

III. Zweiter Beratungsgegenstand.

Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung.

1. Bericht von Privatdozent Dr. Hermann Heller in Berlin.

Eine Definition des Gesetzesbegriffs wird man in der Reichsverfassung selbstverständlich vergeblich suchen. Die Verfassung enthält neben der Abgrenzung von Reichs- und Landesgesetzgebung lediglich Normen über die Organisation der Gesetzgebung, sowie eine Reihe von Sondervorbehalten des Gesetzes; der Gesetzesbegriff selbst ist in ihr vorausgesetzt. Als weniger selbstverständlich werden wir zu zeigen haben, daß auch und erst recht in keinem andern Gesetz eine solche Definition gefunden werden kann.

Es ist die Aufgabe der folgenden Ausführungen, eine Bestimmung des Gesetzesbegriffs zu geben. Um nur halbwegs dem Umfang dieser Aufgabe gerecht zu werden, müssen sie sich einer aphoristischen Diktion befleißigen und manches Wichtige ungesagt sein lassen. Das vorstehende Referat Smends, dem ich in allen wesentlichen Punkten freudig zustimme, versetzt mich in die Lage, auf rechtsphilosophische Erörterungen verzichten und mich fast ausschließlich rechtshistorischen und positivrechtlichen Erwägungen hingeben zu können.

Die herrschende Lehre.

Eine herrschende Lehre von seltener Einmütigkeit, alle Kommentare und Systeme der Reichsverfassung behaupten, daß es einen einheitlichen Gesetzesbegriff nicht gäbe, sondern zwei „sich schneidende“, keinem gemeinsamen Oberbegriff untergeordnete, lediglich durch das gleiche Wort verbundene durchaus verschiedene Gesetzesbegriffe: einen materiellen und einen formellen. Beide sollen praktisch und theoretisch gleichberechtigt und unentbehrlich sein. Unter einem materiellen Gesetz sei zu verstehen jede Rechtsnorm „gleichviel von wem und wie sie gegeben ist, woher sie stammt, welches Gewand sie trägt¹⁾“. Hiernach sollen materielles Gesetz und Recht

¹⁾ Anselitz i. Wrtb. ²⁾ St. u. Verwr. Art. Gesetz.

„Wechselbegriffe“ sein, als materielles Gesetz also auch jeder Völkerrechtssatz des allgemeinen und Vertragsvölkerrechts, alles Gewohnheitsrecht und jede statutarische Satzung gelten. Formelles Gesetz dagegen nennt die herrschende Lehre jeden Akt der Legislative, lediglich seiner Ursprungsform wegen, ohne jedwede Rücksicht auf seinen Inhalt. Danach gäbe es formelle, die zugleich materielle Gesetze sind, also eine Rechtsnorm zum Inhalt haben, aber auch „rein formelle“ Gesetze, die etwas anderes, nämlich „Nichtrechtssätze“ enthalten. Als solche Nichtrechtsnormen werden genannt Verwaltungsakte, Akte der Rechtsprechung und Gesetze ohne normativen Inhalt.

Abgesehen von Stier-Somlo¹⁾, der den materiellen Gesetzesbegriff noch unterteilen will, ist eine Opposition gegen diese Lehre in der Literatur der Reichsverfassung nicht vorhanden. Mit der in unserer Wissenschaft wahrhaft wunderbaren Harmonie ist es allerdings aus, sobald man untersucht, was der herrschenden Meinung an Begriffen und nicht nur an Worten gemeinsam ist. Das gleiche Gesetz wird von dem einen als bloß formell, von dem andern als auch materiell bezeichnet. Vor allem aber sind es die beiden Grundvoraussetzungen dieser Lehre, die Theorie des Rechtssatzes und die der materiellen Staatsfunktionen oder Hoheitsrechte, die im einzelnen durchaus bestritten sind.

Es ist nicht leicht, einen kurzen Überblick über den Stand der Lehre zu geben, auch wenn man sich nur an die führenden Schriftsteller hält und nicht alle Lesefrüchte produziert. Gewisse Willensakte des Staates werden Rechtssätze genannt, andere Normen, und dritten wird jeder normative Charakter abgesprochen. Was aber ein Rechtssatz ist, darüber gehen die Meinungen weit auseinander. Laband, der die Zweiteilung des Gesetzesbegriffs in der Wissenschaft heimisch machte, hat es in seinem umfangreichen Schrifttum umsichtig und sorgfältig vermieden, diesen grundlegendsten Begriff sowohl seiner Lehre, wie der gesamten Rechtswissenschaft irgendwie zu definieren. Auch Georg Jellinek, der sich Labands Auffassung grundsätzlich anschloß, gibt ex professo keine Definition des Rechtssatzes, läßt aber aus folgenden Sätzen seine Ansicht schließen: „Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinne; hat es jedoch einen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalt nach als Anordnung eines Verwaltungsaktes, oder als ein Rechtsspruch sich charakteri-

¹⁾ Reichs- u. Landesstaatsr. I, 323ff.

siert¹⁾." Im engsten Anschluß an Jellinek versteht Anschütz unter einem materiellen Gesetz oder Rechtssatz diejenige staatliche Norm, deren nächster Zweck Abgrenzung von Willenssphären ist²⁾. Anschütz ist dieser Auffassung allerdings nicht treu geblieben. An anderer Stelle unterscheidet er im Gesetzesinhalt zwischen „Rechtsnormen“ und „Nichtrechtsnormen“, wobei die ersteren Vorschriften sein sollen „in denen der Staat sich mit Geboten oder Verboten an die Untertanen wendet um zwischen ihnen (Privatrecht) oder zwischen ihnen und sich (öffentliches Recht) die Grenze des Dürfens und Müssens festzusetzen; — Nichtrechtsnormen in dem hier vorschwebenden Sinne sind solche Vorschriften, mittels denen der Staat, ohne in Freiheit und Eigentum der Untertanen einzugreifen, lediglich die Einrichtung und das Verfahren seiner Organe ordnet. (Verwaltungsvorschriften.)“³⁾

Die in Freiheit und Eigentum eingreifenden Normen kennzeichnen also einen zweiten, von Anschütz verwendeten Rechtssatzbegriff, dem die subjektive, auf den Zweck des Gesetzgebers abstellende Seite des ersten Rechtssatzbegriffs fehlt. Über einen dritten, in der herrschenden Theorie sich findenden Rechtssatzbegriff wird noch zu sprechen sein⁴⁾.

Die skizzierte Lehre hängt auf das engste zusammen mit der Lehre von den drei materiell verschiedenen Hoheitsrechten des Staates, die formal an verschiedene Organe verteilt sind. Die Legislative, so wird gelehrt, ist materielle Rechtssetzung, die Justiz Rechtssprechung, der Begriff der Verwaltung oder Vollziehung aber könne materiell nur negativ bestimmt werden als der Rest der staatlichen Tätigkeit, der nach Abzug von Rechtssetzung und Rechtssprechung übrigbleibt. Die Gewaltenteilung sei allerdings bei uns nicht streng durchgeführt, indem die Legislative auch verwalte, z. B. den Etat und Anleihen beschließt, oder rechtspreche, indem sie Verfassungstreitigkeiten entscheidet. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs.

Die herrschende Lehre beabsichtigt also durch Aufstellung eines materiellen Gesetzesbegriffs eine theoretisch-logische Grenze zu ziehen zwischen der Gesetzgebung auf der einen und der Rechtssprechung und Verwaltung auf der andern Seite. Ihr Sinn besteht darin, auf wissenschaftlichem Wege den Vorbehalt des Gesetzes zu bestimmen.

Die theoretischen und praktischen Folgen dieser Lehre sind überaus bedeutend und weitverzweigt. Der Rechtssatz-

¹⁾ Gesetz und Verordnung 240.

²⁾ Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz², 33.

³⁾ Art. Gesetz.

⁴⁾ Unten S. 130.

begriff spielt in jedes juristische Problem hinein, der Gesetzesbegriff aber entscheidet — um nur einiges aufzuzählen — über die staatsrechtliche Stellung der Legislative, eventuell auch des Volksbegehrens¹⁾, über das Souveränitätsproblem, das Budgetrecht des Parlaments, die juristische Wertung zahlreicher Grundrechte, über die Stellung des Staatsgerichtshofs, über die Auffassung der Fürstenenteignung usw. usw.

Literarische Gegner der herrschenden Lehre sind nur wenige aufgetreten. Neben den nicht genügend fundierten Angriffen eines Martitz und Zorn ist an erster und auch heute noch hervorragendster Stelle Albert Haenel²⁾ zu nennen, dessen glänzende Ausführungen einer erstaunlich geringen Achtung begegnet sind. Daß ein Vierteljahrhundert später Erich Kaufmanns Artikel „Verwaltung“ in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch die Voraussetzungen der Zweiteilungslehre angriff, scheint kaum jemand gemerkt zu haben. Nimmt man noch gewisse Bedenken Thomas und gelegentliche Bemerkungen Carl Schmitts hinzu, auf welche beide wir noch zurückkommen, so dürfte die Zahl der literarischen Angriffe erschöpft sein.

Die historisch-politischen Grundlagen des konstitutionellen Gesetzesbegriffs.

Einen einheitlichen und klaren Gesetzesbegriff gibt es erst im konstitutionellen gewaltenteilenden Rechtsstaate. Alle, bei manchen Schriftstellern beliebten Deduktionen aus dem Wort Gesetz, aus seiner Übereinstimmung mit dem Wort Naturgesetz oder etwa dem Recht- und Sittengesetz im Sinne Kants sind bedeutungslos. Lediglich der Gegensatz eines vom *populus* oder *princeps* willkürlich gesetzten Gesetzesrechts zu einem traditionellen, oder von unserer Willkür unabhängigen Naturrecht dürfte ein durchgängiger sein. Es verdient bemerkt zu werden, daß die Anschützsche Ansicht, materielles Gesetz und Recht seien „Wechselbegriffe“, es ginge die Gleichsetzung von Gesetz und Recht durch alte und neue Zeiten hindurch³⁾, in dieser Allgemeinheit sicher unrichtig ist. Daß das klassische römische Recht sehr scharf zwischen *lex* und *jus* geschieden hat, lehrt ein Blick in Heumann-Seckels Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Für unsere Auffassung von besonderer Bedeutung ist es aber, daß für das republikanische Rom unbestritten der Satz des Gajus (I § 3) gilt: *lex est, quod*

¹⁾ Vgl. Carl Schmitt, Volksentscheid und Volksbegehren 43f., dessen Ausführungen ich allerdings nicht beitreten kann.

²⁾ Martitz, Über d. konst. Begriff d. Ges. 1880, Zorn, Hirths Annalen 1885, 1889. Haenel, Das Gesetz in form. u. mat. Sinne 1888.

³⁾ Art. „Gesetz“.

populus jubet atque constituit. Und um noch einen der Größten aus dem Beginn der modernen Staatsentwicklung zu zitieren, so hören wir von Bodin sehr präzis formuliert: „plurimum distat lex a jure: jus enim sine iussu ad id quod aequum, bonum est, lex autem ad imperantis majestatem pertinet. Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis iussum¹⁾).

Tatsächlich ist der konstitutionelle Gesetzesbegriff in England, Frankreich und Deutschland erst ein Produkt der bürgerlichen Revolution²⁾. Von seinen beiden kontinentalen Voraussetzungen wurde die erste, nämlich möglichste Zentralisation der rechtsetzenden Gewalt in der Hand der Staatsleitung, Souveränität, majestas des Staats gegenüber Kirche und intermediären Gewalten, im großen und ganzen vom Absolutismus geschaffen. Bodins Worte bezeichnen sehr gut dessen Programm.

Die zweite Voraussetzung des konstitutionellen Gesetzesbegriffs bildet die Verselbständigung und Überordnung einer vom „Volke“ abhängigen Legislative über Justiz und Verwaltung. Organisatorisch zum Teil vom Absolutismus vorbereitet, ist diese Voraussetzung doch erst das Werk des revolutionären Konstitutionalismus. Zunächst wurde in England durch die Vernichtung des selbständigen königlichen Verordnungsrechts die Supremacy of Law begründet, dann in Frankreich durch die Theorie Montesquieus und die große Revolution der moderne Rechtsstaat geschaffen. Der zur politischen Macht strebende tiers état wollte den Staat entscheidend mitbestimmen und verstand im Kampfe gegen die absolutistische Rechtsetzung unter dem Konstitutionalismus mit seinem „Vorrang des Gesetzes“ die Überordnung der vom Volk autonom zumindest mitbeschlossenen, das gesamte Staatsleben regelnden Norm über alle anderen Staatsakte. Herrschaft des Gesetzes hieß Herrschaft oder mindestens Mitherrschaft des Volkes. Erst mit der Verwirklichung dieses Postulats ist die zweite Voraussetzung des konstitutionellen Gesetzesbegriffs gegeben. Der konstitutionelle Gesetzesbegriff läßt sich deshalb nur aus der Institution des nachrevolutionären Rechtsstaates verstehen.

Man hat in neuerer Zeit völlig übersehen, daß der klassische Rechtsstaatsbegriff zwei Gedankenreihen aufweist. Die erste entspringt dem Autonomieideal des naturrechtlichen Immanenzdenkens, das als Rechtsstaat unabhängig von der Staatsform denjenigen Staat bezeichnet, in dem das sich selbst bestimmende Volk als einheitlicher Träger der Gemeinschaftswerte den Ge-

¹⁾ De Republica, I. 8, Ausg. 1599, S. 159.

²⁾ Erich Kaufmann, Wrtb. Art. Verwaltung.

setzen realiter oder idealiter seine Zustimmung erteilt. Es darf nicht vergessen werden, daß die moderne konstitutionelle Theorie auf dem Boden der Volkssouveränitätslehre erwachsen und die Trennung von Liberalismus und Demokratie erst im 19. Jahrhundert eingetreten ist¹⁾. Nach Montesquieu sollte die gesetzgebende Gewalt dem „Peuple en corps“ zustehen, „comme dans un état libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui même“²⁾. Und in der Erklärung der Menschenrechte vom 26. August 1789 Art. 6 hieß es: „la loi est l'expression de la volonté générale“. Für diesen, nennen wir ihn materiellen Rechtsstaatsgedanken, ist also das, was das Volk als Legislative über sich beschließt dem Staatsvertrag als dem „Probierstein der Rechtmäßigkeit“ entsprechend, deshalb rechtmäßiges Gesetz, weil und sofern es der sittlich sich selbstbestimmenden Vernunft entspringt, weil und sofern es die Willkür ausschließt, also gerecht ist. Eben deshalb soll das autonome Gesetz den Vorrang über alle anderen Staatsakte haben. Die Volkslegislative wird nicht als „formales Organ“ sondern als Repräsentation der Entscheidungseinheit „Volk“ verstanden; Form und Inhalt des Gesetzes sind nicht zu trennen. Es ist der Rechtsstaatsgedanke, der in Deutschland bis 1848 herrschend blieb, noch von Mohl vertreten und in seiner Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften³⁾ mit Recht bis Grotius zurück verfolgt worden war. Der Gesetzesbegriff dieses klassischen Rechtsstaatsgedankens war an einem materiellen Rechtsideal orientiert, am ethisch-politischen Ideal der Freiheit und Gleichheit.

Der Esprit des lois kennt neben diesem materiellen Rechtsstaatsbegriff, der Montesquieu mit Rousseau, Kant und Fichte verbindet, noch ein organisationstechnisches Rechtsstaatsprinzip. „La liberté politique,“ sagt Montesquieu, „ne se trouve que dans les gouvernements modérés“⁴⁾. Es ist die sogenannte Gewaltenteilung, die keineswegs ein inhaltliches Rechtsideal, sondern lediglich ein technisches Mittel zur Durchführung eines solchen und zur Verbürgung der Rechtssicherheit, der Sekurität darstellt, die „Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit“ sichert, wie Wilhelm von Humboldt einmal sagt. Diese beiden Seiten des klassischen Rechtsstaatsgedankens finden sich bei Montesquieu, wenn er z. B. für die richterliche Gewalt einerseits fordert, daß der Verbrecher bei „grandes accusations“ sich gemeinschaftlich mit dem Gesetze die Richter selbst auswählen

¹⁾ Gierke, Genossenschaftsrecht IV, 472. Meine polit. Ideenkreise 72.

²⁾ Esprit XI, 6.

³⁾ I, 227ff.

⁴⁾ Esprit, XI, 4.

oder mindestens so viele von ihnen verwerfen dürfe, daß die übrig bleibenden als von ihm selbst gewählt erscheinen; die Rechtssprüche aber müßten als nichts anderes erscheinen, „qu'un texte précis de la loi“; andernfalls man ja nicht wüßte „précisément les engagements que l'on y contracte¹⁾“. So war für Montesquieu das mit bestimmten, politisch-ethischen Forderungen erfüllte Autonomieideal Zweck, die Gewaltenteilung aber nur technisches Mittel, um die Gesetzesherrschaft ungetrübt zur Erscheinung zu bringen.

Als nun die französische Nationalversammlung 1789 dem Antrag Robespierres entsprechend das Gesetz annahm, wonach ihre vom König sanktionierten Dekrete den einheitlichen Namen loi tragen sollten, begründete Desmeuniers die Würde dieses Namens damit, daß er „annonce l'acte auquel tous les peuples doivent être soumis²⁾“. Damit sollten keine „an sich“ der Gesetzgebung vorbehaltenen Inhalte gekennzeichnet, sondern lediglich gesagt sein, daß die obersten, das Staatsleben determinierenden Rechtssätze als „Gesetze“ von der Volksrepräsentation beschlossen werden müssen. Dieser Zusammenhang des Gesetzes mit der werttragenden *volonté générale* ist von konstituierender Bedeutung; er ist es auch, der jeden Brückenschlag zwischen konstitutionellem und absolutistischem Gesetzesbegriff ausschließt.

Die Theorie des Aufklärungsnaturrechts unternahm nun den Versuch, das Verhältnis des Gesetzes zu den übrigen Staatsakten zu rationalisieren, um so die der Volksrepräsentation zugehörige Machtsphäre zu sekurieren und der Gesetzgebung einen apriorischen Inhalt zu geben. So z. B. Montesquieu und Rousseau, die übrigens in Anlehnung an sehr alte Vorbilder für jedes Gesetz eine die Gesamtheit bindende allgemeine Regel forderten. Den gleichen Gedanken finden wir bei Kant wieder³⁾, hier in bewußter Analogie zum logischen Schlußschema, in welchem das Gesetz die Stelle des abstrakt allgemeinen Obersatzes einnimmt. Diese naturrechtliche Rationalisierung des Gesetzesbegriffs ist die historische Hauptwurzel der Lehre vom zweigeteilten Gesetzesbegriff. Denn daß die Legislative auch nichtallgemeine Gesetze gab, war bei der für die ganze Entwicklung des Rechtsstaats entscheidenden Bedeutung des Etatgesetzes und der Privilegiengesetze von vornherein klar. Man mußte also für solche „nicht eigentliche Gesetze“ eine besondere Kategorie zur Verfügung stellen. Diese logische Abgrenzung zwischen eigentlichen und uneigentlichen

¹⁾ Esprit, XI, 6.

²⁾ Jellinek, a. a. O. 75.

³⁾ Vgl. Jellinek, a. a. O. 51ff. Kant, Rechtslehre, § 55f. Hubrich, Preuß. Staatsr. 114ff.

Gesetzen hatte keine Bedeutung für die politische Machtverteilung in denjenigen Staaten, in welchen ein traditioneller Vorbehalt des Gesetzes anerkannt war oder die Revolution das monarchische Prinzip zunächst beseitigt und die entscheidende Mitwirkung des Parlaments bei der Gesetzgebung im allgemeinen gesichert hatte. Ganz anders in den deutschen Staaten. Hier entbrannte der Kampf zwischen dem Fürsten und den Ständen um das selbständige Rechtssetzungsrecht des ersteren; hier wurde nun auch der bedeutsame Versuch gemacht mittels der auf den Frh. vom Stein zurückgehenden Formel „allgemeine neue Landesgesetze, welche die Freiheit und das Eigentum der Staatsangehörigen betreffen“, diejenigen Rechtsätze auszusondern, die der landständischen Zustimmung bedurften¹⁾. Welche Rechtssätze dazu gehören sollen, das wurde allerdings nicht theoretisch festgestellt, sondern die sich gegenseitig beeinflussende Praxis der mitteleuropäischen Staaten entwickelte darüber feste konventionelle Vorstellungen. So wurde die rationalistische Grenzziehung durch einen praktisch-konventionellen Vorbehalt des Gesetzes ersetzt. Nachträglich bemühte sich die Theorie, diesem konventionellen Gesetzesbegriff logische Merkmale abzugewinnen. Es ist heute vom aktuellsten Interesse, wie Welcker über dieses wissenschaftliche Unternehmen bereits im Jahre 1838 in der ersten Auflage des Rotteck-Welckerschen Staatslexikons (Artikel „Gesetz“) urteilt. Die in der Literatur kaum beachteten Ausführungen vertreten die Meinung, man könnte zwar „in der Theorie recht gut teils formelle, teils materielle, d. h. von dem Gegenstande der Verfügungen hergenommene Unterscheidungen zwischen Gesetzen und Verordnungen machen. Man kann z. B. mit Zachariae (Vierzig Bücher 22, 4) sagen: ‚Gesetze sind bleibende und allgemeine Vorschriften‘, oder auch mit anderen: ‚sie sind Bestimmungen in abstracto, nach Begriffen und für zukünftige Fälle‘, oder man kann sie materiell bestimmen: ‚es sind Vorschriften, welche Freiheit und Eigentum der Bürger betreffen oder beschränken.‘ Auch bemühen sich unsere deutschen Publizisten auf das Äußerste, diese und ähnliche mehr oder minder scharf und vollständig bestimmte Unterscheidungsmerkmale aufzustellen. Sobald man aber mit diesen schönen papiernen Theorien in die Praxis kommt und den fast unentwirrbaren Streit der Regierungen und der Stände über diesen Gegenstand über ihre ausschließliche oder über ihre mitwirkende Zuständigkeit bei gewissen öffentlichen Vorschriften zu lösen versucht, so zeigen sie sich als ungenügend für diese ihre wichtigste Aufgabe.“

¹⁾ Thoma, Festgabe f. O. Mayer 175f.

Es war also die Unterscheidung von materiellen und formellen Gesetzen zum Zwecke der Feststellung des gesetzlichen Vorbehalts auch dem Wortlaut nach schon in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts bekannt gewesen — und mit beachtlichen Gründen abgelehnt worden. Pfizer¹⁾, der als einer der Vorläufer der heutigen Theorie gilt, war noch fest davon überzeugt, die Gesetzgebung habe es „immer nur mit mehr oder minder allgemeinen Normen zu tun“. Und noch um 1886 konstatiert Seligmann²⁾, daß die Mehrzahl der Rechtslehrer an dem Postulat der Allgemeinheit festhielte. Inzwischen hatte sich aber die Theorie bereits um ein anderes Kriterium des materiellen Gesetzes bemüht und heute stehen nur sehr vereinzelte Vertreter des rationalistischen Allgemeinheitspostulats gegen die herrschende Meinung, welche, allerdings nicht immer konsequent, die Forderung der Allgemeinheit verwirft³⁾. Es war Laband, der 1871 in seinem für die Zweiteilung des Gesetzesbegriffs bis heute maßgeblichen Budgetrecht⁴⁾ mit Nachdruck das Kriterium sowohl der personellen Allgemeinheit wie das der Dauer ablehnend, mit „logischer Notwendigkeit“ diejenige Äußerung des Staatswillens ihrer „inneren Natur“ nach als Gesetz erkennen will, deren Inhalt „ein Rechtssatz, eine Norm zur Regelung oder Entscheidung von Rechtsverhältnissen ist“. Von diesem Satz nimmt die heute herrschende Lehre ihren Ausgangspunkt. Mit ihm ist zugleich ihre gesamte Problematik aufgerollt, die darin besteht, daß für Laband der konventionelle Gesetzesbegriff bereits so selbstverständlich geworden war, daß er durch ihn und seine Schule logisch verabsolutiert werden konnte.

Auch hier darf die politische Wurzel der Labandschen Lehre nicht vergessen werden. Ist der konstitutionelle Gesetzesbegriff im Ganzen ein Ergebnis der bürgerlichen Revolution, so ist Labands Budgetrecht und Gesetzesbegriff das Produkt des von Bismarck siegreich für die preußische Krone ausgekämpften Budgetkonfliktes.

Kritik der herrschenden Lehre.

Die herrschende Lehre von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs ist theoretisch unhaltbar, praktisch teils bedeutungslos, teils gefährlich.

Theoretisch höchst bedenklich ist es bereits, zwei völlig disparate Begriffe mit dem gleichen Wort zu bezeichnen. Wenn

¹⁾ Steuerverwilligung 1836, S. 17.

²⁾ Staatsgesetz u. Vertrag I, 62.

³⁾ Die Vertreter der herrschenden Lehre bei Wenzel, Jur. Grundprobl. I, 134, A. 2.

⁴⁾ S. 3f.

Laband¹⁾ behauptet, die Verwendung desselben Ausdrucks für zwei so verschiedene Dinge erkläre sich durch den Satz, daß Anordnungen von Rechtssätzen von rechtswegen der Regel nach nur auf dem verfassungsmäßig bestimmten Wege erfolgen dürfen, so rechtfertigt dieser Satz eben nur einen einheitlichen Gesetzesbegriff und gerade das nicht, was er rechtfertigen soll.

Die herrschende Lehre ist aber unhaltbar vor allem deshalb, weil es ihr von Montesquieu bis heute nicht gelungen ist, eine haltbare Theorie der materiellen Staatsfunktionen zu begründen. Wenn man das „Wesen“ der Rechtssetzung darin erblickt, daß sie Rechtssätze setzt, so ist mit allerdings wenig Mitteln so lange nichts erreicht, solange die Kriterien des Rechtssatzes nicht klargelegt sind. Daß das Merkmal der Allgemeinheit für den Rechtssatzbegriff nicht zulangt, hat die herrschende Lehre oft und ausführlich genug dargelegt. Da diese Ansicht aber neuestens u. a. von Kelsen und Carl Schmitt²⁾ wieder erweckt worden ist, muß ich, ohne oft Gesagtes zu wiederholen, kurz auf sie eingehen. Der materielle Rechtsstaatsbegriff fordert, daß das Gesetz Ausdruck des gemeinen Willens sei. So wenig nun die *volonté générale* identisch ist mit der *volonté de tous*, so wenig ist diese identisch mit einer *volonté pour tous*. Daß die obersten Normen in einer Gemeinschaft in der Regel auch die allgemeinsten sind, ist vom Standpunkt des Rechtssatzbegriffs eine organisationstechnische Zufälligkeit, die lediglich damit zusammenhängt, daß dem Gesetzgeber in der Regel eine genügende Abstraktionsbasis zur abstrakt allgemeinen Formulierung seiner Gesetze gegeben ist. Nur das sich Wiederholende, sowie das im voraus Berechenbare kann in allgemeinen Sätzen normiert werden. Der nicht vorauszusehende und singuläre Fall ist seinem Wesen nach zwar nicht zu normalisieren, muß aber oft von der Gesetzgebung normiert werden. Carl Schmitt hat in seinem „Parlamentarismus“³⁾ bemerkt, die ganze Lehre vom Rechtsstaat beruhe auf dem Gegensatz eines generellen vorher aufgestellten alle bindenden ausnahmslos und prinzipiell für alle Zeiten geltenden Gesetzes zu einem von Fall zu Fall und mit Rücksicht auf besondere konkrete Verhältnisse ergehenden persönlichen Befehl. Diese Vorstellung des Gesetzes gründe sich „auf jene rationalistische Unterscheidung des Generellen und Singulären, und die Vertreter rechtsstaatlichen

¹⁾ Staatsrecht 5, II, 64; Somlo, (Jur. Grundlehre 345), bemüht sich, diesen Mangel rügend, unter Beibehaltung der Zweiteilungslehre um die Formulierung eines Grundbegriffs des Gesetzes.

²⁾ Kelsen, Allg. Staatslehre 231ff., Carl Schmitt, vgl. d. folg. Anmerkungen. Ferner O. Mayer, Verwaltungsrecht I² 67, Thoma, Polizeibefehl I, 60f., W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usw. 142ff.

³⁾ Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus, 31ff.

Denkens sehen ohne weiteres im Generellen an sich den höheren Wert“. Konstitutionelles und absolutistisches Denken hätten an dem Gesetzesbegriff ihren Prüfstein. Allerdings nicht an Labands formellem Gesetz, „sondern an einem nach logischen Merkmalen bestimmten Satz. Die entscheidende Distinktion bleibt immer, ob das Gesetz ein genereller rationeller Satz ist oder ein Befehl. Und wenn gerade eine unter Beteiligung der Volksvertretung zustande gekommene Anordnung Gesetz heißt, so hat das seinen Sinn, weil die Volksvertretung, d. h. das Parlament, seine Beschlüsse im Wege des Parlamentierens durch Abwägung von Argument und Gegenargument findet, und seine Beschlüsse infolgedessen logisch einen anderen Charakter haben als ein nur auf die Autorität sich gründender Befehl“. Abgesehen davon, daß hier ein, übrigens nur angeblicher, Unterschied in der psychologischen Entstehung von Gesetz und Befehl — gibt es doch einen Gesetzesbefehl! — als ein logischer behauptet wird, offenbaren diese Sätze die schwache Seite der Schmittschen Kritik am Parlamentarismus. Die ideelle Grundlage des Parlamentarismus ist ebensowenig das bloße Parlamentieren, wie die Lehren vom Rechtsstaat und konstitutionellen Gesetzesbegriff auf dem logischen Gegensatz des Generellen und Singulären beruhen. Beide haben ihre Legitimitätsgrundlage in dem Glauben an die sittliche Vernunftautonomie des Volkswillens, dem die parlamentarische Methode nur deshalb als adäquat erscheint, weil die geistige Diskussion, ob mit Recht oder Unrecht, für geeignet gehalten wird, den physischen Gewaltkampf hintanzuhalten. Da Carl Schmitt im übrigen weit davon entfernt ist, im Generellen an sich den höheren Wert zu sehen, wäre man versucht, seine Ausführungen lediglich ideengeschichtlich zu verstehen; tatsächlich sind sie aber dogmatisch gemeint. In seinem Rechtsgutachten über die Gesetzentwürfe zur Fürstenabfindung behauptet Schmitt, es sei „eine einfache Wahrheit, daß das Gesetz ein Minimum von Inhalt haben muß und nicht einfach eine individuelle Entscheidung sein darf. Sonst wäre eben der Gesetzgeber nicht mehr vom Richter unterschieden“¹⁾. Daß Schmitt Arm in Arm mit Kelsen die rationalistische These vertritt, Gesetz und Urteil unterschieden sich durch die Quantität ihres Inhalts, daß auch Schmitt in der quantitativen Allgemeinheit eine Garantie der qualitativen Richtigkeit sieht, muß angesichts seiner sonstigen Geisteshaltung Wunder nehmen. Ist es doch letztlich die formalistische Ethik, die jener Überbewertung des Allgemeinen zugrunde liegt und blind macht für Existenz und Bedeutung dessen, was Simmel das individuelle Gesetz genannt

¹⁾ Unabhängigkeit des Richters usw. 10.

hat¹⁾. Schmitts Berufung auf die französische Staatslehre dürfte ihm wenig nützen; schon Thoma²⁾ hat darauf hingewiesen, daß die Franzosen ihren materiellen Gesetzesbegriff keineswegs dazu verwenden, um die Frage nach dem materiellen Vorbehalt des Gesetzes zu entscheiden³⁾. Wenn Schmitt zur gediegeneren Fundierung seiner Theorie den Gleichheitssatz heranzieht und Gesetze mit diesem im Widerspruch erklärt, „die weiter nichts enthalten als konkrete gegen individuelle bestimmte Personen gerichtete Einzelentscheidungen“⁴⁾, so ist damit die Begründung allerdings plötzlich vom Logischen ins Ethische verschoben, aber trotzdem nicht richtiger geworden. Denn nun kommt alles darauf an, was im Gegensatz zum Gleichheitsideal als Willkür bezeichnet wird, bzw. ob der Willkürbegriff im Sinne Schmitts logisch formalisiert werden kann⁵⁾. Daß dies weder zutrifft z. B. im Falle des Art. 51 RV., (Regelung der Vertretung des Reichspräsidenten durch Gesetz), noch für ein Indemnitätsgesetz, weder für die gesetzliche Enteignung der Fürsten von Hannover und Hessen, noch für die durch Gesetz vom 28. Dezember 1866 erfolgte Dotation Bismarcks und fünf namhaft gemachter Heerführer, noch etwa für die wirtschaftliche Unterstützung bestimmter Personen bei großen Katastrophen, wird man gewiß nicht bestreiten können⁶⁾. Tyrann ist nicht, wie Carl Schmitt behauptet, wer individuelle Entscheidungen außerhalb der Gesetze, sondern derjenige, der sie willkürlich und gegen bestehende Gesetze trifft.

Richtig ist, daß der Gleichheitssatz ein ethisches Konstitutionsprinzip des Rechtssatzes ist, der in diesem Sinne immer Allgemeinheit postuliert, auch wenn die Geschichte nur einen einzigen Anwendungsfall darbietet. Der Rechtssatz, der dem Kaiser die Rückkehr in die Republik verbietet, müßte auch für zehn Kaiser gelten. Diese Gerechtigkeitsallgemeinheit ist aber, wie das Beispiel zeigt, für den Gesetzesbegriff nicht entscheidend. Aus guten Gründen hat deshalb die herrschende Lehre seit einigen Jahrzehnten das Postulat der Allgemeinheit

¹⁾ Simmel, Das individuelle Gesetz, Logos IV, 2, Scheler, Formalismus in der Ethik² 508ff.

²⁾ A. O. 172, A. 8.

³⁾ Vgl. Duguit, Droit const.², II, 140ff. mit höchst unzulänglicher Begründung des Allgemeinheitspostulates, aber umfangreichem Literaturnachweis. Gegen die Zweiteilung sehr gut Malberg, Contribution à la Théorie Générale de l'Etat I, 276f., 314f. Ferner Holstein, Festschrift f. Zitelmann 357f.

⁴⁾ Unabhängigkeit usw. 22, Jur. Wsch. 1926, 2271.

⁵⁾ Wobei noch die einzelnen Bedeutungen von „Allgemeinheit“ (Gegensätze: kurze Dauer, auf bestimmte Einzelne oder auf den Einzelfall gemünzt) nach dem Vorgange von Thoma, Polizeibefehl, 60ff. auseinanderzuhalten wären.

⁶⁾ Vgl. Leibholz, Arch. Ö. R. N. F. 12, 33.

für den Gesetzesbegriff grundsätzlich aufgegeben und nach einem anderen Kriterium gesucht. Im Gegensatz zum formellen, so lautet die heutige Lehre, soll das materielle Gesetz einen „Rechtssatz“ enthalten, bzw. mit einem solchen identisch sein. Es kommt nun nicht weniger als alles darauf an, wie die herrschende Lehre den Rechtssatzbegriff bestimmt. Fällt ihr Rechtssatzbegriff, so muß auch die Zweiteilungslehre selbst fallen.

Wir haben zur herrschenden Lehre im Grunde schon Stellung genommen, als wir feststellten, daß sie zugleich mit zwei, und nach Bedarf sogar noch mit einem dritten Rechtssatzbegriff arbeitet, die sich untereinander widersprechen. Hinzu kommt, daß jeder einzelne der drei Rechtssatzbegriffe durchaus unhaltbar ist. Das Postulat der Allgemeinheit haben wir eben besprochen. Die von G. Jellinek begründete und von Anschütz ausgebauten Lehre, welche als Rechtssatz jene Norm bezeichnet, die den nächsten Zweck der sozialen Schrankenziehung hat¹⁾, muß innerhalb des Rechtsgebietes notgedrungen einen juristisch absolut unfaßbaren Unterschied machen zwischen Rechtsnormen oder Rechtssätzen einerseits und Nichtrechtsnormen oder Nichtrechtssätzen andererseits; sie muß mit dem Gesetzesbegriff den Rechtsbegriff selbst teilen! Daß eine Rechtstheorie, die „Nichtrechtssätze“ zum Gegenstande haben soll, sich selbst aufhebt, liegt wohl auf der Hand. Man bedenke ferner, daß diese Lehre ihre Distinktion von der psychologischen Willensrichtung des die Norm erlassenden Organs „im Augenblick der Erlassung“²⁾ abhängig macht, eine juristische Unmöglichkeit, welche die scharfe Kritik Kelsens vollauf verdient. Schließlich aber muß festgestellt werden, daß entweder gar keine oder alle sozialen Normen den gleichen Zweck haben³⁾. Ähnliche Einwände erheben sich gegen den dritten, auf ein objektives Kriterium zielenden Rechtssatzbegriff, der als Unterscheidungsmerkmal das Eingreifen in Freiheit und Eigentum der Bürger behauptet. Denn daß der ganze Staat nur dadurch existiert, daß die als Nichtrechtsnormen bezeichneten Gebilde Normen sowohl für die Organe wie auch für die Bürger sind, die ihren Willen binden, also in ihre Freiheit eingreifen, kann nur bestreiten, wer ihnen die „Geltung“ abstreitet und den Staat mit seinen beamteten Organen verwechselt. Alle drei Rechtssatzbegriffe erweisen sich als willkürliche Einschränkungen eines theoretisch haltbaren Rechtssatzbegriffs.

Dieses Ergebnis war auf Grund unserer historischen Darstellung vorauszusehen; hatte diese doch gezeigt, wie ein historisch-konventionell bestimmter Umkreis von Rechtssätzen

¹⁾ Vgl. Jellinek oben S. 99, Anschütz, Kritik 33.

²⁾ Anschütz, a. a. O., 36.

³⁾ Vgl. die Beispiele bei Anschütz, a. a. O., 33.

zu einem theoretischen Rechtssatzbegriff logisch verabsolutiert wurde. Die durch Bismarcks Budgetkonflikt geschaffene Machtlage, sowie die Tradition, hatten die Konvention über den materiellen Vorbehalt des Gesetzes erheblich eingeschränkt, und der materielle Gesetzesbegriff Labands und seiner Schule bemühte sich, dieses halbabsolutistische Ergebnis logisch zu rechtfertigen. Geht doch die Behauptung dieser Lehre, kurz gesagt, dahin, daß materielles Gesetz und Rechtssatz nur das seien, was die Untertanen bindet, während die den „Staat“, d. h. die Staatsorgane bindenden Normen „Nichtrechtssätze“, bestenfalls also formelle Gesetze seien. Anschütz' Ausführungen bestätigen durchaus den absolutistischen Hintergrund dieser Lehren. Nach ihm ist z. B. für einen Rechtssatz kein Raum, „insofern nur die Sphären der Behörden untereinander abgegrenzt werden“, wobei einmal „Staat“ und „oberste Organe“ identifiziert, dann der Monarch als „Subjekt alles staatlichen Imperiums“ angesprochen wird. Nimmt man noch hinzu, daß er mit der herrschenden Lehre der Meinung ist, die Zuwiderhandlung gegen ein formelles Gesetz involviere an sich noch keine Rechtsverletzung¹⁾, so rundet sich das Bild der staatlichen Machtverteilung, welche die politische Bedingung dieser Lehre ist. Die beiden Rechtssatzformeln der herrschenden Lehre gehören dem Gedankenkreis eines höchst primitiven Konstitutionalismus an, in welchem dem Untertan nur Freiheit und Eigentum seiner privatesten Sphäre bedeutsam waren. Sobald er seine Freiheit auch politisch verstand, war mit jenen Rechtssatzformeln nichts anzufangen.

Daß der herrschende Begriff des materiellen Gesetzes und Rechtssatzes „theoretisch-logisch“ unhaltbar ist, hat bereits Thoma²⁾ klar erkannt; nichts sei verkehrter, meint er, als der verbreitete Irrtum, dieser Rechtssatzbegriff lasse sich irgendwie theoretisch, logisch, philosophisch bestimmen; „ein Irrtum der unsere bedeutendsten Staatsrechtslehrer in unfruchtbare Streitigkeiten verwickelt hat“. Nachdem so der Lehre von Laband-Jellinek-Anschütz das Fundament entzogen war, resignierte Thoma plötzlich, indem er von diesem theoretisch-logisch unhaltbaren Rechtssatzbegriff behauptete, er gelte „praktisch-verfassungsrechtlich“. Da meines Wissens keine einzige moderne Verfassung die Zweiteilung des Rechts- und Gesetzesbegriffs ausdrücklich rezipiert hat³⁾ und die praktisch-

¹⁾ Kritik 29, 79f., 39.

²⁾ Festg. f. O. Mayer 176.

³⁾ Daß auch der Schweizer Verfassung, deren Wortlaut (Art. 84: „Bundesgesetze“ und „Bundesbeschlüsse“) den Zweiteilungsgedanken zur Bestimmung des gesetzlichen Vorbehalts nahelegen könnte, diese Unterscheidung fremd ist, zeigt gerade Seeger, Z. Lehre v. form. u. mat. Ges., Zeitschr. f. Schweiz. R. N.F. 45, 353ff.

verfassungsrechtliche Geltung jenes Rechtssatzbegriffs nur das Ergebnis einer von Thoma als unhaltbar erkannten Theorie ist, so bedeutet seine Resignation nichts anderes als die Kapitulation der besseren vor der schlechteren Theorie.

Der auf diesen Rechtssatzbegriff gegründete materielle Gesetzesbegriff bedarf aber noch in anderer Richtung der Kritik. Die Gleichung materielles Gesetz = jede Rechtsnorm, sei sie völkerrechtlicher, gewohnheitsrechtlicher oder sonstiger Natur, ist in Wahrheit das symmetrische Korrelat der formalistischen Aushöhlung des konstitutionellen Gesetzesbegriffs durch willkürliche Ausdehnung dieses Gesetzesbegriffs. Die herrschende Lehre pflegt sich für diese Ausdehnung auf den Sprachgebrauch unserer Gesetzestexte zu berufen. Wenn nun tatsächlich nach dem Vorbild des preußischen ALR., das als absolutistische Kodifikation den Satz „Gesetz im Sinne dieses Gesetzbuches ist jede Rechtsnorm“ zugrundelegt, die Einführungsgesetze des BGB. und der Reichsjustizgesetze (EG. z. BGB. a. 2, zur ZPO. a. 12, z. StPO. a. 7, z. KO. a. 2) ähnlich formulieren, so kann diese Spezialbestimmung durchaus nicht als geeignet angesehen werden, einen besonderen staatsrechtlichen Gesetzesbegriff zu kreieren. Ist es doch noch keinem Staatsrechtler eingefallen, etwa auf Grund EG. z. BGB. a. 5 einen eigenen Begriff des Bundesstaats zu konstruieren, weil es in jenem Artikel heißt, im Sinne des BGB. gelte als „Bundesstaat“ auch das Reichsland Elsaß-Lothringen. Die ratio beider Bestimmungen ist die gleiche: der Gesetzgeber wollte für seine spezifisch gesetzestechnischen Zwecke eine zivilistische oder prozessuale Abkürzung schaffen. Wir kommen auf diesen rein materiellen, nicht-formellen Gesetzesbegriff in der Reichsverfassung noch zurück.

Unsere kurze kritische Übersicht hat bisher den herrschenden Rechtssatzbegriff als untauglich erwiesen zur Begründung der Zweiteilungstheorie des Gesetzesbegriffs; er beruht auf einer willkürlichen Einschränkung eines theoretisch haltbaren Rechtssatzbegriffs und einer ebenso willkürlichen Ausdehnung des konstitutionellen Gesetzesbegriffs. Die Kritik des formellen Gesetzesbegriffs, der wir uns nun zuwenden, hat sich zunächst mit den sogenannten rein formellen Gesetzen zu beschäftigen. Ihr Kernpunkt ist der Gedanke von der angeblich „unbeschränkten Variabilität des Gesetzesinhalts“¹⁾. Mit einem ungewöhnlichen Radikalismus behauptet Laband²⁾, „es gäbe keinen Gedanken, welcher nicht zum Inhalt eines Gesetzes gemacht werden könne“.

¹⁾ Anschütz, Kritik 88.

²⁾ Staatsrecht II⁵, 63.

Als Inhalt derartiger rein formeller Gesetze werden genannt: Verwaltungsakte, Rechtsprechungsakte der Legislative und Gesetze ohne normativen Inhalt. Mit besonderem Nachdruck weist die herrschende Lehre auf die sogenannten „Gesetze ohne normativen Inhalt“ hin; als solche aber werden angeführt der seit Eisele¹⁾ so genannte „unverbindliche Gesetzesinhalt“. Obzwar nun die herrschende Lehre immer von „Gesetzen“ ohne normativen Inhalt, oder von „unverbindlichen Gesetzen“ spricht²⁾, so bringt sie als Belege doch nie etwas anderes vor als Gesetzespartikel mit (oft nur angeblich) nichtnormativem Inhalt. Ein Gesetz ist aber eine Ganzheit. Und wenn es zweifellos Begriffsdefinitionen, Tatsachenkonstatierungen, Programme usw. enthält, die einmal zur Konkretisierung seiner Rechtsgebote notwendig, das andere Mal nur eine überflüssige Geschwätzigkeit des Gesetzgebers sein mögen, so ist mit dem Nachweis, daß es Gesetzesteile ohne normativen Inhalt gibt, noch in keiner Weise der Nachweis erbracht, daß es derartige „Gesetze“ gibt. Allerdings, einmal hat Laband in einer Kritik ein angebliches Beispiel eines ganzen Gesetzes ohne normativen Inhalt angeführt³⁾. Es handelt sich um das preußische Gesetz vom 4. Juli 1876, das im § 1 der Staatsregierung die Ermächtigung erteilt, mit dem Deutschen Reich Verträge abzuschließen, durch welche die Rechte des Staates an Eisenbahnen auf das Reich übertragen werden. Der § 2 erklärt, daß für die erwähnten Vereinbarungen die Genehmigung der beiden Häuser des Landtags vorbehalten bleibe. Ich will nicht untersuchen, ob Laband, wie sonst, auch hier die staatsrechtliche Ermächtigung mit der zivilrechtlichen Vollmacht verwechselt. Zugegeben, daß es sich tatsächlich in diesem Falle nur um eine Resolution ohne normativen Inhalt handelt, zugegeben, daß außer diesen noch andere ähnliche Akte der konstitutionellen Legislative, die tatsächlich keinen normativen Inhalt haben, sich mit einiger Mühe auffinden lassen, alles das zugegeben, sehe ich für die Theorie in keiner Weise die Nötigung, in solchen Fällen von Gesetzen zu sprechen, sondern lediglich die Nötigung zu der Feststellung, daß in diesem Falle Kundgebungen irgendwelcher Art das Gesetzeskostüm mißbraucht haben. Ein nicht normativer Akt der Legislative ist so wenig ein Gesetz, wie die als Ritterburg gebaute Grunewaldvilla eine Burg ist. Bezeichnenderweise stammt die trostlose Auseinanderreißung von Form und Inhalt in Architektur wie Jurisprudenz aus der gleichen Zeit.

¹⁾ Arch. f. ziv. Praxis 69, 279.

²⁾ Anschütz, Kritik 40, Jellinek a. a. O. 232, Seligmann, a. a. O. 39.

³⁾ Arch. Ö. R. I, 183.

Es gibt eben sehr viele Gedanken, die zum Inhalt eines konstitutionellen Gesetzes nicht gemacht werden können!

Als weitere rein formelle Gesetze werden angeführt Verwaltungs- und Rechtsprechungsakte in Gesetzesform. Die Voraussetzung dieser wie der gesamten Zweiteilungslehre bildet die Behauptung von der Existenz materieller Staatsfunktionen, eine Auffassung, die schon Erich Kaufmann meines Erachtens endgültig widerlegt hat¹⁾. Bei der gebotenen Kürze sei es mir gestattet, mich auf Kaufmanns Ausführungen lediglich zu berufen. Nach der herrschenden Lehre soll also ein Gesetz formell heißen, wenn es z. B. materiell einen Rechtspruch enthält. Wodurch unterscheiden sich aber materiell Rechtsprechung und Rechtssetzung? Im Gegensatz zu Laband, der im Rechtspruch als der verbindlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses stets einen Rechtssatz sieht, behauptet Anschütz²⁾, das richterliche Urteil sei eine „logische Schlußfolgerung“, in der sich keine befehlende, sondern lediglich eine „konstatierende“ Staatstätigkeit kundgäbe. G. Jellinek³⁾ wiederum meint, alle Rechtsprechung sei ihrer „Natur“ nach an das geltende Recht gebunden, dem Richter im materiellen Sinn deshalb der Weg, auf dem er den der Urteilsfällung zugrundeliegenden Tatbestand erforschen soll, durch Rechtsregeln vorgeschrieben. Jellineks Ansicht wird durch die Existenz von allen möglichen innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Schiedsgerichten widerlegt. Auf Anschütz' Ansicht kommen wir zurück; sie darf aber schon durch die Freirechtslehre als endgültig widerlegt gelten⁴⁾. Davon abgesehen finde ich seine Behauptung, Gesetze, welche sich als materielle Rechtsprechungsakte qualifizieren, seien „zwar nicht ohne Rechtswirkung, aber ohne normativen Inhalt“⁵⁾, juristisch unbegreiflich. Da schließlich nach Labands Ansicht materielles Gesetz jede verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes heißt, jedes Urteil aber einen Rechtssatz darstellt, so ergibt sich z. B. im Falle des Art. 76, II der Bismarckschen Verfassung überhaupt kein Wesensunterschied zwischen Rechtssetzung und Rechtsprechung, und die Voraussetzung der gesamten Labandschen Zweiteilungslehre, die Theorie der materiellen Staatsfunktionen hebt sich selbst auf.

Wie steht es nun mit der Lehre von den formellen Gesetzen, die Verwaltungsakte zum Inhalt haben? Solange die herr-

¹⁾ Art. Verwaltung.

²⁾ A. a. O. 47.

³⁾ A. a. O. 246.

⁴⁾ Vgl. schon Bülow, Gesetz und Richterspruch 4f., 28ff.; heute vor allem Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft 181ff. u. die dort Genannten.

⁵⁾ A. a. O. 48.

schende Lehre selbst eingesteht, das „Wesen“ der Verwaltung positiv nicht bestimmen zu können, solange sie außerdem über einen brauchbaren Rechtssatzbegriff, der doch das principium divisionis abgeben müßte, nicht verfügt, erscheint auch dieser Teil der Lehre mehr oder weniger willkürlich und unfundiert. Im übrigen erfolgt die Kritik des formellen Gesetzesbegriffs nach dieser Richtung im Zusammenhang mit der Besprechung der angeblich formellen Gesetze in der Reichsverfassung.

Bisher hat sich ergeben, daß die Begriffe des rein materiellen, nichtformellen Gesetzes, ebenso wie der Begriff des rein formellen, nicht normativen Gesetzes mindestens überflüssig, meistens aber auch verwirrend und schädlich sind. Erscheint es somit sehr wahrscheinlich, daß wir der herrschenden Lehre die Flügelpartien werden beschneiden müssen, so wird es sich dann vor allem um die Frage handeln, ob die übrigbleibende Mitte nicht unter einen einheitlichen Gesetzesbegriff zu bringen ist.

Rechtsstaat und Gesetz.

Einer klaren Erkenntnis von der Bedeutung des Gesetzesbegriffs im Rechtsstaate steht heute die politische Degeneration des Rechtsstaatsgedankens im Wege. Mußte doch Thoma¹⁾ im Jahre 1910 den Rechtsstaatsbegriff für die Staatslehre erst neu entdecken! In der Zeit bis zu dieser Entdeckung war aber der Sinn des klassischen Rechtsstaatsgedankens vergessen worden und die Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft unterscheidet heute wie zwischen den beiden Gesetzesbegriffen, so auch zwischen einem formellen juristischen und einem materiellen Rechtsstaatsgedanken, den sie politisch nennt. Mit dem letzteren weiß sie so wenig anzufangen, wie im Grunde mit ihrem materiellen Gesetzesbegriff.

Der konstitutionelle Gesetzesbegriff ist aber ohne Gesamtanschauung des materiellen Rechtsstaatsgedankens gar nicht zu fassen. Von seinen beiden Bestandstücken, der Freiheit als der Selbstbestimmung des Volks durch das Gesetz und der Gleichheit als der gleichmäßigen nicht willkürlichen Interessenwertung Aller, hat die heutige Staatslehre nichts übrig behalten, als die formelle Gleichheit vor dem Gesetze, die sie ohne Rücksicht auf den Gesetzesinhalt nur für die Anwendung des Gesetzes gelten lassen will²⁾. Man vergleiche damit etwa die Auffassung, die noch Mohl vertreten hat; nach ihm haben im Rechtsstaat die Staatsgenossen Anspruch „vorerst auf Gleichheit vor dem Gesetz, d. h. auf Berücksichtigung der

¹⁾ Jahrb. Ö. R. IV, 198ff.

²⁾ Vgl. Heft 3 dieser Veröff. 1927.

Lebenszwecke Aller, ohne Unterschied auf persönliche Verhältnisse und objektive Anwendung der allgemeinen Normen, ohne Rücksicht auf Rang, Stand usw. des Einzelnen“¹⁾).

Innerhalb dieser formalistischen Rechtsstaatsauffassung, für die ein das Ganze zusammenhaltender, die materiellen Entscheidungen treffender Volkswille nur eine Fiktion ist²⁾, stellt die Legislative nichts anderes dar, als eine vom positiven Recht angeordnete Technik der Gesetzgebung, die institutionell und funktionell jeder materiellen Wertung überhoben ist, deren Beschlüsse ohne jede Rücksicht auf ihren Inhalt nur deshalb als Gesetze bezeichnet werden, weil sie die angeordnete technische Form besitzen.

Alle Versuche der herrschenden Lehre aber, das „Wesen“, die „Natur“, die „Substanz“ der Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung apriorisch zu bestimmen, sind durchaus müßig; denn alle Staatsakte sind ihrer „Natur“ nach nicht verschieden, sondern gleich. Sie alle sind auf die einheitliche Zusammenordnung des gesellschaftlichen Verhaltens der Gebietsbewohner gerichtet. Erst im gewaltenteilenden Rechtsstaate und nur in ihm haben sich gewisse rechtlich geforderte Formen für bestimmte Staatsakte klar herausgebildet, ohne daß aber diese Formen von bestimmten Inhalten völlig unabhängig geworden wären. Daß und welche bestimmten Formen der Staatswillensbildung mit Recht staatsrechtlich gefordert sind, ergibt sich unmittelbar als Folgerung aus der materiellen Rechtsstaatsidee. Ihr Freiheitsideal verlangt das Prinzip der Determination aller Staatsakte durch die im Gesetz zum Ausdruck kommende *volonté générale*. Mit dem materiellen Gleichheitsgedanken ist, oder richtiger, war dieses Autonomieideal verbunden durch den Glauben, daß jede sich selbst bestimmende Einzel- oder Gruppenindividualität über kurz oder lang ihre Interessen selbständig zu erkennen und zu vertreten am besten in der Lage sei. Diesem Prinzip der materiellen Legalität aller Staatstätigkeit entspricht also formell und materiell der Begriff des konstitutionellen Gesetzes, der nichts anderes bezeichnet, als die oberste, alle andere Staatstätigkeit determinierende, von der Volkslegislative gesetzte Rechtsnorm. Seine Eigenschaft, seine Kraft als Gesetz, seine „Unverbrüchlichkeit“ hat es ausschließlich deshalb, weil es als autonomer Beschluß der die Gemeinschaftswerte repräsentierenden *volonté générale* gilt. Von irgendeiner Verwaltungsvorschrift oder einem Rechtsspruch unterscheidet es sich keineswegs durch seine Rechtssatzzeigenschaft, sondern lediglich durch seine erhöhte materielle Geltungskraft.

¹⁾ Enzykl. 1859, 327, und meine polit. Ideenkreise 66.

²⁾ Vgl. meine „Souveränität“.

Aus dem rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip des Aufklärungsnaturrechts ergibt sich aber auch unmittelbar die Forderung, daß nicht nur die Justiz sein soll, „la bouche qui prononce les paroles de la loi“¹⁾, sondern, daß ebenso die Exekutive nur die Aufgabe hat, „de faire un syllogisme dont la loi est la majeure; un fait plus au moins générale la mineure; et la conclusion l'application de la loi“²⁾.

Soweit dieser rechtsstaatliche Rationalismus Geschichte und Individualität restlos rationalisieren und auf diesem Wege im voraus legalisieren zu können vermeint, wird er heute außer von Kelsen und seinen Schülern wohl von keinem Staatstheoretiker mehr vertreten. Wir wissen zu genau, daß die vermeintliche Bestimmtheit, Vollständigkeit und Untrüglichkeit des Gesetzesrechts nur innerhalb sehr enger Grenzen existiert, wir wissen, daß jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche interpositio auctoritatis bedeutet. Mit der individuell und sozial bedingten Persönlichkeitsentscheidung des betreffenden Organs strömt trotz aller Bindung an das Gesetz in den Rahmen dieses Gesetzes ein vom Gesetzgeber nicht zu rationalisierendes Element ein, das die theoretische Umdeutung der soziologischen Staatshierarchie in eine logische ausschließt. So wenig also die gesetzanwendende Persönlichkeit rationalisiert werden kann und darf, so wenig ist dies für die zukünftigen Aufgaben des Staats möglich. Der Staat ist keine Gesetzesmaschine und es hängt tatsächlich vom konkreten gesamtgesellschaftlichen Zustande, von politischen Machtverhältnissen und Zweckmäßigkeitserwägungen, von Tradition und Rechtsbewußtsein ab, ob und wie weit z. B. die Tätigkeit des Staatsoberhauptes oder der Polizei gesetzlich normiert ist, ob und wie weit etwa die Arbeits- und Güterordnung der privaten lex contractus überlassen oder von der staatlichen Gesetzgebung ergriffen wird, wofür wiederum ein gewisser Grad von Zentralisation und Berechenbarkeit der Wirtschaft die Voraussetzung bilden muß.

Mit der Unmöglichkeit der Durchlegalisierung aller Staats-tätigkeit in persönlicher und sachlicher Beziehung muß übrigens auch das Postulat der Allgemeingültigkeit des Gesetzes fallen. Wo der Mund des Gesetzgebers im weitesten, auch das Gewohnheitsrecht umfassenden Sinne, der Singularität des Falls wegen völlig schweigt, da muß er vom Gesetzgeber selbst und kann er innerhalb der staatlichen Herrschaftsordnung grundsätzlich nicht vom Richter zum Reden gebracht werden. Diese Situation wird man z. B. bei der unzutreffend sogenannten

¹⁾ Montesquieu, Esprit XI, 6.

²⁾ Condorcet bei Schmitt, Parlament. 440.

Fürstenabfindung als gegeben erachten müssen, wenn man nicht mit Carl Schmitt die unrichtige und ungeprüfte Voraussetzung macht, daß es sich im vorliegenden Falle um einen bürgerlichen Rechtsstreit handelt.

Von der aufklärerischen Logisierung gereinigt bleibt aber die rechtsstaatliche Forderung einer möglichst engen Bindung sämtlicher Staatsorgane an das Gesetz unerschüttert bestehen; ist doch auf anderem Wege die geforderte Herrschaft der *volonté générale* gar nicht denkbar. So ergeben sich allein aus der rechtsstaatlich notwendigen Beziehung der Staatsakte zum Gesetz die Formen der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung für bestimmte Gegenstände der Staatstätigkeit. Die Form der Gesetzgebung soll angewandt werden bei Aufstellung der obersten Rechtssätze, die der Rechtsprechung bei justizförmiger Beurteilung eines Tatbestandes, die keineswegs nur auf Grund von Gesetzen erfolgen kann, während das große Restgebiet Verwaltung genannt wird.

Gesetze heißen also im Rechtsstaate nur, aber auch alle von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen. Es verdient in diesem Zusammenhange hervorgehoben zu werden, daß die herrschende Bezeichnung des sog. formellen Gesetzes als Anordnung der „Legislative“ zweideutig ist. Das konstitutionelle Gesetz muß als die oberste von der „Volkslegislative“ (wenigstens mit)gesetzte Norm bezeichnet werden, denn nur dadurch, daß das Volk oder seine Repräsentation das Gesetz (wenigstens mit)beschließt, unterscheidet sich das konstitutionelle Gesetz von der Norm eines absoluten Monarchen oder eines Diktators.

Im folgenden haben wir das Verhältnis dieses Gesetzesbegriffs zum Begriff des Rechtssatzes zu erörtern.

Rechtssatz und Rechtsgrundsatz.

Rechtssatz nennen wir jede Norm, die einen vorausgesetzten Tatbestand mit einer Rechtsfolge verknüpft, subjektive Rechte und Pflichten an einen Tatbestand anknüpft. Alles objektive Recht erscheint in Rechtssätzen, wobei wir unter einem Rechtssatz die durch Gemeinschaftsautorität individualisierte, den Handlungswillen intersubjektiv bindende Norm verstehen. In der herrschaftsfreien Vertragsordnung bildet der die *lex contractus* objektivierende Gemeinwille die individualisierende Autorität.

Jeder staatliche Befehl bedeutet demnach Rechtsetzung. Gesetz, Verordnung, Verfügung und Urteil stellen lediglich verschiedene rechtsstaatliche Formen der Rechtsetzung dar; Rechtssätze enthalten sie alle. Wenn demgegenüber gewöhnlich

der Einwand erhoben wird¹⁾, daß dieser Auffassung jedes Kommandowort des Unteroffiziers als Rechtsetzung erscheinen müsse, so finde ich diese Folgerung durchaus akzeptabel. Denn der Gehorsamsverweigerer, der unter Umständen vom Unteroffizier rechtmäßig erschossen wird, verletzt diesen konkreten, vom unmittelbaren Vorgesetzten so und nicht anders im Kommandowort individualisierten Rechtssatz. Die willkürliche Verengerung des Rechtssatzbegriffs durch die herrschende Lehre ist lediglich das Ergebnis jener schiefen, rationalistischen Rechtsstaatsidee, für die alle nicht gesetzgebende Staatstätigkeit sich in der Aufgabe erschöpft *de faire un syllogisme, dont la loi est la majeure*. In der der Rechtsordnung spezifischen Dialektik schafft jede Individualisierung einer Norm durch die kompetente Autorität eine neue, vorher so noch nicht dagewesene Norm. Der Befehl des Generals ist objektives Recht für die Regimentskommandeure, und General wie Unteroffizier erhalten durch das objektive Recht sowohl die Berechtigung, wie die Verpflichtung, neue Rechtssätze zu individualisieren und zu objektivieren, indem sie die Rechtssätze der höheren Instanz einer von dieser gar nicht voraussehbaren Situation anpassen. Sie alle haben gleich dem urteilenden Richter und dem rechtsgeschäftlich handelnden Bürger einen selbständigen Anteil am Rechtsschöpfungsberuf des Staates. Was von oben als Befehl, Urteil oder Rechtsgeschäft erscheint, erscheint von unten als Rechtssatz.

Diese Dialektik gilt für das Verhältnis von Gesetz und Verordnung ebenso wie für das Verhältnis von Verordnung und Verfügung, von privatrechtlichem Rechtsgeschäft und der *lex contractus*. Es gilt aber insbesondere auch für die Rechtsetzung durch die Gesetzgebung. Auch Gesetzgebung ist Individualisierung von Normen, sei es als primäre souveräne Individualisierung von Rechtsgrundsätzen, sei es als sogenannte gebundene Gesetzgebung durch Individualisierung von positiven, etwa in Gesetzen festgestellten Rechtssätzen.

Rechtsgrundsätze sind entweder logische oder ethische Strukturprinzipien des Rechts, die positive Rechtssätze deshalb noch nicht sind, weil ihnen die ein normgemäßes Verhalten ermöglichende Individualisierung oder Positivität fehlt. Die logischen Strukturprinzipien des Rechts sind entweder apriorische oder durch Abstraktion gewonnene Sätze. Ein Schul-

¹⁾ Z. B. Jellinek a. O. 234. Früher auch Kelsen (Hauptprobleme 549) der sich inzwischen der Stufentheorie Merkl's angeschlossen hat, die dieser nach dem Vorgange von Bierling (Jurist. Prinzipienlehre), Bülow (Gesetz und Richteramt) Spiegel (Gesetz und Recht 19f.), Thoma (Festg. a. O.) Radbruch (Rechtsphilosophie 267) und anderen zuerst in der Deutsch. Richterzeitung 1917 und nunmehr ausführlich in seiner „Lehre von d. Rechtskraft“ darlegt.

beispiel bietet der Satz: *pacta sunt servanda*, der, solange man nicht weiß, welche Verträge rechtlich nicht zu halten sind, gar nichts anderes als die Objektivität alles Rechts ausdrückt. Er ist logische Voraussetzung des Rechts, nicht vorausgesetztes Recht. Hierher gehört auch der logische Rechtsgrundsatz, den Hegel¹⁾ dahin formuliert: „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“. Dieser Satz drückt nichts anderes aus als die Tatsache, daß alles Recht mehrere Rechtssubjekte logisch voraussetzt. Von Grotius bis Kelsen und Verdross pflegt eine utopische Völkerrechtswissenschaft solche logische Rechtsgrundsätze, Rechtsgeltung und logische Geltung verwechselnd, als positive allgemeine Völkerrechtsätze anzusehen.

Beispiele von ethischen Rechtsgrundsätzen bietet in reicher Fülle der zweite Hauptteil unserer Reichsverfassung. Man findet sie in den Art. 119, 120, 122, 132—34, 151—55, 157, 158, 162—64. Die Literatur der Reichsverfassung pflegt diese noch nicht zu aktuellen Rechtssätzen positivierten Rechtsgrundsätze entweder als belanglose Tiraden abzutun oder auch mit jenen Sätzen gleichzustellen, die sie mit Recht als Rechtssätze für den Gesetzgeber wertet. Ich kann dieser Auffassung nicht zustimmen. Jene ethischen Rechtsgrundsätze deuten auf die Grundinstitutionen des deutschen Rechtslebens hin und sind für die Interpretation der Reichsverfassung von unmittelbar praktischer Bedeutung. Die Unterscheidung aber zwischen Rechtsgrundsätzen, die eine ethische Direktive für Alle und positiven Rechtssätzen, die eine positive Rechtsbindung des Gesetzgebers darstellen, halte ich für theoretisch richtig und praktisch höchst folgenreich. Im Art. 163 RV. sind z. B. die in den beiden ersten Sätzen normierte sittliche Arbeitspflicht sowie das Recht auf Arbeit zweifellos als sittliche Rechtsgrundsätze anzusehen. Die im dritten Satz normierte Erwerbslosenunterstützung aber als positiver Rechtssatz. Den beiden ersten Sätzen fehlt die für den Begriff des Rechtssatzes erforderliche Individualisierung, dem dritten kann die Positivität nicht abgestritten werden.

Die Bezeichnung der Gesetze als der obersten von der Volkslegislative gesetzten Rechtssätze versteht das Zuoberstsein der Gesetze nur relativ. Die eben berührte Tatsache einer gebundenen Gesetzgebung²⁾, welche bereits positivierte Rechtssätze individualisiert, beweist ihrerseits, daß ein substanzieller Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht existiert. Die einfachen Gesetze müssen grundsätzlich als

¹⁾ Rechtsphilosophie, § 36. Zum Obigen ausführlich meine „Souveränität“.

²⁾ Jellinek a. O. 261.

Individualisierung von Verfassungsrechtssätzen konstruiert werden. In jedem dezentralisierten Einheitsstaat, der eine Länderautonomie kennt, insbesondere aber in den republikanischen Bundesstaaten ist selbst der Verfassungsgesetzgeber der Länder durch die Bundesverfassung gebunden, die ihm z. B. im Art. 17 RV. eine freistaatliche Verfassung, das Wahlsystem und die parlamentarische Regierungsform vorschreibt. Schließlich ist die Frage, wie weit der Gesetzgeber seine Normen selbst individualisiert und in das Einzelne der Staatstätigkeit gesetzlich eingreift, eine politische Zweckmäßigkeits- und Machtfrage, eine Rechtsfrage aber nur insofern, als eine Individualisierung des Gesetzes für den einzelnen Fall durch den rechtsstaatlichen Gesetzgeber ausgeschlossen ist, sofern ein auf den Einzelfall anwendbares Gesetz entgegensteht. Im übrigen aber zeigt die fortschreitende Spezialisierung des Budgetgesetzes am deutlichsten die von uns festgestellte rechtsstaatliche Tendenz einer immer umfassenderen und spezialisierteren Legalisierung der Staatstätigkeit.

Reichsverfassung und Gesetz.

Auch in der Weimarer Reichsverfassung ist unter Gesetz grundsätzlich der oberste von der Volkslegislative gesetzte Rechtssatz zu verstehen. Die Tatsache, daß die obersten, das Staatsleben determinierenden Rechtssätze durch die Volksrepräsentation oder den Volksentscheid zustande kommen, bildet für den deutschen Staat und sein Recht die demokratische Legitimitätsgrundlage. Für diesen Gesetzesbegriff spricht die Vermutung, und jede Annahme einer Sonderbedeutung des Wortes Gesetz bedarf einer wohlbegründeten Rechtfertigung.

Mit gutem Grunde ist der Weimarer, wie allen anderen modernen Verfassungen, ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes unbekannt. Das Sekuritätsbedürfnis der herrschenden Lehre glaubte sich mit der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs einen Ersatz für diesen Mangel geschaffen zu haben, sie glaubte damit eine logische Abgrenzung zwischen der materiellen Gesetzgebung und allen anderen Staatsfunktionen vornehmen zu können. Diese logische Abgrenzung ist ein Unding, weil jede derartige Logisierung der substantiellen Kräfte des gesellschaftlich-geschichtlichen Lebens ein Unding ist. Was zum Vorbehalt des Gesetzes gehört, welche Gegenstände die Gesetzgebung ergreift, das bestimmt nicht die Logik und nicht eine theoretische Formel, sondern Tradition, Zweckmäßigkeit, Machtlage und Rechtsbewußtsein. Diese Kräfte, vornehmlich Machtlage und Rechtsbewußtsein sind es, die den in den meisten zivilisierten Staaten herrschenden Rechtsstaatsgedanken ent-

wickelt haben. Die gleichen Kräfte sind es auch, welche die historisch und national wechselnden Grenzen zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung festsetzen. Daß das Zivilrecht, Prozeßrecht, Strafrecht (und neuestens das Arbeitsrecht) traditionell zu diesen Gegenständen der Gesetzgebung gehören, wird von den Verfassungen als selbstverständlich gar nicht erwähnt; nur für das Strafrecht enthält jetzt die Weimarer Verfassung im Art. 116 einen Sondervorbehalt. Aus der verschiedenartigen politischen Machtlage und aus keinerlei logischen Gründen läßt es sich verstehen, daß für unser, im Gegensatz zum englischen, Rechtsbewußtsein auch und in erster Linie das Verfassungsrecht zum Vorbehalt des Gesetzes gehört. Umgekehrt sind die englischen *private acts* für unseren Rechtsstaatsbegriff unfasslich. Wenn es nach Art. 45 RV. heißt, der Reichspräsident vertritt das Reich völkerrechtlich, so werden politische Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte und die Machtlage darüber entscheiden, ob etwa die Anerkennung eines fremden Staates durch Verwaltungsakt des Präsidenten oder durch Gesetz erfolgt.

Ich kann es sehr wohl verstehen, wenn das juristische Sekuritätsbedürfnis tief erschüttert wird durch den Hinweis, daß auch der Vorbehalt des Gesetzes von der ewigen Flucht der Erscheinungen nicht ausgenommen ist. Hinzukommt, daß in der heutigen parlamentarischen Staatsform sicherlich die Besorgnis vor einer unerträglichen Ausdehnung der Legislative oft an die Stelle der im monarchischen Staat meist allein bedachten Möglichkeit von Übergriffen der Exekutive tritt. Gewiß ist heute die Frage nach dem Vorbehalt des Verwaltungsaktes und richterlichen Urteils ebenso brennend, wie die Frage nach dem Vorbehalt des Gesetzes.

Alle diese Bedenklichkeiten, alle Angst vor Parlamentsabsolutismus dürfen aber nicht darüber hinwegzutäuschen versuchen, daß der nicht logisierbare, historisch erwachsene und wechselnde Vorbehalt des Gesetzes in der Weimarer Verfassung jenen eben genannten substantiellen gesellschaftlichen Kräften unterliegt, die eine juristisch faßbare verfassungsmäßige Grenze der Gesetzgebung nur in zwei Richtungen objektiviert haben. Die erste, aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip selbst sich ergebende Schranke der Gesetzgebung ist das, in aller Regel wohl schon durch Art. 109 RV. gedeckte Verbot einer Individualentscheidung durch Gesetz gegen ein bestehendes Gesetz. Die zweite Schranke bilden die ausdrücklichen Sondervorbehalte der Verfassung zugunsten der Rechtsprechung und Verwaltung, so z. B. das Begnadigungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 49, 1 im Gegensatz zur Amnestie durch Reichsgesetz nach Art. 49, 2. Im Zweifel aber spricht im Staate der

Volkssouveränität die Vermutung ebenso sicher zugunsten der Volkslegislative, wie im Staate des monarchischen Prinzips zugunsten des Monarchen.

Wenn die herrschende Lehre dieser Grenzziehung Unsicherheit vorwerfen sollte, so muß ihr entgegengehalten werden, daß ihre eigne Lehre eine größere Sicherheit nur vortäuscht. Dem Versuch einer Logisierung der Gesetzgebungsfunktion entspricht bekanntlich die Rationalisierung des Rechtsstaatsprinzips nach der immer wiederkehrenden Formel: Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein, außer wenn ein formelles Gesetz auf dieses Erfordernis ausdrücklich verzichtet. Da die Charakteristik des materiellen Gesetzes durch die Schlagworte der „Allgemeinheit“, „Freiheit und Eigentum“ betreffend, unmittelbar beabsichtigte soziale Schrankenziehung, in keiner Weise geeignet ist, das materielle von jedem beliebigen formellen Gesetz zu unterscheiden, so zerfließt dieses Rechtsstaatsprinzip wie jene Abgrenzung in nichts.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß alles, was die Reichsverfassung als Gesetz bezeichnet, Rechtssätze, d. h. durch Gemeinschaftsautorität individualisierte, den Handlungswillen intersubjektiv bindende Normen enthält. Daß sie daneben z. B. in der Präambel unverbindlichen Gesetzzinhalt und in den ethischen Rechtsgrundsätzen juristisch unverbindliche Sätze enthält, rechtfertigt selbstverständlich noch keinen formellen Gesetzesbegriff.

Die herrschende Lehre ist allerdings anderer Meinung. Wäre sie konsequent, so müßte sie zunächst den gesamten 1. Hauptteil der Reichsverfassung als bloß formelles Gesetz, materiell als Verwaltungsverordnung auffassen. Sind doch herrschender Lehre nach organisatorische Vorschriften materiell Verwaltungsakte, entbehren des Rechtssatzcharakters, und ihre Einkleidung in Gesetzesform ist „ohne rechtliche Veränderung ihrer Substanz möglich“¹⁾. Daß dieser Lehre entsprechend der wesentlichste Teil der Staatsverfassung, die Bestimmungen über die höchsten Organe, die Normen, welche die Gesetzgebung von dem Verordnungsrechte positiv abgrenzen, aus dem Begriff des Rechtssatzes herausfallen, auf diese Konsequenz hat bereits Hänel²⁾ hingewiesen. Und Thoma³⁾ betonte schon, daß die herrschende Lehre diesem absurden Ergebnis nur durch Unfolgerichtigkeit zu entgehen vermag. Es war das Verdienst Gierkes⁴⁾, den Rechtssatzcharakter auch der gering-

¹⁾ Anschütz, Kritik, 72.

²⁾ A. O. 225ff.

³⁾ Festgabe f. O. Mayer 177.

⁴⁾ Schmollers Jahrbuch N.F. VII, 47.

fügigsten Organisationsnorm erkannt zu haben und in einem ganz anderen Zusammenhang hat Smend¹⁾ darauf aufmerksam gemacht, daß hinter organisatorischen Vorschriften materielle Ansprüche stehen oder doch stehen können, die aus Zweckmäßigkeitsgründen weder überhaupt, noch gar im einzelnen festgelegt werden. Es ließe sich verstehen, wenn die herrschende Lehre nach englischem Vorbild die constitutional conventions nicht als Rechtssätze, sondern als Konventionalregeln sui generis auffaßte. Dem kontinentalen, durch den Absolutismus hindurchgegangenen Rechtsbegriff würde eine solche Auffassung allerdings nicht entsprechen. Unmöglich aber ist es, nach dem Beispiel der herrschenden Lehre die Organisationsnormen einmal als Rechtssätze, das nächste Mal als Nichtrechtssätze zu kennzeichnen. Hier liegt die Unzulässigkeit einer Zweiteilung des Rechts- und Gesetzesbegriffs auf der Hand. Wenn aber alle Organisationsnormen Rechtssätze enthalten, wer oder was entscheidet dann, wenn die Verfassung schweigt darüber, für welche von ihnen der Vorbehalt des Gesetzes gilt und für welche das nicht der Fall ist? Niemand anderes als die oben genannten historischen Mächte. Diejenigen Organisationsbestimmungen, deren besondere Tragweite und Wichtigkeit der Volkslegislative ins Bewußtsein treten, beschließt sie, ihre Macht vorausgesetzt, wenn es ihr recht- und zweckmäßig erscheint, als Gesetze, als oberste mit besonderer Geltungskraft ausgestattete Rechtssätze. Neuestens behauptet auch Richter²⁾ den Rechtssatzcharakter der Organisationsnormen; seine Halbheit aber, die ihn an dem herkömmlichen Rechtssatzbegriff sowie an der herrschenden Lehre von den materiellen Staatsfunktionen festhalten läßt, verleitet ihn auch zu dem falschen Schluß, daß Organisationsnormen deshalb, weil sie Rechtssätze seien, auch „formellgesetzlich“ entstehen müßten. Der Rechtssatzcharakter sagt aber über den Vorbehalt des Gesetzes gar nichts aus. Es können sehr wohl politische Zweckmäßigkeitsgründe vorhanden sein, die dafür sprechen, dem Reichspräsidenten, ähnlich wie dem französischen Präsidenten³⁾, eine selbständige Organisationsgewalt zu belassen⁴⁾, auch wenn dies dem rechtsstaatlichen Rationalismus widerspricht. Richtig ist allerdings, daß die Zweiteilungslehre

¹⁾ Festgabe f. O. Mayer 252.

²⁾ Die Organisationsgewalt 13.

³⁾ Hauriou, *Precis de Droit Const.* 1923, 459ff. behauptet sogar die Verfassungswidrigkeit des Art. 8 d. franz. Ges. v. 20. Juni 1920, welcher die Organisation der Ministerien der Organisationsgewalt des Präsidenten entzieht.

⁴⁾ So die herrschende Lehre, die gem. Art. 179 RV. einen Übergang der Organisationsgewalt vom Kaiser auf den Reichspräsidenten annimmt.

völlig außerstande ist, verständlich zu machen, warum der deutsche Gesetzgeber gewisse, zum Teil sehr wichtige Organisationsnormen nicht an sich gezogen hat, während z. B. der englische Gesetzgeber sogar Rechtsnormen, die sich an Lokalbehörden richten, grundsätzlich zum Vorbehalt des Gesetzes rechnet¹⁾.

In diesem Zusammenhange muß auf eine außerhalb der Reichsverfassung liegende Rechtserrscheinung kurz eingegangen werden. Eine starke praktisch bedeutsame Stütze scheint nämlich die herrschende Lehre an der prozessualen Praxis und ihrer Auslegung des Wortes „Gesetz“ in § 376 StPO. und §§ 511, 512 ZPO. zu besitzen. Nach diesen Gesetzesstellen kann die Revision sich nur stützen darauf, daß das angefochtene Urteil „auf einer Verletzung des Gesetzes“ beruht, das Gesetz aber ist verletzt, „wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“. Durch diese Bestimmungen der Prozeßordnungen glaubt die herrschende Lehre sich kräftig bestätigt zu sehen. Meines Erachtens besagt weder das Gesetz noch die Praxis irgend etwas für die Berechtigung der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs. Im Gegenteil! Wenn das Gesetz die Zweiteilung voraussetzte, bedürfte es nicht der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Richter in diesem Falle als Gesetzesverletzung jede Nichtanwendung oder nicht richtige Anwendung einer Rechtsnorm zu verstehen habe. Wie in den EG. bedient sich auch hier der Gesetzgeber einer gesetzes-technischen Abbréviation, die für den staatsrechtlichen Gesetzesbegriff unmöglich bestimmend sein kann. Wenn die herrschende Lehre²⁾ aber weiter argumentiert: Die Prozeßordnungen verstehen unter Gesetz jeden Rechtssatz, ihre organisatorischen und instruktionellen Vorschriften sind aber keine Rechtssätze und sind eben deshalb nicht revisibel, trotzdem sie im Gewande eines in dieser Beziehung eben nur „formellen“ Gesetzes auftreten; wenn die herrschende Lehre sich auch noch triumphierend auf zwei Reichsgerichtsentscheidungen aus dem Jahre 1880 berufen kann³⁾, wenn sie also schließlich die prozessuale Revisibilität über den Rechtssatzcharakter bestimmter Normen entscheiden lassen will, so wird ihr gerade diese anscheinende Stütze zum Verhängnis.

Denn selbstverständlich sind auch die genannten nicht revisiblen Normen Rechtssätze, welche den Einfluß der Justizverwaltung auf die Führung des Vorsitzes, auf die Geschäfts-

¹⁾ Vgl. Koellreutter, Verwaltungsrecht u. Verwaltungsrechtsprechung i. mod. England 88f., 160, 225.

²⁾ Seligmann a. O. 40, 170f., Anschütz, Krit. 77, 85 und die Prozeßkommentare.

³⁾ RG. Str. 2, 195 und 3, 8.

verteilung und die Zusammensetzung der Rechtsprechungskörper verhindern sollen. Wenn aber die Praxis zu der Ansicht kommt, daß der Rechtssicherheitszweck trotz der Verletzung einer dieser Normen erreicht wird, wenn sie aus Zweckmäßigkeitsgründen die Revision verweigert, so ist damit über den Rechtssatzcharakter der betreffenden Vorschrift kein Wort gesagt. Nun passierte aber der herrschenden Lehre das Unglück, daß das Reichsgericht seit 1904 sich ständig zur gegenteiligen Auffassung bekennt. Eine Entscheidung aus diesem Jahre führte aus, die Bestimmungen der §§ 61f. GVG. seien „unbedingt wesentlich“ für die rechtmäßige Ausübung der Richtertätigkeit, insbesondere sei § 63 „ein Teil der Rechtsordnung“¹⁾. Das Reichsgericht hatte also inzwischen die hinter der organisatorischen Vorschrift stehenden materiellen Ansprüche erkannt. Der herrschenden Lehre aber bleibt nun nichts anderes übrig, als die gleiche gesetzliche Vorschrift, die sie gestern als Nichtrechtssatz behauptete, heute als Rechtssatz zu behaupten.

Kehren wir zum I. Hauptteil der Reichsverfassung zurück. Inkonsequenterweise werden also die organisatorischen Normen dieses Teils von der herrschenden Meinung als Rechtssätze angesehen. Wie steht es aber mit den als bloß formell bezeichneten Gesetzen in diesem Abschnitt. Zu Art. 45, 2: Kriegserklärung und Friedensschluß erfolgen durch Reichsgesetz, bemerkt Anschütz' Kommentar, es handle sich in diesem Falle um „rein formelle“ Gesetze, die materiell betrachtet, keine Rechtssätze enthielten. Das nach Art. 49, 2 zu einer Reichsamnestie erforderliche Reichsgesetz soll ebenfalls seiner materiellen „Natur“ nach ein Akt der Rechtspflege, also kein materielles, sondern ein formelles Gesetz sein. Wendet sich vielleicht der Staat in diesen Fällen nicht mit Geboten und Verboten an seine Untertanen, greift er nicht in deren Freiheit und Eigentum ein? Wer wollte das bestreiten? Und welche praktischen Folgerungen will man aus der angeblichen Formalität dieser Gesetze ziehen?

Die weitaus größte und verhängnisvollste Bedeutung hat aber die herrschende Zweiteilung des Gesetzesbegriffs für das parlamentarische Budgetrecht. Man weiß, welche entscheidende Rolle diese Fragen im Kampfe zwischen Absolutismus und Konstitutionalismus gespielt haben. Durch den Budgetkonflikt hatte, noch Bismarck das monarchische Prinzip endgültig gegen den Parlamentarismus stabilisiert. Bei der historischen und aktuellen Bedeutung, welche die Regelung der Dispositionen über das Staatsvermögen für das Eigentum

¹⁾ RG. Str. 37, 59. Dazu Kern, Der gesetzliche Richter 132f., 178.

und funktionell auch für die Freiheit der Bürger besitzt, war es mehr als verständlich, daß fast alle neueren Verfassungen für die Feststellung des Haushaltsplanes und die Rechnungslegung, für die Aufnahme von Anleihen und die Übernahme finanzieller Garantien ein Gesetz forderten¹⁾. Daß die ältere Theorie²⁾ solchen Finanzgesetzen und dem Budgetgesetz, soweit es keine dauernden Steuerpflichten enthält, mangels zeitlicher Allgemeinheit den Charakter des materiellen Gesetzes absprach, läßt sich noch begreifen; daß aber die herrschende Lehre, die das Postulat der Allgemeinheit fallen gelassen hat, jene Gesetze auch heute noch als „bloß formelle“ ansieht und ihre Verletzung nicht als Rechtsverletzung wertet, kann nur aus der geistesgeschichtlichen und politischen Situation Labands und seiner Schule erklärt werden.

Es ist zunächst die manchesterliche Wirtschaftsauffassung dieser Epoche, welche die Verfügungen über das Staatsvermögen in keiner Weise von den Dispositionen des Privatmannes über sein Vermögen zu unterscheiden vermag. Typisch argumentiert Laband³⁾, das Dotationsgesetz von 1866 habe eine Schenkung, also eine Handlung und keine Rechtsregel zum Inhalt; so wenig es irgendein vernünftiger Mensch für ein „Gesetz“ erachte, wenn ein Postbote zu Weihnachten fünf Taler oder ein Sekretär fünfzig Taler für tadellose Erfüllung der Dienstpflichten erhalten, so wenig sei es ein Akt der Gesetzgebung, wenn ein General für eine gewonnene Schlacht eine Viertel-million Taler bekomme. Daß diese und die anderen Verfügungen über das Staatsvermögen juristische Ähnlichkeit haben „mit wirtschaftlichen Maßnahmen Einzelner“⁴⁾, kann aber nur ein Liberalismus behaupten, der bereits seinen Frieden mit dem Absolutismus geschlossen hat und den König grundsätzlich auch ohne Ermächtigungsgesetz für befugt hält, über das Staatsvermögen zu verfügen, eine Finanzverwaltung also auch ohne Budgetgesetz für rechtmäßig ansieht. Diesen Friedensschluß hatte Bismarck bewerkstelligt und Laband hatte dazu die moderne Theorie von der Zweiteilung des Gesetzesbegriffs geliefert, die er zwar schon bei Lorenz Stein und Stockmar angedeutet fand, nun aber mit den weittragendsten Folgerungen ausstattete. Bei der ungeheuren Bedeutung, die das Budgetrecht für den rechtsstaatlichen Ausbau unserer Reichsverfassung besitzt, muß ich es gerade an dieser Stelle besonders bedauern, auf die Darlegung einiger weniger Grundgedanken beschränkt zu sein.

¹⁾ Art. 85—87 RV.

²⁾ Etwa Pfizer, a. O. S. 17, 22 und noch G. Meyer u. Seligmann.

³⁾ Budgetrecht 6.

⁴⁾ Anschütz Kritik 61.

Man findet Labands späterhin unverändert festgehaltene Budgettheorie kurz zusammengefaßt in seinem „Budgetrecht“¹⁾. Unmittelbar, nachdem er es klipp und klar abgelehnt hat, eine Definition des Rechtssatzbegriffs zu geben, fährt er fort: „Von diesem Gesichtspunkt aus springt es nun klar in die Augen, daß der Etat regelmäßig keine Rechtssätze enthält, also kein Gesetz im materiellen Sinne des Wortes ist. Der Etat ist eine Rechnung — er ist ein Voranschlag . . . Eine Rechnung aber enthält keine Regeln, am wenigsten Rechtsregeln, sondern Tatsachen . . . Der Etat begründet der Regel nach keine rechtliche Verpflichtung zu Einnahmen oder zu Ausgaben, sondern er setzt diese rechtlichen Verpflichtungen voraus und stellt ihre finanziellen Resultate lediglich zusammen. Die Notwendigkeit des Etats ist nicht Folge einer bestimmten Verfassungsform, sondern des großen Umfangs, den die Staatswirtschaft erlangt hat, und die Feststellung des Etats genügt keinem Bedürfnis des Rechts, sondern einem Bedürfnis der Wirtschaft.“

Ein ärgeres Mißverständnis des Budgetrechts dürfte in der Geschichte des Rechtsstaates schwerlich zu finden sein. Auf eine Kritik und Richtigstellung im einzelnen einzugehen, ist an dieser Stelle unmöglich. Im großen und ganzen hat Hänel bereits das Richtige, wenn auch heute längst nicht mehr Zureichende gesagt und insbesondere auch auf Labands, dessen ganze Theorie aufhebenden Satz hingewiesen: „Der Etat bildet für die Verwaltung die Richtschnur, welche sie, soweit es von ihrem Willen abhängt, befolgen muß“²⁾.“ Damit springt aber klar in die Augen, daß der Etat sehr wohl Rechtssätze enthält und Labands und seiner Schule Auffassung, der Haushaltplan sei ein bloß formelles Gesetz, falsch ist. Ich schließe mich durchaus der Begriffsbestimmung Hänels³⁾ an, der das Budgetgesetz bezeichnet als die „oberste, alle gesetzlichen Einzelbestimmungen zusammenordnende und damit ergänzende, verfassungsmäßig notwendige Ermächtigung für die Finanzverwaltung behufs der Verwendung aller voraussehbaren Einnahmen und behufs Bewirkung aller voraussehbaren Ausgaben des Etatsjahres“.

Hatschek⁴⁾ hat deshalb vollständig Recht, wenn er der herrschenden Lehre vorwirft, sie habe es fertig gebracht, dem Budgetrecht jede praktische rechtliche Bedeutung zu nehmen. Seinen polemischen Ausführungen ist weitgehend zuzustimmen, wie auch sein Hinweis auf die der herrschenden Theorie durchaus

¹⁾ Budgetrecht 12f.

²⁾ Hänel, a. O. 314.

³⁾ A. O. 328.

⁴⁾ Staatsr. II, 206.

widersprechende Praxis dankenswert ist. Was allerdings seine eigene Konstruktion des Etats als eines parlamentarischen Rechtsgeschäftes anlangt¹⁾, so sehe ich darin nur eine Verwechslung des Entstehungsvorganges mit der durch ihn objektivierten Norm. Schließlich hat auch G. Jellinek²⁾ das Budgetgesetz als rechtsverbindliches Gesetz angesehen, als formelles Gesetz aber nur deshalb, weil es nicht die staatliche Regelung der Rechtsordnung zum Zwecke hat. Die Wiederlegung des hier zugrunde liegenden Rechtssatzbegriffs haben wir oben gegeben; als ob ein Gesetz deshalb materiell zum Verwaltungsakt würde und keine Rechtssätze enthielte, weil es unmittelbar nur die Organe der Finanzverwaltung bindet. Daß übrigens die Reichsverfassung sowohl Labands wie Jellineks Budgettheorie nicht teilt, geht u. a. am deutlichsten aus Art. 73, 4 RV. hervor. Der durch den Reichspräsidenten zu veranlassende Volksentscheid über den Haushaltsplan hat doch weder einen Sinn ohne die Annahme, daß der Plan sehr wohl alle Staatsbürger berührt, noch unter der Voraussetzung, daß der Reichspräsident das Volk über Additionen und Subtraktionen abstimmen läßt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das im Art. 85 RV. vorgesehene Haushaltsgesetz und sinngemäß auch die im Art. 86 und 87 RV. vorgesehenen Gesetze, so gut wie jedes Gesetz Rechte und Pflichten begründen und mit dem Gegensatz materiell und formell nichts zu tun haben. Die deutsche Staatsrechtslehre aber hat, auch der geänderten Staatsform Rechnung tragend, auf dem Gebiete des Budgetrechts gewaltige Aufgaben zu lösen, deren Klärung die Zweiteilungslehre lediglich zu verhindern imstande ist.

Außer den genannten Artikeln kennt der erste Hauptteil der Reichsverfassung (wenn wir von dem durch die Gesetzgebung überholten Art. 92 und 94 absehen) nur noch die organisatorischen Normen des Art. 84 und die gebietsverändernden Gesetze Art. 2, 18, Abs. 1, 78, 82, Abs. 4, die im Sinne der herrschenden Lehre als formelle Gesetze, weil materielle Verwaltungsakte anzusehen wären. Daß Organisationsnormen Rechtssätze sind, wurde bereits ausgeführt. In einem strengen Sinne gehören aber auch die über die Staatsgrenzen verfügenden Normen zu den den Staat organisierenden Rechtssätzen, da sie nichts anderes als den territorialen Geltungsbereich der staatlichen Herrschaft und Ordnung normieren. Wenn die herrschende Lehre die Staatsorganisation als „Bestandteil der Rechtsordnung“ von den übrigen organisatorischen

¹⁾ A. O. 213.

²⁾ Ges. u. Vdg. 276ff.

Normen ausnimmt, das Gebiet des Staates aber als staatliches Wesenselement behandelt, so vermag ich selbst vom Standpunkt dieser Lehre nicht einzusehen, warum die das Staatsgebiet verändernden Normen materielle Verwaltungsakte und keine Rechtssätze sein sollen. Am erstaunlichsten wirkt diese Lehre aber angesichts der Tatsache, daß die Reichsverfassung solche angebliche Nichtrechtssätze in zwei Fällen (Art. 18, 1 und 82, 4) sogar mit Verfassungsgesetzeskraft ausgestattet hat.

Schließlich muß noch eingegangen werden auf die eigenartige und höchst bezeichnende Auslegung, welche die herrschende Lehre dem „gesetzlichen“ Richter des Art. 105 zuteil werden läßt. Hier tritt ihre innere Unklarheit am deutlichsten zutage, indem sie zur Auslegung dieses Artikels einen völligen Standpunktwechsel vollzieht und die von ihr sonst energisch bekämpfte Theorie von der notwendigen Allgemeinheit des Gesetzes an dieser Stelle plötzlich sich selbst zu eigen macht¹⁾. Gesetzlicher Richter soll nämlich nach herrschender Auslegung der „durch allgemeine Norm“ bestimmte Richter sein. Hier hätten wir also den dritten Rechtssatzbegriff der herrschenden Lehre. Demgegenüber wurde schon von Leibholz²⁾ und neuestens auch von Kern³⁾ sehr richtig bemerkt, daß mit diesem formalen Gesetzesbegriff ohne die Hinzunahme des materiellen Willkürbegriffs nicht auszukommen ist. Gesetzlich heißt also auch im Art. 105 RV. der durch das Rechtsbewußtsein (nicht die Willkür) der Volkslegislative bzw. durch die von ihr gesetzte Norm berufene Richter.

Ich glaube nunmehr in der mir gebotenen Kürze gezeigt zu haben, daß überall dort, wo die herrschende Lehre im ersten Hauptteil der Reichsverfassung bloß formelle Gesetze annimmt, irgendein juristischer Gegensatz zu einem auch materiellen Gesetz nicht vorhanden ist. In diesem ganzen Abschnitt kennt die Verfassung nur einen einheitlichen Gesetzesbegriff, der die obersten von der Volkslegislative gesetzten Rechtssätze bezeichnet.

Sonderbedeutungen des Wortes „Gesetz“ in der Reichsverfassung.

Im ersten, organisatorischen Hauptteil der Reichsverfassung unterscheidet also die herrschende Lehre die bloß formellen Gesetze von den auch materiellen. Im zweiten, grundrechtlichen Hauptteil dagegen, versucht sie die bloß materiellen von den auch formellen Gesetzen abzugrenzen. Die Einheit des Ge-

¹⁾ Vgl. Anschütz und Giese zu Art. 105 und die dort Genannten.

²⁾ Leibholz, Gleichheit vor dem Gesetz, passim.

³⁾ Kern, Der gesetzliche Richter 244.

setzesbegriffs im ersten Hauptteil war unschwer aufzuzeigen. Im grundrechtlichen Verfassungsabschnitte aber sind tatsächlich Sonderbedeutungen des Wortes „Gesetz“ vorhanden, deren Erfassung von der größten praktischen Bedeutung ist. Da ist es nun der letzte und entscheidendste Einwand gegen die herrschende Lehre, daß eine immanente Kritik die Unfähigkeit jenes Gegensatzes formell-materiell zur Erfassung jener Sonderbedeutungen feststellen muß. Ja noch mehr, daß die Kritik diese Antithese als die Ursache dafür anzusehen gezwungen ist, daß das in den bequemen Geleisen dieses Gegensatzes eingefahrene Denken die feinen Distinktionen, auf die hier alles ankommt, völlig übersieht.

Der Erörterung dieser Sonderbedeutungen muß die Bemerkung vorangestellt werden, daß die von uns festgestellte Grundbedeutung des Wortes Gesetz auch im zweiten Hauptteile weitaus überwiegt. Gleich die beiden ersten Artikel (109, 110) verstehen unter Gesetz unbestritten die obersten, von der Volkslegislative gesetzten Rechtssätze. Daneben aber gibt es allerdings Artikel, die unter Gesetz etwas anderes begriffen wissen wollen. Hierher gehören Art. 111, 112, 114—117, 123, 124, 152, Abs. 1 und 153, Satz 2 und 3. In diesen Artikeln glaubt die herrschende Auslegung ihren materiellen Gesetzesbegriff zu finden. Auch wenn wir von der dargelegten theoretischen Unmöglichkeit dieses Gesetzesbegriffs absehen und uns zunächst auf den Boden der herrschenden Lehre stellen, so zeigt sich auch dann und erst recht die Tatsache, daß das unter dem Begriff des materiellen Gesetzes zusammengefaßte Sammelsurium zur Erfassung der in der Reichsverfassung vorhandenen Sonderbedeutungen des Gesetzes nur hinderlich, nicht fördernd ist. Erinnern wir uns, daß unter den Begriff des materiellen Gesetzes jeder Rechtssatz, auch jeder völkerrechtliche Vertrag gehören soll. Daß aber ein solcher ohne reichsgesetzliche Transformation irgendwo in der Verfassung unter der Bezeichnung „Gesetz“ mitzuverstehen ist, behauptet auch die herrschende Lehre nicht. Zum materiellen Gesetzesbegriff soll bekanntlich auch das Gewohnheitsrecht gehören; daß dieses aber im Art. 116 RV. ausgeschlossen ist, behauptet selbstverständlich auch die herrschende Lehre. Damit hätten wir bereits drei verschiedene materielle Gesetzesbegriffe, die sich leicht vermehren lassen. Schon diese handgreiflichsten Unstimmigkeiten zwingen zur Verwerfung dieses materiellen Gesetzesbegriffs und zu der praktisch höchst wichtigen Feststellung: Die Sonderbedeutungen des Wortes Gesetz im zweiten Hauptteil der Reichsverfassung lassen sich überhaupt nicht unter einen Begriff bringen, sondern müssen in genauester Einzeluntersuchung festgestellt werden.

Thoma¹⁾ gebührt das große Verdienst, sich dieser schwierigen Aufgabe als erster unterzogen zu haben; die Zweiteilung des Gesetzesbegriffs hat dieser seiner Untersuchung offenbar so gut wie nichts genutzt. Das viel zu grobe Instrument muß, ganz abgesehen von seiner theoretischen Unhaltbarkeit, mit viel differenzierteren Fragestellungen vertauscht werden. Bei jedem einzelnen Grundrecht muß die Frage aufgeworfen werden, was die Reichsverfassung meint, wenn sie von „Gesetz“, „gesetzlich“, „nach Maßgabe der Gesetze“, „innerhalb der allgemeinen Staatsgesetze“ usw. spricht. Einen wertvollen Fingerzeig erhält die Interpretation durch die Feststellung, daß mit einer Ausnahme alle hier in Betracht kommenden Grundrechtsformulierungen trallatizisches Gut aus den Anfängen des Konstitutionalismus sind, aus einer Zeit also stammen, der ein scharfumrissener konstitutioneller Gesetzesbegriff noch nicht klar ins Bewußtsein getreten war. Die alte rationalistische Rechtsstaatsvorstellung mit ihrem Postulat einer völligen Vergesetzlichung aller Staatstätigkeit, ihrer Auffassung der Verwaltung als bloßer Vollziehung von Gesetzen erschien es selbstverständlich, daß die Freiheitsrechte nur durch die *volonté générale* beschränkt werden dürften. Insbesondere eine polizeiliche Freiheitsbeschränkung auf Grund einer allgemeinen, gesetzlich nicht rationalisierten Gehorsamspflicht, wäre jener Zeit unannehmbar erschienen. Daraus erklärt sich die Bezeichnung Gesetz in den meisten der obengenannten Grundrechtsartikel, mit Ausnahme des Art. 153, Abs. 2 Satz 2 und 3, für die aber erst das Reichsgericht entschieden hat, daß auch eine Verordnung den ordentlichen Rechtsweg für den Streit über die Entschädigungshöhe auszuschließen vermag²⁾.

Für die praktischen Bedürfnisse der Gegenwart ist jedenfalls mit dem Gegensatz formell-materiell über die Sonderbedeutung des Wortes Gesetz so gut wie nichts gesagt. Wenn man etwa erklärt, daß in diesem oder jenem Artikel das Wort Gesetz im materiellen Sinne zu verstehen sei, so negiert man damit die Erforderlichkeit eines obersten von der Volkslegislative gesetzten Rechtssatzes. Welche Art von Rechtssätzen aber die Reichsverfassung als zur Freiheitsbeschränkung für erforderlich und genügend erachtet, würde nur dann damit gesagt sein, wenn der materielle Gesetzesbegriff eine Einheit wäre, wenn er so viele Negationen in sich schlösse, daß eine eindeutige Position gegeben wäre. Es wurde bereits an Beispielen gezeigt, daß dies keineswegs der Fall ist. Wo die Verfassung ein (unrichtig so genanntes) verfassungsänderndes Reichsgesetz verlangt, liegt der Fall klar; wo sie aber von Reichsgesetz oder

¹⁾ Verwaltungsr. Abhdlg. 1925, 183.

²⁾ R.G. Str. 55, 91, Ziv. 102, 165.

Gesetz schlechtweg spricht, muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob damit auch ein Rechtssatz auf Grund von Art. 48 RV., im zweiten Falle, ob damit auch ein Landesgesetz gedeckt ist, ferner ob eine Polizei- oder auch eine sonstige Verwaltungsnorm zur Freiheitsbeschränkung genügt, ob Einschränkungen auf Grund besonderer Gewaltverhältnisse (Reichswehr-, Beamtenverhältnis, Unterstellung unter Anstaltsordnungen aller Art) oder schließlich auf Grund gewohnheitsrechtlicher Normen zulässig sind.

Nun im einzelnen darzulegen, was die angeführten Grundrechtsartikel jedesmal unter „Gesetz“ verstehen, würde weit über das hinausgehen, was jedenfalls mir im Rahmen eines Vortrags zu zeigen möglich ist. Als vorzügliches Beispiel für die Schwierigkeit einer solchen Einzeluntersuchung können die beiden vorausgehenden Referate gelten. Zusammen mit der anschließenden Diskussion sind sie zugleich der schlagendste Beleg für die hier vertretene Grundthese: in dem Streite um die Auslegung des Terminus „allgemeine Gesetze“ im Art. 118 RV. ist es auch keinem einzigen Vertreter der herrschenden Zweiteilungslehre in den Sinn gekommen, die Unterscheidung materiell-formell heranzuziehen, ja noch mehr, dieses Gegensatzpaar wurde nicht mit einem Worte erwähnt.

So darf ich also meine Ausführungen mit der Feststellung beschließen: die Lehre vom materiellen und formellen Gesetz entsprang einer heute nicht mehr gegebenen politischen Machtlage; sie ist theoretisch durchaus unfundiert und praktisch unbrauchbar. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung deckt grundsätzlich die obersten, von der Volkslegislative gesetzten Rechtsnormen. Dort aber, wo im zweiten Hauptteil der Verfassung das Wort Gesetz eine Sonderbedeutung einschließt, erfährt diese durch den Gegensatz materiell-formell keine Klärung.

Unsere Untersuchung hat aber weit über das vorliegende Thema hinaus prinzipielle methodische Bedeutung. Der heute noch herrschende logistische Formalismus Labands, dessen scharfsinniger Testamentsvollstrecker gegenwärtig Kelsen ist, glaubt auch in der Zweiteilungslehre „streng juristisch“, d. h. beileibe unbeeinflußt von politischen Erwägungen und Konstellationen seine beiden Gesetzesbegriffe zu konstruieren. Tatsächlich täuscht sich diese Lehre, bei aller Inhaltslosigkeit, die ihren Stolz ausmacht, bestenfalls nur selbst, wenn sie wirklich glaubt, sich aus den Gegensätzen politischer Wertungen am eignen Zopfe hinaushalten zu können¹⁾. Gerade an unserem

¹⁾ Vgl. Triepel, Staatsrecht und Politik, meine Krisis d. Staatslehre, Arch. f. Sozialpol. 56, 289ff und ausführlich meine „Souveränität“.

Thema hat sich gezeigt, nicht nur wie abhängig die herrschende Lehre vom materiellen und formellen Gesetz ist von ganz bestimmten politischen Machtverhältnissen und teleologischen Erwägungen, sondern daß sie ihnen geradezu ihre Entstehung verdankt. Mit dem Logismus und dem sterilen Formalismus wird deshalb auch diese Zweiteilungslehre aus der Staatsrechtstheorie verschwinden müssen.

1a. Leitsätze des ersten Berichterstatters.

1. *Die herrschende Lehre vom materiellen und formellen Gesetz ist der Versuch einer logischen Grenzsetzung zwischen der Gesetzgebung und allen anderen Staatsfunktionen.*
2. *Die ältere, bis Laband-Jellinek-Anschütz herrschende, heute von Carl Schmitt wiedererweckte Theorie fordert für den materiellen Gesetzesbegriff „Allgemeinheit“.*
3. *Die heute herrschende Lehre identifiziert materielles Gesetz und Rechtssatz, wobei sie unter Rechtssatz einmal eine in Freiheit und Eigentum eingreifende Norm, das andere Mal eine staatliche Norm mit dem nächsten Zweck sozialer Schrankenziehung versteht, gelegentlich aber auch das Postulat der Allgemeinheit aufgreift.*
4. *Die herrschende Lehre ist theoretisch unhaltbar und wirkt praktisch verwirrend.*
5. *Sie beruht auf einer willkürlichen Ausdehnung des Gesetzesbegriffs (es gibt keine „bloß formellen“ Gesetze) und einer ebenso willkürlichen Einschränkung des Rechtssatzbegriffs (es gibt für den Juristen keine „Nicht-Rechtsnormen“).*
6. *Der auf dem Boden des klassischen Rechtsstaatsgedankens erwachsene Gesetzesbegriff bezeichnet nichts anderes, als die obersten von der Volkslegislative (wenigstens mit) gesetzten Rechtssätze, an die möglichst alle Staatstätigkeit gebunden sein soll.*
7. *Die Kriterien des Gesetzesvorbehaltes sind durch Tradition, politische Zweckmäßigkeit und Machtlage sowie durch das Rechtsbewußtsein objektiv bestimmt und können durch eine theoretische Formel nicht rationalisiert werden.*

8. *Eben deshalb enthält die Reichsverfassung keinen allgemeinen logisch faßbaren Vorbehalt des Gesetzes.*
 9. *Der erste Hauptteil der Reichsverfassung kennt nur den einheitlichen oben gekennzeichneten Gesetzesbegriff und die von der herrschenden Lehre in diesem Teil festgestellten „bloß formellen Gesetze“ enthalten ausnahmslos echte Rechtssätze.*
 10. *Die im zweiten Hauptteil der Reichsverfassung sich findenden Sonderbedeutungen des Wortes Gesetz müssen im einzelnen genau untersucht werden und erfahren durch den Gegensatz formell-materiell eher eine Verdunkelung als eine Erhellung.*
-

Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung.

(Gesetz und Recht.)

2. Mitbericht von Professor Dr. **Max Wenzel** in Rostock.

Es ist für den Korreferenten ein großes Wagnis, nach und zu einem solchen Referat, wie es Herr Heller uns eben erstattet hat, zu sprechen. Herr Heller hat den wahrhaft kühnen Versuch unternommen, in bloß zwei Stunden ein Thema zu behandeln, das an Problemen und Schwierigkeiten in unserer Wissenschaft kaum seinesgleichen hat, das in Streitfragen hineinführt, an deren Lösung sich unsere größten Autoritäten von gestern und heute abgemüht haben, nach Hellers Urteil erfolglos. Nicht minder aber bewundere ich Sie, meine Herren, die Sie zwei Stunden den schwierigsten und abstraktesten Deduktionen gefolgt sind. Ich aber muß mich fragen: Ist es nach einer solchen geistigen Anspannung nicht schon eine Zumutung an Sie, noch einen zweiten Vortrag über ein solches Thema anzuhören, vielleicht den Weg, den Sie geistig gewandert sind, noch einmal mit anderer Einstellung zu gehen? Indem ich Ihnen, meine Herren, die Zumutung zu bieten wage, gehorche ich einer höheren, vom Vorstand mir auferlegten, ehrenvollen Pflicht.

Die Rücksicht aber, die ich Ihnen schuldig bin, wie auch der egoistische Wunsch, überhaupt noch von ein paar Geduldigen angehört zu werden, zwingt mich nicht bloß, mich der größten Kürze zu befleißigen, sondern auch, aus der Fülle der Probleme, die im Thema stecken, eine Auswahl zu treffen, ja nur ein einziges herauszugreifen. Es ist aber das Kernproblem, das allen übrigen zugrunde liegt und ihre letztendliche Lösung bedingt. Es ist das Problem von Gesetz und Recht.

Man hat dieses Problem bisher nur von der Seite des Gesetzes her zu lösen versucht, nicht dagegen von der Seite des Rechts. Man hat gründliche historische, interpretatorische und dogmatische Untersuchungen über das, was Gesetz wohl bedeute, angestellt. Über den Begriff des Rechts aber lassen die gleichen Schriftsteller jede in die Tiefe gehende Betrachtung

vermissen. Haenel meint gar, daß der Begriff des Rechts für die Lösung des Problems „einer weiteren Verdeutlichung nicht bedarf“¹⁾. Die Rechtssatzformeln, die man prägte und als Definition des Rechtsbegriffs schlechthin ausgab — Heller hat uns die bekanntesten genannt²⁾ —, sind teils apodiktisch oder, wenn man sagen will, intuitiv aufgestellt, teils Kompetenzbestimmungen der Gesetzgebung aus den Anfängen des Konstitutionalismus oder Formulierungen von Theoretikern aus jener und noch älterer Zeit. Eine nähere Prüfung würde ergeben, daß sie allesamt unzulänglich sind. Der Herr Referent hat dies an einer Reihe von ihnen einleuchtend gezeigt. Da so die Schriftsteller vor den Toren des Rechtsbegriffs stehen geblieben sind, ist es nicht verwunderlich, daß die Antworten auf die Frage nach dem Verhältnis von Gesetz und Recht so verschieden lauten und von den Vertretern der Theorie vom rein formellen Gesetz ein jeder die Grenze gegenüber dem auch materiellen Gesetz anders zieht.

Natürlich hat auch der Herr Referent eine Rechtssatzformel aufgestellt, aufstellen müssen. Er versteht unter einem Rechtssatz „die durch Gemeinschaftsautorität individualisierte, den Handlungswillen intersubjektiv bindende Norm“. Sie, meine Herren, werden in seinen Ausführungen die nähere Begründung hierzu vermissen und ihm entgegenhalten, daß seine Formel ebenso apodiktisch und unbewiesen sei, wie die von ihm bekämpften. Hier ist allerdings eine Stelle, wohl die einzige, wo der sonst so fest gefügte Bau des Vortrags eine Lücke zeigt, wo er angreifbar ist. Denn wenn Heller den Begriff des konstitutionellen Gesetzes als „die von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen“ definiert, so macht auch er, gleich der herrschenden Lehre, die letztendliche Erfassung des Gesetzesbegriffs von der Vorstellung über den Rechtsbegriff abhängig.

¹⁾ Studien II 1880, S. 121, 119: „Und von hier aus genügt es vollständig, festzustellen, was von Niemand als das Wesen des objektiven Rechts bestritten ist und für dessen Bezeichnung es immer nur sich darum handelt, den mehr oder minder glücklichen Ausdruck zu finden.“ „So kann man mit genügender Sicherheit sagen: Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen oder mit einem gewissen Tatbestand gewisse Rechte und Pflichten zu verknüpfen“ (II S. 122).

²⁾ Zu erwähnen wäre noch die Rechtssatzformel Hubrichs. Er erblickt den Unterschied zwischen Rechtsnormen und Verwaltungsnormen darin, daß jene eine Ordnung menschlicher Handlungen (gruppenweise oder nur einzeln erfaßt) nach dem Gesichtspunkt der Einheit, diese eine Ordnung nach dem Gesichtspunkt der Summe darstellen; vgl. Grundlagen des monarchischen Staatsrechts Preußens mit Rücksicht auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, Verwaltungsarchiv Bd. 16 (1908) S. 525, 542, 547f., Bd. 17 S. 48; Preußisches Staatsrecht 1909 S. 48, 55, 135.

Daß seine Rechtssatzformel den Beweis ihrer Richtigkeit schon in sich trägt, werden seine Gegner ihm schwerlich zugestehen. Der Beweis dürfte sich auch nicht schon zwingend daraus ergeben, daß er in m. E. unwiderleglicher immanenter Kritik die bisherigen Rechtssatzformulierungen als unhaltbar aufgezeigt hat. Es wäre neben der seinigen immerhin noch eine andere Rechtssatzformel, vielleicht eine engere, denkbar. Ich muß bekennen, daß seine Formel mich nicht restlos befriedigt. Sie will freilich keine erschöpfende Definition des Rechtsbegriffs geben, aber sie will uns doch das Merkmal an die Hand geben, an dem wir die Rechtsnorm vom Nichtrecht, vom Verwaltungsakt, vom Richterspruch, von Privatverträgen und anderen auf dem Recht beruhenden Akten unterscheiden können. Seine Formel ist nun bewußt so weit gefaßt, daß jeder staatliche Befehl, jedes privatrechtliche Rechtsgeschäft, kurz jede Individualisierung einer Rechtsnorm als Rechtssetzung erscheint. In dieser Weite des Begriffes vermag ich Heller nicht zu folgen. So sehr ich ihm auch in der Kritik der herrschenden Lehre und in den Endergebnissen zustimme, so erscheint mir dieser Punkt des Referates doch einer Nachprüfung bedürftig, umsomehr bedürftig, als in diesem Punkt der Gesetzesbegriff seine letzte Klärung findet, sich uns erst sein eigentliches Wesen erschließt.

Indem ich hier mit meinem Korreferat einsetze, werde ich Sie, meine Herren, nicht noch einmal den Weg führen, den Sie mit Herrn Heller gegangen sind, sondern, in Ergänzung seines Referates, den Weg zu einem weiteren Ziel.

Wenn ich es wage, über den Rechtsbegriff, dieses schwierigste Problem unserer Wissenschaft, zu reden, so wird hier niemand erwarten, daß ich in der kurzen mir zur Verfügung stehenden Zeit eine Inventarisierung und genaue Beschreibung aller Merkmale dieses Begriffes geben und sie zu einer langen Definition zusammenstellen werde. Es kann sich hier nur darum handeln, den Begriff Recht soweit zu entfalten, als es zur Lösung unseres Problems erforderlich ist. Allerdings gehört hierzu, daß insbesondere auch die spezifische Differenz, die das Recht von den unmittelbar verwandten Erscheinungen unterscheidet, hinreichend geklärt wird. Gerade hieran lassen es alle Rechtssatzformeln, die in dem Streit um das Gesetz aufgestellt worden sind, fehlen. Sie geben bestenfalls Stücke des Gattungsmerkmals, darum aber auch keine befriedigende Lösung des Gesetzesproblems.

Noch mehr muß ich die Hoffnung derer enttäuschen, die da glauben, ich würde sie in das Reich der Ideen und Werte, in die Fragen der Einordnung des Rechts in das Ganze der Kultur, kurz zu jenen lichten Höhen hinaufführen, wo für viele die eigentliche Rechtsphilosophie erst beginnt. Ich bescheide

mich mit einem in ihren Augen viel geringeren Ziel, nämlich den Rechtsbegriff zu finden, den wir Juristen brauchen. Nicht als ob ich den Wert jener Betrachtungen unterschätzte oder ihre große Bedeutung für die Gesetzgebung und Auslegung von Gesetzen verkännte; aber sie dürfen doch m. E. nie dazu führen, von dem da geltenden Recht irgendwie etwas abzustreichen oder ihm etwas, was nicht Recht ist, hinzuzufügen. Dieses da geltende Recht begrifflich zu erfassen, erscheint mir als das erste und dringendste Bedürfnis und kommt für die hier gestellte Aufgabe allein in Betracht. Denn noch heute suchen, wie zu den Zeiten Kants, die Juristen den Begriff dieses Rechts; wenigstens hat man sich bis heute noch nicht auf eine Lösung einigen können.

I.

Um den Begriff des Rechts zu erfassen, muß ich notwendig von den Einzelercheinungen ausgehen, die allgemein, besonders auch von den Juristen, als Recht angesehen, die „Recht“ genannt und als „Recht“ angewendet werden. Bei der Auswahl und Sammlung der Einzelercheinungen lasse ich mich also zunächst von einem „vorwissenschaftlichen Begriff“ leiten, nämlich von der Übereinstimmung aller jener, auf die es mir ankommen muß, darüber, daß Erscheinungen solche des Rechts sind. Eine solche Übereinstimmung besagt noch nicht, daß die fraglichen Erscheinungen auch alle von einer einheitlichen Struktur sind, daß sie sich unter einen sinnvollen Begriff zusammenfassen lassen. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, diese gegebenen Erscheinungen zu untersuchen, zu zergliedern und so zu klären, daß sie ein Gegenstand der Erkenntnis werden. Diese wissenschaftliche Prüfung könnte ergeben, daß die vorwissenschaftlich als „Recht“ bezeichneten Erscheinungen nach ihrer inneren Struktur sagen wir einmal in zwei Arten zu scheiden sind. Der vorwissenschaftliche Begriff enthielte dann zwei verschiedene wissenschaftlich sinnvolle Begriffe, die, um der Vermengung und Verwirrung vorzubeugen, auch terminologisch, wenigstens durch erklärende Zusätze, unterschieden werden müßten.

Ich denke hierbei an die Normen der großen christlichen Kirchen, die man traditionell „Recht“ zu nennen pflegt, und andererseits an die allgemein als „Recht“ bezeichneten Normen gewisser weltlicher Gemeinschaften. In ihrer Struktur, ihrem Wesen sind beide Normenarten sehr verschieden. Jede von ihnen bildet für sich einen in sich geschlossenen sinnvollen Begriff. Wollte man aber beide auf einen Nenner bringen, so würde dieser Begriff von einer Weite und Inhaltlosigkeit

sein, daß er außer den beiden Arten Recht auch noch zahlreiche andere Normenarten umfassen und die Unterschiede zwischen ihnen allen verwischen würde¹⁾. Ein so weiter Begriff wäre höchst unbefriedigend, unbrauchbar und verwirrend. Man wäre gezwungen, neben ihm noch die beiden Sonderbegriffe des weltlichen und des kirchlichen Rechts zu bilden und zu verwenden, um die Eigenart dieser Rechte auszudrücken und ihre Gebiete voneinander wie von sonstigen Normenarten abzugrenzen. Nur um den Sonderbegriff des weltlichen Rechts ist es uns Juristen aber zu tun, seinen spezifischen Charakter allein suchen wir zu ergründen. Jede Erweiterung dieses Rechtsbegriffes, die nur auf Kosten seiner Eigenart geschehen könnte, ist für uns wertlos, wir müssen sie ablehnen. Somit hat das kirchliche Recht aus unserer Betrachtung auszuscheiden, nur das weltliche Recht steht hier in Frage, nur dieses meine ich, wenn ich von Recht schlechthin spreche.

Für die Findung dieses Begriffes kann mir als Material nur das Recht zweifelloser Rechtsgemeinschaften dienen. Robinsonaden mit und ohne Freytag oder zwei Menschen in staatenloser Wüsten-oase als Ausgangspunkt zu nehmen, wie es manche tun, halte ich für gänzlich verfehlt.

II.

Suchen wir nun zunächst den Begriff der dem Recht unmittelbar übergeordneten Gattung zu bestimmen, so werden wir uns über eine Reihe von Merkmalen, die hier vereinigt sind, unschwer verständigen können. Zwar sind die einzelnen Merkmale bei näherer Betrachtung gar nicht so einfacher Natur, aber in die Feinheiten ihrer Bauart brauchen und können wir im Rahmen dieses Vortrages nicht eindringen, ich muß sie eher noch vergrößern, gleichsam schematisieren.

1. Dies gilt besonders von dem zuerst zu nennenden Merkmal der Norm. Mit dem Recht verbinden wir stets die Vorstellung von etwas Normativem, von Gedanken, die Anforderungen stellen. Hierdurch unterscheidet das Recht sich von allen sinnlich wahrnehmbaren Dingen. Diese Normvorstellung läßt sich noch dahin näher bestimmen, daß die Normen sich in irgendeiner Weise auf das praktische Handeln der Menschen gegeneinander oder, wie man auch zu sagen pflegt, auf das „äußere“ Verhalten der Menschen zueinander und zu den Dingen beziehen. Heller spricht „von den den Handlungswillen intersubjektiv bindenden Normen“. Ich selbst unterschied an anderer Stelle²⁾ zwischen den Handlungsnormen und den

¹⁾ Vgl. z. B. die weiten Rechtsbegriffe Bierlings, Gierkes, aber auch Hellers.

²⁾ Juristische Grundprobleme I 1920 S. 32ff.

Beurteilungsnormen im Recht. Auf die weitere Präzisierung dieses im einzelnen recht schwierigen und umstrittenen Teilbegriffes ist hier aber nicht einzugehen.

2. Die Rechtsnormen existieren niemals einzeln als isolierte Einheiten, sondern immer nur als Bestandteile eines zusammenhängenden, in sich geschlossenen Normenkomplexes, eines Systems¹⁾.

Die Einheit eines Normensystems besteht — darüber kann ernstlich nicht gestritten werden — in der Einheit der Geltung seiner Normen. Diese Einheit schließt einen unaufhebbaren Widerstreit unter seinen Teilen notwendig aus. Es können nicht zwei sich widerstreitende Normen desselben Systems für denselben Fall nebeneinander Geltung haben. Ein Widerspruch im System ist eine Unmöglichkeit, eine *contradictio in adjecto*.

Mit der Einheit des Systems ist nicht zu verwechseln die Einheit des Begriffes. Die Einheit des Rechtsbegriffes erfordert keineswegs schon die Vereinigung alles Rechtes in einem Normensystem, erfordert nicht die Einzigkeit des Rechtssystems; sie erfordert nur, daß der Rechtsbegriff immer und überall, wo er Anwendung findet, ein und derselbe ist. An und für sich wäre es natürlich realiter möglich, daß alles Recht auch ein einheitliches Normensystem bildete, daß wir ein wahres Weltrecht hätten. Jedoch kann zurzeit davon keine Rede sein. Das Recht der ganzen Welt stellt ein einheitliches Normensystem von keinem Standpunkt aus dar, es gibt vielmehr eine große Zahl von positiven Rechtssystemen, die vollkommen unabhängig nebeneinander gelten.

Kelsen²⁾ hat diesen Rechtspluralismus bestritten und ein einheitliches System, das alles Recht umfasse, die Einzigkeit des Rechtssystems behauptet, wobei er jedem die Wahl läßt zwischen der Einheit eines Rechtssystems im Sinne des *Primates der „eigenstaatlichen Rechtsordnung“* oder des *Primates der Völkerrechtsordnung*. Im ersteren Falle ist nicht bloß das Recht des Staates, von dem der Erkennende ausgeht, nämlich des eigenen Staates, ein einheitliches System, sondern es erscheinen auch die Rechtsordnungen aller übrigen Staaten und das gesamte Völkerrecht formell in dieses eigenstaatliche System eingeordnet, so daß dieses eine alle vorhandenen Rechtsnormenkomplexe umfassende Universalrechtsordnung darstellt. Im zweiten Falle bildet das Völkerrecht nicht bloß für sich ein einheitliches System, sondern es steht auch über allen staatlichen Rechtsordnungen, sie als Bestandteile in sein System

¹⁾ Zum folgenden vgl. meine Juristische Grundprobleme S. 140ff., 173ff.

²⁾ Allgemeine Staatslehre 1925 S. 121ff.

aufnehmend und dieses damit zu einer Weltrechtsordnung ausweitend.

Diese eigenartige Theorie von der Einzigkeit des Rechtssystems ist nur aus der Ihnen ja bekannten Grundauffassung Kelsens heraus verständlich. Indem er die Geltung des Rechts von den Seinstatsachen loslöst, ist er gezwungen, um die Einheitlichkeit der Rechtsgeltung zu retten, die ganze Rechtswelt in ein einziges Normensystem hineinzukonstruieren. Die Einheit des Rechtsbegriffes fällt so bei ihm notwendig mit der Einzigkeit des Rechtssystems zusammen. Abgesehen von anderen Gründen geht schon aus dieser Konsequenz hervor, daß die Grundauffassung Kelsens nicht richtig sein kann. Denn die einheitliche Universalrechtsordnung setzt voraus, daß es zwischen den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen keinen unaufhebbaren Widerstreit gibt, daß ferner die Rechtsnormen, denen der Primat zukommt, die Normen der ihnen ein- und untergeordneten Rechtsordnungen außer Geltung setzen können. Ein Blick in die wirkliche Rechtswelt zeigt aber das Gegenteil. Keine staatliche Rechtsordnung hat oder beansprucht die Macht, die Normen eines anderen gleichgeordneten Staates ohne dessen Willen außer Geltung zu setzen. Oft genug aber stehen die beiderseitigen Normen miteinander in Widerstreit, ohne daß diese Konflikte auf eine juristische Weise gelöst werden können; sie können so wenig gelöst werden, wie die Konflikte des Rechts mit den sittlichen, kirchlichen und sonstigen andersartigen Normen.

Es drängt sich die Frage auf, worin die Einheit des einzelnen Rechtssystems begründet ist. Diese Frage der Einheit in der Vielheit ist offensichtlich die Kardinalfrage, deren Lösung mit so vielen anderen Fragen letzten Endes auch die Erfassung des Rechts- und Gesetzesbegriffes bedingt. Sie kann an dieser Stelle nur angeschnitten werden, um erst an späterer Stelle gelöst zu werden.

Der Grund der Einheit kann nur darin gefunden werden, daß die Geltung aller Normen des Systems letzten Endes auf dem Willen einer zentralen Instanz beruht, daß der Wille dieser Instanz letzten Endes für die Geltung und Nichtgeltung der Normen entscheidend ist. Diese gleiche Beziehung aller Normen zum zentralen Willen ist der Einheitsbezug, der die Normen für das menschliche Denken zu einer Gesamtheit, zu einem System einigt.

Der Einheitsbezug darf nicht dahin aufgefaßt werden, daß die Normen des Systems sämtlich von dem zentralen Willen selbst gesetzt sein müssen und nur von ihm wieder aufgehoben werden können. Dies wird nur für einen mehr oder weniger großen Teil der Normen zutreffen. Ich nenne

sie die primären Rechtsnormen¹⁾. Aber der zentrale Wille kann ausdrücklich oder in konkludenter Weise auch andere Instanzen ermächtigen, Rechtsnormen zu setzen, und sie auch ermächtigen, diese Rechtssetzungsmacht wieder weiter zu übertragen²⁾. Wir haben dann die sekundären, tertiären usw. Rechtsnormen und Rechtssetzungsinstanzen vor uns. Da der zentrale Wille die Ermächtigungen und die auf Grund derselben gesetzten Normen aufheben kann, so besteht auch bei diesen sekundären Rechtsnormen der Einheitsbezug. Sie sind, um einen Ausdruck Hellers zu gebrauchen, stets „Individualisierungen“ von letzten Endes primären Rechtsnormen, und zwar, wie später darzulegen ist, Individualisierungen besonderer Art, besonderen Inhalts.

Gegenüber den sekundären usw. Rechtssetzern und ihren Normen erscheint die zentrale Instanz allen übergeordnet, sie ist die oberste normensetzende Instanz des Rechtssystems. Da ihre Normen auch von keiner Instanz eines anderen (Rechts- oder sonstigen) Normensystems außer Geltung gesetzt werden können, so ist die zentrale Instanz eine selbstherrliche, souveräne Instanz, sind ihre Normen souveräne Normen. Ich beschränke hiermit das so vieldeutige und abgenutzte Wort Souveränität auf eine Bedeutung, die für die Rechtswissenschaft und überhaupt für jede Normenwissenschaft unentbehrlich ist, ich bezeichne nämlich hiermit die Eigenschaft einer normensetzenden Instanz, in Beziehung auf die Geltung ihrer Normen keiner anderen Instanz untergeordnet zu sein. Souveränität ist Unterordnungslosigkeit einer Instanz inbezug auf die Geltung ihrer Normen. Sie bedeutet die vollkommene Unabhängigkeit der Geltung dieser Normen von denen jedes anderen Normensystems. Von Souveränität kann natürlich nur bei einem autoritativen Willen, bei autoritären Normen gesprochen werden. Aber mein Begriff der Souveränität sagt noch nichts über die Art der Autorität aus, mit der die Normen gelten, er bedeutet also noch nicht, wie bei Somló³⁾, daß die Macht der souveränen Instanz der jedes anderen Normensetzers, gleichviel welcher Art, überlegen ist. Daher kann dieser Begriff der Souveränität bei jedem positiven Normensystem, dessen Normen unabhängig von anderen gelten, verwendet werden. Souverän sind also z. B. die obersten Instanzen der selbständigen Kirchen und

¹⁾ Vgl. Somló, Juristische Grundlehre 1917 S. 331.

²⁾ Vgl. meine Juristischen Grundprobleme I S. 173ff. Der Ermächtigung steht gleich der Fall, daß der zentrale Wille die bei seiner Entstehung oder weiteren Machtausdehnung vorgefundenen Rechtssetzungsinstanzen seinem System einordnet; z. B. bei der Bundesstaatsentstehung die Ein- und Unterordnung der bisher souveränen Landesgesetzgebungen.

³⁾ A. a. O. S. 279ff., 93ff.

ihre Normen, souverän sind die Normen der Sitte, der positiven Moral usw.¹⁾).

3. Meine bisherigen Ausführungen lassen schon deutlich ein weiteres Gattungsmerkmal des Rechts erkennen, nämlich daß alles Recht seine Geltung durch einen geschichtlichen Vorgang, durch sinnenfällige Taten erhalten haben muß. Mit den physischen und psychischen Tatsächlichkeiten des Entstehungsprozesses ist die Geltung jeder Rechtsnorm untrennbar verbunden. Man kann einer Rechtsnorm nur habhaft werden durch Schlußfolgerungen, durch ein Herausdenken aus diesen Tatsächlichkeiten. Die Entstehungsprozesse alles Rechtes lassen sich bekanntlich in zwei Grundformen einteilen: die Form des Gewohnheitsrechts und die Form des Gesetzesrechts.

Bei den sekundären Rechtsnormen, die stets Individualisierungen einer primären, sei es gewohnheits- oder gesetzesrechtlichen Rechtsnorm, sind, müssen die Entstehungstatsachen neben den Individualisierungsvorgängen notwendig auch diese primäre Rechtsnorm aufweisen. Ohne eine solche wäre der Einheitsbezug nicht vorhanden, könnte also eine sekundäre Rechtsnorm niemals entstehen.

Auch die Entstehung der primären Rechtsnormen ist in der Regel durch Recht, natürlich primäres Recht, vorgezeichnet, das die Verfassung der souveränen Instanz und die Formalitäten der Normensetzung bestimmt. Bei den auf diesem Wege gesetzten primären Normen kann kein Zweifel sein, daß sie zum Rechtssystem gehören, daß sie den Einheitsbezug aufweisen. Es ist hier aber die Frage aufzuwerfen, ob die primären Rechtsnormen für die primäre Rechtssetzung die gleiche Bedeutung haben wie für die sekundäre Rechtssetzung. Ist ihr Vorhandensein und ihre Beachtung hier ebenso notwendiges Erfordernis wie dort? Können primäre Rechtsnormen nur auf Grund und in Gemäßheit primären Rechts, in Individualisierung primärer Rechtsnormen entstehen oder auch unabhängig von ihnen und in Widerspruch mit ihnen, d. h. auf illegale Weise? Worin besteht dann der Einheitsbezug? Was verbindet die illegale mit der legalen primären Rechtsnorm, die illegale primäre Rechtssetzungsinstanz mit der legalen? M. a. W., welches sind die Erfordernisse der souveränen Rechtssetzungsinstanz?

In diesen Fragen erfährt das Problem des Rechtsbegriffes seine letzte, höchste Zuspitzung. Ihre Beantwortung, soweit sie im Rahmen eines Vortrags möglich ist, muß ich zunächst noch zurückstellen, um vorerst die anderen Merkmale des Rechts zu klären.

¹⁾ Vgl. über Souveränität und ihr Subjekt auch meine Ausführungen in Juristische Grundprobleme I S. 177ff., 180ff., 241ff.

4. Die Tatsächlichkeiten des Rechtsbildungsprozesses, von denen ich gesprochen habe, bilden nur den einen Teil des Geltungstatbestandes der Rechtsnormen. Der andere Teil ist, wie Somló¹⁾ richtig gesehen hat, die „gewöhnliche Befolgung“ des Normenkomplexes. Die Normen des Rechtssetzers müssen sich im allgemeinen durchsetzen. Hierbei ist von dem Gesamtbestand der rechtsetzenden Tätigkeit, vom ganzen Normenkomplex auszugehen, nicht von der einzelnen Norm, noch weniger vom einzelnen Anwendungsfall. Die „gewöhnliche Befolgung“ ist weder als ausnahmslose noch als allgemeine Befolgung der einzelnen Norm, sondern als durchschnittliche Befolgung der Gesamtheit der Normen zu verstehen. Für den Geltungs- und Rechtscharakter einer einzelnen Norm ist es also gleichgültig, in welchem Umfang sie befolgt wird, ob allgemein oder spärlich oder vielleicht, wenigstens zeitweise, gar nicht; maßgebend ist, daß sie zu einem Normenkomplex gehört, der durchschnittlich befolgt wird.

Die Instanz, deren Normen in diesem Sinne gewöhnlich sich durchsetzen, bezeichnet man als eine Macht, als eine mit Autorität ausgestattete Instanz. Dieser Begriff der Macht bedeutet also nichts anderes als die Fähigkeit, die gewöhnliche Durchsetzung der Normen zu erreichen. Er hat nichts mit irgendwelchen besonderen Motiven der Normbefolgung, nichts mit irgendwelchen besonderen Arten der Durchsetzungsmittel zu tun, sondern umfaßt alle möglichen in ihrer Gesamtheit²⁾. Er darf insbesondere nicht einfach mit dem Begriff der physischen Macht gleichgesetzt werden, auch nicht mit einer solchen Macht, die die Befolgung ihrer Normen durch Androhung von Nachteilen, deren Verwirklichung physischen Zwang erheischt, sicher stellt. Die Quellen der Macht, die Beweggründe, aus denen der Adressat die Normen befolgt, können die allerverschiedensten sein und sind wohl in der Regel bei jeder Macht die verschiedensten. Sie lassen sich bei keiner auf einen einheitlichen Nenner bringen.

Dieses zweite Stück des Geltungstatbestandes, das Merkmal der Macht, muß sich gleich dem ersten, dem Entstehungsprozeß, notwendig in physischen und psychischen Tatsächlichkeiten, in realen Vorgängen ausdrücken. Es kann also nur aus diesen entnommen und erschlossen werden.

5. So besteht denn die Geltung des Rechts in einer Gesamtheit von nachweisbaren physischen und psychischen Tatsachen, aus denen wir die Entstehung und den Inhalt der Normen sowie ihre Ausstattung mit Autorität, mit Ver-

¹⁾ A. a. O. S. 93ff., 103.

²⁾ Somló S. 109.

pflichtungskraft erschließen. Diese Geltung ist unabhängig von dem inneren Wert der Norm und von jeder bestimmten psychischen Einstellung des einzelnen Adressaten zu ihr. Mag der einzelne Adressat sie innerlich anerkennen oder sie ablehnen, ihr Dasein wird davon nicht berührt, die Verbindlichkeit, die Geltung besteht fort. Diese beruht, wie sich aus dem Gesagten schon deutlich ergibt, auf einem formalen Prinzip.

Die Gründung der Geltung des Rechts auf eine Gesamtheit von Tatsachen bedeutet nichts anderes, als daß das Recht eine Realität, etwas Daseiendes ist. Nicht in dem Sinne, daß es ein körperliches Ding, eine sinnliche Naturerscheinung sei, aber doch in dem Sinne, daß es aus körperlichen Dingen, aus sinnenfälligen Tatsachen mittels unseres Denkvermögens zu erschließen ist. Das Recht ist ein unkörperliches, aber aus Körperlichem heraus zu denkendes Ding, ein in äußeren Tatsachen eingebetteter geistiger Sachverhalt. Kein Unterschied kann größer sein als der zwischen den in einer Gesamtheit von realen Dingen objektivierten autoritativen Gedanken des Rechts und einem reinen Gedankending, das von selbst da ist, sobald man es zu denken sich nur vornimmt.

Indem die Realität eine Grundtatsache des Rechts ist, gehört sie in den Rechtsbegriff hinein. Sonst wäre der begriffliche Unterschied zwischen den Gedankendingen des Rechts und den reinen Gedankendingen, den subjektiven Überzeugungen, der Unterschied zwischen positivem Recht und Naturrecht verwischt.

In diesem Punkte trennt mich eine Welt von der Grundanschauung Kelsens. Kelsen weist die Realität aus dem Rechtsbegriff hinaus. Sein Recht ist ein System von reinen Normen, d. h. von reinen Gedankendingen. Daß seinem Normensystem ein in der Wirklichkeit funktionierendes entspricht, ist, wie er in seinem Werke *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) hervorhebt, nur ein denkökonomisches Postulat, „es hat aber dieses Postulat mit dem Begriff des Rechts nichts zu tun“¹⁾. In seiner All-

¹⁾ S. 98. Er bezeichnet es (a. a. O. S. 100) vielmehr als „gänzlich verfehlt, wenn immer wieder versucht wird, in den Begriff des Rechts selbst die regelmäßige Wirksamkeit seiner Normen aufzunehmen... Aus dem die Bildung der Ursprungshypothese bestimmenden Prinzipie (nämlich dem genannten denkökonomischen Grundsatz), das rechtliche Sollen dem tatsächlichen Geschehen inhaltlich möglichst anzupassen, nicht aber aus dem Begriffe des Rechtes ergibt sich für den Inhalt der Rechtsordnung, daß dieser überhaupt realisierbar sei und auch in der Regel realisiert werde.“

gemeinen Staatslehre (1925) hat sich der Dualismus zwischen seinem reinen Normensystem und der entsprechenden Wirklichkeit zu einem „Spannungsverhältnis“ gemildert, das ein gewisses „Maximum“ und „Minimum“ nicht überschreiten darf¹⁾. Aber zu einer Aufnahme dieses Spannungsverhältnisses, d. i. der „gewöhnlichen Befolgung“, in den Rechtsbegriff kann er sich nicht entschließen, der Dualismus bleibt bei ihm weiter bestehen. In seiner neuesten Publikation, der Erwiderung auf die Streitschrift Hold-Fernecks²⁾, meint er gar, daß er sich von der seitens H. akzeptierten Lösung Somló „nur dadurch“ unterscheide, daß er „Bedenken trage, dieses Moment (nämlich der ‚gewöhnlichen Befolgung‘) in den Begriff des Rechts aufzunehmen“. „Was mich von Somló trennt“, sagt er wörtlich, „ist nicht eigentlich die Sache, sondern eine Formulierung. Eine Nuance im Grunde genommen. H. aber schreit Räuber und Mörder“³⁾.

Dieser „Räuber- und Mörderschrei“ ist aber schon ein wenig berechtigt. Der Unterschied ist doch mehr als eine bloße Nuance. Er kann nicht größer gedacht werden. Indem er die Realität aus dem Rechtsbegriff und damit aus jeder Rechtsnorm hinausdrängt, raubt und mordet Kelsen wirklich der Rechtsdisziplin ihren Grundbegriff, reißt er die begriffliche Schranke zwischen dem positiven und dem Naturrecht nieder⁴⁾. Er entfernt aus dem Recht die Macht, die Funktion, die Leistung. Ich erblicke hierin den Grundfehler der ganzen Kelsenschen Lehre. Wenn er selbst sich heute nicht mehr in der „Sache“, sondern nur noch in der „Formulierung“, nur noch durch eine „Nuance“ von der Lehre der Realität des Rechts getrennt fühlt, so beweist mir dies, daß er sich noch in einem Wandel befindet und wohl schon auf dem Sprunge steht, in die Arme der von ihm so leidenschaftlich bekämpften Lehre zu sinken.

¹⁾ A. a. O. S. 18f.

²⁾ Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens, 1926; hiergegen Kelsen, Der Staat als Übermensch, Eine Erwiderung 1926; gegen diese wieder Hold-Ferneck, Ein Kampf ums Recht. Entgegnung auf Kelsens Schrift „Der Staat als Übermensch“ 1927.

³⁾ Der Staat als Übermensch S. 20; gesperrt wie bei Kelsen.

⁴⁾ Wenn Kelsen, Problem der Souveränität S. 91 es als „einen offenbaren Irrtum“ bezeichnet, daß das Naturrecht „nur ein gedachtes, nicht wirkliches, nicht ins Sein gesetztes Recht“ sei und darlegt, daß „durch seine faktische Wirksamkeit das sog. positive Recht vom Naturrecht nicht zu unterscheiden ist“, so müssen diese Ausführungen gegenüber dem auch von Kelsen mit Recht sehr geschätzten Werk von Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I 1892 wundernehmen. Sie bedürfen mit Hinblick auf dieses Werk keiner Widerlegung.

6. Noch einige weitere Merkmale der Gattung sind zu erwähnen. Einmal das Merkmal, das Somló¹⁾ „Beständigkeit“ nennt. Jeder Rechtsmacht wohnt, richtiger gesagt, jedenfalls die Tendenz der Dauer, der Festigkeit inne.

Sodann hat jede Rechtsmacht sich einen bestimmten Kreis von Menschen abgegrenzt, an den sie ihre Normen für gewöhnlich richtet. Die Abgrenzung hat nicht die Bedeutung, daß die Normen sich ausschließlich an diese Menschen richten. Denn es gibt auch Rechtsnormen, die über den Kreis hinausgehen, aber sie sind im Verhältnis zu den übrigen nur spärlich, nur Ausnahmen²⁾.

Innerhalb des abgegrenzten Kreises aber beschränkt sich keine Rechtsmacht auf Erlass einzelner Normen, sondern jede hat hier ein weites Lebensgebiet geregelt. Die Abgrenzung in Verbindung mit der umfassenden, einheitlich geltenden, gewöhnlich befolgten Regelung macht diesen Personenkreis für das synthetisierende menschliche Denken insoweit zu einer verbundenen Vielheit d. h. zu einer Einheit, einem Verbands. Ich nenne sie Gemeinschaft, und zwar eine durch umfassende Regelung der Lebensverhältnisse ausgezeichnete, kurz eine umfassende Gemeinschaft. Die Strukturform einer solchen Gemeinschaft finden wir in jedem Rechtssystem, jeder Rechtstotalität; sie ist ein wesentliches Merkmal des Rechts.

Über das Verhältnis von Recht und Gemeinschaft läßt sich nur sagen, daß weder das Recht ohne die Gemeinschaft noch die (Rechts-)Gemeinschaft ohne das Recht denkbar ist. Beide Begriffe sind vielmehr voneinander untrennbar in demselben Konglomerat von Tatsächlichkeiten enthalten. Gleichwohl sind sie nicht miteinander zu identifizieren. Denn der Standpunkt, von dem beide Erscheinungen aus diesem Konglomerat herausgeformt werden, ist ein ganz verschiedener. Beim Recht sind es die Normen, die wir herauszudenken und zu begreifen suchen, bei der Gemeinschaft ist es die Verbundenheit der Vielheit von Menschen, die soziale Einheit. Das die Einheit in der Vielheit hier wie dort begründende Moment ist aber derselbe souveräne autoritative Wille. Deswegen können wir die Rechtsgemeinschaft auch eine souveräne Gemeinschaft, den Rechtsetzer als Instanz einer souveränen Gemeinschaft bezeichnen, andererseits die Rechtsnormen als Gemeinschaftsnormen, Gemeinschaftswille, wobei zu beachten ist, daß die „Gemeinschaft“ hier lediglich ein das Recht näher bestimmendes Merkmal, eine Strukturform des Rechtsganzen ist und man

¹⁾ A. a. O. S. 102f.

²⁾ Vgl. über diese „hinausgerichteten“ Rechtsnormen meine Juristische Grundprobleme I S. 164ff.

sich vor den falschen Vorstellungen, die der Gemeinschaftsbegriff so leicht hervorruft, hüten muß.

III.

Überblicken wir die bisher gefundenen Merkmale, so ist unter ihnen keines, das dem Recht spezifisch eigen wäre. Ebenso sind sie es alle zusammen nicht. Es gibt gar manche Normenart nichtrechtlichen Charakters, bei denen sie alle ebenfalls zutreffen.

So muß denn noch die spezifische Differenz gesucht werden. Sie kann offenbar nur noch in einer Eigenart der Autorität, mit der die Rechtsnormen gelten, bestehen. Damit aber rühren wir an das ruhelose Problem des Zwanges im Recht, von Bergbohm¹⁾ das heikelste aller rechtsphilosophischen Probleme genannt.

Im weiteren Sinne umfaßt das Zwangsproblem das Problem der Macht, der Autorität überhaupt. Davon habe ich schon bei dem Merkmal der „gewöhnlichen Befolgung“ gesprochen. Im engeren Sinne versteht man unter der Frage nach dem Zwang im Recht die Frage nach der Eigenart der Autorität des Rechts gegenüber der Autorität anderer Normenarten.

1. Von den verschiedenen Lösungsversuchen seien hier nur zwei ganz flüchtig gestreift.

Sehr verbreitet und von bedeutenden Autoren vertreten ist auch heute noch die Ansicht, daß jeder Rechtsnorm eine Sanktion, d. i. die Androhung mit einem Nachteil (Strafe oder Exekution) eigen sei. Es ist nicht schwierig, die Unzulänglichkeit dieser Auffassung nachzuweisen, wie sie ja schon oft aufgezeigt worden ist. Einmal gibt es eine ganze Anzahl seitens der Rechtsmacht gesetzter Normen, die einer solchen Sanktion ermangeln. Es geht nicht an, diese *leges imperfectae* zu „unverbindlichen Wünschen des Gesetzgebers“ herabzudrücken. Sodann finden sich zahlreiche Normen, deren Durchsetzung ebenfalls durch Nachteilsfolgen garantiert ist, die aber Recht zweifellos nicht sind. Ich weise nur hin auf die Normen der Sitte und positiven Moral, die in weitem Umfange durch die sog. Strafen der öffentlichen Meinung gesichert sind, deren Zwang nicht selten beträchtlich stärker wirkt als die vom Recht verwendeten Mittel der Zwangsvollstreckung und Strafe²⁾. Ich halte es überhaupt für einen Grundfehler, die Strukturform des Rechts in den einzelnen Rechtssätzen, den Rechtsatomen, anstatt im Rechtsganzen zu

¹⁾ A. a. O. S. 388.

²⁾ Vgl. Weigelin, Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie 1927 S. 122ff.

suchen. Die Atome des Rechts weisen keine einheitliche Struktur auf. Die dem Recht eigene Form kann nur in der Totalität des Rechts, verglichen mit den Totalitäten der nächstverwandten Erscheinungen gefunden werden.

Der Lösung schon näher kommt das von Somló aufgestellte Merkmal der „höchsten Macht“¹⁾. Er definiert das Recht als „die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht“²⁾. Für die Bezeichnung der Gesamtheit dieser Eigenschaften der Rechtsmacht verwendet er auch den Begriff der Souveränität, diesem Worte also eine ganz spezifische, nur der Rechtsmacht zukommende Bedeutung gebend³⁾. „Höchste Macht“ ist nach ihm diejenige, die „ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und erfolgreicher als andere Mächte durchzusetzen imstande ist“⁴⁾. Das Merkmal der „höchsten Macht“ ist, wie er ausdrücklich hervorhebt, bereits in dem Merkmal des „gewöhnlichen“ Durchsetzens von Forderungen mitenthalten. „Denn wenn eine Macht“, sagt er, „ihre Normen gewöhnlich oder in der Regel durchsetzt, so kann es eine andere im selben Kreise nur mehr ausnahmsweise, aber nicht ebenfalls gewöhnlich tun. Das gewöhnliche Durchsetzen ihrer Normen hebt demnach eine Macht bereits über alle anderen Mächte des betreffenden Kreises“⁵⁾.

Diese Lösung ist auf den ersten Blick bestechend. Und doch befriedigt sie bei näherer Prüfung nicht restlos. Es fehlt mir hier die Zeit, dies im einzelnen auszuführen. Ich habe schon an anderer Stelle⁶⁾ die Unzulänglichkeit des Somló'schen Merkmals dargelegt. Hier sei darauf hingewiesen, daß neben den Rechtsnormen im selben Kreise noch andere Arten von Normenkomplexen, die ebenfalls beständige und umfassende Regelungen wie das Recht sind und für „gewöhnlich“ befolgt werden; die sie setzende Macht müßte also nach der Auffassung Somló's als „höchste Macht“ angesehen werden. Ich denke an die Normen der Sitte, der positiven Moral, der Kirche, der Religion.

Man wird mir vielleicht einwenden, daß das „gewöhnliche Durchsetzen“ sich nicht bloß den Untergebenen gegenüber, sondern auch jeder im selben Kreise konkurrierenden Macht gegenüber bewähren müsse. Aber das könnte doch erst durch

¹⁾ Juristische Grundlehre S. 93ff.

²⁾ A. a. O. S. 105.

³⁾ A. a. O. S. 279.

⁴⁾ A. a. O. S. 93.

⁵⁾ A. a. O. S. 95. In demselben Sinne wird die Formulierung auch von Hold-Ferneck, Der Staat als Übermensch 1926 S. 5, akzeptiert.

⁶⁾ Juristische Grundprobleme, I bes. S. 184ff., 463ff.

einen Kampf zwischen den einzelnen konkurrierenden Mächten festgestellt werden. Die in Betracht kommenden Mächte müßten also zu einem Olympiawettkampf um die Meisterschaft der „höchsten Macht“ in einem bestimmten Kreise antreten, nach dessen Ausgang der Titel der „Rechtsmacht“ als Siegespreis verliehen würde. Solange sie dagegen friedlich nebeneinanderleben, läßt es sich nicht feststellen, wem der Meistertitel gebührt, auch nicht ohne weiteres immer vermuten. Es läßt sich durchaus nicht behaupten, daß die Rechtsmacht in dem Kampfe mit andersartigen Mächten, in dem es ja selten ums Ganze, sondern meistens um Teilgebiete geht, stets obsiegt. Die Geschichte kennt genug Beispiele für das Gegenteil, ohne daß der Rechtsmacht der Charakter als Rechtsmacht verloren ging. Oft ist das Ende eines solchen Kampfes ein Kompromiß, in dem beide Teile nachgeben. Wer ist dann die „höchste Macht“?

2. Wir sehen, das Merkmal der „höchsten Macht“ in der Formulierung Somló löst das Zwangsproblem noch i. e. S. nicht. Seine „gewöhnliche Befolgung“ ist nur ein Merkmal der Gattung. Und auf die Austragung einer Rivalität der Mächte kann die spezifische Differenz nicht abgestellt werden. So kann sie denn nur noch in der Art der Mittel, die der Rechtsmacht zur Durchsetzung und Erhaltung ihrer Autorität zur Verfügung stehen, gesucht werden.

Prüfen wir diese im Vergleich zu den Machtmitteln anderer Normenarten, so finden wir, daß die Rechtsmacht mit den erfahrungsgemäß¹⁾ stärksten äußeren Zwangsmitteln ausgestattet ist. Der Nachdruck liegt hier auf dem Wort „äußere“ Zwangsmittel. Ich meine hiermit die physischen Zwangsmittel. Wohl ist die Rechtsmacht nicht die einzige Macht, die über äußere Zwangsmittel verfügt, sie hat also nicht das Monopol des „äußeren Zwanges“. Aber ihren äußeren Zwangsmitteln gegenüber treten die äußeren Zwangsmittel der nächstverwandten Mächte, die also mit der Rechtsmacht alle Gattungsmerkmale gemeinsam haben, offensichtlich zurück. Die Mächte der Sitte, der positiven Moral, der Kirche usw. verfügen nicht im entferntesten über äußere Zwangsmittel von der objektiven Stärke, wie die souveräne Rechtsmacht sie besitzt. Mit ihnen können sich auch die äußeren Zwangsmittel der in der Literatur so oft angeführten Räuberbande nicht messen, abgesehen

¹⁾ Die Zwangsmittel sind also nicht vom (subjektiven) Standpunkt des einzelnen Menschen, sondern vom (objektiven) Standpunkt der Allgemeinheit zu werten. Auch handelt es sich hier nur um stärkste Zwangsmittel im Vergleich zu denen andersartiger Normenmächte, also nicht um absolut, sondern um relativ stärksten äußeren Zwang.

davon, daß eine solche Bande gar nicht zu den allein in Vergleich kommenden nächstverwandten Mächten gehört, weil bei ihr nicht alle Gattungsmerkmale des Rechts vorhanden sind. Mögen die äußeren Zwangsmittel in ihrer Ausgestaltung bei den verschiedenen souveränen Rechtsgemeinschaften und zu den verschiedenen Zeiten noch so verschieden sein, immer sind sie objektiv stärker als die äußeren Zwangsmittel der nächstverwandten Gemeinschaften der gleichen Zeit und des gleichen Raumes.

Mit dem Merkmal der stärksten äußeren Zwangsmittel ist noch nicht gesagt, daß die Rechtsmacht auch stets die „höchste Macht“ ist. Es ist sehr wohl denkbar und mit unserem Merkmal durchaus verträglich, daß die „inneren“ Zwangsmittel einer andersartigen Macht, wie ich einmal alle übrigen Machtmittel zusammenfassend nennen will, sich stärker erweisen als die äußeren Zwangsmittel der Rechtsmacht und das Expansionsstreben derselben zurückdrängen. Maßgebend für den Charakter als Rechtsmacht ist aber nicht die Intensität der Autorität überhaupt, sondern nur die Ausstattung mit erfahrungsgemäß stärksten äußeren Zwangsmitteln. In ihr liegt allein die Eigenart des Rechts.

Nun wäre nichts falscher und könnte man mich nicht ärger mißverstehen, als diese Eigenart dahin aufzufassen, daß das rechtlich geordnete Zusammenleben nur auf dem Dasein der äußeren Zwangsmittel beruhe, daß das Recht nur auf Grund dieser Zwangsmittel wirke und sich nur deshalb gewöhnlich durchsetze. Davon ist in meinem Merkmal nichts enthalten. Die Autorität der Rechtsmacht, die „gewöhnliche Befolgung“ des Rechts beruht vielmehr auf den allerverschiedensten Gründen. Zu ihnen gehört insbesondere die sog. „freiwillige“ Befolgung. Welchen Anteil an den Befolgungsgründen die Motivationen aus den äußeren Zwangsmitteln haben, ist für den Begriff des Rechts völlig gleichgültig und läßt sich überhaupt nicht feststellen. Mit dem Merkmal ist nur gesagt, daß der Gesamterscheinung des Rechts das Vorhandensein von stärksten äußeren Zwangsmitteln eigentümlich ist. Mehr ist nicht gesagt. Dieses Merkmal tritt neben das Merkmal der „gewöhnlichen Befolgung“, das durch jenes nicht etwa ersetzt wird. Es ist lediglich ein das Recht als Ganzes näher bestimmendes und nur ihm eigentümliches Merkmal. Es ist ein Merkmal der einzelnen Rechtsnorm nur in dem Sinne, als in der einzelnen Rechtsnorm stets die Gesamtvorstellung des Rechts erscheinen muß.

3. Mit diesem spezifischen Merkmal ist zugleich noch ein anderes mitgesetzt, nämlich das Merkmal des Gebiets¹⁾.

¹⁾ Das bedeutet nicht schon stets Selbsthaftigkeit.

Die Entfaltung der stärksten äußeren Zwangsmittel schließt für den räumlichen Bereich, in dem sie entfaltet werden, die gleichartige Betätigung durch eine andere souveräne Rechtsmacht ohne Willen der Gebietsmacht aus. Jede souveräne Rechtsmacht bedarf also eines Gebiets, das ihren äußeren Zwangsmitteln anderen Rechtsmächten gegenüber allein vorbehalten ist. Das Gebiet ist eine notwendige Begleiterscheinung des spezifischen Merkmals. Das Gebietsmerkmal bedeutet nicht, daß die Rechtsmacht ihre Herrschaft auf die Personen im Gebiet beschränkt, sie erstreckt sie vielmehr regelmäßig auch noch auf gewisse Personen außerhalb des Gebiets, auf die „Staatsangehörigen“ im Auslande. Das heißt: die Rechtsgemeinschaft ist räumlich-persönlich abgegrenzt.

4. Wenn ich nun die bisherigen Merkmale zu einer vorläufigen Begriffsbestimmung zusammenstelle, so habe ich zu beachten, daß einige der gefundenen Merkmale schon in anderen enthalten, durch sie mitgesetzt sind. So enthält das Merkmal der Gemeinschaft schon das Merkmal der Realität, der „gewöhnlichen Befolgung“, und damit auch das der Autorität. Das Merkmal der Beständigkeit steckt im Grunde bereits im Merkmal der umfassenden Regelung. Ich kann also sagen:

Recht bedeutet die Normen des praktischen Handelns der Menschen gegeneinander, die von Instanzen einer räumlich-persönlich abgegrenzten, durch umfassende Regelung und stärkste äußere Zwangsmittel ausgezeichneten, souveränen Gemeinschaft gesetzt sind.

5. Die souveräne Rechtsgemeinschaft ist identisch mit dem heutigen souveränen Staat im Sinne von Staatsgemeinschaft, d. i. dem Grundbegriff des Staats. Das Verhältnis dieses Staats zum Recht ist also das schon dargelegte Verhältnis von Gemeinschaft und Recht. Von dem Staat in diesem Sinne einer souveränen Gemeinschaft als einem Element des Rechtsbegriffs ist wohl zu unterscheiden der Staat im Sinne einer vom fertigen Recht geschaffenen Institution, eines Rechtsinhaltsbegriffs, wie er besonders in der juristischen Persönlichkeit Staat heute in allen zivilisierten Rechtsgemeinschaften besteht. In diese Rechtsfigur „Staatsperson“ hat das moderne Recht einen großen Teil der Rechtssetzung (nicht alle!) und äußeren Zwangsmittel hineingestellt, d. h. sie als Tätigkeit der juristischen Staatspersönlichkeit qualifiziert¹⁾.

Es liegt auf der Hand, daß man zur begrifflichen Erfassung des Rechts und der Rechtsquellen niemals von der vom Recht selbst geschaffenen Figur ausgehen darf, sondern nur von dem Grundbegriff des Staates im Sinne der souveränen

¹⁾ Vgl. Näheres meine Juristische Grundprobleme S. 202ff., 216ff., 221ff.

Staatsgemeinschaft. Das Nichtauseinanderhalten, die Vermengung beider Staatsbegriffe bildet die Quelle der herrschenden grenzenlosen Verwirrung.

Daß auch das Völkerrecht, dieser Prüfstein jedes Rechtsbegriffes, sowie die sonst über das Staatsgebiet oder gar die Staatsgemeinschaft hinaus sich erstreckenden Normen sich in meinem Rechtsbegriff einordnen lassen, dafür glaube ich an anderer Stelle¹⁾ die Grundlagen gegeben zu haben, und zwar im Sinne der Einfügung des für und gegen den Staat geltenden Völkerrechts in sein staatliches Rechtssystem. Dies sei nur nebenbei bemerkt.

IV.

Das Problem des Rechtsbegriffes ist aber mit der vorläufigen Definition noch nicht restlos gelöst. Wir haben mit ihr das Recht zwar von den anderen, unabhängig vom Recht stehenden, souveränen Normenarten — z. B. der Sitte, der positiven Moral — d. h. extern unterschieden, aber wir haben damit die Rechtsnormen noch nicht von den auf ihnen beruhenden Nichtrechtsnormen, d. h. intern abgegrenzt. Das Problem der Grenzziehung zwischen Recht und Nichtrecht innerhalb des rechtlichen Normensystems oder, wie man meistens sagt, zwischen dem formellen und materiellen Gesetz, zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnung steht meines Erachtens an Schwierigkeit hinter dem Zwangsproblem nicht zurück; die Verworrenheit ist hier heute größer denn je.

1. Als Zorn²⁾ in dem Streit um den Gesetzesbegriff erklärte, daß er nicht bloß zwischen dem rein formellen und dem auch materiellen Gesetz, sondern auch zwischen der Rechts- und Verwaltungsverordnung keinen Unterschied finden könne, vielmehr es sich um eine Rechtsvorschrift begrifflich bei jedem Gesetz und jeder Verordnung handeln müsse, konnte Anschütz noch kritisieren, daß „hier die Zorn, und wohl nur ihm, eigene Grundanschauung zutage tritt, welche alle und jede obrigkeitliche Staatstätigkeit mit Rechtssetzung identifiziert, in jedem imperativen Staatswillensakt, also auch in jedem Dienstbefehl, jeder Polizeiverfügung, jedem Kommando einen ‚Rechtssatz‘ erblickt. Damit werden aber Grenzen und Unterschiede verwischt, die theoretisch wie praktisch ebenso unentbehrlich sind, wie sie bisher Jedermann deutlich waren“³⁾. Heute werden gleiche oder ähnliche Ge-

¹⁾ A. a. O. S. 344ff.

²⁾ Staatsrecht des Deutschen Reiches 2. Aufl. 1895, I 404, 484.

³⁾ Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl., 1901 S. 134.

danken schon von einer ganz ansehnlichen Zahl unserer ersten Fachgenossen vertreten, ohne daß ein Widerspruch laut wird. Um nur einige herauszugreifen, erklärt Thoma, daß „jede Verwaltungsanordnung, von unten her betrachtet, Rechtsatzung — *lex generalis* oder *specialis* — sei . . .; ja jede Vertragschließung“¹⁾. Es folgte der Wiener Merkl²⁾ mit seiner Stufentheorie, die von Kelsen übernommen wurde³⁾. Nach Somló endet der Begriff der sekundären Rechtsquellen erst in dem Punkte, wo „weiter keine Rechtspflicht mehr zum Normsetzen vorliegt, sondern eine bloße Befugnis“; auch der Befehl des Kanzleivorstandes an den Kanzleidiener ist ihm ein Rechtssatz⁴⁾. Noch weiter als Somló geht Heller in seinem Referat, wie Sie gehört haben: Jede Individualisierung einer Rechtsnorm schafft nach ihm eine neue Rechtsnorm. Es ist der Mut der Konsequenz, der sie alle einigt. Allerdings ist die Durchführung der Konsequenz nicht bei allen gleich radikal. Zorn beschränkt sein Recht auf staatliche Befehle, Thoma⁵⁾ scheint die reinen „Vollziehungen“ ausnehmen zu wollen. Somló will nur Individualisierungen von Pflichtnormen, nicht auch von reinen Befugnissen als sekundäre Rechtsquellen anerkennen; andere, wie Heller, gehen noch weiter; so daß in der Gruppe der Konsequenten durchaus keine Einheitlichkeit in der Abgrenzung herrscht.

Die Konsequenz, die sie ziehen, steckt aber auch in allen Rechtssatzformulierungen der herrschenden Lehre! Nur werden sie von ihren Vertretern nicht gezogen. Sie lehnen sie aus dem richtigen Gefühl heraus ab, daß dadurch Dinge als Recht bezeichnet werden, die Recht zweifellos nicht sind, daß durch solche Ausdehnung unser Rechtsbegriff denaturiert wird. Der „vorwissenschaftliche“ Rechtsbegriff wenigstens hat ernstlich niemals das Kommandowort des Unteroffiziers, den Befehl des Kanzleivorstandes an den Kanzleidiener, die Normen jedes privatrechtlichen Vertrages, z. B. die Bestellung auf eine Kiste Zigarren, als Teile des objektiven Rechts, als Rechtssätze bezeichnet, hat niemals angenommen, daß die Individualisierungen eines privatrechtlichen Vertrages, d. h. einer Rechtsnorm im Sinne der Konsequenten — z. B. eines Dienstvertrages — oder des elterlichen Gewaltverhältnisses — also die zahllosen Befehle der Eltern an ihre Kinder — Rechtsnormen seien. Welche Hochachtung würde die Hausfrau vor

¹⁾ Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Festgabe f. Otto Mayer 1916 S. 179, 176.

²⁾ Das Recht im Lichte seiner Anwendung 1917.

³⁾ Allgemeine Staatslehre 1925 S. 231ff., 248ff.

⁴⁾ Juristische Grundlehre S. 332.

⁵⁾ S. 179 Anm. 24.

sich selbst und das Hausmädchen vor der Hausfrau haben, wenn ihnen gesagt würde, daß ihre ungezählten täglichen Anweisungen den gleichen Charakter haben wie die Gesetze, die die Könige und Parlamente geben. Sie würden es für ein Märchen halten. Und vor allem die Sprache der Gesetze selbst kennt nichts von solcher uferlosen Ausdehnung des Rechtsbegriffes. Wenn in so vielen Gesetzen definierend gesagt wird, daß unter Gesetz „jede Rechtsnorm“ zu verstehen sei, so setzen sie damit ganz klar einen Rechtsbegriff voraus, der in keiner Weise alle Individualisierungen von Rechtsnormen umfaßt. Sie hätten die neue Lehre, wenn sie sie gekannt hätten, als für sie gänzlich unbrauchbar strikte abgelehnt.

2. Die neue Lehre ist unbegründet und unannehmbar. Die Welt besteht nicht aus lauter Rechtssetzern. Es ist zunächst gar nicht einzusehen, warum die Individualisierung an und für sich die Bedeutung haben soll, an Qualität dasselbe hervorzubringen wie das, was individualisiert wird. Machen wir uns einmal klar, was denn Individualisierung einer Rechtsnorm ist. Sie besteht darin, daß das Individuum die Norm (wenn sie einen Befehl enthält) befolgt bzw. von ihr (wenn sie eine Erlaubnis enthält) Gebrauch macht. Daß die Verwirklichung der Befehls- bzw. Erlaubnisnorm an sich noch nicht Recht erzeugt, wird jeder zugeben hinsichtlich derjenigen realisierenden Tätigkeit, die nicht in Normsetzung, sondern in Handlungen anderer Art besteht, wie Abgabe nichtnormativer Erklärungen, Verwarnungen, Ermahnungen, Anfragen, Auskünfte, Beschwerden, tatsächliches Handeln. Diese Tätigkeit ist natürlich eine vom Recht gebilligte, rechtlich erhebliche, kurz eine rechtliche, aber noch nicht eine Recht erzeugende. Der Realisierung einer Rechtsnorm kommt also an und für sich offenbar noch nicht die Bedeutung zu, Recht hervorzubringen. Diese Bedeutung kommt der Realisierung an und für sich auch dann nicht zu, wenn sie in Setzung einer Norm besteht. Ich sehe keinen Grund, diejenige realisierende Tätigkeit, die in der Setzung einer Norm besteht, anders zu bewerten, hier der Realisierung ohne weiteres die Kraft zuzuschreiben, Recht zu erzeugen. Auch hier kann die Realisierung an und für sich nur eine rechtlich erhebliche Norm hervorbringen. Soll die Norm die Qualität einer Rechtsnorm haben, so ist dies offenbar ein Etwas, das über die bloße Individualisierung und dadurch bewirkte rechtliche Erheblichkeit hinaus als ein Mehr hinzukommt. Die Befehle des Vaters an seinen Sohn, die Schularbeiten zu machen, die Anweisung der Hausfrau an die Köchin, die süße Speise herzurichten, des Wirtes an die Kellnerin, dem Gast das Bier zu bringen, u. a. sind wohl Individualisierungen von Rechtsnormen, haben jedoch augenscheinlich nicht die Qualität des Rechts. Man kann natürlich logisch

ein System von individualisierenden Normen, das sich auf die primären Rechtsnormen gründet, aufführen, aber es fehlt jeder zureichende Grund, sie alle, aber auch alle, wie die Konsequenz es verlangt, gerade als Rechtsnormen d. h. von der Bedeutung und Qualität der primären Rechtsnormen zu charakterisieren. Weder der vorwissenschaftliche Rechtsbegriff noch die Logik können dafür in Anspruch genommen werden. Was ist nun das Etwas, das zur Individualisierung noch hinzutreten muß, um eine Norm gerade zur Rechtsnorm zu machen? Woran erkennen wir den Unterschied zwischen Rechtsnormen und bloß rechtlich erheblichen, bloß rechtlichen Normen?

3. Verfolgen wir die Individualisierungen nach oben bis zu den obersten Normen hinauf, so kommen wir zuletzt zu den primären Rechtsnormen. Diese primären Rechtsnormen sind das Urrecht, aus dem alles andere Recht fließt. Sinn und Bedeutung dieses Urrechts gilt es noch näher zu bestimmen.

Unsere Lösung des Zwangsproblems hat das Urrecht nur gegenüber den Normen anderer Art, aber noch nicht gegenüber den bloß rechtlich relevanten Normen unterschieden, sie hat nur das externe, noch nicht das interne Verhältnis geklärt. In dieser Hinsicht das Urrecht als das in der Rechtspyramide zu oberst stehende Recht zu charakterisieren, sagt offenbar noch zu wenig. Es als das Recht zu bezeichnen, das nicht wieder Individualisierungen von Rechtsnormen darstellt, würde nicht richtig sein, weil eine Urrechtsnorm auch aus einer anderen Urrechtsnorm individualisiert sein kann. Wir müssen vielmehr fragen, welche Bedeutung die das Urrecht setzende Instanz und ihr Handeln für die Rechtsgemeinschaft besitzt. Da kann die Antwort nach all dem früher Gesagten nur lauten: Die Instanz handelt mit der Setzung des Urrechts in der Eigenschaft als die die Rechtsgemeinschaft konstituierende Autorität, handelt als der souveräne autoritative Wille der Gemeinschaft. Nur dies ist der Sinn des Urrechts. Es ist der Ausdruck des Handelns in der Eigenschaft als die Autorität der souveränen Rechtsgemeinschaft.

Niemand wird behaupten können, daß dieser Sinn auch den Befolgungen, den Individualisierungen des Urrechts bis hinunter zu der untersten Stufe ohne weiteres zukäme. Andererseits steht nichts entgegen, daß die souveräne Instanz mit dem Handeln in dieser ihrer Eigenschaft auch andere beauftragen kann. Die Ausführung solcher Ermächtigungen ist natürlich eine Individualisierung. Aber daß diese Individualisierung „Recht“ setzt, liegt nicht an der Individualisierung an sich, sondern nur an dem besonderen Inhalt der Ermächtigungsnorm; nämlich in dem Auftrag, die souveräne Instanz gerade in dieser ihrer Eigenschaft zu vertreten, an Stelle der

souveränen Instanz und für diese zu handeln. Nur solche Individualisierungen sind also sekundäre Rechtsquellen, die vom Recht, in erster Linie dem Urrecht dazu qualifiziert, mit einer das Urrecht vertretenden Bedeutung ausgestattet werden.

Wann solche Qualifizierungen vorliegen, ist also aus dem Recht, letzten Endes dem Urrecht zu entnehmen. In den meisten Fällen macht dies keine Schwierigkeiten. Daß in einzelnen Fällen die Auslegung nicht leicht ist, berechtigt noch nicht, einfach den Unterschied zwischen den sekundären Rechtsetzungen und den übrigen Individualisierungen zu leugnen und alles dem „Recht“ zuzurechnen. Die herrschende Theorie von den Rechts- und Verwaltungsverordnungen ist also im Grundprinzip richtig, wenn auch die bisherigen Formulierungen und Begründungen unzureichend und zu verwerfen sind.

Ich muß mich hier damit begnügen, das Prinzip der Lösung hinsichtlich der sekundären Rechtsnormen nur anzudeuten, und kann nicht auf die verschiedenen Fragen, die noch damit verknüpft sind, eingehen. Denn es handelt sich bei meinem Thema über den Gesetzesbegriff nicht um das sekundäre Recht, sondern, wie wir gleich sehen werden, um das Urrecht. Es kam mir hier nur darauf an, die Bedeutung dieses Urrechts für den Rechtsbegriff überhaupt zu kennzeichnen. Ich mußte zu diesem Zwecke andeuten, daß im Urrecht auch das Problem des sekundären Rechts und dessen Abgrenzung von sonstigen Individualisierungen gelöst ist.

4. Mit der Feststellung von Sinn und Bedeutung des Urrechts beantwortet sich auch die früher angeschnittene, aber zurückgestellte Frage nach der Einheit in der Vielheit.

Bei den sekundären Rechtsnormen ist die Einheit mit den primären Rechtsnormen letzten Endes stets durch eine zur sekundären Rechtsetzung qualifizierende primäre Norm hergestellt.

Die Einheit der primären Normen, der Urrechtsnormen aber ist das Problem; wenigstens bei den Urrechtsnormen, die nicht auf dem vom Urrecht selbst vorgesehenen Wege, sondern in illegaler Weise entstanden sind. Das die legalen wie die illegalen Urrechtsnormen einigende Band ist die gleiche Eigenschaft: beide sind Normen des souveränen autoritativen Willens der Rechtsgemeinschaft und darum gleichwertig. Die Eigenschaft des souveränen autoritativen Willens ist nicht davon abhängig, daß er auf dem vom Urrecht vorgeschriebenen Wege entstanden ist. Er ist derjenige, der sich als solcher durchsetzt, dem die allgemeine Befolgung in der Rechtsgemeinschaft entgegengebracht wird, mag es sich handeln um eine Instanz, die im Urrecht vorgesehen

ist, sich aber über die ihr hier gezogenen Schranken hinwegsetzt und sog. „ungeschriebenes“ Verfassungsrecht schafft, oder um eine neue Instanz, die in rechtswidriger Weise die alte verdrängt und sich an ihre Stelle setzt, revolutionäres Recht schaffend. Wann solche Wandlungen vor sich gegangen sind, ist eine Tatfrage, die nur durch eine Untersuchung der sozialen Wirklichkeit beantwortet werden kann — durch eine „soziologische“ Untersuchung würde ich sagen, wenn dieses Wort nicht so leicht mißdeutet werden könnte.

Die Gestaltung der souveränen Instanz kann dabei die denkbar verschiedenste sein: das Volk, der absolute Fürst, das Parlament, Kombinationen dieser Einrichtungen u. a. Für all das gebrauche ich den Ausdruck „Instanz“. Jedoch bedeutet nicht jede Verschiebung der dynamischen Kräfte, nicht jede Macht-schwankung schon eine Veränderung der souveränen Instanz. Solange sie nicht in Schaffung von Urrechtsnormen zum Ausdruck kommt, solange muß die von den Urrechtsnormen bezeichnete Instanz als die souveräne angesehen werden.

Nach alledem besteht der Einheitsbezug alles Rechtes einer souveränen Rechtsgemeinschaft darin, daß es von dem souveränen autoritativen Willen der Gemeinschaft oder auf Grund seiner Vertretungsermächtigung gesetzt ist.

5. Dieses Ergebnis ist in unsere vorläufige Begriffsbestimmung des Rechts einzufügen. Sie lautet dann:

Recht bedeutet die Normen des praktischen Handelns der Menschen gegeneinander, die von der souveränen Instanz einer räumlich-persönlich abgegrenzten, durch umfassende Regelung und stärkste äußere Zwangsmittel ausgezeichneten Gemeinschaft oder auf Grund ihrer Ermächtigung zur Vertretung gesetzt sind.

Mit dieser Begriffsbestimmung ist auch schon gesagt, daß es auf einen bestimmtgearteten Inhalt und die Allgemeinheit der Norm nicht ankommt.

Nunmehr ist die Bahn frei für die Lösung des Problems, das den Ausgangspunkt dieses Vortrags bildete, nämlich des Verhältnisses von Gesetz und Recht.

V.

1. Mit dem Rechtsbegriff ist auch der Grundbegriff des Gesetzes gegeben, der für unsere Wissenschaft unentbehrlich ist. Er ist mit dem Begriff der souveränen Instanz, der souveränen Rechtsgemeinschaft verbunden.

Alles Recht, das von der souveränen Instanz ausgeht, läßt sich in die beiden Grundformen jeder Rechtsbildung „geschriebenes“ und „ungeschriebenes“, gesetztes und ungesetztes Recht oder wie man sonst dieses bekannte Gegensatzpaar nennen

will, einteilen. Der Grundbegriff Gesetz bedeutet nun die von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft in dieser ihrer Eigenschaft gesetzten Normen, oder kurz die gesetzten primären Rechtsnormen, das gesetzte Unrecht. Alles, was Inhalt einer Norm für praktisches Handeln der Menschen gegeneinander sein kann, das kann Inhalt auch des gesetzten Unrechts, des Gesetzes sein und, wie eine Norm überhaupt, so kann auch die gesetzte Unrechtsnorm, das Gesetz, ein allgemeines oder ein spezielles sein.

Die Bedeutung dieses grundbegrifflichen Gesetzes als des gesetzten Unrechts kann selbst die souveräne Instanz nicht ändern. Denn es ist lediglich der Ausdruck dafür, daß die souveräne Instanz in dieser ihrer Eigenschaft gehandelt hat, und zwar in gesetzter Form; nicht mehr. Es ist der Wesensbegriff der souveränen Instanz, über den sie selbst nichts bestimmen kann, im Gegensatz zu den sekundären Rechtsquellen. Sie kann so wenig darüber bestimmen, wie ein Mensch darüber bestimmen kann, daß er Mensch ist und nicht Tier.

2. Ohne den Grundbegriff des Gesetzes kann keine klare Theorie der Rechtsquellen aufgeführt werden. Seltsamer Weise ist in dem ganzen Streit um den Gesetzesbegriff von diesem Grund- und Voraussetzungs-begriff des Gesetzes überhaupt nicht die Rede. Auch Somló¹⁾ sagt: „Es ist schier unglaublich, daß die Staatsrechtslehre so vielfach ohne den Voraussetzungs-begriff des Gesetzes zu arbeiten versucht.“ Wir haben in diesem Streite also das eigenartige Schauspiel, daß die beiden Hauptbegriffe, die allein die Lösung bringen können, der Rechtsbegriff und der Grundbegriff des Gesetzes, gar nicht erörtert werden! Was dabei an Unbegreiflichkeiten herauskommt, das mag jeder, wer nicht die Bibliothek des Streites durchstudieren will, bei Thoma²⁾ nachlesen. Aber auch Thoma und auch Heller gehen an dem Grundbegriff des Gesetzes vorbei. Heller wäre auf ihn gestoßen, wenn er nicht beim konstitutionellen Gesetzesbegriff stehen geblieben wäre. Denn er liegt diesem Begriff, so wie er ihn formuliert, zugrunde. Dieser ist nur eine Spezies, eine Anwendungsform des Grundbegriffes. Man abstrahiere in seiner Definition des konstitutionellen Gesetzes von der besonderen Form der Satzung, nämlich der „Volks-legislative“, wofür man einfach „gesetzt“ sage, und dann lautet seine Formel: Gesetze heißen alle gesetzten obersten Rechtsnormen. Die besondere „konstitutionelle“ Form stellt nur ganz außer Zweifel, daß hier die Normen in der Eigenschaft als souveräne Instanz gesetzt

¹⁾ A. a. O. S. 348.

²⁾ Der Vorbehalt des Gesetzes, in der Festgabe f. Otto Mayer 1916.

werden, daß hier geschriebenes Unrecht geschaffen wird. Ich treffe also mit dem Herrn Referenten darin zusammen, daß das konstitutionelle Gesetz Recht und nur Recht setzt.

Viele lassen den Gesetzesbegriff, den eigentlichen, hier in Frage stehenden Gesetzesbegriff erst mit dem konstitutionellen Gesetz beginnen. Nichts ist falscher als dies. Ihn gab es auch schon im vorkonstitutionellen, im absoluten Staat. Es war hier derselbe Wesensbegriff wie in der konstitutionellen Form. Freilich, wem dieses Wesen nicht aufgegangen war und wer dabei noch mit einer vagen Rechtssatzformel operierte, der konnte mit dem Gesetzesbegriff des absoluten Staates nichts oder nicht viel anfangen. Und so ist es denn nicht verwunderlich, daß sich die meisten an diesem Gesetzesbegriff scheu vorbeidrücken, ihn oft ausdrücklich verleugnen oder bestenfalls, nur von weitem höflich grüßend, an ihn vorübergehen. Die beim konstitutionellen Gesetz so klare äußere Erscheinungsform war hier nicht so scharf abgezeichnet, machte wenigstens Schwierigkeiten. Im absoluten Fürsten vereinigten sich eben noch andere Gewalten. Wie sollte man sie denn von der gesetzgebenden Gewalt unterscheiden, wenn man nicht das Wesen des Gesetzes kannte, wenn man dieses in die äußere Erscheinungsform hineinlegte! Dann mußten die Bestellung des Königs auf eine Tabaksdose, seine die Verwaltung und Armee inspizierenden Anordnungen, der Erlaß des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung begrifflich als eins erscheinen und ihre Unterscheidung, um mit Erich Kaufmann¹⁾ zu sprechen, bloß „klassifikatorische und keine begriffliche Bedeutung“ haben. Aber es drängt sich schon gefühlsmäßig jedem auf, daß hier auch ein begrifflicher Unterschied besteht. Er besteht darin, daß im Allgemeinen Landrecht, der Allgemeinen Gerichtsordnung und überall, wo er in gleicher Weise auftrat, der Fürst in der Eigenschaft als souveräne Instanz handelte, von einem Handeln in solcher Eigenschaft aber bei der Bestellung der Tabaksdose, beim Kommandieren der Truppen und Beaufsichtigen der Behörden keine Rede sein kann, er hier vielmehr nur auf Grund und im Rahmen der von ihm erlassenen Gesetze tätig war. Die Prüfung von Anordnungen des absoluten Fürsten auf ihren Gesetzescharakter muß also darauf abgestellt werden, ob er in der Eigenschaft als souveräne Instanz des Staates oder in einer anderen in seinen Gesetzen näher umschriebenen Eigenschaft gehandelt hat. Diese

¹⁾ Artikel „Verwaltung, Verwaltungsrecht“ im v. Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 1914 Bd. III S. 692.

Prüfung ist gerade im vorkonstitutionellen Preußen, wie Hubrich¹⁾ in seinen verschiedenen, viel zu wenig beachteten Abhandlungen nachgewiesen hat, in weitem Umfange dadurch erleichtert, daß die gesetzgeberische Tätigkeit sich hier auch äußerlich unverkennbar in gewissen Formen vollzog, wenngleich diese Formen nicht so „zwingend“ waren, daß sie Abweichungen ausschlossen. Aber diese Abweichungen, die manchen Autoren soviel Kopfzerbrechen machen, sind mittels des Wesensbegriffs des Gesetzes unschwer festzustellen. Jedenfalls ist der Gränzstreifen streitiger Auslegung nur ein schmaler.

Der dargelegte konstitutionelle Gesetzesbegriff, der sich in Frankreich und Belgien ausgebildet hatte, und ebenso der vorkonstitutionelle Gesetzesbegriff des absoluten Staates sind — das ist allgemein anerkannt — die unmittelbaren Vorbilder des Gesetzesbegriffs der preußischen Verfassungsurkunde von 1848/50. Inwieweit der eine, inwieweit der andere auf ihn eingewirkt hat, ist für die Erfassung des Gesetzesbegriffs der preußischen VU. gleichgültig, weil beide ja Spezies desselben Grundbegriffs des Gesetzes sind. Am richtigsten dürfte es sein, zu sagen: Der Gesetzesbegriff der preußischen Verfassungsurkunde ist die direkte Fortsetzung des vorkonstitutionellen Gesetzesbegriffes, gestaltet nach dem Muster des konstitutionellen, wie er in Frankreich und Belgien schon in Geltung stand. Daraus aber ergibt sich zwingend, daß der preußische konstitutionelle Gesetzesbegriff ebenfalls eine Spezies des juristischen Grundbegriffs des Gesetzes ist, wie der preußische vorkonstitutionelle und der französische und belgische konstitutionelle. Das bedeutet, daß alle Normen für menschliches Handeln, die durch diese Form hindurchgegangen sind, in der Eigenschaft als Normen der souveränen autoritativen Instanz gesetzt sind, also primäre Rechtsnormen, Urrecht und nur Urrecht darstellen, gleichviel was sie im einzelnen betreffen, ob die Privatverhältnisse der Untertanen oder die Organisation des Staates und seiner Behörden, ob Gebietsveränderungen, Staatshaushalt, Amnestien usw., gleichviel ob sie allgemeine Normen oder Individualakte sind. Die herrschende Lehre, daß der preußische konstitutionelle Gesetzesbegriff eine bloße äußere Form sei, die zu allem und jedem diene, zur Erzeugung von Rechtsnormen wie von reinen Verwaltungsnormen und zu unverbindlichen Deklamationen, steht mit der unzweifelhaften, von ihr selbst zwingend nachgewiesenen Anknüpfung an die genannten Vorbilder in unvereinbarem Widerspruch. Sie er-

¹⁾ Außer den oben S. 137 angeführten Abhandlungen besonders noch: Streitfragen über die Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen, *Annalen des Deutschen Reichs* 1916 S. 641 ff., Die Entwicklung der Gesetzespublikation in Preußen 1918.

bringt keinen Beweis, daß die preußische Verfassungsurkunde in Abweichung von diesen Vorbildern eine neue Form, nämlich eine gemeinsame Etikette für Akte von begrifflich verschiedenster Art, eine noch nie dagewesene Form schaffen wollte. Das Prunkstück der Argumentationen dieser Lehre, die angeblich sonst bestehende Tautologie des Art. 62 preußischer VU. von 1850, die mir niemals verständlich geworden ist, hat Thoma mit Recht als „einen unglückseligen Beweis“ bezeichnet, „der nicht nur den Meister selbst, sondern auch sonst die gewichtigsten Autoritäten geblendet hat“ und „der ein Sophisma ist, das zerplatzt, wenn man ihm ernstlich zu Leibe rückt“¹⁾.

3. Die herrschende Lehre kann ihren rein formellen Gesetzesbegriff auch nicht retten durch den Hinweis auf den sog. „unverbindlichen Gesetzesinhalt“. Es kann natürlich nicht bestritten werden, daß in den Gesetzesdokumenten hier und da auch mal etwas steht, was nicht als Norm des praktischen Handelns der Menschen gegeneinander angesehen werden kann. Aber bei solchen Erklärungen handeln die die gesetzgebende Instanz bildenden Menschen gar nicht in der Eigenschaft einer souveränen autoritativen Instanz. Autoritativ handeln und Unverbindliches erklären sind Dinge, die sich ausschließen. Soweit der unverbindliche Inhalt in durchaus keinem Zusammenhang mit dem normativen steht — und das dürfte sehr selten sein —, lassen sich solche Erklärungen leicht dahin deuten, daß die den Gesetzgeber bildenden Menschen auf diese Weise ihr Ansehen als Gesetzgeber, als souveräne Autorität hinter sie stellen wollen, um ihnen mehr Nachdruck zu geben. Aber in der Eigenschaft als souveräne Autorität handeln sie in diesen Erklärungen selbst nicht. Sie mißbrauchen nur die Gesetzesform. Denn diese soll der Ausdruck, das weithin erkennbare Zeichen sein, daß sie als souveräne Autorität handeln.

Das Gesagte gilt auch von den Bestimmungen im Gesetzesdokument, die sittliche Normen sein wollen. Die heutige RV. enthält einige Beispiele. Schon mit der Bezeichnung derselben als „sittliche“ Normen will ja der Gesetzgeber sagen, daß er sie nicht als gleichwertig den übrigen betrachtet wissen will, m. a. W., daß er in ihnen eben nicht als Gesetzgeber, als souveräne Autorität auftreten will.

Jedenfalls, glaube ich, wird man sich hinsichtlich des „unverbindlichen Gesetzesinhalts“ am leichtesten darüber einigen, daß er allein die Aufstellung eines besonderen Gesetzesbegriffs, des rein formellen Gesetzes, nicht rechtfertigt, da er die juristische Terminologie verwirrt und den eigentlichen und unentbehrlichen Gesetzesbegriff denaturiert.

¹⁾ A. a. O. S. 189.

4. Mit der Charakterisierung des preußischen konstitutionellen Gesetzes als einer Spezies des juristischen Grundbegriffes des Gesetzes löst sich auf einfache Weise auch die Frage, die den Ausgangspunkt des ganzen Gesetzesstreites bildete und am heißesten, mit bewunderungswürdigem Aufwand von Scharfsinn umstritten wurde, aber das Bild größter Verwirrung darbietet, nämlich das Vorbehaltsproblem.

Der Lösung dieses großen Rätsels ist Thoma am nächsten gekommen, mehr mit intuitivem Herausfühlen des richtigen Weges, als mit überzeugender Begründung. Diese konnte er nicht geben, weil ihm, wie den übrigen, die beiden Grundbegriffe, der Rechtsbegriff und der juristische Grundbegriff des Gesetzes, fehlten. Thoma gesteht nämlich den vorkonstitutionellen preußischen Gesetzen im Prinzip die Vorrangskraft der konstitutionellen zu¹⁾. Diese Lösung ist richtig, weil den vorkonstitutionellen Gesetzen die gleiche juristische Grundnatur zukommt wie den konstitutionellen; beide sind Spezies desselben juristischen Grundbegriffs des Gesetzes, beide sind Normensetzungen in der Eigenschaft als souveräne autoritative Instanz, sind primäre Rechtsnormen, Urrecht. Solches Urrecht kann nun, sofern es selbst nichts anderes bestimmt, nur wieder durch Urrecht abgeändert werden, sei es durch gesatztes — d. h. Gesetz im Sinne des juristischen Grundbegriffs — oder ungesatztes, gewohnheitsrechtliches. Auch neues Urrecht kann nur auf diesem Wege geschaffen werden. Selbstverständlich kann neues Recht auch durch sekundäre (tertiäre usw.) Rechtsquellen gesetzt werden, allerdings dann nur im Rahmen der im letzten Ende durch primäres Recht gegebenen Zuständigkeiten. Soweit aber diese Zuständigkeiten nicht ausreichen, kann neues Recht nur in Form von primärem Recht, Urrecht entstehen.

Auf die weittragenden Folgerungen dieser Lösung kann ich hier nicht eingehen. Sie liegen übrigens offen zutage.

Ich muß hier auch darauf verzichten, die Bedeutung der süddeutschen „Freiheits- und Eigentumsformel“ zu klären, insbesondere die Frage, ob sie aus dem vorkonstitutionellen Gesetzeskomplex nur einen Ausschnitt für den konstitutionellen Gesetzgeber herausschneidet. Im Bejahungsfalle wäre damit ausgesprochen, daß darüber hinaus dem Fürsten die Zuständigkeit zur Rechtssetzung verblieben wäre, allerdings wäre sie nunmehr sekundäre Rechtsquelle, nicht mehr, wie vordem, Urrechtsquelle.

¹⁾ A. a. O. S. 197ff.

VI.

Ich eile mit den Schlußworten zur Reichsverfassung.

Es ist unbestritten, daß man mit der Aufrichtung des Reichs auch den Gesetzesbegriff der preußischen Verfassung von 1850 übernommen hat. Darüber brauche ich keine Worte zu verlieren. Nur wurden die bisher souveränen einzelstaatlichen Gesetzgebungen, indem sie dem obersten Reichswillen unterstellt wurden, zu sekundären Rechtsquellen herabgedrückt. Das Reich allein hatte die souveräne Gesetzgebung d. h. die Urrechts-erzeugung. Vom Gesetzesbegriff der alten Reichsverfassung gilt also alles, was ich vom preußischen gesagt habe.

Auch die Weimarer Reichsverfassung hat keine neuen Bahnen eingeschlagen. Es läßt sich weder aus der Verfassung selbst noch aus den Verfassungsberatungen irgend etwas in diesem Sinne deuten. Sie hat den Gesetzesbegriff der alten Reichsverfassung beibehalten. Der Gesetzesbegriff unserer Reichsverfassung Art. 68ff. ist also der juristische Grundbegriff des Gesetzes, wie ich ihn entwickelt habe.

Damit ist der beherrschende Gesichtspunkt gewonnen, unter dem wir die Bestimmungen der Reichsverfassung zu betrachten haben. Die Folgerungen nach den verschiedenen Richtungen zu ziehen, ist mir nicht mehr gestattet, auch nicht, einzugehen auf das Verhältnis von „Verfassung“ (im Sinne von Verfassungsurkunde) und Gesetz, die bei uns beide auf derselben souveränen Instanz beruhen. Ich habe Ihre Zeit schon zu lange in Anspruch genommen. Ich muß mich darauf beschränken, zu sagen, daß ich den Ergebnissen des Herrn Referenten, wenigstens im Prinzipiellen, zustimme. Eine grundsätzliche, richtiger terminologische Aussetzung muß ich an den Ausführungen des Herrn Referenten jedoch machen, nämlich, daß er die logischen und ethischen „Strukturprinzipien des Rechts“, von denen er selbst sagt, daß sie kein positives Recht seien, als „Rechtsgrundsätze“ bezeichnet. Das ist ein leicht in die Irre führender Ausdruck und daher abzulehnen. Dagegen stimme ich mit ihm darin überein, daß die Reichsverfassung das Wort Gesetz nicht bloß in der Bedeutung des konstitutionellen Gesetzesbegriffes oder, wie ich sage, des juristischen Grundbegriffes gebraucht, sondern auch noch andere Bedeutungen kennt. Welche diese sind, bedarf bei jedem Artikel besonderer Untersuchung. Nur eine Bedeutung findet sich in der Reichsverfassung nicht, nämlich die Bedeutung des rein formellen Gesetzes im Sinne der herrschenden Lehre.

Wissenschaftlich berechtigt sind nur zwei Bedeutungen des Gesetzes. Einmal das Gesetz im Sinne des dargelegten juristischen Grundbegriffes. Im Bundesstaat hat neben diesem

Begriff des souveränen Gesetzes noch der Begriff des ihm in mancher Hinsicht konformen nicht-souveränen Gesetzes eine gewisse Berechtigung. Sodann das Gesetz im Sinn von allem gesetztem Recht als Gegensatz zum Gewohnheitsrecht, solange für diesen Gegensatz noch keine besseren Worte gefunden sind. Die dritte, in der Gesetzessprache viel gebrauchte Bedeutung von Recht schlechthin, also einschließlich des Gewohnheitsrechts, können wir wissenschaftlich entbehren, weil wir hier das Wort Recht haben. Dagegen hat wissenschaftlich keine Berechtigung der Begriff des „rein formellen Gesetzes“ der herrschenden Lehre. Ihn gibt es in der Rechtswelt nicht. Er verdirbt die juristische Terminologie, denaturiert unseren wichtigsten Grundbegriff. Er bringt Verwirrung, nichts als Verwirrung, wie der Streit um den Gesetzesbegriff zur Evidenz beweist. Er ist, worauf Thoma hinweist¹⁾, im letzten Grunde geschichtlich aus einer politischen Zweckauslegung entstanden. Daß er ein so zähes Leben hat, trotzdem er im heftigsten Kreuzfeuer des wissenschaftlichen Streites steht, hat darin seinen Grund, daß dieser Streit sich vor den Toren der das Problem entscheidenden Grundbegriffe des Gesetzes und Rechts abgespielt hat.

2a. Leitsätze des Mitberichterstatters.

1. *Der Kritik der herrschenden Lehre durch den Herrn Referenten ist grundsätzlich zuzustimmen.*
2. *Jedoch läßt sich das Problem des formellen und materiellen Gesetzes letzten Endes nur durch die Feststellung des Rechtsbegriffes lösen. In dem bekannten Streit ist man vor den Toren des Rechtsbegriffes stehen geblieben. Auch der Rechtssatzbegriff des Herrn Referenten befriedigt nicht restlos. Das Korreferat macht den Versuch, diese Lücke auszufüllen und den Rechtsbegriff so weit zu klären, wie es zur Lösung des Streites erforderlich ist.*
3. *Als Merkmale des Rechtsbegriffes werden erkannt: Normen für praktisches Handeln der Menschen gegeneinander, Einheit in einem Normensystem (Ablehnung der Theorie Kelsens von der Einzigkeit des Rechtssystemes, vielmehr Rechtspluralismus), Souveränität, Realität im Sinne des Vorhandenseins eines*

¹⁾ A. a. O. S. 188f.

geschichtlichen Entstehungsvorganges und der „gewöhnlichen Befolgung“ (Ablehnung des realitätslosen Rechtsbegriffs Kelsens), Tendenz der Dauer, Gemeinschaft, umfassende Regelung. Das Zwangsproblem ist unter Ablehnung der Sanktionsnormentheorie und unter Kritik der Somlóschen „höchsten Autorität“ im Sinne der Ausstattung des Rechtsganzen mit stärksten äußeren Zwangsmitteln zu lösen. Hierdurch ist die externe Abgrenzung des Rechts von Normen anderer Art gewonnen.

Das Problem der internen Abgrenzung der Rechtsnormen von den bloß rechtlich erheblichen Normen (u. a. der Unterschied von Rechts- und Verwaltungsverordnungen) ist heute verworrener denn je. Auch die „Individualisierungstheorie“ des Herrn Referenten befriedigt nicht völlig. Zur Lösung ist zu unterscheiden zwischen den primären Rechtsquellen, die das „Urrecht“ („ausdrückliches“ und „nichtausdrückliches“) setzen, und den sekundären Rechtsquellen, deren Geltungsgrund letzten Endes stets eine Beauftragung durch eine Urrechtsnorm ist, dadurch in Einheitsbezug mit dem Urrecht stehend. Die Urrechtsnormen (legal und illegal entstandene) aber werden durch den souveränen Willen der Gemeinschaft zur Einheit zusammengefaßt.

- Recht bedeutet hiernach die Normen des praktischen Handelns der Menschen gegeneinander, die von der souveränen Instanz einer räumlich-persönlich abgegrenzten, durch umfassende Regelung und stärkste äußere Zwangsmittel ausgezeichneten Gemeinschaft oder auf Grund ihrer Ermächtigung zu ihrer Vertretung gesetzt sind.
- 4 Mit dem Rechtsbegriff ist der Grundbegriff des Gesetzes gegeben, der in dem Gesetzesstreit bisher noch weniger als der Rechtsbegriff erörtert worden ist. Er bedeutet die von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft gesetzten Normen, das gesetzte Urrecht. Dieser Grundbegriff des Gesetzes liegt sowohl dem konstitutionellen wie dem Gesetzesbegriff des absoluten Staates zugrunde, gilt in der preußischen Verfassung von 1848 wie in der alten und neuen Reichsverfassung. Mit ihm löst sich auf einfache Weise auch das ruhelose Vorbehaltsproblem.
 5. Den Leitsätzen des Herrn Referenten unter 9 und 10 ist zuzustimmen.

3. Aussprache über die vorstehenden Berichte.

Kelsen-Wien: Ich bitte, mich zunächst mit dem ausgezeichneten Referate Herrn Wenzels' beschäftigen zu dürfen, dem ich mit dem höchsten Interesse gefolgt bin. Gestatten Sie, daß ich mit der Hervorhebung jener Punkte beginne, in denen ich dem Herrn Referenten zustimme. Es sind nicht wenige. Vor allem muß ich der Art der Problemstellung beipflichten. Ich halte es für durchaus richtig, daß dem Begriff des Rechtsgesetzes nur vom Begriffe des Rechtes aus beizukommen ist; und daß das Wesen des Rechtes nicht in der isolierten Rechtsnorm, sondern im Rechtssystem zu finden ist; daß aber damit das Problem der Einheit eines Normenkomplexes zum Kernproblem wird. Ich bitte, es nicht für unbescheiden zu halten, wenn ich mir hier zu bemerken erlaube, daß ich gerade diese — auf die Einheit des Normensystems gerichtete — Problemstellung schon seit meiner 1913 oder 1914 erschienenen Abhandlung über „Reichsgesetz und Landesgesetz“ und insbesondere in meinem 1920 erschienenen Buche über „Das Problem der Souveränität“ forciere; und daß ich im wesentlichen — mit Ausnahme einer Differenz, von der ich später sprechen werde — zu der gleichen Problemlösung gekommen bin wie der Herr Referent, wenn dieser die Einheit eines Komplexes von Rechtsnormen in der Einheit eines souveränen, d. h. höchsten, autoritativen Willens erblickt. Ich nehme an, daß Herr Wenzel hier unter „Wille“ nicht gerade den realpsychischen Willensakt irgendeines empirischen Einzelmenschen, sondern einen „Willen“ im spezifisch ethisch-juristischen, d. h. normativen Sinne versteht. Dafür spricht, daß er diesen autoritären Willen auch als „Urrecht“, „Urrechtsnorm“, bezeichnet. Ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich in dieser „Urrechtsnorm“ meine die Einheit des Rechtssystems konstituierende Grundnorm oder doch einen sehr nahen Verwandten dieser Grundnorm wiederzuerkennen glaube, die ich selbst gelegentlich Ur- oder Ursprungsnorm genannt habe. Und ich freue mich, feststellen zu können, daß Herr Wenzel ganz so, wie ich es getan, das Problem der Einheit der ein Rechtssystem bildenden Rechtselemente in dem „Einheitsbezug“ erblickt, der zwischen diesen Elementen und dem die Einheit konstituierenden Grundprinzip besteht. So daß in erster Linie zur Aufgabe gestellt ist, diesen Einheitsbezug zu finden bzw. näher zu bestimmen.

Im innigsten Zusammenhange damit steht die Bedeutung, die Herr Wenzel dem Begriff der Souveränität gibt, die er,

ganz so wie ich, als einen rechtstheoretischen Begriff erfaßt und demgemäß als Qualität des Zuhöchst-Seins bestimmt und der rechtsetzenden Autorität, d. h. aber der Grundnorm und daher dem auf ihr begründeten Rechtssystem zuerkennt. Dieser Begriff der Souveränität leistet auch bei Herrn Wenzel — so wie in meinem eigenen Lehrsystem — die Funktion der Einheit oder ist doch an dieser Einheitsfunktion wesentlich mitbeteiligt, wenn dies Wenzel auch nicht ausdrücklich hervorhebt.

Ebenso stimme ich mit Herrn Wenzel überein, wenn dieser bei Bestimmung des Rechtsbegriffes auf das Zwangsmoment nicht verzichten zu können glaubt; obgleich gerade in letzter Zeit — aus Gründen, die ich hier nicht erörtern kann — geradezu ein Kampf gegen die Verwendung des Zwangsmomentes entbrannt ist, von dem unter anderem auch die von Herrn Wenzel zitierte, unter dem Titel „Der Staat als Übermensch“ gegen mich erschienenen Streitschrift und meine unter dem gleichen Titel erschienene Gegenschrift Zeugnis ablegt.

Von Detailfragen, in denen ich mit Herrn Wenzel übereinstimme, möchte ich seine Bestimmung des Verhältnisses zwischen Recht und Rechtsgemeinschaft hervorheben. Er erblickt zutreffend das die Einheit in der Vielheit hier wie dort begründende Moment in ebendemselben souveränen autoritativen Willen, d. h. aber — so scheint es mir wenigstens — in der von Herrn Wenzel als Urrechtsnorm bezeichneten Grundnorm. Auch für mich hat die Einheit der Rechtsordnung und die Einheit des Staates die gleiche Wurzel in der Grundnorm. Nur daß ich aus dieser Prämisse — wie ich glaube folgerichtiger — nicht auf eine Korrelation zwischen Recht und Rechtsgemeinschaft, wie Herr Wenzel, sondern auf die Identität beider schließe (die Rechtsgemeinschaft als Rechtsordnung verstanden).

Bevor ich nun auf den prinzipiellen Gegensatz eingehe, in dem ich mich zu Herrn Wenzel tatsächlich befinde, möchte ich auf einen solchen zu sprechen kommen, den nur Herr Wenzel behauptet, der mir aber tatsächlich nicht oder doch nicht in besonderem Maße zu bestehen scheint. Es ist die sog. Stufentheorie, d. i. die Lehre, daß sich die Rechtsordnung stufenweise auf einem Wege zunehmender Individualisierung bzw. Konkretisierung aus der Grundnorm entwickelt, mit der alle die Rechtsordnung bildenden Normen bzw. Tatbestände in einem Delegationszusammenhange stehen. Diese Theorie hat zuerst mein Freund Merkl systematisch entwickelt. Von ihm habe ich sie übernommen und als wesentlichen Bestandteil in das System der reinen normativen Rechtslehre eingefügt. Herr Wenzel fällt über diese Lehre ein sehr hartes

Urteil. Er meint, sie sei „unbegründet und unannehmbar“. Ich kann natürlich diese Lehre hier nicht ausführlich gegen das Urteil Wenzels verteidigen. Ich muß mich darauf beschränken, festzustellen, daß Herrn Wenzels eigene Theorie dieser Lehre zumindest sehr nahe steht. Denn seine ganze Konstruktion einer „Rechtspyramide“ — Herr Wenzel verwendet selbst diesen für die Stufentheorie spezifischen Ausdruck — an deren Spitze oder „zuoberst“, wie er sagt, das Unrecht, die Urrechtsnorm steht, von der auf dem Wege der „Individualisierung“ verschiedene Schichten von sekundären tertiären Rechtsnormen usw. bis hinunter zur untersten Stufe führen: diese ganze Konstruktion Wenzels ähnelt dem Bilde, das die Stufentheorie von der Rechtsordnung zeichnet, wie ein Ei dem anderen. Wodurch sich Herr Wenzel von der von Merkl und mir vertretenen Stufentheorie unterscheidet, ist der Versuch, den Kreis der von der Grundnorm als delegiert anzusehenden Rechtsnormen (Rechtstatbestände) einzuengen. Ich habe nicht den Eindruck, daß Herrn Wenzel dieser Versuch geglückt ist. Er will nur Individualisierungen als sekundäre Rechtsquellen ansehen, die von der Urrechtsnorm dazu qualifiziert sind, an Stelle der souveränen Instanz für diese zu handeln. Er stellt also auf den Inhalt der Urrechtsnorm ab, um eine Einschränkung der Delegation zu gewinnen. Da diese Urrechtsnorm aber doch wohl nicht positiv gesetzt sein kann, vielmehr nur Voraussetzung des positiven Rechtes ist, ihr Inhalt daher — als Hypothese — sich nach dem als Recht zu erkennenden positiven Material richtet, wird Herr Wenzel, fürchte ich, in einen *circulus vitiosus* geraten. Dazu kommt, daß die Formel: „An Stelle der souveränen Instanz und für diese zu handeln“, nichts anderes als eine Umschreibung des Begriffs der Delegation ist, den die von Herrn Wenzel abgelehnte Stufentheorie benützt und daß diese Formel keinerlei Einschränkung dieses Delegationsbegriffes bedeutet. Vor allem aber scheint es mir an einem zureichenden Grund für die von Herrn Wenzel geforderte Einschränkung zu fehlen. Er wirft der Stufentheorie vor, daß nach ihr Dinge als Recht bezeichnet werden, die Recht zweifellos nicht sind, und daß dadurch eine unzulässige Ausdehnung des Rechtsbegriffes erfolge. Allein die Beispiele, die er anführt, beweisen dies keineswegs. Begründet das Kommando eines Unteroffiziers an den ihm unterstellten Soldaten, der Befehl des Amtsvorstandes an den Amtsdienner nicht eine Verpflichtung der Adressaten? Hat die Nichterfüllung dieser Pflicht keine Rechtsfolgen? Da Herr Wenzel dies doch ernstlich nicht in Abrede stellen kann, wird er sich auf die Dauer kaum der Einsicht verschließen können, daß diese Pflichten Rechts-

pflichten sind und daß sie es darum sind, weil der Delegationszusammenhang von ihnen, wenn auch vermittelt durch zahlreiche Zwischenstufen, bis zur Grundnorm, der Wenzelschen Urrechtsnorm, reicht, die die Quelle alles Rechts, aller rechtlichen Verbindlichkeit ist. Alle Hochachtung vor der von Herrn Wenzel angerufenen, in der Hauswirtschaft gewiß sehr tüchtigen Hausfrau, die dem Dienstmädchen — im Rahmen des Dienstvertrages — Aufträge erteilt. Aber wenn sie es — wie Herr Wenzel meint — „für ein Märchen hält“, daß ihre Aufträge Rechtscharakter haben, d. h. rechtlich ebenso verbindlich sind wie das Hausgehilfengesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch usw., auf Grund dessen sie allein solche Aufträge erteilen darf, weil sie mit ihrem Auftrag ja nur die Verbindlichkeit des Gesetzes an die Hausgehilfin heranbringt, mit ihrem Auftrag nur den bedingenden Tatbestand setzt, an den das Gesetz, vermittelt durch den Dienstvertrag, die Verbindlichkeit knüpft; selbst wenn die tüchtigste Hausfrau all dies nicht begreift, sondern für ein Märchen hält (obgleich ihr wohl die Rechtsfolgen jedenfalls bekannt sein dürften, die sich an die Tatsache knüpfen, daß die Hausgehilfin die ihr im Rahmen des Dienstvertrages erteilten Aufträge auszuführen sich weigert), so kann ich das so ernst nicht nehmen. Herr Wenzel möge mir verzeihen, wenn ich diese brave Hausfrau nur in Fragen der Hauswirtschaft, nicht aber für Probleme der Rechtstheorie als Autorität anerkenne.

Im übrigen zeigt sich deutlich, daß Herrn Wenzels Versuch zu einem sehr bedauerlichen Rückschritt der Theorie führt. Da er — notabene innerhalb des Bereichs juristisch zu begreifender Tatbestände — Pflichten gelten lassen muß, die nach seiner Reduktion des Rechtsbegriffes keine Rechtspflichten sein dürfen, muß er die alte, schon glücklich überwundene und in ihren politischen Tendenzen schon längst durchschaute Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnungen wieder aufnehmen. Es würde zu weit führen, alle Konsequenzen des Wenzelschen Versuches einer Restriktion des Delegationsinhaltes der Grundnorm und sohin auch des Rechtsbegriffes aufzuzeigen; insbesondere die, daß der größere Teil des Verwaltungsrechtes außerhalb des Rechtsgebietes fiele; eine Lehre, die ja schon zur Genüge ad absurdum geführt wurde. Ich begnüge mich statt dessen, hier festzustellen: daß vom Standpunkt juristischer Erkenntnis nicht so sehr die Ausdehnung als vielmehr die Verengung des Delegationsbereiches der Grundnorm (und sohin des Rechtsbegriffes) eine Gefahr bedeutet. Denn wenn man irgendeinen Tatbestand juristisch begreifen will, ihn zum Gegenstand der Rechtserkenntnis macht, kann man ihn nur als Recht begreifen.

Allein selbst wenn Herrn Wenzels Versuch einer Restriktion einer von der Urrechtsnorm ausgehenden Delegation erfolgreich wäre, bedeutete er vom Standpunkt der Stufentheorie nur eine nicht sehr erhebliche Modifikation derselben. Herr Wenzel hat einen von ihm im wesentlichen angenommene Theorie für unannehmbar erklärt.

Nicht dort, wo Herr Wenzel glaubt, sondern an einem anderen Punkte, trennt mich eine Welt von ihm, um mit seinen Worten zu sprechen. Es ist das Problem der Einheit allen Rechts. Herr Wenzel bringt meine These, daß alles Recht in einem einheitlichen System begriffen werden müsse (die These von der Einheit des rechtlichen Weltbildes, um einen Ausdruck von Verdross zu gebrauchen), ganz richtig in einen Zusammenhang mit dem Problem der Geltung des Rechts. Tatsächlich hängt die Art, wie man sich die Einheit des Rechtes vorzustellen hat, von der Art der Existenz ab, die man dem Rechte zuerkennt. Sieht man die Existenz des Rechtes in seiner Soll-Geltung, dann kann die Einheit alles Rechts nur eine normative sein: die Einheit eines Systems von Normen. Hält man die Existenz des Rechts für ein Sein im Sinne von Natur-Sein, identifiziert man seine Realität mit der Wirklichkeit natürlichen Geschehens, dann geht die Einheit des Rechts in der durch das Kausalgesetz bestimmten Einheit des tatsächlichen Geschehens auf. Ob man das Recht nun als Sein oder als Sollen auffaßt, auf die Forderung, ihren Gegenstand als Einheit zu begreifen, kann keine Rechtserkenntnis verzichten, welche Richtung immer sie einschlagen mag. Das ist ein methodisches Grundprinzip, das Wenzel nicht genügend beachtet zu haben scheint.

Dann aber irrt er auch, wenn er meint, meine Anschauung von der normativen Einheit allen Rechts sei darauf zurückzuführen, daß ich die Geltung des Rechts von Seinstatsachen loslöse. Ich halte allerdings die Geltung des Rechts für eine Soll-Geltung und meine, daß auch Wenzel dieser Annahme nicht entinnen kann, sofern er das Recht in Normen gegeben sieht. Aber ich bin weit davon entfernt, die Soll-Geltung des Rechts von den Seinstatsachen loszulösen. Seit ich mich mit der Frage der Positivität des Rechts beschäftige, habe ich mit Nachdruck betont, daß der normativen Soll-Ordnung des positiven Rechts ein — diesem Sollen bis zu einem gewissen Grade entsprechender — Seinszustand korrespondiert. Es ist eine tatsächliche Unrichtigkeit, wenn Herr Wenzel behauptet, daß ich das Verhältnis zwischen der positivrechtlichen Soll-Ordnung und der korrespondierenden Wirklichkeit erst in meiner 1925 erschienenen Allgemeinen Staatslehre zu einem „Spannungsverhältnis“ gemildert habe. Ich habe in

meiner Allgemeinen Staatslehre nur die Formulierung übernommen, deren ich mich wörtlich schon in meinem 1920 erschienenen Buch „Das Problem der Souveränität“ bedient habe. Herr Wenzel hat seine Behauptung vermutlich aus der gegen mich gerichteten Streitschrift „Der Staat als Übermensch“ bezogen, die es auch sonst mit der Darstellung meiner Lehre nicht sehr genau nimmt. Schon in meiner Erwiderung auf diese Streitschrift habe ich die unrichtige Behauptung mit wörtlichen Zitaten aus meinem Buche von 1920 zurückgewiesen. Herr Wenzel hätte mir eigentlich die Notwendigkeit dieser neuerlichen Berichtigung ersparen können.

Worauf es bei dem Problem der Geltung positiven Rechtes sachlich ankommt, ist dies: 1. daß das positive Recht seinem immanenten Sinne nach wesentlich Norm ist, also ein Sollen bedeutet; 2. daß das Wesen des positiven Rechtes ohne Berücksichtigung gewisser Seinsstatsachen nicht restlos erfaßt werden kann. — Hierin stimme ich mit Wenzel und den meisten anderen Autoren durchaus überein. Die Differenz beginnt erst, wenn es gilt, diese beiden Momente in einer befriedigenden Formel zusammenzufassen. Darum glaube ich mit Recht behaupten zu können, daß es sich nur um eine Differenz der Formulierung handelt. Diese Formulierung ist darum so schwierig, weil sie auf die logische Ausschließlichkeit der Begriffe des Sollens und des Seins stößt. Diese Schwierigkeit glaube ich durch meine Formulierung, die die Geltung des Rechts von seinem Inhalt unterscheidet, für die Geltung nur die Kategorie des Sollens heranzieht, hinsichtlich des Inhalts aber die Korrespondenz mit einem bis zu einem gewissen Grade entsprechenden Seinsinhalt feststellt, besser begegnet zu sein als die anderen Autoren, die entweder das Seins- oder das Sollensmoment vollkommen vernachlässigen; insbesondere besser als jene, die sich in dem offenen Widerspruch bewegen, daß sie das Recht zwar als Norm auffassen, seine Existenz aber ausschließlich im Sein suchen. Im übrigen glaube ich, daß hier überhaupt ein nicht restlos zu lösendes Problem vorliegt. Es ist das Problem der Realität des Rechts. Und es wäre keineswegs zu verwundern, wenn die Rechtswissenschaft das ihr aufgegebene Realitätsproblem ebensowenig restlos zu lösen instande wäre wie die anderen Wissenschaften, die alle mit ihren spezifischen Realitätsproblemen vergeblich ringen.

Geht man von der Annahme aus, daß das Recht Norm sei oder aus Normen bestehe — und von dieser Annahme scheint Herr Wenzel auszugehen, da er ausdrücklich erklärt, daß „wir mit dem Recht stets die Vorstellung von etwas Normativem verbinden“ —, dann ergibt sich als unabweis-

liche Konsequenz, daß die Existenz des Rechts in seiner Soll-geltung besteht. An dieser Konsequenz kann man — akzeptiert man meine Formulierung — unbeschadet der Tatsache festhalten, daß der Inhalt des in Soll-Geltung stehenden Rechtes zu dem Inhalt eines zugeordneten Seins in einer gewissen Maximum - Minimum - Relation steht. Daß es so etwas wie Rechtswissenschaft, Rechtserkenntnis gibt, bedeutet nun gar nichts anderes als daß die Tendenz besteht, den Gegenstand ‚Recht‘, der sich zunächst aus einer Fülle von Rechtserscheinungen, Rechtselementen zusammensetzt, irgendwie als Einheit zu begreifen, aus diesem Chaos ein Kosmos, ein System zu formen. Denn etwas erkennen und als Einheit erkennen ist dasselbe. Begreift man das Recht als Norm und nimmt man demgemäß als die Existenzsphäre dieses Gegenstandes die Soll-Geltung an, dann kann die gesuchte Einheit nur die Einheit eines Normensystems sein. Das negative Kriterium der Einheit ist die Widerspruchslosigkeit. Wenzel selbst sagt durchaus zutreffend: „Die Einheit eines Normensystems besteht in der Einheit der Geltung seiner Normen. Diese Einheit schließt einen unanfechtbaren Widerstreit unter seinen Teilen notwendig aus“. Nur daß er — gänzlich grundlos — das Einheitspostulat der Erkenntnis auf ein willkürlich abgegrenztes Teilgebiet des Gegenstandes ‚Recht‘ einschränkt, nämlich auf die einzelstaatliche Rechtsordnung. Wenzel leugnet doch nicht, daß es auch außerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung noch Recht gibt. Besteht das Recht aus Normen und seine Existenz in der Soll-Geltung, dann bedeutet die Einheit des Gegenstandes Recht, daß es vom Standpunkt der Rechtserkenntnis nicht möglich ist, zwei Normen gleichzeitig als gültig anzunehmen, deren Inhalt sich gegenseitig ausschließt. Man kann nicht sagen: die Existenz zweier sich widersprechender Normen sei möglich und wirklich, dies zeigen die Tatsachen, die soziale Wirklichkeit. Denn eine solche Behauptung ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß man die Normen nicht in ihrer spezifischen Soll-Geltung nimmt, sondern, daß man auf die rein tatsächlichen Vorgänge des Setzens und Befolgens einer Norm, also nicht auf das Sollen, sondern auf das Wollen und Handeln der Menschen, d. i. also auf das Sein abstellt. Damit hat man aber den spezifischen Sinn, in dem das Recht auftritt, seinen immanenten Sinn, in dem die Rechtserkenntnis ihren Gegenstand allein zu erfassen sucht, verloren.

Bietet sich der Rechtserkenntnis zunächst ein Tatbestand zweier sich widersprechender Rechtsnormen, dann ist es eben Aufgabe dieser Rechtserkenntnis, zu zeigen, daß dieser Widerspruch nur zum Schein besteht. Solch Widerspruch muß

gelöst werden können, wenn anders beide Normen als Rechtsnormen gelten sollen. Wenn zwischen einem Rechtssystem und einem anderen Normensystem ein Konflikt besteht, der so unlöslich ist wie ein Konflikt zwischen Recht und Moral — Herr Wenzel nimmt die Möglichkeit eines solchen Konflikts zwischen zwei Rechtssystemen an — so ist damit nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als daß es sich um zwei gleichzeitig nicht als Rechtsordnungen voraussetzbare Systeme handelt. Würde man etwa zu dem Ergebnis kommen, daß zwischen dem sog. Völkerrecht und der einzelstaatlichen Rechtsordnung die Möglichkeit unlösbaren Konfliktes besteht, dann bliebe, hält man an der Rechtsnatur der staatlichen Ordnung fest, nichts anderes übrig, als die Rechtsnatur des Völkerrechtes zu leugnen. Ja, sieht man genauer zu, so zeigt sich, daß bei Annahme eines unlösbaren Konfliktes zwischen zwei Normensystemen überhaupt nicht beide gleichzeitig als gültig angenommen werden können. Das ist ja auch tatsächlich das Verhältnis zwischen Recht und Moral, da man ja nur entweder vom juristischen oder vom moralischen Standpunkt aus urteilen kann und stets nur unter Ausschluß des einen von beiden urteilt.

Im übrigen ist die erkenntnismäßige Herstellung der Einheit des gesamten üblicherweise als Recht angesprochenen Materials, d. i. der einzelstaatlichen Rechtsordnungen und des Völkerrechts, gar nicht so schwierig wie es scheint. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß die Situation im Verhältnis dieser Rechtsmassen zueinander im wesentlichen keine andere ist als innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung selbst, deren Einheit Herr Wenzel ja ausdrücklich anerkennt, bzw. postuliert. Hier stoßen wir doch auf die Tatsache gesetzwidriger aber rechtskräftiger Urteile, gesetzwidriger aber gültiger Verordnungen, verfassungswidriger aber gültiger Gesetze. Sind das nicht widersprechende Normen, die die auch von Herrn Wenzel nicht bezweifelte Einheit des staatlichen Rechtssystems sprengen? Keineswegs. Juristische Erkenntnis deutet eben — um nur an einem Beispiel die Lösungsmöglichkeit anzudeuten — den Sinn, in dem sich die Verfassung an die Gesetzgebung richtet, so: daß ein bestimmtes Verfahren für das Zustandekommen von Gesetzen zwar vorgeschrieben, daß aber die Sanktion (durch die das „Sollen“ konstituiert wird) nicht in der Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit des verfassungswidrig zustandegekommenen Gesetzes, sondern z. B. in der Bestrafung gewisser für die Verfassungsmäßigkeit verantwortlichen Organe besteht. Ganz ähnlich verfährt juristische Erkenntnis im Fall der gesetzwidrigen aber gültigen Verordnung und des gesetzwidrigen aber rechtskräftigen Urteils. Und ganz analoge Möglichkeiten bieten sich,

wie bereits bemerkt, im Verhältnis zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen so wie im Verhältnis des Völkerrechtes zu diesen. Die so zu gewinnende Einheit alles Rechts in einem einzigen System ist eben gar nichts anderes als die Konsequenz der Einheit der Rechtserkenntnis, das Postulat der Erkennbarkeit des Gegenstandes Recht. Es ist eine Einheit im formal-erkenntnistheoretischen, nicht material-politischem Sinne. Vielleicht ist es nur die Verwechslung dieser beiden Gesichtspunkte, die die meisten Autoren vor diesem letzten Schritt zurückschrecken läßt, den die Jurisprudenz machen muß, wenn sie als Wissenschaft vom Recht d. h. als Erkenntnis der Rechtsnormen gelten will.

Das Referat des Herrn Heller hat in mir sehr zwiespältige Gefühle ausgelöst. Einerseits freue ich mich, ihm in allen wesentlichen Punkten zustimmen zu können. Hätte ich selbst das Referat zu erstatten gehabt — ich habe hier nur den theoretischen Teil im Auge —, es wäre kaum zu anderen Ergebnissen gelangt. Um so größer ist mein Erstaunen darüber, daß es Herr Heller für notwendig gefunden hat, mich und zum großen Teil auch meinem wissenschaftlichen Freunde als Gegner, als Repräsentanten einer ganz und gar verrotteten „herrschenden Lehre“ hinzustellen, die zu beseitigen er offenbar als Verdienst für sich in Anspruch nimmt.

Dies zwingt mich zu einigen Feststellungen.

Wenn ich Herrn Heller richtig verstanden habe, hält er für einen Hauptfehler der traditionellen Lehre, daß sie einen doppelten Gesetzesbegriff unterscheidet: Das Gesetz im materiellen und das Gesetz im formellen Sinne. Er macht zunächst geltend, daß es terminologisch bedenklich sei, zwei Begriffe, die unter keinen gemeinsamen Oberbegriff fallen, mit einem und demselben Werte zu bezeichnen. Er hat offenbar übersehen, daß ich diesen Einwand schon vor Jahren gemacht und demgemäß vorgeschlagen habe, statt von „Gesetz im formellen Sinn“ von „Gesetzesform“ zu sprechen, was manche Zweideutigkeit und damit manche Möglichkeit politischen Mißbrauchs beseitigt. Gerade in dem letzteren Punkte: In der Tendenz, den Mißbrauch zu bekämpfen, daß man aus Rechtsbegriffen, die sich als Rechts-Wesensbegriffe gebärden, politisch erwünschte Resultate deduziert — eine für das ganze Referat des Herrn Heller sehr charakteristische Tendenz — hätte sich dieser mit mir, der ich dieses Ziel schon seit Jahren verfolge, so solidarisch fühlen müssen, daß er hätte zögern sollen, mir die Rolle des Gegners par excellence zuzuteilen.

Hält man sich davon frei, aus dem — irgendwie formulierten — Begriff des Gesetzes (der natürlich nur ein Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne sein kann) irgendwelche politische Konse-

quenzen, etwa gewisse Kompetenzen für bestimmte Organe abzuleiten — was Herr Heller mit Recht zurückweist — dann ist die Unterscheidung zwischen einem Begriff des Gesetzes (im materiellen Sinne) und einem — nichts als die Form des Gesetzes ausdrückenden — Begriffen keineswegs so gefährlich, wie Herr Heller meint. Faßt man als Gesetz die generelle Rechtsnorm, so entspricht der Begriff der Gesetzesform nur dem Grundsatz der modernen Staaten (konstitutionelle Monarchie, demokratische Republik), daß die generelle Rechtsnorm grundsätzlich in einer bestimmten Form, nämlich durch einen Parlamentsbeschluß (sei es allein, sei es in Verbindung mit dem Akt eines Staatsoberhauptes) zustandekommen muß. (Einschränkungen dieses Grundsatzes durch die Verfassung sind natürlich möglich.) Dabei ist zu beachten, daß der Begriff des Gesetzes ein Rechtswesensbegriff, der der Gesetzesform aber ein Rechtsinhaltsbegriff, d. h. ein Begriff ist, der einen Inhalt positivrechtlicher Ordnung zum Ausdruck bringt. Aus diesen Begriffen des Gesetzes und der Gesetzesform geht nicht hervor, daß das Parlament nur generelle Normen und nicht auch individuelle beschließen könnte. Irgendeine begreifliche Schwierigkeit sehe ich hier nicht und die „herrschende Lehre“, wenn sie so verstanden wird — und sie ist wohl zum größten Teil so zu verstehen — ist keineswegs so minderwertig, wie sie Herr Heller, von einem Vorrechte jugendlicher Autoren Gebrauch machend — erscheinen lassen möchte.

Der Grundfehler der herrschenden Lehre liegt auch ganz wo anders. Herr Heller hat ihn — wenn ich ihn richtig verstanden habe — auch treffend hervorgehoben. Es ist die Identifikation des Gesetzes im materiellen Sinn mit dem Recht und sohin der Gesetzgebung mit der Rechtssetzung, sowie die ganze damit aufs engste zusammenhängende Lehre von dem Unterschied zwischen der Gesetzgebung und den anderen Staatsfunktionen, die dadurch mehr oder weniger in eine rechtsfremde Sphäre gedrängt werden. Die Kritik dieses Teiles der herrschenden Lehre ist offenbar der Kernpunkt des Hellerschen Referates und sie erscheint mir auch als sein wertvollster Bestandteil.

Aber vielleicht bin ich in diesem Punkte nicht ganz unbefangen. Denn gerade in diesem Teil seines Referates wiederholt Herr Heller nur Gedankengänge, die ich und vor allem mein Freund Merkl des öfteren und ausführlich entwickelt haben und die als ein wesentlicher und charakteristischer Bestandteil jenes Lehrsystems angesehen werden müssen, das Herr Heller als „Kelsens Schule“ bezeichnet — und bekämpft. Ich glaubte als bekannt voraussetzen zu dürfen, daß von keiner Seite stärker als von mir und meinen wissenschaftlichen

Freunden die Identifikation des Gesetzes, als einer generellen abstrakten Norm, mit dem Rechte schlechthin perhorresziert wird, das wie seit Jahren auch die Konsequenzen dieser Irrlehre bekämpfen, deren politische Hintergründe ich aufgezeigt habe. Herr Heller scheint davon keine Notiz genommen haben. Denn nur so kann ich mir zu erklären, daß er z. B. als eine seiner Hauptthesen die Unmöglichkeit des Versuches aufzeigt, zwischen Gesetzgebung und den anderen Staatsfunktionen eine theoretisch-logische Grenze zu ziehen und demgegenüber selbst die Lehre vertritt, daß alle Staatsakte ihrer Natur nach gleich und auf Ordnung des gesellschaftlichen Verhaltens der Gebietsbewohner gerichtet seien. Und daß er diese Position in einem unterstrichenen Gegensatz gerade zu mir einnimmt. Allein ich finde, daß diese seine Lehre nichts wesentlich anderes ist als die von mir vertretene und zuletzt in meiner „Allgemeinen Staatslehre“ dargestellte Theorie von der durchgängigen Rechtsnatur aller Staatsakte; wobei ich unter Recht im wesentlichen Ordnung menschlichen Verhaltens, sei es in generellen, sei es in individuellen Normen, verstehe. Wenn Herr Heller in diesem Zusammenhange den Satz ausspricht — es ist ein Höhepunkt seines Referates —, daß sich das Gesetz von irgendeiner Verwaltungsvorschrift oder einem Rechtsspruch keineswegs durch seine Rechtssatzeigenschaft, sondern durch seine erhöhte Geltungskraft unterscheidet, so müßte er — bei einiger Literaturkenntnis — das Bewußtsein haben, daß dieser Satz ebensogut von mir oder einem meiner wissenschaftlichen Freunde hätte ausgesprochen werden können und daß er (zumindest in seinem negierenden Teile) beinahe wörtlich so von mir und meinen Freunden unzählige Male ausgesprochen wurde.

Ich weiß nicht, was Herr Heller unter „erhöhter Geltungskraft“ versteht. Verbindlich ist die Gesetzesnorm nicht anders als die Verwaltungs- oder Gerichtsnorm. Auf das Moment des „Generellen“ aber wird Herr Heller trotz seiner gegenteiligen Bemerkungen, wie mir scheint, kaum verzichten können, wenn er für die natürliche Gliederung des Prozesses der staatlichen Ordnungserzeugung (und in diesem steten immer wieder sich erneuernden Prozesse erschöpft sich das Wesen staatlicher Dynamik) nicht blind bleiben und nicht bei der theoretisch wie praktisch gleich unbefriedigenden Vorstellung einer einzigen undifferenzierten und undifferenzierbaren Staatsfunktion sein Genüge finden will. Sicherlich darf man im „Generellen“ keinen qualitativen Vorzug gegenüber dem Individuellen erblicken, eine Ansicht, die mir Herr Heller mit Unrecht zumutet. Aber den logischen Vorgang des Generellen gegenüber dem Individuellen, auf dem allein ich den Unterschied zwischen genereller und individueller Norm gründe, wird wohl auch Herr Heller nicht in Abrede

stellen können. Tatsächlich operiert er ja auch mit diesem grundlegenden Unterschiede. Anders könnte ich mir nicht erklären, daß er ganz in der Terminologie unserer Stufenlehre, die nur innerhalb dieser Theorie mögliche These vertritt, daß auch das Gesetz nur „Individualisierung von Normen“ ist, daß er von der „Individualisierung einer Norm durch die kompetente Autorität“ redet, daß er das Kommandowort einen „individualisierten Rechtssatz“ nennt und daß er von einer „Konkretisierung des Gesetz durch den Richter und Verwaltungsbeamten“ spricht. „Individualisierung“ und „Konkretisierung“: Das ist doch nichts anderes als der Abstieg (oder Aufstieg) vom Generellen, Abstrakten, zum Individuellen, Konkreten! Nichts scheint mir für das Referat des Herrn Heller bezeichnender zu sein als daß es den letztzitierten Passus, der eine für die Theorie der reinen Rechtslehre charakteristische Wendung darstellt, in unmittelbarem Anschluß an eine gegen mich und meine Schule gerichtete besonders herabsetzende Bemerkung vorträgt.

Daß Herr Heller die Lehre dieser Schule nicht in eben dem Maße persönlich anerkennt als sein Referat von ihr tatsächlich Gebrauch macht, würde mich kühl lassen. Jeder Kundige kann sich darüber sein Urteil bilden. Energisch protestieren aber muß ich, wenn Herr Heller mir und meiner Schule Ansichten unterstellt, deren gerades Gegenteil wir vertreten. Die eben erwähnte Bemerkung enthält nämlich die Behauptung, Kelsen und seine Schule — und diese seien sozusagen die letzten, die an diesem Irrtum noch festhalten — vertreten die Meinung, die Akte der Verwaltung und Rechtsprechung seien restlos durch das Gesetz bestimmt. Wenn Herr Heller meinen und Merkl's Schriften nur einige Aufmerksamkeit geschenkt hätte, wüßte er, daß wir die Akte der Verwaltung und Rechtsprechung als Rechtsschöpfung auffassen, daß wir mit dem allergrößten Nachdruck die Ansicht vertreten, daß in diesen Akten der Konkretisierung und Individualisierung ein wesentlich Neues zu dem vom generellen Gesetz Beinhalteten hinzutritt und daß es sich gerade hier um einen Punkt unserer Lehre handelt, in dem wir mit der sog. Freirechtstheorie übereinstimmen. Ich muß annehmen, daß es Herr Heller nicht besser gewußt hat, wenn er gegen „Kelsen und seine Schüler“ den Satz vertritt, daß „jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche interpositio auctoritatis bedeutet“, wenn er denselben Gedanken gegen die herrschende Lehre, zu der er mich und meine Schüler zählt, an anderer Stelle in der Weise formuliert: „daß auch Verwaltungsorgane gleich dem urteilenden Richter und dem rechtsgeschäftlich handelnden Bürger einen selbständigen Anteil am Rechtsschöpfungsberufe des Staates haben“. Es sind Lehrsätze, die

Kelsen und seine Schüler seit Jahren mit dem größten Nachdrucke vortragen.

Herr Heller wird vermutlich erwidern, daß ich diese Theorien, speziell die Stufenlehre, nicht von allem Anfange an vertreten habe. Das ist richtig. Aber dazu habe ich zu bemerken, daß ich in meinem Jugendwerke, den 1911 erschienenen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ nicht nur keinen der Stufenlehre widersprechenden Standpunkt eingenommen, sondern eine Reihe von Thesen vertreten habe, die die Stufenlehre notwendig voraussetzen. So vor allem die These von dem durchgängigen Rechtscharakter der Verwaltung und insbesondere des individuellen Verwaltungsaktes. Jeder Schriftsteller hat das Recht, bei jenen Lehren genommen zu werden, die er als seine gereifte Ansicht vertritt. Und ich habe dieses Recht um so mehr, als ich die Entwicklung, die meine Lehre genommen und insbesondere meine Stellung zu Merkl's Stufentheorie in der zweiten Auflage meiner „Hauptprobleme“ ausführlich dargelegt habe. Diese von mir stets freimütig zugegebene Tatsache, daß meine Lehre nicht von allem Anfange an fertig war, sondern sich — nicht zuletzt gestützt auf die Arbeit meiner wissenschaftlichen Freunde — entwickelt hat, kann Herrn Heller nicht das Recht geben, seine eigenen Anschauungen beinahe ausschließlich in einer Polemik gegen diese Lehre darzustellen, ohne die sein ganzes heutiges Referat gar nicht möglich gewesen wäre.

Nawlasky-München: Zunächst eine allgemeine Bemerkung. Ich halte es für richtiger, wenn wir uns auf den Standpunkt stellen, von dem Gefühl der historischen Stunde von gestern wieder in die raue Wirklichkeit zurückzukehren. Man tut vielleicht besser daran, nicht allzuoft so gewaltige Emotionen zu erleben, für den Juristen ist die ruhige, kaltblütige, vielleicht nüchterne Überlegung doch am wichtigsten. In diesem Sinne habe ich die Ausführungen von Herrn Wenzel begrüßt, die sich auf einem streng juristischen Boden bewegt haben.

Aus der außerordentlichen Fülle der von den beiden Herren Berichterstatlern behandelten Probleme möchte ich im folgenden nur einige wenige herausgreifen. Zunächst die Punkte, die sich auf den Bericht von Herrn Heller beziehen.

Man soll nicht immer so ohne weiteres von einer herrschenden Lehre sprechen. Sehr häufig gibt es eine herrschende Lehre als Einheit nicht, sondern vielmehr eine ganze Fülle von Meinungen, die mehr oder weniger stark voneinander abweichen.

Die Lehre vom formellen Gesetz ist vielleicht ihrer Bedeutung nach etwas übertrieben worden und daraus erklärt sich dann wieder ihre leidenschaftliche Bekämpfung. Besonders in einer republikanischen Verfassung spielt das sog. formelle Gesetz keine sehr wesentliche Rolle mehr, da es seine eigentliche

politische Bedeutung verloren hat. Wer würde heute z. B. bezweifeln, daß die Regierung an das Budget gebunden ist? Auch der Gesichtspunkt des Vorbehaltes des Gesetzes hat keine allgemeine Erheblichkeit mehr, seit sich der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchgesetzt hat. Denn danach gibt es ja keine irgendwie geartete Staatstätigkeit ohne gesetzliche Basis. Was im besonderen die Wertung der organisatorischen Normen anbelangt, so scheint es gerade hier nicht angängig, von einer herrschenden Lehre zu sprechen, dazu gehen die Ansichten zu weit auseinander. Ich habe beispielsweise in meinem „Bundesstaat als Rechtsbegriff“ und im „Bayerischen Verfassungsrecht“ die organisatorischen Normen so weit als Teilrechtsnormen erklärt, als sie für das Verhältnis zwischen Individuum und Behörde bedeutsam sind. Denn durch diese Normen wird erst der Rechtssatz, daß jemand leisten soll oder fordern darf, durch Angabe der befehlenden oder erfüllenden Stelle fertig gemacht.

Von den hochinteressanten Ausführungen von Herrn Wenzel kann ich leider nur auf einzelne eingehen. Vor allem erscheint mir das Problem der Positivität der Rechtsordnung ungeheuer reizvoll; aber ich glaube, daß es weder durch die bisherigen Darlegungen von Herrn Kelsen noch von Herrn Wenzel befriedigend gelöst ist, was ich leider an dieser Stelle nicht näher ausführen kann.

Etwas eingehender möchte ich mich mit der Lehre von dem Stufenaufbau des Rechts befassen. Zunächst muß ich Herrn Merkl meinen Glückwunsch zu dem ungeheuren Erfolg aussprechen, den die von ihm besonders klar und eindrucksvoll formulierte Stufentheorie erzielt hat. Gleichwohl komme ich um sehr gewichtige Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Lehre nicht herum. Es scheint mir nämlich nicht zutreffend zu sein, daß die Normen der einzelnen Stufen von gleicher Qualität sind. Auch Wenzel hat offenbar ähnliche Bedenken, wenn er zwischen Rechtsnormen und rechtserheblichen Normen unterscheidet. Allerdings sehe ich nicht ganz klar, worin er das Wesentliche des Unterschiedes sieht. Vor allem bin ich über seinen Begriff der „Urnormen“ nicht jedes Zweifels enthoben. Denn bei genauerem Zusehen komme ich zu dem Eindruck, als ob Urnorm und Urnorm bei ihm nicht immer dasselbe bedeutet. Denn, wenn ich recht verstanden habe, spricht er von einem Entstehen von Urnormen nach Maßgabe von Urnormen. Die letzteren würden also Erzeugungsregeln, die ersteren die auf Grund solcher Regeln erzeugten Vorschriften darstellen; beide müßten dann aber getrennt werden. Ich habe den Eindruck, als ob Wenzel sich bei seiner Aufstellung mit der Lehre Kelsens von der Überordnung der in

der Verfassung enthaltenen Rechtserzeugungsregeln über die einfachen Rechtsnormen berühren würde.

Die entscheidende Frage scheint mir darin zu liegen, woran ich den Rechtscharakter von Regeln für das menschliche Verhalten zu erkennen habe. Dafür kann nicht deren Normeneigenschaft allein maßgebend sein, denn es gibt ja Normen sehr verschiedener Art — beispielsweise neben Rechtsnormen Normen der Sitte usw. Es muß sich vielmehr um die besondere Rechtsnormeneigenschaft handeln. Diese aber kann nicht von einem subjektiven Moment, etwa dem Willen des Normgebers, als oberste Instanz zu handeln statt nur als Vollzieher anderer Normen, abhängig sein, sondern muß an objektiven Merkmalen erkennbar sein. Ich muß also dem Rechtsbegriff zum Maßstab wählen.

Sieht man nun das Zwangsmoment als das für die Rechtsnorm wesentliche an, und das tut ja auch Kelsen und seine Schule, mit der ich in diesem Punkt einer Meinung bin, dann ist dieses Moment nur bei der Gesetzesstufe gegeben. Hierbei ist selbstverständlich die materielle und die prozessuale Rechtsnorm als eine zusammengehörige Einheit zu erfassen. Dagegen fehlt das Zwangsmoment oberhalb und unterhalb der Gesetzesstufe.

Bezüglich der untergesetzlichen Akte bedarf das keiner näheren Ausführung; es unterliegt keinem Zweifel, daß sie ihre Sanktion und damit ihren Rechtscharakter dem Gesetz entlehnen. Aber auch die oberhalb des Gesetzes stehende Verfassung ist für sich betrachtet keine Rechtsnorm, denn auch bei ihr fehlt das Zwangsmoment. Bei dem positiven Verfassungsrecht muß man allerdings zwei Bestandteile unterscheiden, dem eigentlichen Kern und gewissen in die Verfassungsurkunden aufgenommenen Gesetzen mit erschwerter, weil an erhöhte Mehrheiten geknüpfter Änderungsmöglichkeit. Der Kern der Verfassungen enthält die Regeln über die Entstehung neuen Rechts. Aber dabei handelt es sich nicht um ein Müssen, ein unter Zwang gestelltes Sollen, sondern um ein Können. Also sind gar keine Rechtsnormen gegeben.

So bricht der Stufenbau der Rechtsnormen in sich zusammen, da die einzelnen Glieder einen grundsätzlich verschiedenen Charakter aufweisen. Man muß vielmehr scharf unterscheiden zwischen Vorschriften, denen das Zwangsmoment immanent ist, und solchen, bei denen es fehlt. In diesem Sinne wird wohl auch die Gegenüberstellung von Rechtsnormen und rechtserheblichen Normen bei Wenzel zu verstehen sein; die letzteren entlehnen ihre rechtliche Bedeutung den ersteren. Auch Kelsen hat noch in seinen Hauptproblemen an der Trennung von Normgebung und Normvollziehung fest

gehalten und sich erst später den Lehren seiner Schüler angeschlossen¹⁾).

Noch eine Bemerkung zum Schluß. Nach der von Wenzel vorgetragenen Theorie weiß ich nicht, was ich mit dem Landesrecht anzufangen habe. Denn nach seiner Auffassung ist das Landrecht kein Urrecht, demgemäß das Land keine Gesetzsgemeinschaft, also kein Staat. Damit wird aber der bundesstaatliche Charakter des Reichs beseitigt. Dagegen steht die Gesetzeseigenschaft des Landrechts außer Zweifel, wenn man sie auf das immanente Zwangsmoment abstellt. Denn dieses Moment tragen die Landesgesetze in sich und entlehnen es nicht von der Reichsverfassung.

Tatarin-Tarnheyden-Rostock: Die Verdienste der beiden Referate für die Klärung des Problems sind zweifellos erheblich, aber die Lösung der eigentlich zur Erörterung gestellten Frage nach dem Begriff des Gesetzes in der RV. hat weder das eine noch das andere gebracht. Heller hat eine in der Hauptsache negativ eingestellte Kritik der herrschenden Labandschen Auffassung gegeben, den Rechtsbegriff aber überhaupt nicht untersucht und seinen Gesetzesbegriff nicht in Übereinstimmung mit der RV. gebracht; seine Untersuchung der Bestimmungen der RV. ist eine ganz flüchtige. Wenzel hat zwar richtig erkannt, daß die Lösung des Problems ohne Untersuchung des Rechtsbegriffs eine aussichtslose bleiben muß und daher eine sehr interessante und geschlossene Theorie des Rechtsbegriffs gegeben, aber auf die positiven Bestimmungen der RV., die mit dem Begriff des Gesetzes operieren, ist auch er nur kurz eingegangen.

I. Zunächst sei einiges zu den Hellerschen Ausführungen dargelegt. Heller kämpft gegen die Labandsche Unterscheidung des Gesetzes im materiellen und des Gesetzes im formellen Sinn. Erstens behauptet er, diese Unterscheidung sei in der RV. nicht enthalten, zweitens aber bestreitet er ihren theoretischen Wert. Ich nehme in beiden Hinsichten einen entgegengesetzten Standpunkt ein.

1. Die Unterscheidung hat zweifellos großen theoretischen Wert. Die ganze Theorie Hellers bedeutet einen Verzicht, die Mannigfaltigkeit des Rechtslebens wissenschaftlich zu erfassen. Der Standpunkt Hellers findet offenbar seine Erklärung darin, daß er den eigentlichen Sinn der Unterscheidung zwischen Gesetz im materiellem und Gesetz im formellen Sinn nicht erkannt hat. Der Grund dieser Unterscheidung liegt nicht, wie Heller behauptet hat, darin, daß hier eine Abgrenzung der Gesetz-

¹⁾ Eingehendere Ausführungen über die Rechtsstufentheorie im Juliheft 1927 der „Zeitschrift für öffentliches Recht“.

gebung von anderen Funktionen erfolgen soll, sondern sie entspringt als notwendige Konsequenz aus der Unmöglichkeit, die Montesquieusche Dreiteilung der Gewalten selbst im rein-konstitutionellen Staat praktisch durchzuführen. Der Sinn der Montesquieschen Lehre, die an der Schwelle des werdenden Rechtsstaats stand, war nicht allein die Unterscheidung der normensetzenden Staatsgewalt von der das Recht für den Einzelfall feststellenden richterlichen Gewalt und beider von der Exekutive, der handelnden Staatsgewalt *kat'exochen* (wobei auf das von Georg Jellinek aufgeworfene Problem der Unterscheidung der Regierung von der eigentlichen Exekutive hier nicht näher eingegangen werden soll), sondern zugleich und vor allem die Verteilung dieser drei Arten von Staatsfunktionen auch an drei Gruppen von Staatsorganen. Nur wenn eine solche Verteilung durchgeführt würde, nur wenn es voneinander unabhängige Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Verwaltung im weiteren Sinne im Staate gäbe, die einander gegenseitig zu kontrollieren imstande wären, sei der Schutz des Staatsbürgers vor Willkür, vor Unrecht und der Staatsgewalt zu gewährleisten. Das war der erste Versuch, den Rechtsstaat praktisch durchzuführen, jenen Rechtsstaat, der uns dann über neue theoretische Begründungen in den Lehren Kants, Wilh. v. Humboldts, des Frhrn. vom Stein, Otto Bährs und Rudolf v. Gneists zu einer lebendigen Wirklichkeit geworden ist. Aber gegenüber jener Montesquieschen Forderung zeigte sich alsbald nicht nur die Unmöglichkeit, alle Normensetzung allein den Organen der Gesetzgebung zuzuweisen, sondern ebenso die Rechtsprechung allein den ordentlichen Gerichten, die Verwaltung allein den Verwaltungsorganen zu übertragen. Hand in Hand damit aber ging die Unmöglichkeit, den Gesetzgeber allein mit Normensetzung, die Justiz allein mit Rechtsprechung, die Verwaltung allein mit Verwaltungstätigkeit zu befassen. Abgesehen vom Gesetzgeber, auf den gleich einzugehen sein wird, übten die Gerichte auch Justizverwaltung, leiten sie die Vollstreckung, tragen sie durch gleichmäßige Rechtsübung zur Ausbildung des Gewohnheitsrechts bei; aber ebenso setzen die Organe der Verwaltung mit den Rechtsverordnungen materielles Recht, üben sie in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Rechtspflege usw. Die Konsequenz dieser Rechtslage für die Gesetzgebung ist, daß der Gesetzgeber auch Verwaltung, auch Rechtsprechung üben kann; hierbei wird es sich zwar im formellen Sinne d. h. dem Organe nach um Gesetzgebung, nicht aber um Gesetzgebung im materiellen Sinne handeln. Letztere liegt nur vor, wo Normensetzung gegeben ist. Hingegen haben wir es mit einem Gesetz im formellen Sinne zu tun, wo sich ein Verwaltungs- oder eine Recht-

sprechungsakt des Gesetzgebers nur in das Gewand des Gesetzes kleidet. Daraus entspringt eben die von Laband sehr richtig erkannte theoretische Notwendigkeit, das Gesetz im materiellen Sinne vom Gesetz im formellen Sinne zu unterscheiden. Die Konsequenzen jener geschilderten Lage gehen aber, wie gezeigt, über das Gebiet der Gesetzgebung weit hinaus. Man muß daneben auch von der Rechtsprechung im materiellen Sinne die Rechtspflege im formellen Sinne d. h. die Justiz, von der Verwaltung im materiellen Sinne die Verwaltung im formellen Sinne unterscheiden.

Heller mißversteht aber auch die Labandsche Lehre. Der Gesetzesbegriff nach seinen inhaltlichen Merkmalen kann selbstverständlich nur ein einziger sein. Er ist immer beim Gesetz im materiellen Sinne zu suchen. Das Gesetz im formellen Sinne stellt eine übertragene Bedeutung dar, die daraus entspringt, daß der Gesetzgeber sich oft auf Grund der Gesetze und vor allem auch auf Grund der Verfassung mit anderen Dingen befassen muß, als bloß mit der Setzung von Rechtsnormen. In der Regel ist allerdings das Gesetz im materiellen Sinne zugleich auch Gesetz im formellen Sinne.

2. Nach der heutigen Reichsverfassung mag nun Heller zugegeben werden, daß in ihr das Gebiet des bloß formellen Gesetzes enger geworden ist als früher, daß dieses in ihr von nicht sehr großer Bedeutung ist. Das heißt: es sind diejenigen Fälle seltener geworden, in denen ein Akt des Gesetzgebers ohne gleichzeitige Normensetzung erfolgt. Man mag hier heute den Haushaltsplan ausscheiden, obgleich das im Hinblick auf Art. 85 III Satz 2 gerade streitig ist; man mag es hinsichtlich der Gebietsumgliederungen nach RV. Art. 18 tun oder hinsichtlich der Fälle des Art. 82 IV oder auch hinsichtlich des Friedensschlusses nach Art. 45 II; immerhin aber bleiben z. B. die Kriegserklärung nach Art. 45 II oder die Amnestie nach Art. 79 II bloß formelle Gesetze; gewisse parlamentarische Hilfstätigkeiten so die Wahl des Präsidiums nach RV. 26 oder der Mitglieder des Wahlprüfungsgerichts (RV. 31 II), Bestellung der Ausschüsse (RV. 33—35) ebenso wie nach der alten Reichsverfassung die heute fortgefallene Funktion des Reichstags als Wahlprüfungsgericht könnten in einem weiteren Sinne ebenfalls hierher gerechnet werden, wenn sie freilich auch nicht als Gesetzgebung im formellen Sinne bezeichnet werden. Aber auch unsere heutige RV. kennt andererseits Gesetze, die bloß Gesetze im materiellen Sinne sind, d. h. Rechtsnormen, die nicht vom Gesetzgeber ausgehen, so die Verordnungen nach den Art. 91, 176, 179 II u. a. Hier mit einer Theorie der Individualisierung von Rechtssätzen zu operieren, wie es Referent tut, um zu einem einheitlichen Gesetzesbegriff zu gelangen, ist

keineswegs ein zwingendes Erfordernis. Der Vorbehalt des Gesetzes ist im übrigen, wenn man die Gesamtfunktionen des Staats ins Auge faßt, nur ein Postulat des Rechtsstaats, das zum mindesten in bezug auf die Verwaltung praktisch gar nicht restlos durchzuführen ist. Es gibt also einerseits wohl „bloß formelle“ Gesetze, und andererseits ist der Standpunkt gerade für den Juristen unhaltbar, daß es keine „Nichtrechtsnormen“ gibt. Das letztere behaupten bedeutet vor der Wirklichkeit des Staatslebens die Augen verschließen.

Wenn aber für den ersten Teil der RV. noch der Standpunkt des ersten Referenten mit Einschränkung hingenommen werden könnte, d. h. daß es sich hier der Regel nach um von der Volkslegislative wenigstens mitgesetzte Rechtssätze handelt, d. h. nach der herrschenden Terminologie um Gesetze zugleich im materiellen und im formellen Sinne, so versagen doch seine Thesen völlig im zweiten Teil der RV. Er gibt ja selbst zu, daß der zweite Teil Sonderbedeutungen des Wortes Gesetz aufweist. Darauf einzugehen, d. h. diese Sonderbedeutungen genau zu untersuchen, war die eigentliche Aufgabe des Referats. Heller hat selber gesagt, daß das Wort Gesetz z. B. in den Art. 114, 138, 153 u. a. einen anderen Sinn hat, als er ihn für das Gesetz überhaupt in Anspruch nimmt. Hier zeigt sich gerade die Berechtigung neben einem engeren Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne, das zugleich Gesetz im formellen Sinne ist, auch noch einen weiteren Sinn des materiellen Gesetzes gleich jede Rechtsnorm (ähnlich wie im EG. zum BGB.) zu unterscheiden. In den erwähnten Artikeln meint die RV. fraglos neben dem Gesetz im formellen Sinne auch die Rechtsverordnung (in den Heller allerdings nur eine Individualisierung des echten Rechtssatzes erblicken will), aber außerdem vor allem auch das Gewohnheitsrecht unter Umständen auch Observanz, Vereinbarung (z. B. in Art. 138). Weil eben eine Reihe von Artikeln des zweiten Teils den Sinn des Wortes Gesetz gleich jede Rechtsnorm notwendig macht, war es vor allem auch notwendig mit dem Gesetzesbegriff zugleich den Rechtsbegriff logisch zu klären, was übrigens, wie Heller richtig bemerkte, die frühere Staatsrechtslehre mangelhafterweise unterlassen hatte. Aber dieses Manko ist von Heller nicht ausgefüllt worden.

II. Sehr richtig hat der Herr Mitberichterstatter gerade hier mit seinen Ausführungen eingesetzt. Insofern bin ich mit ihm methodologisch völlig einverstanden.

Aber an diesem Punkt habe ich sachlich einige Bedenken gegen den Rechtsbegriff Wenzels. Für diesen ist zweierlei charakteristisch: 1. die Ausscheidung des kirchlichen Rechts, 2. die Zurückführung aller Rechtsnormen (= Gesetz im weiteren

Sinne) auf das staatliche Gesetz. Gegen beides habe ich Bedenken zumal gerade vom Standpunkt unserer Reichsverfassung aus. Ich will hier absehen von meiner theoretisch anderen Einstellung in bezug auf den Rechtsbegriff. Ich teile in der Hauptsache den Standpunkt Stammlers (den ich mit gewissen Modifikationen in meiner Schrift „Staat und Recht“ akzeptiert habe) und halte seine Merkmale des Rechtsbegriffs für die logisch nicht weiter zerlegbaren Grundelemente desselben. Im übrigen finden sich diese Merkmale nur in andere Worte gekleidet sämtlich in der dritten These Wenzels: „Unverletzbarkeit“ = „Normen“, „umfassende Regelung“ mit „Tendenz der Dauer“; „Selbstherrlichkeit“ = „Souveränität“; „Willensverbindung“ = auf dem „praktischen Handeln der Menschen gegeneinander beruhende „Gemeinschaft“; woraus die „Rechtsordnung“ als „Einheit des Normensystems“ (aber nicht im Kelsenschen Sinne der „Einzigkeit des Normensystems“) entspringt. Hingegen halte ich mit Kelsen und Stammler die „gewöhnliche Befolgung“ keineswegs für ein Essentiale des Rechtsbegriffs, sondern dieses Moment ebenso wie das „Zwangsproblem“ für einen Bestandteil des Machtproblems, das ich der Staatserörterung und nicht der Rechtserörterung zuweise (vgl. meine gen. Schrift). Doch kann hierauf in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Aber was an der Wenzelschen Lehre sich schon in Gegensatz mit der RV. setzt, um die es sich hier doch handelt, das sind jene zwei vorhin betonten Momente. Dadurch ergibt sich bei Wenzel eine zu starke Einengung des Rechtsbegriffs der RV. gegenüber. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die RV. von der Auffassung ausgeht, daß Recht nicht nur das ist, was, wie Wenzel sich ausdrückt, von der souveränen Instanz einer räumlich-persönlich abgegrenzten, umfassend geregelten, mit stärksten äußeren Zwangsmitteln ausgestatteten Gemeinschaft oder auf Grund ihrer Ermächtigung gesetzt ist, und daß unter „Gesetz“ in ihrem Sinne nicht nur die gesetzten Normen der souveränen Instanz zu verstehen sind. Schon in den Art. 4 und 127 RV. tritt das zutage. Ich meine, daß Art. 4 nicht bloß im Sinne einer generellen reichsgesetzlichen Transformation des Völkerrechts, nicht bloß im Wenzelschen Sinne einer Auffassung des Völkerrechts als „Untergesetzesrecht“ gemeint ist, sondern daß mit ihm eine selbständige Bedeutung des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts im anglo-amerikanischen Sinne festgelegt wird. Ebenso bin ich der Ansicht, daß der Art. 127 RV. nicht so inhaltsleer ist, wie das gemeiniglich behauptet wird. Abgesehen von der Frage, ob dieser Artikel für die sachliche Zuständigkeit der gebietskörperschaftlichen Selbstverwaltung eine praesumptio hergibt (vgl. dazu meine Schrift über „Das rechtliche

Wesen der deutschen Selbstverwaltung“, 1925), legt er doch jedenfalls eben diese Selbstverwaltung der Gebietskörperschaften fest, wozu auch die Normensetzung, die Autonomie der Gemeinden gehört. Aber am schärfsten tritt die Auffassung der RV., daß es neben der staatlichen noch eine andere selbständige Normensetzung gibt, im Art. 137 III zutage, wo den Religionsgesellschaften und zwar nicht nur denjenigen, die gemäß Abs. V „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ sind, das Recht der „selbständigen“ Ordnung d. h. Normierung ihrer Angelegenheiten verfassungsrechtlich gewährleistet wird. Damit erweist sich die Wenzelsche Ausschaltung des Kirchenrechts aus dem Rechtsbegriff einerseits, die Zurückführung aller Rechtssätze auf das staatliche Gesetz als unhaltbar.

Mit den von Wenzel ausgeschalteten, soeben gemäß dem Texte der RV. charakterisierten Normen, vor allem auch mit dem selbständigen Gewohnheitsrecht rechnet aber eine lange Reihe von Artikeln besonders des zweiten Teils der RV., in denen der Begriff des Gesetzes Anwendung findet, so z. B. 114, 138, 153.

In meinen soeben gegebenen Ausführungen, die bei der Spontaneität ihrer Entstehung natürlich nicht in allen Stücken eingehend begründet werden konnten, wollte ich einerseits zeigen, wie das gestellte Problem meiner Ansicht nach anzufassen war, andererseits aber dartun, daß die Unterscheidung des Gesetzes im materiellen vom Gesetz im formellen Sinne nicht nur in unserer Verfassung begründet ist, sondern sowohl theoretische als auch weittragende praktische Bedeutung hat. Daraus, daß das Gesetz im materiellen Sinne mit dem Gesetz im formellen Sinne zwar in der Regel zusammenfällt, aber oft auch auseinandergeht, ergibt sich obendrein vor allem die Notwendigkeit zwischen dem materiellen Gesetz im weiteren und im engeren Sinne zu unterscheiden.

Jellinek-Kiel: Mit meinem Herrn Vorredner bin ich darin einig, daß der eigentliche Vortragsgegenstand — der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung — etwas zu kurz gekommen ist. Die beiden Berichte waren im wesentlichen Prolegomena dazu, allerdings wertvolle und anregende. Es sei mir daher gestattet anzudeuten, was etwa ich mir vom Hauptteil der Vorträge erwartet habe.

Man geht zweckmäßig vom Begriffe des Rechtssatzes aus, der sich von anderen staatlichen Willensäußerungen dadurch unterscheidet, daß er an eine abstrakte Vielheit von Bürgern gerichtete Anordnungen enthält. Dem Vorschlage des Herrn ersten Berichterstatters, alle Anordnungen als Rechtssätze zu bezeichnen, also auch solche, die nicht nach außen, und solche, die sich an bestimmte Einzelpersonen richten, kann ich nicht

beipflichten. Schon das ALR. hebt, worauf Rosin hinweist, die Polizeigesetze als abstrakte Anordnungen aus den sonstigen polizeilichen Anordnungen heraus, indem es jene, und nur jene, dem Könige vorbehält. Heute ist diese Einengung des Rechtsatzbegriffs u. a. für die Scheidung der Rechtsfrage von der Tatfrage beim Rechtsmittel der Revision wichtig. Eine an eine abstrakte Vielheit von Bürgern gerichtete staatliche Anordnung gehört zur Rechtsfrage, eine Anordnung, der dies Merkmal fehlt, zum Tatbestand.

Hiernach ist die Scheidung der Gesetze in formelle und materielle im Sinne zweier sich schneidender Kreise trotz der heute gegen sie erhobenen Angriffe nach wie vor notwendig. Bezeichnet man im Reichsrecht die nach RV. Art. 68ff. zustande gekommenen Gesetze als solche im formellen Sinne, so gibt es neben den gleichzeitig formellen und materiellen Gesetzen, dem BGB., auch Gesetze, die keine Gesetze im materiellen Sinne entweder deshalb sind, weil ihnen die Allgemeinheit des Adressaten fehlt, oder deshalb, weil sie überhaupt nicht nach außen wirken. Von den Gesetzen mit unverbindlichem Inhalt sehe ich dabei ganz ab. So ist die Wahl eines Reichspräsidentenstellvertreters durch Reichsgesetz nach RV. Art. 51 das Beispiel eines nur formellen Gesetzes der ersten Art — allerdings, wie alle Wahlen gesetzgebender Organe, eines mit gewissen mittelbaren Rechtssatzwirkungen —, da es eine ganz bestimmte Einzelperson zu diesem Amte beruft, und es ist wichtig zu wissen, daß RV. Art. 51 I nur eine solche Einzelregelung gestattet, und nicht etwa ein allgemeines Stellvertretungsgesetz. Das Beispiel eines nur formellen Gesetzes der zweiten Art bildet nach wie vor das jährliche Gesetz über den Reichshaushaltsplan, das allerdings — darin stimme ich dem Herrn ersten Berichterstatter in seiner Kritik Labands bei — mehr ist als eine bloße Vorberechnung, aber trotzdem kein Rechtssatz, sondern, kurz gesagt, ein zunächst an die Minister gerichteter Dienstbefehl in Gesetzesform. An anderer Stelle verlangt die Verfassung mit dem Worte „Gesetz“ ein den formellen und materiellen Erfordernissen genügendes Gesetz, so wenn nach RV. Art. 104 I die „Gesetzgebung“ Altersgrenzen festsetzen kann, bei deren Erreichung Richter in den Ruhestand treten. Hier wäre offenbar ein gegen einen bestimmten Richter sich wendendes Gesetz verfassungswidrig, das Gesetz des Art. 104 I muß zugleich ein Rechtssatz sein. Auch die Vorbehaltsfunktion des Gesetzbegriffs, jene namentlich von Anschütz herausgearbeitete Beziehung des Gesetzes zur Freiheits- und Eigentumsklausel, verbindet der erste Hauptteil der RV. gelegentlich mit dem Worte „Gesetzgebung“, wenn nämlich RV. Art. 45 III solche völkerrechtlichen Verträge der Zu-

stimmung des Reichstags unterwirft, die sich auf Gegenstände der „Reichsgesetzgebung“ beziehen.

Daß die Bedeutung des Wortes „Gesetz“ im zweiten Hauptteil der RV. der Einzeluntersuchung bedarf, hebt der Herr erste Berichterstatter zutreffend hervor. Hier wäre namentlich die von Schmitt angeregte Frage zu prüfen, ob die Wendung „auf Grund von Gesetzen“ das Vorliegen eines Rechtssatzes in Gesetzesform, also einer abstrakten Norm, verlangt, oder ob auch Einzelgesetze zulässig sind, das Wort also im weiten, rein formelle Gesetze mitumfassenden Sinne zu verstehen ist. Auch bedarf der Untersuchung, welche Eingriffe solch schwerer Natur sind, daß ein Gesetz selbst sie vorsehen muß, und welche Eingriffe solcher Art, daß eine Verordnung als Grundlage für den Eingriff genügt.

Die Lehre von der Teilung der Gesetze in materielle und in formelle ist somit so handgreiflich in den Dingen selbst begründet, daß Laband auf dem Wege reiner Überlegung zu der Zweiteilung kommen mußte. Man tut daher einem so ausgesprochen juristisch denkenden Gelehrten, wie Laband es war, Unrecht, wenn man behauptet, er habe sich bei der Erkenntnis der Doppelbedeutung des Wortes „Gesetz“ irgendwie von politischen Beweggründen leiten lassen.

Hensel-Bonn: Die Ausführungen des Herrn Referenten werden manchen unter uns veranlaßt haben, nach Bestätigungen in den von uns besonders behandelten Materien zu suchen. Das moderne Steuerrecht vermag vielleicht ein besonders interessantes Beispiel für die materielle Gleichartigkeit der verschiedenen Staatsfunktionen zu bieten: Ich denke an § 108 der Reichsabgabenordnung, eine Bestimmung, die in ihrem ersten Teil bekanntlich den Reichsfinanzminister ermächtigt (mit Zustimmung des Reichsrats!), den Steuertatbestand aus „Billigkeitsgründen“ abzuändern, d. h. also eine außergesetzliche normative Regelung zu treffen; der zweite Absatz des Paragraphen gibt sogar die Ermächtigung zur Tatbestandsabänderung zugunsten des Einzelfalls, er läßt also die formelle Rechtsnorm hinter einer Verfügung zurückstehen und läßt weiterhin zu, daß diese Zuständigkeit bis zu den untersten Verwaltungsinstanzen herab delegiert wird. Hier ist demnach gerade auf dem Gebiet, das bisher als Hauptbereich des Gesetzesvorbehaltes galt („nullum vectigal sine lege“), eine inhaltlich fast unumschränkte Ersatzmöglichkeit des Gesetzes durch Verfügung gegeben, und ich stimme Heller darin zu, daß es sich bei derartigen Verfügungen um echte „Rechtsetzung“ handelt.

Gerade bei der hier besonders deutlich zu konstatierenden Auflockerung des formalen Rechtsstaatsgedankens erweist sich

aber die immer stärker werdende Bedeutung der materiellen Rechtsstaatsidee, wie sie vielen von uns heute in den Grundrechten verkörpert erscheint. Hier berühren sich die Ideenkreise der beiden Verhandlungstage, hier baut Heller unmittelbar auf Smend auf. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz namentlich erweist sich als das stärkste Ferment; er ist selbst dort, wo er formell aufs schwerste verletzt erscheint, inhaltlich die oft einzige Richtschnur für die Handhabung des tatbestandsändernden Ermessens (vgl. dazu meine Abhandlung in der Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht Bd. I S. 39ff.). So werden die Grundrechte berufen sein, die durch Zermürbung des formalen Rechtsstaatsgedankens scheinbar durchlöcherter Oberfläche unserer Rechtspyramide mit einer neuen einheitlich geschlossenen Umkleidung zu versehen.

Dyroff-München:

A.

In vielen Punkten kann ich den Diskussionsausführungen einiger Vorredner zustimmen, mich also hier kürzer fassen. Beispielsweise ist auch meiner Ansicht nach die Kriegserklärung ein Akt der Verwaltung, nämlich der auswärtigen und der Wehrmachtverwaltung. Daran reihen sich natürlich Rechtswirkungen und Rechtssetzungen in Masse.

B.

Einwendungen gegenüber Wenzel und Heller.

Hier stimme ich zunächst bezüglich der Rechtsnatur des Kirchenrechts den Darlegungen Tatarins zu.

Im übrigen will ich folgendes hervorheben:

1. Wenzel sagt über den Rechtsbegriff: „Recht bedeutet die Normen des praktischen Handelns der Menschen gegeneinander, die von der souveränen Instanz einer räumlich-persönlich abgegrenzten, umfassend geregelten, mit stärksten äußeren Zwangsmitteln ausgestatteten Gemeinschaft oder auf Grund ihrer Ermächtigung gesetzt sind.“ Danach wäre Gewohnheitsrecht kein Recht; denn es ist nicht gesetzt und es geht nicht von der sogenannten „souveränen Instanz“ aus.

2. Der Grundbegriff des Gesetzes soll sein:

a) „Die von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft gesetzten Normen“ und zugleich

b) „das gesetzte Unrecht“.

Hiernach müßten jene Normen in allen Fällen Rechtsnormen sein, denn sie müssen zugleich gesetztes „Unrecht“ darstellen.

Nach dem ersten Teil der Begriffsbestimmung (a) wäre die Verwaltungsanweisung in Gesetzesform Gesetz, nach dem zweiten Teil der Begriffsbestimmung (b) wäre sie es nicht.

Nach beiden Teilen der Begriffsbestimmung entsprechen im Reiche die Landesgesetze nicht dem Grundbegriff des Gesetzes. Denn der Landesgesetzgeber ist keine unterordnungslose Instanz in bezug auf die Geltung seiner Normen. Diese schufen nach der Wenzelschen Begriffsbestimmung des Rechtes (1) der Regel nach auch kein Recht, da sie meist nicht auf Grund Ermächtigung durch die Reichsgewalt erlassen sind, sondern auf Grund eigenen Rechtes der Länder.

Da nach Wenzel der Grundbegriff des Gesetzes mit dem Rechtsbegriff gegeben sein soll, ist wohl der erste Teil der Begriffsbestimmung des Gesetzes irrtümlich auf Normen überhaupt formuliert, die von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft gesetzt sind, anstatt auf derart gesetzte Rechtsnormen, was wohl gemeint ist.

Demnach wären Verwaltungsnormen, die, wenn sie im Verordnungswege ergehen würden, Verwaltungsverordnungen wären, die ja Wenzel als Gegensatz zu den Rechtsverordnungen anerkennt, von ihm als Gesetze im Sinne des Grundbegriffes anzusehen, wenn sie im Wege der Gesetzgebung ergehen. Dann können sie aber logisch nicht dem Inhalt nach, sondern nur der Form nach, also nicht materiell, sondern nur formell Gesetze sein.

3. Nach der ersten Bestimmung des Grundbegriffes des Gesetzes ist dieses die von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft gesetzte Norm oder vielmehr Rechtsnorm, wie nach dem oben Gesagten zu berichtigen ist.

Für die konstitutionelle Einzelmonarchie — also abgesehen vom Bundesstaatsverhältnis — ist die „souveräne Instanz der Rechtsgemeinschaft“ der Monarch mit Zustimmung der Volksvertretung. Beispielsweise entsprachen also die bayerischen Gesetze vor der Reichsgründung dem „Grundbegriffe des Gesetzes“, soweit sie Rechtsnormen enthielten. Seit der Reichsgründung entsprechen die bayerischen Gesetze nicht mehr dem Wenzelschen Grundbegriffe des Gesetzes.

Heller sagt: Gesetze seien „die obersten von der Volkslegislative (wenigstens mit) gesetzten Rechtssätze, an die möglichst alle Staatstätigkeit gebunden sein soll“.

Die herrschende Lehre besagt, wie ich es auszudrücken pflege: Formelle Gesetze, Gesetze der Form nach seien staatliche Äußerungen, die in einem verfassungsmäßig bestimmten, unter anderem für die normale Rechtssetzung des Staates vorgesehenen Verfahren, das die Mitwirkung der Volksvertretung oder der Staatsbürger selbst durch Volksabstimmung in sich schließt, — dem Gesetzgebungsverfahren des betreffenden Staates — zustande gekommen und in eine dementsprechende äußere Form des Erlasses — die Gesetzesform des be-

treffenden Staates — gekleidet sind, gleichviel, welchen Inhaltes sie sind.

Im wesentlichen beruht sohin der Unterschied zwischen der herrschenden Lehre und unseren beiden Berichterstattem auf deren Behauptung, Gesetze, die der Form nach Gesetze sind, müßten auch Rechtsnormen enthalten, wenn sie Gesetze im normalen Hellerschen Sinne oder Gesetze im Sinne des Wenzelschen Grundbegriffes sein sollen, wobei aber beide dann wieder sehr stark in der Frage auseinandergehen, wann eine Rechtsnorm vorliege.

C.

Meine Auffassung ist folgende:

Zu unterscheiden sind zunächst Rechtssetzung und Rechtsbildung.

Tatsächlich erfolgt mit der Rechtssetzung sehr vielfach und in unserer Zeit regelmäßig auch eine Rechtsbildung.

Die Rechtsbildung vollzieht sich

entweder durch die Rechtsschaffung, d. h. durch den bewußten Schöpfungsakt einer als Quelle von Rechtsnormen in Anerkennung stehenden Autorität oder durch ein allmähliches Sichherausbilden von Rechtsnormen, insbesondere durch Gewohnheitsrecht und verwandte Erscheinungen. Ich habe das früher Rechtssprossung genannt und nenne es jetzt das Wachsen von Recht.

Für den Begriff Rechtsbildung ist entscheidend, daß das Rechtsgebot ein neues ist, d. h. daß es der bestehenden Rechtsordnung noch nicht angehört. Die Rechtssetzung dagegen kennzeichnet sich dadurch, daß das Rechtsgebot in fixierter Erscheinungsform von einer machtvollen Autorität erlassen wird. Unter der Erscheinungsform eines Rechtsgebotes verstehe ich nicht nur die Worte, mit denen es erlassen wird, sondern auch den formellen Zusammenhang, in dem es zu den etwa uno actu ergehenden weiteren Willenserklärungen der Autorität steht, oder die formelle Selbständigkeit des Rechtsgebotes, wenn es vereinzelt ergeht. Fixiert nenne ich die Erscheinungsform, wenn sie bestimmt ist, die bleibende, einzig maßgebende äußere Form des Rechtsgebotes zu sein, also nicht etwa bloß angewandt wird, weil eben der Wille irgendwie geäußert sein muß, wenn er anderen zu Bewußtsein kommen soll.

Beim Begriff der Rechtsbildung ist ganz davon abzu-
sehen, in welcher Form das Rechtsgebot — wenn es nur ein neues ist — erscheint. Es braucht überhaupt keine feste Erscheinungsform zu haben, was wir beim gewachsenen Recht stets beobachten können, was aber auch beim geschaffenen begrifflich nicht ausgeschlossen ist.

Beim Begriff der Rechtssetzung dagegen ist ganz davon abzusehen, ob das Rechtsgebot inhaltlich der geltenden Rechtsordnung angehört oder nicht.

Das gesetzte Rechtsgebot muß übrigens nicht notwendig ein schriftlich fixiertes sein. Es genügt, wenn es überhaupt gesetzt, d. h. in eine bestimmte Fassung, in eine bestimmte Wortformel gekleidet ist. Das kann auch bei solchen von einer Autorität geschaffenen Rechtsgeboten der Fall sein, die nur mündlich fortleben oder bloß nicht-autoritativ aufgezeichnet sind.

Ungesetzt ist heutzutage in allen konstitutionellen Staaten wohl ausschließlich gewachsenes Recht. Aber nicht alles gewachsene Recht ist ungesetztes Recht. Die autoritative Setzung gewachsenen Rechtes ist ein sehr wichtiger Fall der Rechtssetzung.

Die Rechtssetzung unterscheidet sich von anderen Akten der Autoritäten durch rein materielle, inhaltliche Begriffsmerkmale; denn in welcher Form immer die Autorität einen Akt vornimmt, ob mündlich oder schriftlich, ob unter Zustimmung anderer Willenssubjekte oder ohne eine solche, ob die etwaige Zustimmung konstatiert wird oder nicht, — immer liegt ein Akt der Rechtssetzung vor, wenn es sich sachlich um Erlassung eines Rechtsgebotes in fixierter Erscheinungsform handelt. An dem Gegenstande, dem Inhalte des Rechtssetzungsaktes können wir sodann auch ein materielles und ein formelles Moment unterscheiden, das Rechtsgebot und dessen Erscheinungsform.

Das Produkt des Rechtssetzungsaktes bezeichne ich als Rechtssatzung. Ich verstehe darunter nicht das Rechtsgebot in einer Erscheinungsform, sondern das Rechtsgebot in seiner Erscheinungsform, das so und nicht anders in die Erscheinung getretene Rechtsgebot. Man kann aber auch mit dem Ausdruck Rechtssatzung nur die eine oder die andere Seite des Begriffes, für sich betrachtet, bezeichnen, also je nach dem Zusammenhang entweder das (gesetzte) Rechtsgebot oder seine Erscheinungsform.

Man sieht' leicht, daß diese beiden Begriffsmomente sich außerordentlich innig durchdringen: das Rechtsgebot können wir nur, weil es gesetzt ist, die Erscheinungsform nur, weil sie die eines Rechtsgebotes ist, als Rechtssatzung bezeichnen.

„Rechtssatz“ ist uns jeder Satz der Rechtsordnung, genauer gesprochen: jeder Satz, von dem wir sagen wollen, er gehöre seinem Inhalte, wenn auch nicht seiner Form nach der jeweils in Rede stehenden Rechtsordnung an. Das in einer Rechtssatzung enthaltene Rechtsgebot können wir hiernach

als Rechtssatz bezeichnen, mögen wir es in seiner autoritativ fixierten Erscheinungsform im Auge haben oder nicht. Rechtssätze nennen wir ferner diejenigen Sätze mit Rechtsinhalt, die wir aus ungesetztem Recht oder aus der logischen Verbindung mehrerer — gesetzter oder ungesetzter — Rechtsgebote abgeleitet denken.

Objektiv steht es oft gar nicht fest, ob das, was wir Rechtssatz nennen, auch wirklich ein geltender Satz der fraglichen Rechtsordnung sei; es genügt uns die Annahme, daß dies der Fall sei, um den Fachausdruck „Rechtssatz“ zu gebrauchen.

Gehen wir dagegen von dieser Annahme nicht aus oder sehen wir davon ab, ob der Satz der betreffenden Rechtsordnung angehört oder nicht, so ist der weitere, farblose Ausdruck „Satz mit Rechtsinhalt“, oder, wenn wir mehr den Gedankengehalt eines solchen Satzes betonen wollen, der Fachausdruck „Rechtsgedanke“ am Platze.

Nach dem Gesagten erblicke ich in der Rechtssatzung ein in fixierter Erscheinungsform seitens einer machtvollen Autorität erlassenes Rechtsgebot, gleichviel, ob es inhaltlich bereits vorher in Geltung war oder nicht. Dieser Begriff ist für die Rechtslehre ein viel handlicheres Werkzeug als der Begriff des rechtschaffenden „materiellen Gesetzes“, wie er seinerzeit von Laband, Seligmann und anderen entwickelt wurde.

Eine authentische Interpretation enthält ein Doppeltes:

1. eine neue Rechtssatzung;
2. das Gebot, es so anzusehen, als ob die frühere Rechtssatzung inhaltlich mit der neuen übereinstimme.

Dabei macht sich die Autorität keine Skrupeln darüber, ob das zweite Gebot auch innerlich begründet und gerechtfertigt sei.

Aus dem bisher Gesagten folgt, daß eine Rechtssatzung auch dann gegeben ist, wenn bezüglich einer konkreten Einzelheit eines individuell bestimmten Tatbestandes ein Rechtsgebot in fixierter Erscheinungsform autoritativ erlassen wird. Rechtssatzungen dieser Art bezeichne ich als Einzelheitsatzungen. Beispiel: die Verlängerung der Funktionsdauer eines bestimmten Reichspräsidenten.

Einzelheitsatzungen sind meist nicht nur Rechtssatzungen, sondern auch Rechtsschaffungsakte, sofern sie nämlich ein neues Rechtsgebot enthalten, wodurch entweder die Wirkungen bestehender Rechtssätze für einen konkreten Tatbestand ausgeschlossen oder an einen konkreten Tatbestand Rechtswirkungen geknüpft werden, die nach der bestehenden Rechtsordnung nicht einzutreten hätten. Bloß rechtsetzend würde es dagegen beispielsweise wirken, wenn behufs Ab-

schneidung von Zweifeln ein aus dem geltenden Recht für einen Einzelfall wirklich folgender Satz als Rechtssatzung erlassen würde. So, wenn eine bestehende konkrete Thronfolgeberechtigung durch eine Verfassungssatzung anerkannt würde. Auch hier würde autoritativ ausgesprochen, was iure legeque die Wirkung eines bestimmten Tatbestandes ein soll.

Innerhalb der umfassenderen Kategorie der Rechtssatzungen kann man von anderen diejenigen staatlichen Rechtssatzungen unterscheiden, deren Imperativ an die der Staatsgewalt Unterworfenen gerichtet ist.

Dieser materielle Gesetzesbegriff ist aber nicht der einzige, der sich aufstellen läßt.

Ein für die Wissenschaft allgemein brauchbarer Gesetzesbegriff ist es allerdings nicht, wenn man mit neueren Kodifikationen als „Gesetz“ „jede Rechtsnorm“ bezeichnet, worin Hänel die einzige Möglichkeit erblickte, von Gesetzen im materiellen Sinne zu sprechen. Denn es kann in allgemeiner wissenschaftlicher Terminologie unmöglich angehen, ein ungesetztes Rechtsgebot „Gesetz“ zu nennen. Das geht nur zum Zwecke technischer, insbesondere gesetzestechnischer Vereinfachung.

Zulässig wäre es dagegen, alle Rechtssatzungen unter die Kategorie „Gesetze im materiellen Sinne“ oder „Rechtsgesetz“ zu stellen.

Insbesondere aber ist als ein weiterer brauchbarer materieller Gesetzesbegriff derjenige anzuerkennen, der alle staatlichen Rechtssatzungen umfaßt. Denn die Verschiedenheit der materiellen Quellen, aus denen ein Rechtsgebot erflossen sein, also seine Befehlskraft erhalten haben kann, gibt meines Erachtens nicht, wie Hänel meinte, formelle, sondern materielle begriffsbildende Merkmale ab; die Form kann verschieden sein.

Die zuletzt erwähnte Umgrenzung des Begriffes „Gesetz im materiellen Sinne“, wonach nur als eine Unterart dieser Kategorie (der staatlichen Rechtssatzungen) die an die Untertanen gerichteten Gesetze erscheinen, empfiehlt sich für das Staatsrecht des deutschen Reiches und mancher Einzelstaaten, jedenfalls für die nicht von der Freiheits- und Eigentumsformel ausgehenden Einzelstaaten.

Staatliche Rechtssatzungen sind auch die Verfassungsrechtssatzungen, deren Imperativ sich an das Volk als Gesamtheit oder an die Volksvertretung oder in Monarchien an den Herrscher oder dessen Stellvertreter richtet.

Die Form des Gesetzes kann nun, was doch kaum bestrittbar ist, auf staatliche Willensakte beliebigen Inhalts Anwendung finden, in unvernünftiger Weise, aber auch in vernünftiger.

Hänel und unsere heutigen Berichterstatter kämpfen ja allerdings gegen nur formelle Gesetze an. Aber:

Die Regierung kann z. B. auch in Fällen, in denen eine Zustimmung der Volksvertretung zu ihrem — nicht rechtsetzenden — Akte überhaupt nicht notwendig, die Regierung also allein zuständig ist, sich jener Zustimmung versichern und es steht ihr auch frei, diese Zustimmung im Gesetzgebungsverfahren zu erholen und der Festsetzung die Form des Gesetzes zu geben. In Fällen dieser Art kann man nicht sagen, die Regierung sei zu dem betreffenden — keine Rechtssatzung darstellenden — Staatsakte verfassungsmäßig inkompetent, so daß sie zu diesem Akte erst durch die sog. „souveräne Gesetzgebung“ in einem speziellen „Rechtssatz“, wie Hänel sich ausgedrückt hatte, ermächtigt werden müßte. Derartige Festsetzungen können durch die Anwendung des Gesetzgebungsverfahrens ihre sachliche Natur doch nicht ändern, sie können aus einem Nichtrechtsatz keinesfalls ein Rechtssatz werden. Das wäre ein mysteriöser Inhaltswandel durch bloße Anwendung eines Verfahrens.

Auch in Fällen, in welchen die Zustimmung der Volksvertretung, nicht aber die Gesetzesform zu einem Verwaltungsakte, z. B. zu einer Schuldaufnahme verfassungsrechtlich notwendig ist, liegt es nicht wesentlich anders.

Die Isolierung der Rechtsnormen von anderem Gesetzesinhalt ist oft schwierig durchzuführen oder überhaupt unmöglich. Nicht nur dieser Umstand, sondern auch bewußtes freies Wollen der Regierung muß häufig das Zustandekommen von Gesetzen veranlassen, die Rechtssatzungen und rein formell-gesetzliche Bestandteile nebeneinander enthalten.

Formelle Gesetze, die zugleich Rechtssatzungen sind, nenne ich jetzt „Rechtsgesetze“. (Früher gebrauchte ich diesen Ausdruck in anderem Sinne.) Formelle Gesetze, die nicht zugleich Rechtssatzungen sind, nenne ich „Formgesetze“ oder „nur formelle Gesetze“.

Schon aus dem Gesagten ergibt sich, daß es auch rechtlich relevante Gesetze gibt, die keine Rechtssatzungen sind.

Wenn man nun, wie das schon Hänel getan hat, zugibt,

- a) daß Gesetze vielfach neben den Rechtssatzungen „enuntiative Bestandteile“ enthalten, deren Aussonderung von den dispositiven Bestandteilen „den mannigfachsten, die ganze juristische Technik herausfordernden Schwierigkeiten“ unterliegen kann, sodann
- b) daß es auch „Gesetze“ gegeben hat und geben wird, die überhaupt keine Rechtssätze, sondern lediglich juristisch Irrelevantes enthalten und gleichwohl im Gesetzgebungs-

verfahren zustande kamen, die Form eines Gesetzes in jeder Beziehung an sich tragen und vom Gesetzgeber als Gesetze gewollt und bezeichnet sind,

so ist es meines Erachtens ein wissenschaftliches Bedürfnis, alle „Gesetze“, sowie alle in Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, mithin alles, was unter Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens in der Form eines Gesetzes verkündet worden ist, eben wegen dieser seiner Form und der Form seines Zustandekommens als „Gesetz schlechthin“ zu bezeichnen, ohne zunächst auf den Inhalt — ob Rechtssatzung oder nicht — Rücksicht zu nehmen, dessen Qualifizierung teils von der Stellungnahme zu schwierigen Streitfragen abhängt, teils erst durch die — wiederum bestreitbare, nicht objektiv-gewisse Resultate liefernde — Auslegungskunst gewonnen werden kann. Verwirft man diesen „formellen Begriff“, so muß man stets außerordentlich vorsichtig mit der Bezeichnung „Gesetz“ oder „gesetzliche Bestimmung“ umgehen, weil immer die Gefahr droht, daß die Theorie deduziert, eine Bestimmung, die die Form des Gesetzes tatsächlich hat, sei kein Rechtssatz, weshalb sich diese Form nicht auf sie beziehen könne.

Ferner wurde schon von Hänel der Einwand erhoben, daß bei der weiteren Einteilung der „Gesetze im formellen Sinne“ ein Einteilungsglied, das juristisch relevant sei, einem anderen Einteilungsglied gegenüberstehe, das teils juristisch relevant und teils juristisch irrelevant sei. Wenn es nun aber ein wissenschaftliches Bedürfnis ist, diesen Begriff des „Gesetzes“ auf ausschließlich formelle, aber immerhin juristische Merkmale zu gründen, so ergibt sich naturgemäß erst bei der weiteren Einteilung die Rücksicht auf den Inhalt. Und hierbei ist es dann sehr wohl wissenschaftlich zu rechtfertigen, eine hervorragende Gattung von „Gesetzen“, die diesen Namen in einem vorzüglichen Sinne entweder als Rechtssatzungen überhaupt oder als Gesetze im Sinne der Freiheits- und Eigentumsformel wegen ihres Inhalts verdienen, hervorzuheben. Daß unter den Gesetzen, die unter diese besondere Kategorie nicht fallen, sich wieder weitere Gattungen unterscheiden lassen, die unter sich ihrem Inhalt nach so wesentlich verschieden sind, wie das rechtlich Irrelevante vom rechtlich Relevanten, kann um so weniger etwas verschlagen, als man ja natürlich bei den weiteren juristischen Untersuchungen vom rechtlich Irrelevanten abzusehen hat.

Von den Gesetzen, die teils Rechts-, teils Formgesetze sind, müssen wohl unterschieden werden Gesetze, die unter Einschaltung von Verordnungen erlassen sind, und Verordnungen, die unter Einschaltung von Gesetzen erlassen sind.

Ein Gesetz der ersteren Art war die württembergische Strafprozeßordnung von 1843, die in ihrem Art. 462 für eine Reihe ihrer Artikel bestimmte, sie seien „als im Wege der Verordnung ergehende Vorschriften von der Verabschiedung ausgenommen“. Solche eingeschaltete Bestimmungen, die nur äußerlich, nicht auch juristisch Teile des Gesetzes sind, kann man Schaltverordnungen nennen. Selbst wenn sie in dem von der Volksvertretung gutgeheißenen Gesetzentwurf enthalten waren, sind sie doch Verordnungen, weil entweder unmittelbar ersichtlich ist, daß ihnen die Gesetzesform fehlt (z. B. wenn sie bei der Konstatierung der Gesetzesvoraussetzungen in der Eingangsformel ausdrücklich ausgenommen sind) oder weil die an sich gegebene Gesetzesform kraft einer besonderen Bestimmung als nicht vorhanden anzusehen ist.

Die Aufnahme einer Schaltverordnung in ein Gesetz kann nur stattfinden, wenn die Volksvertretung damit einverstanden ist. Wäre sie dies nicht, so müßte sie entweder wollen, daß die fraglichen Bestimmungen ebenfalls in Gesetzesform — wie in einem interessanten württembergischen Fall von 1866 — erlassen oder aber, daß sie überhaupt nicht in das Gesetz eingeschoben werden.

Gesetzliche Bestimmungen, die in eine Verordnung eingeschoben sind, nenne ich Schaltgesetze.

So waren Schaltgesetze die periodischen Steuererhebungsgesetze des früheren bayerischen Rechtes, die ein Einschiesel des sogenannten Finanzgesetzes bildeten. Die bayerischen „Finanzgesetze“ waren nämlich in Wirklichkeit keine Gesetze, obwohl sie ganz wie solche der Zustimmung des Landtages unterworfen zu werden pflegten; denn sie ermangelten der Gesetzesform. Juristisch waren sie vielmehr Verordnungen, wie sich schon aus der üblichen Einleitungsformel ergab, worin die Zustimmung beider Kammern des Landtages nur in Ansehung der Erhebung der direkten und der Veränderung der indirekten Steuern, also nur für das eingeschaltete periodische Steuererhebungsgesetz konstatiert war.

Auch der Haushaltsplan des heutigen bayerischen Rechtes muß übrigens nicht als formelles Gesetz erlassen werden — im Gegensatz zum Haushaltsplan des Reichsrechtes. § 80 VU. sagt nur, auf Grund des Haushaltsplanes beschließe der Landtag über die nach den bestehenden Steuergesetzen zu erhebenden Steuern: Finanzgesetz. Es kann also der Haushaltsplan zum formellen Bestandteil des Finanzgesetzes gemacht werden. Er muß aber nicht hierzu gemacht werden.

Meine heutigen Ausführungen gehen zum größten Teile auf Darlegungen zurück, die ich schon vor 38 Jahren in meiner Abhandlung über „Rechtssatzung und Gesetz“ (in den Annalen

des deutschen Reichs 1889) gemacht habe. Sie reagieren aber vor allem auf das, was wir heute gehört haben, und berücksichtigen einige Wandlungen, die in meiner eigenen Stellungnahme seit jener Zeit eingetreten sind

Merkel-Wien: Die Debatte zeigt, daß das Gesetz nicht in seiner Isolierung, sondern nur unter Bezugnahme auf die anderen ihm wesensgleichen Rechtserscheinungen betrachtet werden kann. Das Gesetz ist eben nicht die einzige, sondern nur eine unter zahlreichen, zeitlich und örtlich wechselnden Rechtserscheinungen, woraus sich eine stufenförmige Struktur der Rechtsordnung ergibt. So sind meines Erachtens einerseits die Verfassungssätze, andererseits die gerichtlichen Urteile und die Verwaltungsakte Rechtsnormen. Dieses Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues habe ich unmittelbar Kelsen zu verdanken, bei dem sie sich in nuce bereits in seinen „Hauptproblemen“ angedeutet fand. Eine wertvolle Bestätigung meiner Ansicht waren mir sodann Ausführungen Thomas in der Festschrift für Otto Mayer. Vor allem waren aber den Prozessualisten, namentlich Bülow, untergesetzliche Rechtsatzformen in der Gestalt des Urteils aufgetaucht und in ihrer Natur als Rechtsnormen zum Problem geworden. Mein Vorredner Nawiasky hat die Normenqualität der untergesetzlichen Rechtserscheinungen anerkannt, nur ihre volle Rechtsqualität in Abrede gestellt; er hat jedoch meines Erachtens mit Unrecht die obergesetzliche Rechtserscheinung, die Verfassung, nicht als Rechtsnorm anerkennen wollen. Was sind aber rechtserhebliche Normen anderes als Rechtsnormen? Bestreitet man den Rechtssatzcharakter der außergesetzlichen Rechtserscheinungen wegen des Mangels des Zwangsmomentes, so möchte ich dem entgegenhalten, daß die Zwangsdrohung allen genannten Rechtserscheinungen gleicherweise immanent ist. Der Zwang ist nur die Realisierung des Rechtssatzes. Meines Erachtens ist Rechtssatz alles das, was einer Anwendung durch Staatsorgane fähig ist, also z. B. auch Verfassung, Verwaltungsakt und Gerichtsurteil. Ebenso wie die Stufentheorie die Rechtsordnung nach untenhin auf die Fälle der individuellen Rechtserscheinungen erstreckt, erweitert sich die Rechtsordnung in dem rechtlichen Weltbild, das besonders platisch mein Wiener Kollege Verdroß gezeichnet hat, nach obenhin durch die Unterordnung der staatlichen Rechtsordnung unter die Stufen des Völkerrechtes. Und schließlich findet ein Anschluß des Rechtsnormensystems an die ganze Normenwelt, ein Regreß von der Rechtsordnung zur Einheit der aus Moral, Religion usw. aufgebauten Sollordnung statt. Ein weiterer Regreß vom Sollen in die Wirklichkeit, so, daß sich eine höhere Einheit von Sollen und

Sein ergeben würde, kann allerdings erkenntnismäßig nicht vorgenommen werden.

Waldecker-Königsberg verweist kurz auf einen Vortrag, den er in Königsberg vor 14 Tagen gehalten hat und in dem er auf die behandelten Fragen eingegangen sei.

Schlußwort Heller-Berlin: Daß mein Referat auf verhältnismäßig umfangreichen historischen und systematischen Erwägungen aufbaut, hat seine Notwendigkeit darin, daß die heutige Staatsrechtslehre keinen Schritt tun darf, ohne ihre letzten höchst fragwürdig gewordenen Fundamente zu überprüfen. Auch zum vorliegenden Thema lassen sich meines Erachtens nur (technisch mehr oder weniger erhebliche) theoretische Willkürlichkeiten aussagen, es sei denn, daß man sich entschließt, den konstitutionellen Gesetzesbegriff mit dem materiellen Rechtsstaatsgedanken einerseits und mit den Begriffen Rechtsatz und Rechtsgrundsatz andererseits in einen grundsätzlichen Zusammenhang zu bringen.

Die Diskussion hat mich nicht davon überzeugen können, daß die herrschende Zweiteilung des Gesetzesbegriffs irgend etwas beiträgt zur Bestimmung des gesetzlichen Vorbehalts oder zur Klärung der in der Reichsverfassung vorhandenen Sonderbedeutungen des Wortes „Gesetz“. Überflüssige Einteilungen ergeben aber überflüssige Probleme und erzeugen meist weitgehende Verwirrungen.

Auf die gründlichen Ausführungen Wenzels im einzelnen einzugehen, muß ich mir sowohl deshalb versagen, weil unsere methodischen Voraussetzungen zu verschieden sind, als vor allem auch deshalb, weil wir über das zur Diskussion stehende Thema durchaus der gleichen Meinung sind. Daß der von mir vertretene Begriff des Rechtssatzes der überlieferten juristischen Ansicht als zu weit gefaßt erscheint, ist psychologisch verständlich. Zu fragen ist aber, ob dieser Begriff in einer der Theorie und Praxis befriedigenden Weise begrenzt werden kann. Diese Begrenzung ist Wenzel ebensowenig wie allen anderen gelungen, obwohl er aus seinem Rechtsbegriff unzulässigerweise das Kirchenrecht von vornherein ausschließt und das Völkerrecht nur recht unbefriedigend zu konstruieren vermag. Selbst dann aber kann Wenzel zur Kennzeichnung seines Rechtsbegriffs nicht auskommen ohne den Zusatz: „oder auf Grund ihrer (der souveränen Instanz) Ermächtigung“ gesetzte Normen, welche Normen aber doch offensichtlich den Befehl des Unteroffiziers mit einbegreifen. Durchaus abzulehnen ist die Aufstellung eines überhistorischen jedenfalls von der Institution des gewaltenteilenden Rechtsstaates losgelösten, auch im Absolutismus nachzuweisenden Gesetzesbegriffs. Mit dieser Aus-

weitung werden historisch recht eng determinierte Begriffe systematisch wertlos.

Der Einwurf Nawiaskys, es sei im Grunde eine herrschende Zweiteilungslehre gar nicht vorhanden, wird durch die Tatsache der gesamten Verfassungsliteratur und die nachfolgenden Diskussionsredner z. B. durch Tatarin widerlegt, der den Stand dieser Lehre ziemlich genau wiedergibt. Richtig ist Nawiaskys Feststellung, daß der von ihm, Kelsen und Merkl akzeptierte Rechtsbegriff die Merkl'sche Stufentheorie unhaltbar macht.

W. Jellinek will den Rechtssatzbegriff durch die Kombination der alten Lehre von der „Allgemeinheit“ mit der neuen von der „Wirkung nach Außen“ bestimmen, ohne dabei die von mir bestrittene Berechtigung dieser Kriterien zu begründen. Seine Beispiele, insbesondere seine Konstruktion des Haushaltsplans, sowie des Gesetzes auf Grund des Art. 51 RV. sind nicht überzeugend. Ein Gesetz auf Grund Art. 104 I. RV. das sich auf einen einzelnen Richter bezieht, wäre verfassungswidrig, weil und sofern es willkürlich, d. h. den Rechtsgrundsatz der Gleichheit verletzend wäre, nicht aber deshalb, weil es einem logischen Grundsatz der Allgemeinheit widerspräche. Was die politischen Motive Labands anlangt, so sind solche als objektive Faktoren bei ausnahmslos jedem selbst bei dem „reinen“ Rechtstheoretiker wirksam eben deshalb, weil in der Geisteswissenschaft gar nichts handgreiflich in den Dingen begründet ist. Wie weit bei Laband außerdem subjektiv bewußte politische Tendenzen wirksam waren, ist eine noch keineswegs ausgemachte, von mir jedenfalls nicht angeschnittene Frage.

Die Eigenart der Kelsenschen Polemik erfordert eine ausführlichere Antwort. Nach Kelsen hätte ich ihn und seine Schüler nicht nur ausgeschrieben, die Quelle meiner Gedanken nicht nur nicht anerkannt sondern sogar verleugnet und nach außen hin bekämpft; wobei nur die Frage offen bleibt, ob ich so dumm war, es nicht besser zu wissen, oder so schlecht, es nicht besser wissen zu wollen.

Meine Inanspruchnahme für die Kelsensche Schule muß ich entschieden ablehnen. Mit dem gebührenden Nachdruck weise ich die Behauptung zurück, ich hätte von den Lehren dieser Schule einen größeren Gebrauch gemacht, als ich persönlich anerkenne. Kann Kelsen zwischen uns wirklich keine anderen Differenzen herausfinden, als die zehnjährige Altersdifferenz, auf die er — in einer merkwürdig gearteten Reinheit der Methode — einen besonderen Wert zu legen scheint?

Sachlich verhält sich die Angelegenheit so, daß ich einen, u. a. auch von Merkl ausgeführten, von ihm als Stufentheorie durchgeführten Gedanken, den Kelsen nachträglich übernommen hat, mir zu eigen gemacht habe und — wie auch noch die Zu-

rufe während der Kelsenschen Diskussionsrede bewiesen — an der betreffenden Stelle Merkl ausdrücklich zitiert habe.

Nun ist dieser Gedanke weder der „Kernpunkt“ meines Referats, noch „ein wesentlicher und charakteristischer Bestandteil“ des Kelsenschen Systems (er sprengt es geradezu), noch hat dieser Gedanke innerhalb meiner Anschauungen die gleiche Bedeutung wie bei Kelsen und Merkl. Um dieses zu belegen, bedarf es nicht einmal des Hinweises auf meine „Krisis der Staatslehre“ und „Souveränität“. Die Nebeneinanderstellung folgender Sätze Kelsens dürfte genügen: einmal behauptet er, meine These, das Gesetz unterscheide sich von irgendeiner Verwaltungsvorschrift oder einem Rechtsspruch keineswegs durch seine Rechtssatzeigenschaft, sondern durch seine erhöhte Geltungskraft, könne „ebensogut“ von ihm und seinen Schülern ausgesprochen worden sein, ja, dieser Satz sei „beinahe wörtlich so“ von ihnen ausgesprochen worden. Im nächsten Satz erklärt Kelsen nicht zu wissen, was ich unter „erhöhter Geltungskraft“ verstehe. Sollte es Kelsen wirklich verborgen sein, daß hier einer der Kernpunkte meines Referats und zugleich meines Gegensatzes zu seinem formalistischen Apriorismus liegt, daß gerade diese Umdeutung von Herrschaftsbeziehungen in logische Beziehungen ein Symptom jenes Rechtsrationalismus darstellt, dessen Vertreter par excellence heute Kelsen ist? Der als Stufentheorie bezeichnete Gedanke hat mit jener Methode als solcher gar nichts zu tun. Er ist weder ein für Kelsen noch ein für seine Schüler charakteristischer Lehrsatz, was jeder daraus entnehmen mag, daß mein, von Kelsen für sich und seine Schule beanspruchter Satz von dem selbständigen Anteil an dem Rechtsschöpfungsberuf der Staatsgewalt sich wörtlich bei Bülow, Gesetz und Richteramt, erschienen 1885 auf S. 13 findet. Daß für mich die Individualisierung von Rechtssätzen durch Gemeinschaftsautorität innerhalb von substantiellen Rechtsgrundsätzen etwas von der Kelsenschen Individualisierung von Normen *toto coelo* Verschiedenes bedeutet, zeige ich an anderer Stelle ausführlich (Souveränität, pass.). Gewiß hat u. a. auch Kelsen die unrichtige Auffassung bekämpft, welche die Unterscheidung der drei Gewalten des Rechtsstaates als eine apriorische versteht. Das von mir stets anerkannte Verdienst dieser Kritik wird aber dadurch paralysiert, daß Kelsens Methode — sofern sie konsequent bleibt! — keinerlei Möglichkeit besitzt, diese und alle anderen, historisch-politisch bedingten, positivrechtlich unentbehrlichen Unterscheidungen zu erfassen.

Schließlich hat Kelsen sich Smends und meinen Ausführungen gegenüber für berufen erachtet, vor dem „Einbruch der Politik von rechts und links“ in die Jurisprudenz zu warnen. Für mich bedeutet gerade dieser Einbruch die Hoffnung, daß

die Staatsrechtslehre sich auf ihre Seins- und Bewußtseinsvoraussetzungen besinnt und, eben dadurch von einseitiger Parteipolitik besser geschützt, auf dem besten Wege ist, aus dem unfruchtbaren und willkürlichen positivistischen Logismus herauszukommen. Mit Kelsens, übrigens nur angeblich, reinen Formen kann man zwar alle ihres Inhalts entleerten und sodann willkürlich konstruierten Begriffe zu einem System zusammenbiegen; man kann aber mit ihnen weder den Staats- noch den Rechtsbegriff fassen, am allerwenigsten aber den Rechtsstaatsbegriff — ist doch nach Kelsen jeder Staat ein Rechtsstaat — und den konstitutionellen Gesetzesbegriff.

Schlußwort Wenzel-Rostock: Ich danke zunächst für das entgegengebrachte Interesse und die Anregungen. Die Diskussion hat mich erkennen lassen, daß ich nicht immer verstanden, ja hier und da direkt mißverstanden worden bin. Dies erklärt sich aus der starken Gedrängtheit meiner Darlegungen, der ich mich befleißigen mußte. Ich muß bekennen, daß die Einwendungen, die man in der Diskussion erhoben hat, mich nicht überzeugt haben. Die vorgerückte Stunde verbietet es mir, auf die Mißverständnisse und Einwendungen näher einzugehen. Es sei nur kurz bemerkt, daß das System des „staatlichen“ Rechts, wie man heute das weltliche Recht der zivilisierten Nationen bezeichnet, nicht bloß das von den „staatlichen“ Organen (also der Rechtspersönlichkeit „Staat“), sondern auch das von den eingegliederten engeren Gemeinschaften und Verbänden in ausdrücklicher oder in gewohnheitsrechtlicher Form gesetzte Recht, das ja alles hinsichtlich seiner Geltung letzten Endes der einen souveränen Instanz untersteht, umfaßt. (vgl. meine Jur. Grundprobleme S. 403). Im Bundesstaat gehören zu dem durch den souveränen Oberstaatsgesetzgeber konstituierten einheitlichen Rechtssystem auch die Gesetze der Gliedstaaten. Sie sind dort, wo sie einst souverän waren, aus primären zu sekundäre Rechtsquellen geworden. (Über die trotzdem mögliche Eigenschaft der Glieder als Staaten — freilich nunmehr nichtsoveräne — vgl. meine Grundprobleme S. 248ff., 280ff.) Dadurch, daß die RV. den Grundsatz der Nichteinmischung in die kirchlichen Verhältnisse verkündet, erscheint das „kirchliche Recht“ noch keineswegs als ein dem weltlichen, d. h. „staatlichen“ Recht gleichgeartetes Recht. Gegenüber Herrn Dyroff sei klargestellt, daß auch das Gewohnheitsrecht „gesetzt“ (aber nicht „gesatz“t) ist und auch von der souveränen Instanz ausgehen kann, ferner, daß ich als „gesetztes Urrecht“ den Inbegriff der von der souveränen Instanz gesetzten Normen bezeichne.

Gestatten Sie mir, auf die Ausführungen von Herrn Kelsen mit einigen Worten einzugehen. Zunächst darf ich meiner

Freude Ausdruck geben, daß Herr Kelsen in manchen wesentlichen Punkten mit mir übereinstimmt.¹⁾ Leider ist die Übereinstimmung nicht eine so weitgehende, wie es nach den Ausführungen von Herrn Kelsen den Anschein hat. Ich muß mich hier jedoch auf ganz Weniges beschränken.

Mein Urrecht ist von Kelsens „Grundnorm“ denkbar verschieden. Die „Grundnorm“ ist nach den Ausführungen Kelsens in seinen Schriften (Problem der Souveränität, Allg. Staatslehre) überhaupt kein positiv gesetztes Recht, also keine echte Rechtsnorm, sondern nur eine von der Erkenntnis eingeführte bloße Hypothese, mein Urrecht dagegen ist keine Hypothese, vielmehr positiv gesetztes Recht, ja gerade das Recht katexochen, dessen Inhalt sich auch nicht auf Normen über die Gesetzesentstehung beschränkt, sondern der allerverschiedenste sein kann, und durch dessen Bestimmungen insbesondere das sekundäre Recht erst seine Rechtsqualität erhält und näher umgrenzt wird.

Meine Theorie vom sekundären Recht ist nicht, wie Herr Kelsen glaubt, ein Kind oder naher Verwandter oder eine Modifikation der „Stufentheorie“. Sie wendet sich gerade gegen den Grundgedanken dieser Theorie, daß schon jede Realisierung einer Rechtsnorm wieder eine Rechtsnorm ergebe, und erblickt den Grund des sekundären Rechts nicht in dem Moment der bloßen Realisierung, sondern in dem Moment der besonderen Qualifizierung durch das Urrecht, also in etwas ganz anderem. Wenn Herr Kelsen meint, daß meine Theorie dahin führe, daß die innerhalb des Rechtsbereiches fallenden Pflichten und Folgen nicht mehr als Rechtspflichten und -folgen erscheinen, so ist mir dies unverständlich. Die auf Grund von Rechtsnormen gesetzten Pflichten und Folgen (z. B. durch Abschluß eines Dienstvertrages, Vereinbarung einer Konventionalstrafe) können und müssen an Hand dieser Rechtsnormen gewertet werden, erscheinen also notwendig als rechtliche, d. h. durch das Recht gebilligte Pflichten und Folgen, ohne daß die gesetzten Pflicht- und Folgenormen (also in unserem Beispiel die Dienstvertrags-Normen) wieder Rechtsnormen sein müssen. Wie will Herr Kelsen die auf Grund von Rechtsnormen vorgenommenen Akte nicht-normativen Inhalts (z. B. Mahnungen, Warnungen, rein körperliche Handlungen), die also nicht wieder Rechtsnormen darstellen können, als Rechtsakte begreifen? Die Scheidung von Rechtsnormen und bloß rechtlichen Normen ablehnen,

¹⁾ Diese Punkte sind bereits in meinen 1920 erschienenen Juristischen Grundproblemen entwickelt worden; vgl. die Noten des Vortrages.

bedeutet ein Ankämpfen gegen die geschichtlichen Tatsachen. Die betreffende Rechtstheorie beweist damit nur, daß sie nicht imstande ist, die Wirklichkeiten, die ihr zu begreifen aufgegeben sind, zu erfassen. Das Denken, Begreifen, Philosophieren muß sich eben nach dem Sein richten (Bergbohm). Ich muß es mir hier versagen, nachzuweisen, daß die ganze „Stufentheorie“ nur ein schlechter Ersatz für das von ihr aus dem Rechtsbegriff hinausgewiesene Moment der Realität ist.

Die Versuche Kelsens, zwischen der „Geltung des Rechts“ in dem von ihm gemeinten Sinne und den Seinstatsachen eine gewisse Verbindung herzustellen, sind mir wohlbekannt, insbesondere auch seine Formulierung in Problem der Souveränität S. 96ff., die ich ausdrücklich erwähnt habe. Aber es wird keinem aufmerksamen Leser entgehen, daß in seinen späteren Schriften die Verknüpfung enger geworden ist (vgl. Allg. Staatslehre S. 18f., 250), ohne allerdings zur endgültigen Aufnahme des Realitätsmomentes in den Rechtsbegriff zu führen. Nach seinen heutigen Ausführungen könnte ein Fernerstehender annehmen, daß der Streit sich lediglich um die präzisere Formulierung von an sich unbestrittenen Momenten innerhalb des Rechtsbegriffes (nämlich Norm und Realität) drehe, während er doch in Wirklichkeit darum geht, ob das Moment der Realität überhaupt in den Rechtsbegriff hineingehört, was Herr Kelsen in seinem „Problem der Souveränität“ entschieden verneint hat. Wenn er heute sagt, daß „das Wesen des positiven Rechts ohne Berücksichtigung gewisser Seinstatsachen nicht restlos erfaßt werden kann“, warum nimmt er dann dieses Wesensmoment nicht in den Rechtsbegriff hinein? Die von ihm hierfür angeführte „logische (!) Ausschließlichkeit der Begriffe (!) des Sollens und des Seins“ bildet doch kein Hindernis, wenn beide Begriffe in der Erscheinung des Rechts sich vorfinden, auch beide in der Definition des Rechts zu verwenden. Ich vermag die Schwierigkeit der Zusammenfassung beider Momente in einer Formel nicht zu erkennen; ich habe sie wenigstens bei meiner Formulierung des Rechtsbegriffes nicht empfunden und glaube doch, in ihr weder das „Seins-“ noch das „Sollensmoment“ vernachlässigt zu haben. Die eigenartige Unterscheidung aber, die Herr Kelsen vornimmt, um die angebliche Schwierigkeit zu überwinden, insbesondere die sinnwidrige Beschränkung der „Geltung“ nur auf die Kategorie des Sollens führt zur Unklarheit und Verwirrung. Die von ihm so betonte Tatsache, daß das Recht aus Normen besteht — die Kelsensche „Sollgeltung“ — wird ernstlich von niemandem bestritten, bringt uns aber allein in der Erkenntnis

sowohl der allgemeinen Natur dieser Normexistenz wie darüber hinaus der spezifischen Eigenart der Rechtsnormen nicht weiter: Den Weg zu dieser Erkenntnis versperrt man sich aber, wenn man das Moment der Realität von der Schwelle der begrifflichen Betrachtung des Rechts zurückweist. Insbesondere wird es bei der Beschränkung auf die „Sollgeltung“ niemals gelingen, das Spezifische des Rechts zu erfassen; denn in der „Sollgeltung“ kann es nicht gefunden werden, weil das Recht dieses Moment mit allen anderen Normenarten gemeinsam hat.
