einer Rechtspflicht, Handlung eines Rechtssubjektes sein, soll ebenso verpflichtend wirken wie z. B. der Rechtssatz, der den Willen des Staates, zu exequieren, ausspricht, ihn aber von der Willensäußerung des Interessenten — der actio — abhängig macht. Ebensowenig wie hier ein Vertrag zwischen dem Staat (in der Rechtsordnung) und dem Kläger vorliegt, obgleich beide Willenserklärungen zusammentreffen müssen, weil eben nur ein Subjekt unter der Rechtsordnung steht, so soll auch die Willenserklärung des Staates in der Exekutive zusammen mit der zustimmenden Erklärung der Partei keinen Vertrag darstellen.

Vollkommen unzweideutig tritt diese Grundanschauung in der bekannten Abhandlung hervor, die Otto Mayer zur Lehre vom öffentlichen Vertrage publiziert hat [78]. Otto Mayer geht dort vom römischen Rechte aus, weil der Staat der römischen Republik dem unsrigen verwandter sei als der Feudal- und Patrimonialstaat. In den zensorischen Verträgen soll die Analogie zu den sogenannten publizistischen Verträgen des modernen Verwaltungsrechtes zu finden sein. Und diese werden folgendermaßen charakterisiert: Die magistratische Willenserklärung schaffe allein das Rechtsverhältnis, „ist also mehr als eine bloße Vertragseinwilligung, sie ist ein einseitiger rechtsbegründender Akt, dem Gesetze vergleichbar“ [79]. Aber schon Karlowa, auf den sich Otto Mayer hier beruft, glaubt eine Quelle für die verbindliche

[78] Arch. d. öffentl. Recht, III. Band, 1888, S. 1 ff.
[79] A. a. O. S. 9.

Kraft der magistratischen Willenserklärung anführen zu müssen: „Sie leiten ihre Kraft her aus der den Magistraten mit ihrem Amte erteilten Vollmacht, den populus bei Abschluß solcher Geschäfte zu vertreten“ [80]. Wenn solche Staatsakte, um rechtsverbindlich zu sein, einer Vollmacht bedürfen, dann ist der von Otto Mayer und Karlowa herangezogene Vergleich mit Gesetzen unzutreffend, denn darin liegt ja gerade das Wesen des Gesetzes, des Rechtssatzes, daß er einer höheren rechtlichen Rechtfertigung für seine verbindliche Kraft nicht bedarf, weil er selbst die höchste, letzte Rechtfertigung ist. Das ist ja die Souveränität des Rechtssatzes. Darum ist auch unverständlich, wie Otto Mayer angesichts der zensorischen Verträge gegen das spezifisch „zivilistische“ Bedürfnis Stellung nimmt, jeden Tatbestand, der eine Rechtswirkung hat, auf einen Rechtssatz zurückzuführen. Der magistratische Akt ist entweder selbst Rechtssatz oder er muß eine rechtliche Wirkung aus einem solchen ableiten: und diese Ableitung nimmt Karlowa nicht anders vor als Pernice, den Otto Mayer im gegnerischen Sinne anführt. Denn auch Pernice glaubt, die Kraft der magistratischen Akte aus einer von diesen Akten verschiedenen Norm ableiten zu müssen und findet diese Norm, ganz so wie Karlowa, in der den Zensoren durch Ermächtigung des Volkes erteilten Befugnis zur Eingehung von Verträgen. Mit Recht erklärt er: „Und das ist die gesetzliche Grundlage für die Geltung der Verträge“ [81]. Denn nichts anderes als ein Blankettrechtssatz ist mit dieser Vollmacht gegeben. Ob durch diesen Blankettrechtssatz dem einseitigen magistratischen Akte Rechtswirkung für dritte Personen verliehen, oder ob dabei die Rechtswirkung auch von einer übereinstimmenden Willenserklärung der betreffenden Partei abhängig gemacht wurde,

[80] Römische Rechtsgeschichte I. S. 245, Anm. 1.
[81] Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, N. F. V. S. 114 ff.

ist hier zunächst gleichgültig. Worauf es ankommt ist: daß der magistratische Akt nicht, gleich dem Gesetze, seine verbindliche Kraft aus sich selbst hat, daß also keine „eigene publizistische Kraft" der magistratischen Akte vorliegt, sondern daß auch dieser Staatsakt, wie jeder Rechtstatbestand und insbesondere auch das Privatrechtsgeschäft, seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung holt. Und diese Auffassung findet eigentlich durch die Darstellung Otto Mayers selbst ihre Bestätigung. Wenn Otto Mayer von einer „Begrenztheit" der Amtsgewalt oder davon spricht, daß der Zensor zu seiner Tätigkeit „ermächtigt" ist, so muß man fragen, welcher Art denn die Normen sind, die die Amtsgewalt des Zensors begrenzen, den Zensor ermächtigen, seine Amtspflicht statuieren? Wenn es nicht Rechtsnormen sind — Rechtsnormen, die von den einzelnen magistratischen Akten des Zensors formal zu scheiden sind, dann sind es überhaupt nicht Rechtsverhältnisse, von denen die Rede sein kann.

Nur sofern Otto Mayer jede Scheidung zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem der Rechtsordnung unterworfenen Willen des Staates, der Exekutive, der Rechtspersönlichkeit des Staates ignoriert, kann er auch bezüglich des modernen Rechtsstaates für richtig halten, was ihm als das Charakteristische der römischen Staatsidee erscheint: In jedem Organ, welches gemäß der verfassungsmäßigen und sonstigen Zuständigkeitsordnungen Geschäfte des Staates besorgt, erscheint die für das Gesetz wesentliche bindende Kraft der staatlichen Willensäußerung. Der Wille des Staates in Justiz und Verwaltung ist Exekutive und Rechtsordnung zugleich. Das Wesen des staatlichen Willens ist in allen Fällen, nicht nur wenn er in Form der Rechtsordnung erscheint, „der des einseitigen Bestimmens des Rechtsverhältnisses, des Rechtmachens

für den Einzelnen, welcher dem Staate gegenübersteht“ [82]. Auch hier muß man wieder fragen, ob die „verfassungsmäßigen und sonstigen Zuständigkeitsordnungen“ nicht Rechtsnormen sind, und ob die innerhalb ihrer Grenzen ausgeübte Staatsgewalt nicht Ausübung einer gesetzlichen Vollmacht, Erfüllung von staatlicher Rechtspflicht, Geltendmachung staatlicher Berechtigung ist; ob der Staat in Justiz und Verwaltung nicht einer Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, wenn er als Rechtsstaat gelten soll? Und ob die Rechtsstaatsidee gerade durch die Unterwerfung des Staates unter die Rechtsordnung nicht alle verpflichtende Kraft der Rechtsordnung, d. h. dem in der spezifisch konstitutionellen Form der Rechtsordnung erscheinenden Staatswillen vorbehält, so daß Akte der staatlichen Exekutive, der juristischen Person des Staates ihre verbindliche Kraft nur dieser Rechtsordnung entlehnen können? Auf die Rechtsstaatsidee freilich scheint Otto Mayer hier keinen sonderlichen Wert zu legen, wenn er das Wesen unseres modernen Staates darin erblickt: „Die römische Staatsidee ist wiedergefunden für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan“ [83]. Denn ob der römische Staat ein Rechtsstaat war, das muß auch dann noch fraglich sein, wenn der Nachweis gelingt, daß die magistratischen Akte, soweit sie den Inhalt der sogenannten zensorischen Verträge setzten, d. h. auf ein Kaufen, Verkaufen, Mieten, Verpachten usw. hinausliefen, mit anderen Worten auf dem Gebiete des Privatrechtes sich bewegten, einer Rechtsordnung unterstanden.

Nach Otto Mayer sind wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht denkbar [84]. Und zwar eben wegen der von ihm angenommenen „allgemeinen einseitig bindenden Kraft des Staatswillens“. Aber selbst wenn

[82] A. a. O. S. 33.
[83] A. a. O. S. 33.
[84] A. a. O. S. 42.

man den Staat in der Exekutive — unter Aufgabe der Rechtsstaatsidee — nicht prinzipiell als einer Rechtsordnung unterworfen denkt, ist absolut nicht einzusehen, warum nicht durch besonderen Rechtssatz für irgendeine Rechtswirkung neben einem Staatsakt auch eine inhaltlich übereinstimmende Willenserklärung des betroffenen Untertanen zur Voraussetzung gemacht werden kann, da dieser Effekt doch für die Stellung der Staatsperson zur Privatrechtsordnung tatsächlich erzielt ist. Wenn durch Gesetz der Erwerb der Staatsbürgerschaft bedingt wird durch einen Akt des Staates, in welchem der Wille des Staates, den Fremden aufzunehmen erklärt ist, aber auch durch eine — das gleiche Ziel verfolgende — Willenserklärung des Aufzunehmenden, dann ist erstens unwiderleglich zu konstatieren, daß die Rechtswirkung, daß insbesondere die ganz bestimmte Rechtswirkung, der Zeitpunkt ihres Eintrittes, der Umfang der Pflichten und Rechte usw. nicht durch den Naturalisationsakt des Staates, sondern durch den Rechtssatz festgestellt wird. Daß der Naturalisationsakt nur deshalb Rechtswirkungen nach sich zieht, weil die Rechtsordnung an ihn Rechtswirkungen knüpft, ebenso wie der Tatbestand des Kaufes, und daß der Naturalisationsakt — ebenso wie der Rechtstatbestand des Kaufes — nur jene und ausschließlich nur jene Rechtswirkungen hat, welche die Rechtsordnung, ein von dem Staatsakt verschiedener Rechtssatz, an den Rechtstatbestand der Naturalisation knüpft. Dahingestellt sei, ob — falls die Rechtsordnung weder direkt noch indirekt eine Naturalisation Fremder vorsähe — die Staatsperson solche Akte rechtsgültig vornehmen könnte. Wenn die Rechtsordnung, d. h. hier das Gesetz, die Rechtswirkungen der Naturalisation normiert, dann muß eben nach den unumstößlichen Prinzipien der Rechtslogik die Rechtsordnung und nicht der von ihr genau umschriebene Rechtstatbestand,

von ihr als Bedingung, als Voraussetzung fixierte Tatbestand der Naturalisation — als die verpflichtende und berechtigende Autorität, als die Quelle der rechtlichen Verbindlichkeit angesehen werden. Und dann kann zweitens, wenn die Rechtsordnung den Eintritt der Rechtswirkungen ebenso von dem Staatsakt der Aufnahme wie von der Willenserklärung der Partei abhängig macht, so daß die Rechtswirkung ohne eine der beiden Willensäußerungen nicht eintreten kann, keiner der beiden eine höhere rechtliche Bedeutung, ein rechtlicher Mehrwert zugesprochen werden, da beide im gleichen Maße Erkenntnisgründe für das Urteil sind, das den Eintritt der fraglichen Rechtsfolge behauptet. Dann ist aber der Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Rechtswirkung knüpft, ohne alles Bedenken als wahrer „Vertrag" anzusehen, wenn „Vertrag" die geäußerte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen ist, an welche die Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtswirkungen knüpft. Solche Konstruktion ist keine „juristische Liebhaberei" wie Otto Mayer glaubt; dies scheint eher der Versuch zu sein, den fraglichen Tatbestand in einen einseitigen, die Rechtswirkung aus sich selbst erzeugenden Staatsakt auf der einen Seite, Gesuch und Annahmeerklärung auf Seite der Partei aufzulösen und die Zuständigkeit der Organe zur Vornahme des Staatsaktes von dieser Parteienerklärung abhängig zu machen. Solcherweise könnte auch jeder Kaufvertrag als einseitig wirkende Willenserklärung der einen Partei konstruiert werden, deren Wirkung bedingt ist durch die Offerte und Annahmeerklärung der anderen Partei. Denkt man sich die erste Partei in bezug auf den Gegenstand des Kaufes in Monopolstellung, dann käme in dieser Konstruktion ihre wirtschaftliche Ueberlegenheit, ihr wirtschaftlicher Mehrwert ebenso zum Ausdruck wie die Otto Mayersche Konstruktion der Naturalisation die politische

Machtüberlegenheit des Staates, den politischen Mehrwert des Staates zum Ausdruck bringen will. Allein diese politische Machtdifferenz zwischen Staat und Partei ist ebensowenig juristisch zu konstruieren wie die wirtschaftliche. Die Konstruktion des einseitig verbindlichen Staatsaktes, der von einer zustimmenden Willenserklärung der Partei bedingt ist, übersieht zudem noch eines. Soferne die Staatsperson in Justiz und Verwaltung als der Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, ist all ihre Tätigkeit als Erfüllung von Rechtspflichten anzusehen. Auch dann, wenn dem freien Ermessen der Organe der weiteste Spielraum eingeräumt ist, muß die Grenze dieses freien Ermessens ein Rechtssatz bilden. Wenn die Rechtsordnung die Erteilung einer Eisenbahnkonzession, die Aufnahme in den Staatsverband u. a. auch von dem freien Ermessen bestimmter Behörden abhängig macht, ist das nur so zu verstehen, daß die Rechtsordnung die Feststellung der Voraussetzungen, unter denen die Erteilung einer Eisenbahnkonzession, die Aufnahme in den Staatsverband zweckmäßig und wünschenswert scheinen, nicht selbst und von vornherein für alle Fälle vornimmt, sondern — durch ein Blankett gleichsam — einem Organ überläßt. Sind diese Umstände aber nach Ermessen des Organs gegeben, dann ist der Staat in der Person des Organs rechtlich verpflichtet, den rechtsgeschäftlichen Akt zu setzen, die Konzession zu erteilen, den Fremden aufzunehmen usw. Denn in Erfüllung einer staatlichen Rechtspflicht wird die Eisenbahnkonzession erteilt, der Fremde aufgenommen, erfolgt die ganze exekutive Tätigkeit des Staates, der hier nur darum, weil er Subjekt solcher Rechtspflichten ist, Rechtssubjekt, Person ist. Ein Akt, der selbst als Erfüllung einer Rechtspflicht gedacht werden muß, die ein von diesem Akte verschiedener Rechtssatz statuiert, kann nicht selbst normierende Kraft haben, kann nicht

Rechtsnorm sein, weil ihm die Rechtssouveränität fehlt. Durch diese Vorstellung der allgemeinen Rechtsgebundenheit der Staatsperson unterscheiden sich die rechtsgeschäftlichen Staatsakte durchwegs von den Rechtsgeschäften der Privaten, für die Vertrags-, resp. Geschäftsfreiheit besteht. Und dadurch ist die Kluft zwischen Rechtsordnung und Staatsakt noch viel tiefer als jene zwischen Rechtsordnung und Rechtsgeschäft der Untertanen; der Staatsakt ermangelt noch viel deutlicher der rechtsverbindlichen, „rechtsmachenden" Qualität der Rechtsordnung, als die Rechtsgeschäfte der Untertanen, deren Freiheit in der Wahl der von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen verknüpften Tatbestände ihnen noch eher den Schein einer der Rechtsordnung adäquaten Stellung verschaffen könnte als den nur als Erfüllung der Rechtsordnung vorzustellenden Staatsakten.

Da es Staatsakte gibt, denen auch nach herrschender Meinung diese einseitig rechtmachende Qualität nicht zukommt, jene Staatsakte nämlich, die den Normen des Privatrechtes unterstellt sind, die Kauf-, Pacht-, Miet-, Darlehensgeschäfte usw. zum Inhalt haben — so ist natürlich die Frage zu beantworten, welche Akte des Staates diesen Mehrwert, die Fähigkeit, einseitig Recht zu machen, eigentlich aufweisen. Antwortet man: die spezifisch öffentlich-rechtlichen, so liegt darin offenbar wiederum der früher gerügte circulus vitiosus, sofern man auf die Frage, welche Akte denn spezifisch öffentlich-rechtlicher Natur seien, die Antwort erhält: jene, in denen der Staat mit rechtlichem Mehrwert dem Untertanen gegenübertritt. Diesem Fehler wollte Otto Mayer bewußt ausweichen. Er sagt: „Die Frage muß also bereits vorher entschieden sein: nicht weil die bindende Kraft des Staatswillens darin wirksam wird, wird der Akt als ein öffentlich-rechtlicher anerkannt, sondern weil er aus irgendeinem anderen Grunde zum öffentlichen Rechte ge-

hört, rechnet man bei seiner juristischen Behandlung mit jener Kraft“ [85]. Und diesen anderen Grund findet Otto Mayer darin: Der Staat ist dann zivilrechtlich zu behandeln, wenn er tut, was auch ein Privater tun könnte, in allen anderen Fällen aber öffentlich-rechtlich [86]. Daß diese materielle Grenze zwischen zivilem und öffentlichem Rechte undurchführbar ist, habe ich bereits früher gezeigt. Der Staat kann von vornherein keine Handlung setzen, die ihrer inneren Natur nach nicht auch ein Privater setzen könnte. Da Handlung des Staates nichts anderes ist als menschliche Handlung, die dem Staate zuzurechnen ist, gibt es keine Handlung, die ihrer inneren Natur nach dem Staate zugerechnet werden muß, ausschließlich und allein nur als Handlung des Staates gelten kann. Und daß irgendeine Handlung dem Staate zugerechnet wird, geschieht bloß auf Grund rechtlicher Vorschrift. Nun ist es durchaus möglich, daß auf Grund der Rechtsordnung bestimmte Handlungen, wenn sie Rechtswirkungen haben sollen, nur vom Staate gesetzt werden können. Dem Staat kann die Rechtsordnung das Straf- und Exekutionsmonopol, sie kann ihm aber auch irgendein anderes Monopol, z. B. das des Salzhandels vorbehalten. Kein Vertreter der herrschenden Lehre würde aber im letzteren Falle den Staat in seinen Salzhandelsgeschäften „öffentlich-rechtlich“ behandeln, d. h. im Sinne Otto Mayers seinen bezüglichen Akten einseitig rechtsverbindliche Kraft ohne Rücksicht auf irgendeinen Rechtssatz zuerkennen, zumal ja nur durch Rechtssatz dem Staate solche Monopolstellung eingeräumt werden kann. In Wirklichkeit verbindet man mit dem Begriff des Oeffentlich-Rechtlichen doch immer mehr oder weniger bewußt die Vorstellung einer Ueberordnung des Staates über den Untertan, welche die Rechtsordnung durchbricht und

[85] A. a. O. S. 34. [86] A. a. O. S. 35.

teilt dem öffentlichen Rechte alle jene Fälle zu, in denen man eine solche spezifische Stellung des Staates aus politischen Gründen für zweckmäßig hält.

Im übrigen ist die Argumentation Otto Mayers völlig unvereinbar mit den Prinzipien des Positivismus. Daß der Staat, wenn er tut, was auch ein Privater tun könnte, privatrechtlich, d. h. so zu behandeln sei, daß die ihm zugerechneten Tatbestände nur jene Rechtswirkungen haben, die ein Rechtssatz an sie knüpft, daß der Staat aber in allen anderen Fällen öffentlichrechtlich, d. h. so zu behandeln sei, daß seine Akte alle jene Rechtswirkungen haben, die in ihnen als vom Staate gewollt einseitig erklärt werden — woher stammt dieser Grundsatz? Muß er nicht ein Rechtssatz sein, wenn es sich dabei nicht um ein willkürlich erdachtes politisches Prinzip handeln soll? Auch die einseitigen Akte des Polizeistaates waren rechtsverbindlich, hatten alle Rechtswirkungen, die sie als vom Staate gewollt aussprachen. Wie kann dieser Zustand als spezifisch öffentlichrechtlich bezeichnet werden, wo nach Otto Mayers Behauptung für die Staatsgewalt im Polizeistaat kein öffentliches Recht galt? Wodurch unterscheidet sich die Staatsgewalt im Rechtsstaat von der im Polizeistaat, wenn Staatsakte in beiden Fällen ohne einen übergeordneten, vom einzelnen Akt verschiedenen Rechtssatz die beabsichtigten Rechtswirkungen in allen Fällen einseitig herbeiführen können? Wenn das Wesen des Rechtsstaates zum Unterschied vom Polizeistaat nicht darin besteht, daß die gesamte Staatsgewalt einer Rechtsordnung unterstellt wird, so daß jeder Staatsakt seine rechtliche Rechtfertigung aus einem logisch ihm vorausgehend gedachten Rechtssatz abzuleiten hat, müßte da nicht auch für den Rechtsstaat gelten, was Otto Mayer vom Polizeistaat sagt: Das öffentliche Recht bedeutet in euphemistischer Redeweise den Ausdruck für das Gebiet, auf welchem es im Gegensatz zu dem des Zivil-

rechts für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan kein Recht gibt? Denn ein Verhältnis zwischen dem Staat als Rechtsautorität und dem Untertan war auch im Polizeistaat jede Beziehung zwischen Staat und Untertan; und Recht gibt es im Verhältnis zwischen Staat und Untertan, oder mit anderen Worten: ein Rechtsverhältnis ist die Beziehung zwischen Staat und Untertan nur unter der Voraussetzung einer über Staat und Untertan gleichermaßen stehenden Autorität, einer Rechtsordnung, der Staat und Untertan gleichermaßen unterworfen, eines Rechtssatzes, durch den Staat und Untertan gleichermaßen verpflichtet und berechtigt werden, so daß der Staat als Rechtssubjekt, nicht als Rechtsautorität dem Untertan entgegentritt! Wenn es das Wesen des öffentlichen Rechtes ist, daß sich dabei der Staat in der Lage befinde „in der Form eines einseitigen Aktes Rechte zu begründen und Verbindlichkeiten aufzuerlegen" (wie G. Meyer, von Otto Mayer zustimmend zitiert, sagt) [87], dann hat es auch im Polizeistaat für den ganzen Umfang der Staatsgewalt und nach allen ihren Richtungen hin ein öffentliches Recht gegeben. Und wenn die von Otto Mayer akzeptierte Formel Zorns [88] richtig ist: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes wird der Staat seinen Untertanen gegenüber immer nur gesetzlich (im weitesten Sinne des Wortes), d. i. übergeordnet tätig", dann ist schlechterdings jeder Unterschied zwischen Polizeistaat und Rechtsstaat geschwunden, dann hat der Polizeistaat im selben Sinne und im selben Umfange ein „öffentliches Recht" wie der Rechtsstaat.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die spezifische Gestaltung, welche die herrschende Staats- und Verwaltungsrechtstheorie dem „öffentlichen" Rechte im Gegensatz zum Privatrechte zu geben bemüht ist, ein Steckenbleiben in den

[87] In Hirths Annalen 1876, S. 671. [88] Reichsstaatsrecht S. 105.

Anschauungen des Polizeistaates bedeutet, daß mittels einer pseudojuristischen Terminologie als „öffentliches" Rechtsverhältnis, als „öffentliches" Rechtssubjekt bezeichnet wird, was im Grunde nur Gewaltverhältnis und Machtsubjekt ist. Wird dies für eine formaljuristische Betrachtung nicht klar und deutlich zugegeben, wenn Otto Mayer z. B. vom Staats-Dienstverhältnis sagt: „Das Oeffentlich-Rechtliche ist es eben, was das Dienstverhältnis zu einem Gewaltverhältnis macht" [89]? Wo doch das Wesen des Rechtsstaates gerade darin besteht, Gewaltverhältnisse zu Rechtsverhältnissen umzugestalten, die Be-

[89] A. a. O. S. 57. Vgl. dazu die scharfsinnige und durchaus zutreffende Kritik Weyrs: „Es ist ziemlich schwer, die Zweckmäßigkeit dieser Theorie einzusehen. Mir wenigstens erscheint es unzweckmäßig, den feststehenden Begriff des Rechtsverhältnisses derart zu gestalten, daß seine hervorragendste Eigenschaft, die darin besteht, daß es eben das kontradiktorische Gegenteil eines Gewalt- oder Machtverhältnisses ist, verwischt wird. Denn solange beide Kontrahenten streng auf dem Boden des Rechts stehen, bleibt der Begriff des Gewaltverhältnisses ziemlich unklar. Was heißt es, wenn ich mit obrigkeitlicher Macht die Rechte und Pflichten meines Kontrahenten handhabe, falls ich gleichzeitig berechtigt bin, sie zu handhaben? Ich kann da doch nur das verlangen, wozu ich berechtigt bin und wozu mein Kontrahent verpflichtet ist, was ja so ziemlich bei jedem Vertrage der Fall ist. Ganz ebenso, wie der Rechtsstaat seinen Angestellten gegenüber, handhabt jeder Haushaltungsvorstand seinen Dienstboten gegenüber ihre Rechte und Pflichten. — Ich erinnere hier an die schöne Labandsche Charakteristik des Rechtsstaates, wonach dieser von seinen Untergebenen nichts verlangt, ihnen befiehlt oder verbietet, es sei denn auf Grund eines Rechtssatzes. Verlangen, befehlen und verbieten auf Grund eines Rechtssatzes kann aber gegebenenfalls auch der Privatmann" (a. a. O. S. 562). Und in anderem Zusammenhang: „Denn streng genommen herrscht ja nicht nur der Monarch oder Präsident einer Republik, sondern jedes Rechtssubjekt, welches auf Grund eines Rechtssatzes dazu berechtigt ist, anderen Rechtssubjekten etwas zu gebieten bzw. zu verbieten" (a. a. O. S. 563).

ziehung zwischen Staat und Beamten einer Rechtsordnung zu unterwerfen, die beide als Subjekte von wechselseitigen Pflichten und Rechten einander gegenübertreten läßt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die moderne Staats- und Verwaltungsrechtstheorie mit ihren Resultaten, die rechtslogisch im Widerspruch zur vorausgesetzten Rechtsstaatsidee geraten, (ohne welche Voraussetzung es kein Staats- und Verwaltungsrecht gibt) nur der Ausdruck eines hochbedeutsamen politischen Prinzipes ist, das sich — wie ich gerne zugestehe — bei den meisten Theoretikern unbewußt in die juristische Konstruktion eingedrängt hat. Denn es sind ausschließlich außerhalb der juristischen Konstruktionsebene liegende, von den Rechtsbegriffen nicht erfaßbare politische Machtelemente, deren Berücksichtigung zu dem schiefen und widerspruchsvollen Resultat eines bewußt in einem Gegensatz zum Privatrecht entwickelten spezifischen öffentlichen Rechtes geführt hat. Dies tritt gerade in der Lehre vom „öffentlichen" Vertrag deutlich hervor. Ob man den Vertragsbegriff des „Privatrechts" ablehnt, weil die Akte des Staates an sich, ohne Beziehung zu einem Rechtssatz rechtliche Wirkung haben, oder weil sie auch dann einseitig verpflichtende Kraft haben, wenn sie an zustimmende Willenserklärung der Parteien gebunden sind: in beiden Fällen ist es das Bestreben, einen politischen Machtfaktor — dessen Existenz nicht, nur dessen juristische Konstruierbarkeit ich leugnen muß — zum Ausdruck zu bringen; ein Bestreben, das aus dem Bereiche juristischer Konstruktion hinausführt. Im ersten Falle verliert der Staat in seinem Verhältnis zum Dritten den Charakter eines Rechtssubjektes, da dieser Charakter mit dem einer Rechtsautorität (die man ihm hier zuspricht) unvereinbar ist; der Staat als Rechtsordnung kann juristisch nicht konstruiert werden, weil die Rechtsordnung selbst Voraussetzung der juristischen Konstruktion ist. Das

Verhältnis des Staates zu jenem Dritten ist überhaupt nicht mehr Rechtsverhältnis im Sinne der herrschenden Auffassung. Und im zweiten Falle wird einem von zwei rechtslogisch gleichwertigen Voraussetzungen einer Rechtswirkung ein Mehrwert zugesprochen, den keine juristische, sondern nur eine politische Norm verleihen kann.

Ich verhehle mir nicht, daß die praktisch-politischen Bedürfnisse, denen die herrschende Theorie des Staats- und Verwaltungsrechtes mit ihren Konstruktionen Rechnung trägt, wenn sie den Staat auch im Bereiche des Rechtes, auch sofern er nur Rechts- und Pflichtsubjekt zu sein scheint, als machtvolle Autorität aufzurichten versucht, einstweilen stärker sind als die theoretischen Resultate reiner juristischer Methode, mit denen die Konstruktionen der herrschenden Lehre unvereinbar sind[90]. Aber ich zweifle nicht, daß der Tag

---

[90] Daß der Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte trotz seiner logischen Haltlosigkeit bisher dennoch aufrecht erhalten wurde, dafür gibt Weyr einen psychologischen Grund an: „Man sah sich im allgemeinen einem überaus mächtigen Rechtssubjekte, dem Staate gegenüber. Es war genug, wenn der noch vor kurzem ‚gehorsamste Untertan' diesem mit allen Mitteln der Souveränität ausgestatteten Rechtssubjekt gegenüber (daß ‚Souveränität' nicht dem der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt Staat, sondern der staatlichen Rechtsordnung zukommt, unterläßt Weyr hervorzuheben) sich im allgemeinen als Rechtssubjekt und nicht mehr als willenloses Objekt zu fühlen beginnt. Man kann von ihm nicht verlangen, daß er so weit gehen solle, die neugeschaffenen rechtlichen Relationen zwischen ihm und dem Staat als wesensgleich mit jenen, die ihn von altersher mit anderen ‚gehorsamsten Untertanen' verbanden, zu betrachten. Dieser in seinem Wesen psychologische Grund der Unterscheidung trifft aber nun begreiflicherweise bei allen juristischen Schriftstellern, die sich mit der Rechtsnatur des Staates beschäftigen, in größerem oder kleinerem Maße zu: Er ist so stark, daß nicht einmal die für naive Gemüter verblüffende Aehnlichkeit beider Arten von rechtlichen Relationen darüber hinweghalf" (a. a. O. S. 537/38).

kommen wird, an dem man den heutigen Zustand unserer Rechtswissenschaft als eine schwere Verirrung verurteilen und nur als einen vorübergehenden Rückfall der Theorie in den Gedankenkreis des Macht- und Polizeistaates auf ihrem Wege zur Idee des Rechtsstaates begreifen wird.