



Ewiger Bund

<https://www.ewigerbund.org>



Vaterländischer Hilfsdienst

<https://www.hilfsdienst.net/>

Dreizehntes Kapitel.

Die rechtliche Stellung der Elemente des Staates.

1. Das Staatsgebiet¹⁾.

Das Land, auf welchem der staatliche Verband sich erhebt, bezeichnet seiner rechtlichen Seite nach den Raum²⁾, auf dem die Staatsgewalt ihre spezifische Tätigkeit, die des Herrschens, entfalten kann. In diesem rechtlichen Sinne wird das Land als Gebiet bezeichnet. Die rechtliche Bedeutung des Gebietes äußert sich in doppelter Weise: negativ dadurch, daß jeder anderen, dem Staate nicht unterworfenen Macht es untersagt ist, ohne ausdrückliche Erlaubnis von seiten des Staates Herrschaft zu üben; positiv dadurch, daß alle auf dem Gebiete befindlichen Personen der Staatsherrschaft unterworfen sind³⁾. Die dem

1) Aus der neueren Literatur über dieses Thema sind hervorzuheben: Fricker Vom Staatsgebiet, Tübinger Universitätsprogramm, 1867; derselbe Gebiet und Gebietshoheit in den Festgaben für Albert Schäffle 1901 S. 3—99; Gerber Grundzüge S. 65 ff.; Laband I S. 190 ff.; G. Meyer StR. § 74; Rosin Das Recht der öffentlichen Genossenschaft 1886 S. 44 ff.; Seydel Bayer. Staatsrecht 2. Aufl. I S. 334 ff.; Preuß Gemeinde S. 263 ff.; Heimburger Der Erwerb der Gebietshoheit I 1888 S. 26 ff.; Curtius Über Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit, Archiv f. öff. Recht IX S. 1 ff.; Heilborn Das System des Völkerrechts, entwickelt aus dem völkerrechtlichen Begriffe 1896 S. 5 ff.; Zitelmann Internationales Privatrecht I 1897 S. 90 ff.; Bansi Die Gebietshoheit, als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, Hirths Annalen 1889 S. 641 ff.; Rehm Allgemeine Staatslehre S. 20, 36 f.; Seidler Jur. Kriterium S. 59 ff.; Radnitzky Die rechtliche Natur des Staatsgebietes (Arch. f. öff. R. XX 1906 S. 313 ff.); derselbe Zur Lehre von der Gebietshoheit und der Exterritorialität (Arch. d. ö. R. XXVIII 1912 S. 454 ff.); E. Kaufmann Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika 1908 S. 38 ff., 99 ff.; Fr. W. Jerusalem Grundsätze des französischen Kolonialrechts 1909 S. 60 ff.; Otto Mayer Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen 1909 S. 17 f.; Duguit Traité I 1911 p. 94 ff.

2) Oder, wie es Zitelmann, Int. Pr.R. S. 91, anschaulich nennt, den „Schauplatz der Herrschaft“.

3) Daher sind die Kirchen heute niemals Gebietskörperschaften. Wenn Rehm, Staatslehre S. 36, den gebietskörperschaftlichen Charakter

Staate eingegliederten Kommunalverbände haben kraft ihrer aus der Sphäre des Staates abgeleiteten Herrschermacht eine beschränkte Gebiets Herrschaft, die sich gleich der des Staates negativ und positiv äußert. Sie mangelt hingegen den Verbänden, die zwar mit solcher Herrschaft begabt sind, sie aber nur über ihre Mitglieder üben können, oder denen ausnahmsweise auch Herrschaft über Dritte, aber unabhängig von jeder territorialen Grundlage, zusteht.

Die Notwendigkeit eines abgegrenzten Gebietes für Dasein des Staates ist erst in neuester Zeit erkannt worden. Die antike Staatslehre faßt den Staat als Bürgergemeinde auf, dessen Identität nicht notwendig mit deren Wohnsitz verknüpft ist. Keine der uns aus dem Altertum überlieferten Staatsdefinitionen erwähnen des Staatsgebietes. Unter dem Einfluß der Antike hat aber auch die neuere Staatslehre zunächst nur das persönliche Element des Staates in Betracht gezogen, daher auch keine Staatsdefinition vom 16. bis ins 19. Jahrhundert hinein etwas von einem dem Staate wesentlichen festen Gebiet weiß¹⁾. Erst Klüber hat, so viel ich sehe, den Staat als eine bürgerliche Gesellschaft „mit einem bestimmten Landbezirk“ definiert²⁾.

Das Staatsgebiet hat zwiefache Eigenschaften. Es ist nämlich einmal ein Moment des Staates als Subjektes³⁾. Das folgt logisch daraus, daß seßhafte Menschen seine Mitglieder sind; damit wächst dem Staate selbst das Merkmal der Seßhaftigkeit zu. Das folgt aber auch aus den realen sozialen Verhältnissen. Alle staatliche Entwicklung und alle Tätigkeit des entwickelten Staates kann nur auf Grund räumlicher Entfaltung stattfinden. Während

der evangelischen Landeskirchen behauptet, weil der evangelische Christ auch wider seinen Willen der Landeskirche gleichen Bekenntnisses seines Wohnsitzes zugehört, so verkennt er die dem Gebiet wesentliche Funktion der Unterwerfung der auf ihm verweilenden Fremden unter die Gewalt der Körperschaft. Nur durch Unterwerfung auch aller Andersgläubigen unter eine bestimmte Kirche ihres Aufenthaltsortes würde diese zur Gebietskörperschaft erhoben.

1) Noch Heffter, Das europ. Völkerrecht der Gegenwart, 8. Aufl., bearbeitet von Geffcken, S. 61, hält den Fall der Übersiedlung eines Staates von einem Territorium in ein anderes für möglich. Vgl. hierzu auch Loening im HW. d. StW. S. 708 f.

2) Oeffentl. R. des deutschen Bundes 1. Aufl. 1817 § 1.

3) Zuerst eingehend begründet von Fricker, Vom Staatsgebiet S. 16 ff., vom Standpunkte organischer Staatsauffassung.

Körperschaften sonst raumlos sind, bedarf der Staat zu seiner Existenz der räumlichen Ausdehnung. Nur diese räumliche Ausdehnung seiner Herrschaft und die mit ihr verbundene Ausschließlichkeit gewähren ihm die Möglichkeit vollkommener Zweck-erfüllung. Ferner würden mehrere voneinander unabhängige Staaten auf demselben Boden in stetem Kriege stehen, nicht nur wegen des dauernden Gegensatzes der Interessen, sondern schon deshalb, weil unausgesetzte, von keinem Richter zu schlichtende Zuständigkeitsstreite vorlägen¹⁾. Darum können zwar auf demselben Gebiete unzählige Körperschaften existieren, aber nur ein einziger Staat. Auf dieser Eigenschaft des Gebietes als Momentes des Staatssubjektes beruht die Undurchdringlichkeit des Staates²⁾. Auf einem und demselben Territorium kann nur ein Staat seine Macht entfalten. Von dieser Regel gibt es nur folgende scheinbare Ausnahmen:

1. Vorübergehend ist über ein Gebiet kraft Kondominiums, oder, wie es der modernen Staatsauffassung entsprechend klarer auszudrücken ist, kraft Koimperiums gemeinsame Herrschaft mehrerer Staaten möglich, die aber stets nach einer Ausein-ander-setzung zwischen den Mitherrschern strebt, auf die Dauer bei den klaren Gebietsverhältnissen der modernen Staaten nur ganz ausnahmsweise eintreten kann. Kondominien können aber niemals dem Staatsgebiete eines der Mitherrscher einverleibt werden. So lange das Kondominat dauert, ist vielmehr das betreffende Gebiet einer von der eines jeden einzelnen der Mitherrscher unterschiedenen besonderen Herrschaft unterworfen. So war es mit Schleswig-Holstein 1864—1866, und so ist es mit der gemein-samen Herrschaft Österreichs und Ungarns in Bosnien und der Herzegowina heute der Fall³⁾. Kondominaten fehlt das Gebiet in der Eigenschaft als subjektiven Elementes eines Staates. Heute nur noch in spärlichen Resten vorhanden, konnten sie von dauernder Bedeutung nur in einer Zeit werden, wo vermöge der Vermischung von öffentlichem und Privatrecht der tiefgehende

¹⁾ Über vereinzelte mißlungene Versuche, die Notwendigkeit des Gebietes für den entwickelten Staat zu leugnen, vgl. Rehm Staatslehre S. 36. Die eigentümliche hellenische Auffassung s. oben S. 310 f.

²⁾ Fricker Vom Staatsgebiet S. 17. Dieses Moment verkennt Haenel, StR. I 803, indem er die Möglichkeit zweier souveräner Staaten auf demselben Gebiet behauptet.

³⁾ Vgl. unten Kap. XIX S. 650 f.

Unterschied von *Dominium* und *Imperium* entweder unbekannt oder nur unklar erfaßt war.

2. Kraft der Zusammengehörigkeit von souveränem und nichtsoveränem Staate in staatsrechtlichen Staatenverbindungen ist in ihnen, was namentlich für den Bundesstaat von Bedeutung, doppelte staatliche Qualität des Gebietes gegeben. Da aber der Gliedstaat in dem Verbande des ihn beherrschenden Bundesstaates steht, so widerspricht ein solches Verhältnis dem oben aufgestellten Satze so wenig wie die Qualität der Gemeinden als Gebietskörperschaften.

3. Durch einseitige oder zweiseitige völkerrechtliche Akte, denen stillschweigende Zulassung gleichkommt, kann ein Staat dem anderen Ausübung von Herrschaftsakt auf seinem Gebiet gestatten, was größere oder geringere Einschränkungen des solches duldenden Staates zur Folge hat. Da diese Einschränkungen aber auf dem Willen des also gebundenen Staates ruhen, so vermögen sie, wie jede Selbstbeschränkung der Staatsgewalt, deren Herrschaft nicht zu mindern. Der berechnigte Staat hingegen herrscht zwar kraft eigenen Rechtes, das aber nicht ursprüngliches, sondern abgeleitetes Recht ist.

4. Endlich kann durch kriegerische Okkupation das Gebiet ganz oder zum Teil der Staatsgewalt zeitweilig entzogen werden, was, soweit die Okkupation reicht, Suspension der gesamten Staatstätigkeit zur Folge hat, an deren Stelle die des Okkupanten tritt. Auch in diesem Falle herrscht aber nur eine Staatsgewalt in dem Gebiete, welche die normale entweder ganz verdrängt oder zu ihr in einem der Geschäftsführung ohne Auftrag ähnlichen Verhältnis steht.

Das Gebiet als Moment am Staatssubjekt ist der Grund seiner negativen völkerrechtlichen Funktion. Der aus der völkerrechtlichen Persönlichkeit des Staates fließende Anspruch auf Unterlassung aller sie rechtswidrig schädigenden Handlungen fremder Staaten bezieht sich auch auf die räumliche Integrität des Staates. Es handelt sich daher in der Ausübung dieser Richtung der Gebietshoheit niemals um Verbotungsrechte, die denen des Eigentümers analog sind, sondern um Ansprüche, die sich unmittelbar aus der Persönlichkeit ergeben. Das Sein des Staates selbst, nicht das Haben einer ihm zugehörigen Sache erzeugt den Anspruch auf Respektierung des Gebietes. Gebiets-

verletzung ist daher nicht völkerrechtliche Besitzstörung, sondern Verletzung der angegriffenen Staatspersönlichkeit selbst¹⁾).

Das Gebiet in diesem Sinne ist aber auch die notwendige Voraussetzung der Ausübung der Staatsgewalt über die im Ausland weilenden Staatsangehörigen. Diese können der heimischen Gewalt nur dadurch unterworfen bleiben, daß Rechtsfolgen der Unterwerfung im Gebiete sich realisieren. Einem gebietslosen Staate würden alle Herrschaftsmittel über seine auswärtigen Mitglieder völlig mangeln.

Das Gebiet ist aber zweitens räumliche Grundlage der Herrschaftsentfaltung über sämtliche in dem Staate weilende Menschen, mögen sie seine Angehörigen oder Fremde sein. Die Herrschaftsbefehle des Staates sollen sich innerhalb seines Gebietes realisieren, können Zustände seines Gebietes sichern, Änderungen seines Gebietes bewirken. Nur in diesem Sinne kann man von dem Gebiete als einem Objekt der Staatsherrschaft sprechen. Damit wird aber häufig die falsche Vorstellung verknüpft, daß das Gebiet selbst der unmittelbaren Herrschaft des Staates unterliege, es somit ein staatliches Sachenrecht gebe²⁾).

Niemals jedoch kann der Staat direkt, ohne Vermittlung seiner Untertanen, über sein Gebiet herrschen. Direkte rechtliche Herrschaft über eine Sache, die sich in physischen Einwirkungen auf diese äußert, ist Eigentum³⁾. Die Herrschaft über

¹⁾ Treffend Preuß Gemeinde S. 394: „Eine Verletzung des Reichsgebietes ist eine Verletzung des Reiches selbst, nicht eines Besitzobjektes desselben, sie entspricht gewissermaßen einer Körperverletzung, nicht einem Eigentumsdelikt.“

²⁾ Die Charakterisierung des Gebietes als sachlichen Objektes und des Rechtes an ihm als staatsrechtlichen Sachenrechtes ist zuerst von Gerber, § 22, vorgenommen und namentlich von Laband, I S. 191 ff., energisch betont worden.

³⁾ Sachherrschaft, die sich im Haben und Genießen der Sache äußert, ist wesentliches Merkmal des dinglichen Rechtes. Die neueren Versuche seit Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 161 ff., und Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 9. Aufl. I § 43, das Sachenrecht in Verbote aufzulösen, führen zu vollständiger Verwischung des Unterschiedes zwischen persönlichen und dinglichen Rechten und damit zu einem durch nichts Besseres zu ersetzenden Umsturz des ganzen Rechtssystems. Ganz unverstänglich wird aber vom Standpunkte der neuen Theorie aus die so bedeutsame Lehre von den rechtlichen Eigenschaften und Unterschieden der Sachen, die, wenn nicht zum Rechte gehörig, auch nicht rechtlich eingeteilt werden können. Es ist das ein-

das Gebiet ist aber öffentlich-rechtlich, sie ist nicht *Dominium*, sondern *Imperium*¹⁾. *Imperium* jedoch ist Befehlsgewalt; befehlen kann man aber nur Menschen. Daher kann eine Sache nur insofern dem *Imperium* unterliegen, als die Staatsgewalt den Menschen befiehlt, Einwirkungen auf sie vorzunehmen. Die Einwirkung selbst erfolgt aber stets durch Handlungen, die entweder rechtlich indifferent²⁾ oder privatrechtlich zu werten sind: durch Ausübung des Eigentums und Besitzes oder durch privatrechtliche Beschränkungen dieser dinglichen Rechte. Im Falle des Notstandes kann auch von seiten des Staates eine gerechtfertigte Verletzung des Eigentums stattfinden, deren Ausführung sich ebenfalls in nichts von gleichartigen Handlungen eines Privaten unterscheidet. In der Enteignung entzieht der Staat Privatrechte, um sie auf andere zu übertragen; öffentlich-rechtlich ist aber nur die Anordnung der Übertragung, nicht der faktische Übergang des Eigentums³⁾. Daher gibt es auch kein öffentliches Eigentum, das seinem inneren Wesen nach etwas ganz anderes wäre als das Privateigentum, auch im Sinne des Ver-

séitige Willensdogma in der Lehre vom subjektiven Recht, das in diesen reformatorischen Theorien seine bedenklichen Folgen äußert. Vgl. auch Dernburg Pandekten, 7. Aufl. I §§ 22 N. 5 (8. Aufl., her. von Sokolowski, I S. 36 f. § 17 N. 5).

1) Diese an den bekannten Ausspruch Senecas: *omnia rex imperio possidet, singuli dominio* anknüpfende Antithese ist, wie Laband, I S. 194, richtig hervorhebt, „fast zum staatsrechtlichen Gemeinplatz geworden“. Fragt man aber nach dem Unterschied zwischen *Dominium* und *Imperium* so erhält man von den Vertretern der sachenrechtlichen Natur des Gebietes zwar weitgehende Versicherungen zur Antwort, daß sie nach der Art, dem Inhalt, dem Zweck usw. unterschieden seien, aber kein einziges durchschlagendes juristisches Merkmal. Laband, der doch (Staatsrecht I S. 68 f.) die Natur der staatlichen Herrschaft in der klarsten Weise dargelegt, gerät auf Grund seiner präzisen Definition des Herrschens als des Befehls- und Zwangsrechtes gegenüber freien Personen in unlöslichen Widerspruch mit seiner Annahme einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft.

2) Z. B. Durchfahren des fremden Territorialmeeres mit Kriegsschiffen.

3) Es haben daher die rechtliche Stellung von Sachen Fremder, die Bestimmungen über den Grundbesitz Fremder, die Enteignung, der Vorbehalt des Okkupationsrechtes der Adespota, und welche Eigentumsbeschränkungen sonst heute noch immer in völkerrechtlichen Handbüchern als Ausfluß der Gebietshoheit gelehrt werden, mit dem Gebiete nicht mehr zu schaffen als alle anderen Akte der Staatsgewalt.

waltungsrechtes kann die Institution eines öffentlichen Sachenrechtes nicht begründet werden¹⁾).

Wie später dargelegt werden wird, gibt es zwei Arten der Staatstätigkeit: herrschaftliche und soziale. In der Übung der letzteren steht der Staat dem Individuum gleich, d. h. es lassen sich keine juristischen Unterschiede zwischen den Rechtsformen dartun, die auf sozialem Gebiete Staat und Individuum zu Gebote stehen. Daher ist des Staates Tätigkeit hier im sozialen, nicht im juristischen Sinne als öffentlich zu bezeichnen. Das Verhältnis des Staates zu seinem Eigentum kann nach allen Richtungen hin dem des Privaten gleichartig sein, was bei den zum Finanzvermögen gehörigen Sachen der Fall ist; es kann aber auch für sein und anderer öffentlicher Verbände Eigentum ein Sonderrecht aufgestellt werden, das die Erreichung der bestimmungsmäßigen Zwecke dieses Eigentums sichert und es vor den Eingriffen Dritter (z. B. durch das Verbot der Bestellung von Dienstbarkeiten) in höherem Grade sichert als das Eigentum Privater. So verhält es sich mit den zum öffentlichen Verwaltungsvermögen gehörenden Sachen. Alle Einschränkungen, alles Sonderrecht vermögen jedoch nicht den Grundtypus des Eigentums: größtmögliche, von der Rechtsordnung jeweilig zugelassene und geschützte Herrschaft über eine Sache, irgendwie zu ändern. Auch der Private kann in seinem unzweifelhaften Privateigentum durch das öffentliche Interesse derart eingeschränkt sein, daß er wirtschaftlich mehr als Nutznießer denn als Eigentümer erscheint; man denke vornehmlich an forst- und bergrechtliche Eigentumsbeschränkungen²⁾. Ist daher in einer bestimmten Rechtsordnung

¹⁾ Über die Vorstellung eines öffentlichen Eigentums als Institution eines öffentlichen Sachenrechtes vgl. namentlich O. Mayer II S. 60 ff., derselbe, Archiv f. öff. R. XVI S. 40 ff. Vgl. zu ersterem auch meine Ausführungen im Verwaltungsarchiv V S. 311; Fleiner Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 2. Aufl. 1912 S. 311 ff.; Kormann in Hirths Ann. 1911 S. 911 f.; Entsch. d. sächs. Obergerverwaltungsgerichts v. 9. 2. 1910 (Jahrb. d. sächs. OVG. Bd. 15 S. 175 ff., 197). Eine eingehende Darstellung des ganzen status causae et controversiae und der einschlägigen Literatur bei L a y e r Prinzipien des Enteignungsrechtes (Jellinek-Anschütz, Staats- und völkerr. Abh. III) S. 616 ff., der das Eigentum nach seinem Zwecke in privates und öffentliches scheidet. Dieser Unterschied ist aber, wie L a y e r selbst S. 222, 651 ausführt, ein sozialer.

²⁾ Juristisch kann sogar die Stellung eines Nutznießers eine bessere sein als die eines solchen Eigentümers. So stellt z. B. das badische Forstgesetz (in der Fassung vom 25. Februar 1879) in den §§ 89—90 b

das öffentliche Eigentum als solches vom Privateigentum unterschieden und ihm entgegengesetzt, so ist damit, wie bei dem *domaine public* des französischen Rechtes, nur ein Name für jenes Sonderrecht geschaffen worden, dessen innere Qualität aber weder durch materiell-rechtliche noch prozessuale Bestimmungen (z. B. Unterstellung unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit) bestimmt wird.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß es keine von der Herrschaft über Personen getrennte Gebiets Herrschaft geben kann. Vielmehr haben alle innerstaatlichen Herrschaftsakte notwendig eine Beziehung zum Gebiete, da es die dingliche Grundlage der gesamten Herrschaftsübung ist. Jeder Akt des Imperiums kann nur auf dem eigenen Gebiete (oder auf fremdem Gebiete kraft völkerrechtlich zulässiger Ausdehnung der eigenen Gewalt) zur Vollziehung gelangen. Die sogenannte Gebietshoheit ist daher, wie Gerber in klassischer Weise ausgeführt hat, keine selbständige Funktion der Staatsgewalt. Vielmehr deckt sie sich ihrer staatsrechtlichen Seite nach mit der ganzen auf dem Gebiete geübten Staatsgewalt. Daraus folgt aber auch, daß das Gebiet kein selbständiges Objekt der Staatsgewalt ist.

Das staatsrechtliche „Recht am Gebiete“ ist daher nichts als ein Reflex der Personenherrschaft. Es ist Reflexrecht, kein Recht im subjektiven Sinne¹⁾.

Auch das Dasein unbewohnter Gebiete, auf das von den Vertretern des Rechts am Gebiete hingewiesen zu werden pflegt²⁾, beweist keineswegs den sachenrechtlichen Charakter der Gebiets Herrschaft. Das unbewohnte Gebiet ist stets möglicher Raum für die Betätigung der Staatsgewalt, und solche Betätigung kann nur auf gleiche Weise stattfinden wie auf bewohntem Lande³⁾.

nicht nur Normen für die Bewirtschaftung der Privatforsten fest, sondern auch Zwangsmaßregeln und Strafen gegen deren Übertretung, welche die Unterstellung der ganzen Verwaltung unter Beförsterung auf die Dauer von mindestens zehn Jahren zur Folge haben können.

¹⁾ Radnitzky, a. a. O. S. 340, bezeichnet daher treffend das Gebiet als die örtliche Kompetenz der Staatsgewalt.

²⁾ Laband I S. 192f.; Heilborn S. 36; Zitelmann Int. Privatrecht I S. 92.

³⁾ Auch auf menschenleerem Raum muß sich die Herrschaft, um rechtlich vorhanden zu sein, betätigen können. Solche Betätigung erfolgt aber nach außen durch die Möglichkeit der Abwehr von Angriffen, nach innen durch die Fähigkeit, Herrschaft über vorübergehend sich aufhaltende Personen zu üben. Wenn ein Staat z. B. auf solchem Gebiete

Kraft der Einheit und Unteilbarkeit des Staates sind auch seine Elemente einheitlich und unteilbar. Das gilt demnach auch vom Staatsgebiete. Von ihm sogar geschichtlich in erster Linie. Die Unteilbarkeit des Staates ist zuerst als Vorstellung von der Unteilbarkeit des Gebietes zum Bewußtsein gekommen. Lange bevor man die Lehre von der Teilbarkeit der Staatsgewalt aufstellte und bekämpfte, ist reale Teilung von Staaten durch Erbgang geübt und als schädlich, schließlich aber als unzulässig erkannt worden. Die Teilbarkeit des Staatsgebietes ist die Konsequenz privatrechtlicher Auffassung des Staates gewesen, der der Begriff der einheitlichen Staatsgewalt fremd war, die vielmehr die Herrschaft als ein Aggregat verschiedenartiger dinglicher und persönlicher Rechte betrachtete, die daher niemals zu der klaren Einsicht gelangen konnte, daß das Gebiet Staatselement sei. Solange die Eigenschaft des Staatsgebietes als eines Momentes des Staatssubjektes nicht erkannt war, konnte es nur als eine Sache betrachtet werden, die ihrer Natur nach teilbar war¹⁾.

Von der Unteilbarkeit des Staatsgebietes, wie sie in neuerer Zeit häufig verfassungsmäßig ausgesprochen worden ist, gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme. Durch Staatsvertrag kann infolge eines Krieges oder aus anderen Gründen (freiwillige Abtretung, Grenzregulierung usw.) ein Teil des Staatsgebietes losgelöst und auf einen anderen Staat übertragen werden. Auch derartige juristische Tatsachen aber sind kein Beweis für die Lehre von dem staats- und völkerrechtlichen Sachenrecht. Was abgetreten wird, ist nicht sowohl das tote Land, das als solches der Staatsherrschaft gar nicht unterliegen kann, als vielmehr die Herrschaft über die auf dem Lande weilenden Menschen. Jede

Befestigungen errichtet, so ist damit keineswegs eine direkte öffentliche Sachherrschaft verbunden; vielmehr sind es auch hier private Rechtsgeschäfte: Aneignung des bisher herrenlosen Bodens und Bauführung, durch welche er den Schutz und die Ausübung seiner Gewalt sich sichert. Ein absolut menschenleerer Raum aber, bei dem auch die Möglichkeit mangelt, daß er jemals von Menschen berührt wird, könnte nie einem Gebiete angegliedert werden.

¹⁾ Über die Entwicklung des Gedankens der Unteilbarkeit des Staates in Deutschland vgl. den ausgezeichneten Aufsatz von Gerber, Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete, Gesammelte juristische Abhandlungen II S. 441 ff., dessen Argumente von der neuesten höfischen Jurisprudenz nicht berücksichtigt werden, zumal sie unwiderlegbar sind.

Abtretung ist ausschließlich Übertragung von Imperium: das Imperium eines Staates zieht sich zurück, das des anderen Staates dehnt sich aus. Daher wird durch Abtretung der eine Staat verkleinert, der andere vergrößert; die erste und nächste Wirkung der Abtretung ist eine Veränderung in den Staaten als Subjekten¹⁾. Erst auf Grund dieser seiner subjektiven Wandlung kann der neue Erwerber den neuen Gebietsteil als Basis seiner Herrschaft behandeln. Diese Objektsqualität des Gebietes ist daher immer erst sekundärer Natur, stets abgeleitet aus der primären Eigenschaft des Gebietes als eines Elementes der Staatspersönlichkeit. Dasselbe gilt auch bei der völkerrechtlichen Okkupation. Was okkupiert wird, das ist das Imperium über einen bestimmten Raum mit der Wirkung der Ausdehnung der völkerrechtlichen Persönlichkeit nach außen und der Herrschermacht nach innen.

Auch bei völliger Neubildung eines Staates nimmt nicht etwa die Staatsgewalt von dem Lande Besitz, sondern der Staat entsteht mit dem Dasein einer faktischen, sofort mit einem Gebiete ausgerüsteten Herrschergewalt. In dem Augenblicke, da sich das selbständige Belgien gebildet hatte, war auch das bisher den Niederlanden zugehörige Gebiet Bestandteil des neuen Staates geworden.

Was vom Staate gilt, hat auch von den anderen Gebietskörperschaften zu gelten, nämlich den Kommunalverbänden, die eine vom Staate abgeleitete, wenn auch zu rechtlicher Selbständigkeit erhobene Herrschaft über ihr Gebiet üben. Auch bei ihnen ist das Gebiet in erster Linie Element ihrer Persönlichkeit. Auch sie herrschen über Personen, über Sachen und daher auch über ihre Gemarkung nur indirekt, indem sie Personen befehlen können, Einwirkungen auf diese vorzunehmen, die sich aber stets durch privatrechtliche Mittel vollziehen. Der größte Teil der Kommunalverwaltung jedoch ist sozialer, nicht herrschaftlicher Art und kann sich daher überhaupt nur in den Rechtsformen vollziehen, welche die Rechtsordnung für jeden einzelnen Menschen und jeden nicht herrschenden Verband bereithält. Die Rechtsordnung kann diese Tätigkeit privilegieren, wie die des

¹⁾ Änderung, nicht Untergang und Neuschöpfung, wie Fricker, Vom Staatsgebiet S. 27, behauptet, vgl. auch Heilborn System S. 10 ff. Gebietsänderung ist (in der Regel nicht nur nach der materiellen, sondern auch nach der formal-juristischen Seite) Verfassungs-, nicht Staatsänderung.

Staates, ohne sie deshalb aber von gesellschaftlicher zu obrigkeitlicher Tat zu wandeln.

Die Erkenntnis, daß das Verhältnis des Staates zum Gebiete personen-, nicht sachenrechtlichen Charakters ist, gehört zu den bedeutsamen Ergebnissen der modernen Staatsrechtslehre¹⁾. Die sachenrechtliche Auffassung des Gebietes führt selbst in ihren letzten Ausläufern zurück auf die Vermischung von Herrschaft und Eigentum²⁾. Diese Vermischung von *Dominium* und *Imperium* kann aber geradezu als das am meisten charakteristische Merkmal der mittelalterlichen praktischen Staatsauffassung bezeichnet werden. Der naturrechtlichen Staatslehre hingegen war der Staat nichts als ein Personenverband; wie bereits bemerkt, wird in keiner der bekannten Staatsdefinitionen von Bodin bis Kant des Gebietes Erwähnung getan. Wenn aber die rechtlichen Verhältnisse des Gebietes gestreift werden, so wird auch von den Naturrechtslehrern trotz der ihnen geläufigen Unterscheidung von *Imperium* und *Dominium*³⁾ entweder die feudalrechtliche Idee des Obereigentums zur Erklärung herangezogen, oder es werden patrimonialstaatliche Gedanken geltend gemacht. Das positive Staatsrecht in England und in Frankreich vor der Revolution kommt auch nicht über den Gedanken der königlichen Oberhoheit über allen Grund und Boden hinaus. In Deutschland bleibt die Theorie des Territorialstaatsrechtes bis zum Schlusse der Reichszeit ganz in der patrimonialen Lehre von dem dinglichen Charakter der Landeshoheit stecken. Aber auch die deutsche Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts blieb lange noch unter der Nachwirkung der patrimonialstaatlichen Theorien. Unter den besonderen Hoheitsrechten, die neben oder in Verbindung mit den der französischen konstitutionellen Theorie entlehnten Staatsgewalten aufgezählt werden, findet auch die Gebietshoheit, das *ius sublimis in territorium*, seine Stelle, aus dem nun die Berechtigung zu

¹⁾ Sie wird im Anschluß an Fricker namentlich vertreten von G. Meyer, StR. § 74; Rosin, Öff. Genossenschaft S. 46 (jedoch nur für die staatsrechtliche Seite des Gebietes); Preuß, Gemeinde S. 262 ff.; ferner von Curtius, a. a. O. S. 1 ff.; Bansi, a. a. O. S. 668 ff.; Anschütz, Enzyklopädie S. 453, u. a.

²⁾ Über die Geschichte des Begriffes der Gebietshoheit vgl. Preuß Gemeinde S. 291 ff.; Heimbürger a. a. O. S. 11 ff.; Bansi a. a. O. S. 643 ff.

³⁾ Schon den Postglossatoren bekannt; vgl. Hatschek Stellung des Fiskus S. 26.

all jenen staatlichen Maßregeln abgeleitet wird, bei denen die Beziehung zum Territorium besonders sinnfällig vor die Augen tritt¹⁾. Erst Gerber und Fricker haben mit ihren einander widerstreitenden Lehren der vollen Klarheit zum Siege verholfen.

In der völkerrechtlichen Lehre²⁾ jedoch hat sich die Vorstellung von dem sachenrechtlichen Charakter der Beziehungen des Staates zu seinem Gebiete und einer besonderen, neben anderen Äußerungen der Staatsgewalt stehenden Territorialhoheit bis heute erhalten, weil die Völkerrechtslehrer die Staaten ihren internationalen Verhältnissen nach immer als den Individuen gleichartig betrachten, so daß an den völkerrechtlichen Anschauungen vom Wesen der Staatsgewalt viele Rudimente der ehemaligen patrimonialen Staatslehre haften geblieben sind³⁾. Und doch lassen sich alle völkerrechtlichen Erscheinungen angeblich sachenrechtlichen Charakters, wie Gebietsabtretungen, Ein-

¹⁾ Vgl. z. B. Klüber, Oeffentl. Recht des teutschen Bundes 4. Aufl. §§ 328, 329, der die Gebietshoheit als Staatseigentum bezeichnet und aus ihm u. a. das Verbot der Okkupation herrenloser Sachen durch Fremde ableitet; Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts 3. Aufl. § 60, der nach alter Weise die Enteignung auf das Recht der Staatsgewalt am Staatsgebiet gründet; Zöpfl, Grundsätze I § 273, der die Gebietshoheit der Justiz-, Polizei- und Privilegienhoheit koordiniert und II § 443 eine ganze Zahl spezieller Wirkungen aus ihr ableitet. Noch Gareis, Allg. StR. S. 138 ff., zieht aus der selbständig neben die Personalhoheit gestellten Territorialhoheit eine Reihe von Konsequenzen.

²⁾ Namentlich bei nichtdeutschen Autoren pflegt die alte Lehre von dem besonderen dinglichen Hoheitsrecht heute noch fortzuwuchern, vgl. z. B. Calvo Le droit international théorique et pratique 5. éd. 1896 I §§ 260 ff.; F. v. Martens (übers. von Bergbohm), Völkerrecht I § 88, der u. a. das Besteuerungsrecht aus der Gebietshoheit ableitet; Pradier-Fodéré Traité de droit international public européen et américain II 1885 p. 127 ff. (handelt die Lehre vom Gebiet unter dem droit de propriété ab); P. Fiore Il diritto internazionale codificato, 4. ed. 1909 p. 175 § 241; Rivier Principes du droit des gens 1896 p. 288 ff.; Bonfils-Grahl S. 139; aber auch v. Holtzendorff im Handbuch des Völkerrechts II 1887 S. 289 ff.; Kohler in der Ztschr. f. Völkerrecht und Bundesstaatsrecht VI 1913 S. 98. Daneben pflegt aber die Versicherung, daß die Territorialhoheit Imperium, nicht Dominium sei, nicht zu fehlen.

³⁾ Eingehend sucht Heilborn, a. a. O. S. 5, die völkerrechtliche Lehre vom dinglichen Charakter des Gebietes unter Benutzung der neueren Theorie vom Sachenrecht zu verteidigen, aber ohne daß seine Polemik ein durchschlagendes Argument gegen die hier vertretene Auffassung brächte.

verleibungen, Staatsdienstbarkeiten, vertragsmäßige Okkupation, Verpfändung¹⁾ usw., auf die subjektive Qualität des Gebietes und Modifikationen der personalen Herrschaft der Staaten zurückführen, die nur indirekt auf das Land zu wirken vermag. Dies im einzelnen darzutun, überschreitet die Aufgabe dieses Buches, doch wäre es ein dankenswertes Beginnen, wenn die von allen privatrechtlichen Schlacken befreite Lehre vom Staatsgebiete auch einmal im Völkerrecht konsequent durchgeführt werden würde.

2. Das Staatsvolk.

Die dem Staate zugehörigen Menschen bilden in ihrer Gesamtheit das Staatsvolk. Gleich dem Gebiete hat das Volk im Staate eine doppelte Funktion. Es ist ein Element des staatlichen Verbandes, gehört dem Staate als dem Subjekt der Staatsgewalt an; wir wollen es der Kürze halber das Volk in subjektiver Qualität nennen. Sodann aber ist das Volk in anderer Eigenschaft Gegenstand staatlicher Tätigkeit, Volk als Objekt²⁾.

Beide Qualitäten sind zuerst von der modernen Theorie der Volkssouveränität auf Grund antiker Anregungen scharf unterschieden worden. Rousseau legt jedem Individuum eine doppelte Qualität bei, als citoyen, d. h. als aktivem Bürger, der an der Bildung des Gemeinwillens teilnimmt, und als sujet, d. h. als Untertan, der diesem Gemeinwillen unterworfen ist³⁾. Die späteren, das Naturrecht überwindenden Lehren vom Staate haben zwar alle die Eigenschaft des Volkes als eines Staatselementes

¹⁾ So z. B. hält der, wie Clauß, Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten 1894 S. 47 ff., nachgewiesen hat, aus dem privatrechtlich gefärbten alten Reichsstaatsrecht stammende Begriff der Staatsservituten der Kritik nicht stand. Was man so bezeichnet, sind rein obligatorische Verhältnisse, wie v. Liszt, Völkerrecht § 8 III 3, § 19 I 2, vortrefflich dartut.

²⁾ Nur in diesem die Gesamtheit der Mitglieder des Staates umfassenden Sinne kommt dem vieldeutigen Worte Volk rechtliche Bedeutung zu. Die Bezeichnung des Volkes als Gesamtheit der Untertanen im Gegensatze zu den Herrschenden ist politischer Natur. Denn rechtlich sind auch die Träger höchster Organstellung in ihrer Eigenschaft als Individuen dem in gesetzlicher Form erscheinenden Staatswillen unterworfen.

³⁾ „A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s'appellent en particulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État.“
Contr. soc. I 6.

anerkannt, dennoch tritt bei ihnen häufig die Erkenntnis der subjektiven Qualität des Volkes ganz in den Hintergrund, was auch heute noch leicht dem tiefgreifenden Irrtum den Weg bahnt, der den ganzen Staat in die Regierung verlegt oder ihn in zwei durch keinerlei notwendiges Rechtsband miteinander verknüpfte Personen spaltet, deren eine der Herrscher, die andere das Volk, die Summe der einzelnen als Objekt der Herrschaft ist¹⁾).

Der praktische Grund dieser Irrtümer liegt allerdings darin, daß die Wirkungen jener subjektiven Qualität des Volkes außerhalb demokratisch organisierter Staaten nicht sofort zu erkennen sind und schließlich auch in den Demokratien nur ein Teil des Volkes aktiven Anteil am Staate besitzt.

Geht man von der Erkenntnis der körperschaftlichen Natur des Staates aus, so ergibt sich die subjektive Qualität des Volkes in — fast möchte ich sagen — tautologischer Weise aus dem so gefaßten Staatsbegriffe. Allein nicht nur auf deduktivem Wege, sondern auch durch folgende, für die Erkenntnis des Staates wichtige, bisher noch nicht klar dargelegte Erwägungen.

Eine Vielheit von Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaft stehen, ohne die subjektive Qualität eines Volkes zu besitzen, wäre kein Staat, weil jedes die einzelnen zu einer Einheit verbindende Moment mangelte. Einem solchen Zustande entspräche etwa der eines Landesherrn oder Lehnsträgers der mittelalterlichen Welt, der aus verschiedenen Rechtstiteln eine Mehrheit von Territorien besaß, die trotz der Gemeinsamkeit des Herrschers keine innere Gemeinschaft bildeten und sich ihrer rechtlichen Sonderexistenz bewußt blieben. In der Gegenwart bieten die deutschen Schutzgebiete ein treffendes Beispiel dafür, daß sogar innere Einheit der Staatsgewalt allein nicht ausreicht, um eine staatliche Einheit zu begründen. Die Schutzgewalt ist mit der Reichsgewalt identisch; dennoch bilden die Schutzgebiete mit dem Reiche keine staatliche Einheit, weil das Volk dieser Gebiete zwar vom Reiche beherrscht wird, aber mit dem Reichsvolke dessen subjektive Qualität nicht teilt.

Daher wäre auch ein Sklavenstaat, an dessen Spitze etwa ein großer Plantagenbesitzer stände, nur dem Namen nach ein

¹⁾ Vgl. auch mein System S. 8 ff. Die richtige Lehre treffend entwickelt von Haenel, Staatsrecht I S. 93 ff.

Staat. Kein Rechtsband würde solche Tausende von Sklaven, die von ihrer gegenseitigen Existenz keine Ahnung zu haben brauchen, miteinander verknüpfen. Wenn die antike Staatslehre die Erscheinung des Staates auf freie Menschen beschränkt, so hat sie darin eine ihrer trefflichsten Wahrheiten ausgesprochen. Nur unter Freien, führt Aristoteles weiter aus, ist ein Recht im politischen Sinne möglich, und ohne dieses Recht gibt es keinen Staat¹⁾.

Das Volk in seiner subjektiven Qualität bildet vermöge der Einheit des Staates eine Genossenschaft, d. h. alle seine Individuen sind miteinander als des Staates Genossen verbunden, sie sind Mitglieder des Staates. Der Staat ist somit zugleich herrschaftlicher und genossenschaftlicher Verband. Das herrschaftliche und genossenschaftliche Element ist in der staatlichen Körperschaft zur notwendigen Einheit verknüpft. Vermöge der Herrschaft der Staatsgewalt ist das Volk Objekt des Imperiums und besteht in dieser Richtung aus lauter Subordinierten, vermöge der gliedlichen Stellung der Individuen in ihrer Eigenschaft als Elemente des Staates als Subjektes hingegen aus lauter Koordinierten. Die Individuen als Objekt der Staatsgewalt sind Pflichtsubjekte, als Glieder des Staates hingegen Rechtssubjekte.

Die Rechtssubjektivität besteht dem Staate gegenüber²⁾. Sie äußert sich durch die staatliche Anerkennung der gliedlichen Stellung des Individuums in der Volksgemeinschaft. Die aber schließt in sich die Anerkennung des Menschen als Person, d. h. als eines mit einer Sphäre öffentlicher Rechte ausgestatteten Individuums. Das ist das Resultat der gesamten Kulturentwicklung, daß im modernen Staate jeder Mensch, der irgendwie der Staatsgewalt untertan ist, zugleich auch ihm gegenüber Person ist. Ist daher auch heute noch die volle gliedliche Stelle des Individuums im Staate von der dauernden Zugehörigkeit zu ihm abhängig, so wird dennoch auch der vorübergehend fremder Staatsgewalt Unterworfenene nicht nur als subditus, sondern auch als *civis temporarius* betrachtet, der nicht nur öffentliche Pflichten, sondern auch öffentliche Rechte hat.

Die Zugehörigkeit des einzelnen zum Volke äußert sich also in dem Dasein einer vom Staate anerkannten Sphäre des öffent-

¹⁾ Eth. Nic. V 10, 1134 a.

²⁾ Vgl. zum folgenden die betreffenden Partien meines Systems d. subj. öff. Rechte.

lichen Rechtes. Mitglieder des Staates, Volk in seiner subjektiven Qualität, sind die Gesamtheit der Staatsgenossen, d. h. derjenigen, die rechtliche Ansprüche an die Staatsgewalt haben. Das subjektive öffentliche Recht ist die Grundlage des korporativen Charakters des Staates.

Dasein und Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechtes der Individuen wird der positiven Rechtslehre am spätesten von allen Erscheinungen des öffentlichen Rechtes bekannt. Alles öffentliche Recht wird zuerst in die Staatsgewalt verlegt, deren Funktionen zugleich als Hoheitsrechte aufgefaßt werden, so daß die Staatsgewalt als eine Summe von Rechten gegenüber den Untertanen und fremden Staaten erscheint. Über diese Anschauung kommt die Jurisprudenz des absoluten Staates nicht hinaus. Daneben besteht die auf den Resten des Feudalstaates beruhende Anerkennung von Herrschaftsrechten, Privilegien und Sonderrechten von einzelnen und Verbänden, die aber nicht imstande ist, den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes der Staatsglieder zur Erkenntnis zu bringen. Das Recht des einzelnen wird vielmehr mit dem Privatrecht identifiziert. Nur soweit das Privatrecht reicht, wird daher der einzelne vom Staate als Rechtsträger ausdrücklich anerkannt¹⁾.

Die Erkenntnis und Anerkennung der subjektiven öffentlichen Rechte verdanken einem erst jüngst klargestellten eigentümlichen Prozeß ihr Dasein, der innig mit der ganzen Entwicklungsgeschichte des modernen Staates zusammenhängt. Im antiken Staate war die Qualität des Bürgers als aktiven Staatsgliedes klar erkannt, als Bürger derjenige bezeichnet worden, dem rechtlicher Anteil an der staatlichen Herrschaftsübung zusteht. Die übrigen rechtlichen Qualitäten des einzelnen wurden theoretischer Betrachtung und Erkenntnis nicht unterzogen, weil dem Hellenen wie dem Römer jeder dringende politische Anlaß dazu mangelte. Daher konnte sogar die falsche Vorstellung entstehen, als ob im antiken Staate eine individuelle öffentliche Rechtssphäre überhaupt nicht vorhanden gewesen wäre. Im mittelalterlichen Staate hingegen fehlt die Vorstellung der staatlichen Einheit und damit die des strengen Unterschiedes von Privat- und öffentlichem Recht. Das Individuum erscheint der germanischen Rechtsanschauung von

¹⁾ Vgl. hierüber auch die vorzüglichen Ausführungen von O. Mayer I 8, 38 ff.

Hause aus als Träger von Rechten, die nicht erst aus einer Gewährung des Staates abzuleiten sind. Das ist nun auch der Fall mit den Landesfreiheiten, den Rechten, welche dem regnum und damit den Angehörigen des regnum gegenüber dem Könige zustehen¹⁾. Die Freiheitsbriefe sind gleichsam Friedensschlüsse oder Bezeugungen eines modus vivendi zwischen König und Land. Es sind vertragsmäßige Beziehungen, die zwischen beiden Staatsteilen vorwalten und beiden Forderungsrechte gewähren. Daß diese Rechte anderer Art als die Privatrechte seien, bleibt dem germanischen Rechtsgedanken fremd, daher dasjenige Recht, das sich am meisten von romanistischen Einflüssen freigehalten hat, das englische, niemals aus sich heraus zu der strikten Scheidung von öffentlichem und Privatrecht gelangt ist.

Der absolute Staat hat das Ziel, jene ursprüngliche individuelle Berechtigung gänzlich zu vernichten. Er vermag aber nicht das Bewußtsein von der Priorität des individuellen Rechtes völlig zu zerstören. Selbst die Theoretiker des Absolutismus können das unbeschränkte Recht des Monarchen nur aus der Übertragung des ursprünglichen Rechtskreises des Individuums auf den Staat ableiten; auch für die nicht mit den hergebrachten theologischen Argumenten arbeitenden Gegner der mittelalterlichen dualistischen Staatslehre bleibt die Priorität des Individualrechtes vor dem Rechte des Herrschers bestehen.

Der christliche Staat hatte aber von Haus aus beschränkte Zuständigkeit. An den religiösen Forderungen der Kirche fand er eine unübersteigliche Schranke. Schon in den ersten Zeiten des Christentums wird die Freiheit des religiösen Gewissens von einengenden staatlichen Geboten behauptet²⁾. In dem gewaltigen Kampfe, den Staat und Kirche im Mittelalter führen, geht des Staates Bestreben doch niemals dahin, das *ius in sacra* gleich dem altrömischen *ius sacrum* in einen Teil seiner Rechtsordnung zu verwandeln. Wenn er Glaubenszwang übte, tat er es nicht in eigenem Namen, sondern in Erfüllung kirchlicher Pflichten.

¹⁾ In den alten englischen Freiheitsbriefen finden wir als Subjekt der *iura et libertates* bald die „*homines in regno nostro*“, bald das regnum selbst. Vgl. G. Jellinek Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 31 N. 1.

²⁾ Vgl. v. Eicken Gesch. u. Syst. d. mittelalterl. Weltanschauung 1887 S. 121.

Aus diesem Dualismus zwischen Staat und Kirche wächst im Verein mit der nie ganz erloschenen altgermanischen Anschauung von der Priorität des Individualrechtes, das der Staat nicht schafft, sondern nur anerkennt, die Vorstellung angeborener Menschenrechte empor. Es sind die Kämpfe, die im Gefolge der Reformation eintraten, die unter den englischen und schottischen Kongregationalisten und Independenten die Lehre von dem ursprünglichen Recht der religiösen Bekenntnisfreiheit entstehen lassen. Ich habe diesen Prozeß an anderer Stelle eingehend verfolgt¹⁾. Bei der Gründung einiger der amerikanischen Kolonien Englands erhält dieses Recht zuerst seinen positiven Ausdruck. Ferner suchen die Engländer vor und nach dem Kampfe der Krone und des Parlamentes um die Vorherrschaft, die alten Rechte und Landesfreiheiten durch ausdrückliche Normierung und Anerkennung von seiten des Königs in der *Petition of Right* (1628) und in der *Bill of Rights* (1689) gegen jeden Zweifel und Angriff sicher zu stellen. Obwohl diese Dokumente der alten Rechtsanschauung entsprechend unterschiedslos Sätze des objektiven und Feststellung subjektiven Rechtes enthalten, sind sie doch die ersten Vorboten des Gedankens, die gesamten öffentlichen Rechte des einzelnen zu kodifizieren²⁾. Ebenso hatten die amerikanischen Kolonisten

¹⁾ Erkl. der Menschen- und Bürgerrechte S. 35 ff. Vgl. auch David G. Ritchie *Natural Rights*, London 1895, p. 3 ff.; d'Eichthal *Souveraineté du peuple et gouvernement* 1895 p. 47, 71 ff.; Rieker in der historischen Vierteljahrsschrift 1898 S. 393 ff. .

²⁾ Die *Petition of Right* knüpft in der Form an die bestehenden Gesetze an und will nur altes Landesrecht von neuem bestätigen, wie es von früheren Königen in der Form der *confirmatio chartarum* so oft geschehen war. Im Grunde enthält sie nichts als die Vorschrift, daß den bestehenden Gesetzen gemäß verfahren werden solle, wie denn auch der König in seiner die Bitte des Parlaments gewährenden Antwort auf die *Petition* erklärt, daß Recht gewährt werden soll entsprechend den Gesetzen und Gewohnheiten des Königreichs (*The King willeth that right be done according to the laws and customs of the realm*). In Wahrheit ist aber die *Petition* eine Grenzlinie zwischen beiden den Staat damals teilenden und einander feindlich gegenüberstehenden Gewalten des Königs und des Parlamentes. Die Gesetze werden in ihr nicht nur als Normen für die Ausübung der Staatsgewalt, sondern zugleich als Erzeuger der „just rights and liberties“ der Untertanen bezeichnet. War nun die *Petition* der Rechte der erste Schritt zur Klarstellung des Verhältnisses zwischen König und Volk am Beginne des großen Kampfes zwischen Krone und Parlament, so bezeichnet die von Wilhelm III. bestätigte *Bill of Rights* den definitiven Frieden, der

in der Zeit zwischen der Petition und der Bill der Rechte mehrfach in ihren Kolonialgesetzen die alten und neuen von der Krone verliehenen Freiheiten in Urkunden zusammengefaßt, die später ebenfalls als Bills der Rechte bezeichnet wurden. Unabhängig von diesen Erklärungen der Rechte fand aber in Amerika, und zwar zuerst in Rhode Island, sodann aber auch in anderen Kolonien die Gewissensfreiheit, wenn auch oft unter weitgehenden Beschränkungen, rechtliche Anerkennung. Sie sollte selbstverständlich nicht nur den englischen Kolonisten, sondern allen Menschen zustehen, die sich auf dem Boden der Kolonie aufhielten. Damit war bereits im 17. Jahrhundert ein allgemeines Menschenrecht anerkannt, welches nicht in der Magna Charta oder den späteren englischen Gesetzen, sondern in dem durch die Reformation zum höchsten Richter in Glaubenssachen erhobenen menschlichen Gewissen seinen Grund findet.

Das Naturrecht ging zwar von der ursprünglichen Freiheit des Individuums aus, um aus ihm die staatliche Herrschaft abzuleiten. Dieses Herrscherrecht hat aber, den meisten Schriftstellern zufolge, entweder gar keine Schranken oder nur diejenigen, die sich der Herrscher selbst gesetzt hat. So kennt auch Rousseau keine absoluten Grenzen für den herrschenden Gemeinwillen an, der zwar für alle gleiche allgemeine Normen aufstellt, über den Umfang der nach Abzug der gesetzlichen Beschränkung den Individuen verbleibenden Freiheit aber nach seinem durch kein Grundgesetz zu beschränkenden Ermessen entscheidet¹⁾.

allerdings mit einer anderen, vom Parlamente berufenen Dynastie abgeschlossen wird. Aber auch sie will formell nicht neues Recht schaffen, sondern altes bestätigen, auch sie erhebt Beschwerde über den Bruch geltenden Rechtes und verlangt nur die Erklärung, daß die angesprochenen Rechte „die wahren und unzweifelhaften Rechte und Freiheiten des Volkes dieses Reiches sind“. Daß sie in Wahrheit auf dem Wege authentischer Interpretation neues Recht schuf, kann hier nur angedeutet werden. Auch in ihr zeigt sich noch die Vermischung von objektivem Landesrecht und subjektivem Recht des einzelnen. Ihre meisten Bestimmungen handeln von Pflichten und gesetzlichen Beschränkungen der Krone. Noch einmal zeigt sich die alte dualistische Staatsanschauung, der gemäß die Pflichten der Krone zugleich Gegenstand eines Forderungsrechtes des Volkes sind. Wie aus dem Pakt zwischen König und Volk dem Fürsten ein Recht auf gesetzlichen Gehorsam entsteht, so dem Volke auf Einhaltung der gesetzlichen Schranken durch den König.

¹⁾ Vgl. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 5 ff. Noch verdient auch hier hervorgehoben zu werden, daß gerade der Satz, bei

Andere Naturrechtslehrer behaupten zwar das Dasein eines noch vom Staate nicht gänzlich aufgezehrten Urrechtes der Freiheit¹⁾, doch ohne darauf eine umfassende Lehre von dem subjektiven öffentlichen Rechte aufzubauen. Die hat sich vielmehr wiederum in England im Anschluß an die große religiöse und politische Bewegung des 17. Jahrhunderts herausgebildet. Unmittelbar nachdem die Bill of Rights Gesetz geworden war, hat Locke aus der vom Wesen des Menschen unabtrennbaren Freiheit unübersteigliche Schranken für die Staatsgewalt postuliert, die er als ausdrücklich zum Schutze von Leben, Freiheit, Eigentum des einzelnen errichtet erklärt²⁾. Sodann hat im folgenden Jahrhundert Blackstone in seinem berühmten und einflußreichen Werke über das englische Recht jene bei Locke noch in der Form objektiver Rechtssätze³⁾ erscheinenden Schranken in absolute Rechte der englischen Untertanen verwandelt, die aus Sätzen der Naturrechtslehre in Verbindung mit denen der Bill of Rights gewonnen worden sind⁴⁾.

dem die Lehre von den Menschenrechten zuerst praktisch wird, von Rousseau entschieden bekämpft wird. Weit davon entfernt, die Glaubensfreiheit als absolutes Menschenrecht anzuerkennen, fordert er eine religion civile, die nicht minder intolerant ist wie die herrschenden Kirchen. „Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentimens de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas Que si quelqu'un après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les lois.“ Zu diesen Dogmen zählt die Allmacht und Güte Gottes sowie die Unsterblichkeit der Seele, Lohn und Strafe nach Verdienst. Contr. soc. IV 8. Vgl. auch den Brief an Voltaire vom 18. August 1756, Œuvres X p. 132.

¹⁾ Unter den neueren Naturrechtslehrern am klarsten Wolff, Jus nat. VIII § 980. Vgl. auch Esmein p. 215 ff.; Rehm Staatslehre S. 242 ff.

²⁾ On Govern. II, XI § 142.

³⁾ Hiergegen wendet sich Redslob, Staatstheorien d. französ. Nationalversammlung 1912 S. 87 N. 2, ohne, wie es scheint, die Ausführungen, Erkl. d. Menschen- u. Bürgerrechte S. 33, zu würdigen.

⁴⁾ I 1 p. 109 ff. Auf die Stellung, die Blackstone in der Geschichte der Vorstellungen vom subjektiven öffentlichen Rechte einnimmt, habe ich mehrmals hingewiesen, System der subj. öff. Rechte S. 1 f. und Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 33, 48 f. Unrichtig jedoch ist die auf kurze Notizen von Borgeaud und Foster

Im Laufe des 18. Jahrhunderts wirken nun in Amerika die naturrechtlichen Lehren in Verbindung mit den politischen und

gestützte Behauptung von Rehm, Staatslehre S. 247f., daß die Blackstoneschen Kommentare auf die amerikanische Deklaration von 1776 einen bestimmenden Einfluß gehabt haben. Vielmehr war es die 1754 erschienene anonyme Schrift Blackstones, *An Analysis of the Laws of England*, die indirekt auf die Formeln von 1776 gewirkt hat (Erkl. der Menschen- und Bürgerr. S. 53). Unrichtig ist es ferner, was Rehm ausführt, daß erst von Blackstone die Idee unentziehbarer, aber gesetzlich beschränkbarer Freiheitsrechte stamme. Wenn Blackstone schon in der Analyse erklärt, daß politische oder bürgerliche Freiheit die natürliche menschliche Freiheit sei „so far restrained by human Laws as it is necessary for the Good of Society“ (l. c.), so hat er damit nur dasselbe wie Locke gesagt, auf den er sich (Commentaries I p. 126) in diesem Punkte ausdrücklich beruft: „for (as Locke has well observed) where is no law there is no freedom“. Übrigens ist die Lehre, daß Freiheit mit gesetzlicher Einschränkung verträglich sei, uralt und für den praktischen Gesetzgeber selbstverständlich: die Menschheit mußte doch nicht erst auf Locke und Blackstone warten, um solche Trivialität zu entdecken. Enthielt doch schon die Anerkennung der Glaubensfreiheit für Rhode-Island durch die berühmte Charte Karls II. die Einschränkung, daß sie nicht den Frieden stören und die Freiheit nicht mißbrauchen solle (vgl. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 42 N. 2). Überdies muß festgestellt werden, daß in der Erklärung von Virginien und den anderen Deklarationen von 1776 mit Einschluß der Unabhängigkeitserklärung von Einschränkung der Grundrechte nicht die Rede ist, offenbar, weil man es für überflüssig hielt. Die spätere Erklärung von Massachusetts von 1780, auf die Rehm sich beruft, besagt auch nur, daß der Rechtsschutz „according to standing laws“ ausgeübt werden solle, also nicht willkürlich. Es ist dies einfach der alte aus der Magna Charta stammende Satz, daß jedermann nur „per legem terrae“ Minderung seiner Rechtsgüter erleiden solle. Die ganze angebliche, minimale und einem Nichtjuristen kaum verständliche Differenz, die Rehm zwischen den Vorstellungen der früheren Zeit und denen der Deklarationen konstatieren will, ist daher überhaupt nicht vorhanden. Unrichtig ist ferner die Behauptung Rehms, daß nur in den Pflanzungsverträgen jede Einwirkung auf die Glaubensfreiheit ausgeschlossen sei, vielmehr sprechen die Verfassungsurkunden seit 1776 genau dieselbe Sprache. Die Glaubensfreiheit ist ferner bereits nach den ursprünglichen Ansichten der Amerikaner unveräußerlich und nicht, wie Rehm meint, etwa bloß durch Staatsvertrag festgesetzt. Das ergibt sich nicht nur aus der ganzen geschichtlichen Entwicklung der betreffenden Vorstellungen, sondern auch aus den gesetzgeberischen Dokumenten selbst. Gerade jene Fundamental Orders of Connecticut, die Rehm für seine Behauptung anzieht, erklären, daß das neue Gemeinwesen gegründet werde „to mayntayne and preserve the liberty and purity of the gospell“, geben also das

sozialen Verhältnissen, die viele vorhandene Beschränkungen der individuellen Freiheit als ungerechtfertigt erscheinen lassen, die Vorstellung von einer größeren Zahl allgemeiner Freiheitsrechte aus, die als Bedingungen, unter welchen das Individuum in den Staat tritt, dem Staat derart unantastbar gegenüberstehen, daß er nur deren Mißbrauch zu verhüten berechtigt ist. Als nun die amerikanischen Kolonien von ihrem Mutterlande sich losreißen, da spielt der Gedanke jener ursprünglichen, in den Staat mit

Motiv, nicht das Resultat der Staatsgründung an. Überdies können derartige historische Zusammenhänge nicht auf dem Wege der Wortinterpretation irgendwelcher Dokumente erkannt werden. Der religiöse Ursprung der Menschenrechte ist nunmehr auch in Frankreich, wo man so gern gegenüber meinem Nachweis des historischen Zusammenhanges der Formeln von 1789 mit den Kämpfen um die Religionsfreiheit in den amerikanischen Kolonien Englands die volle Originalität der französischen Konstituante retten möchte, in eingehender und energischer Weise von katholischer Seite behauptet worden von Saltet, *L'origine religieuse de la déclaration des droits de l'homme*, in den vom Institut catholique de Toulouse herausgegebenen *Conférences pour le temps présent*, Paris 1903 p. 56 ff.; von protestantischer Seite vgl. Méaly *Les publicistes de la Réforme*. Pariser These 1903 p. 257. Sonst kann auf die neueste — wenig ergiebige — französische, italienische, griechische und amerikanische Literatur, die sich mit der Entstehung der Menschenrechte und meinen Ausführungen über sie beschäftigt, an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Über die französischen Publikationen vgl. Egon Zweig in der Beilage zur *Allg. Zeitung* vom 25. Mai 1905 und *Studien und Kritiken* 1907 S. 140 ff.; Duguit *Traité* II 1911 p. 10. Höchst bedeutsam sind die Ausführungen von Max Weber, *Archiv f. Sozialwiss.* 1905 S. 42 N. 78. Aus der neueren deutschen Literatur vgl. G. Hägermann *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in den amerikanischen Staatsverfassungen* 1910; dazu Troeltsch *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen* I 1912 S. 764 Note; ferner Bernheim im *Arch. f. öff. R.* Bd. 21 (1907) S. 350 f.; F. Klövekorn *Die Entstehung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* 1911; W. Rees *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* 1912. — Menzel stellt neuerdings die interessante Tatsache fest, daß sich auch Mirabeau im Jahre 1788 in der adresse aux Bataves auf den amerikanischen Katalog beruft: *Grünhuts Z.* 34. Bd. S. 438 f. Dazu Egon Zweig *Die Lehre vom pouvoir constituant* 1909 S. 241 f. N. 5. — Auf die Angriffe Redslobs a. a. O. S. 92 ff. und seinen Versuch, den Zusammenhang zwischen der *Déclaration* und dem *Contrat social* herzustellen, wird bei anderer Gelegenheit zurückzukommen sein. Vgl. vorerst die 2. Auflage der „*Menschen- und Bürgerrechte*“, die Redslob ebenso entgangen zu sein scheint, wie G. Jellineks Antwort auf Boutmy (abgedruckt in den *Schriften und Reden* II 1911 S. 64 ff.).

herübergenommenen und ausdrücklich durch die staatliche Ordnung anerkannten Rechte eine große Rolle. Nicht hochverräterischen Aufruhr, sondern Rechtsverteidigung glauben sie zu üben, als sie sich der englischen Herrschaft entledigen. Die Verfassung der nunmehr souverän gewordenen Kolonien, allen voran die von Virginien, werden durch eine Bill oder Declaration of Rights eingeleitet, die einen kurzgefaßten Kodex aller rechtlichen Ansprüche des einzelnen an die Staatsgewalt enthalten soll¹⁾.

Der Vorgang der Vereinigten Staaten hat sodann in Frankreich bedeutsame Nachahmung gefunden. Die virginische Bill of Rights regt Lafayette an, am 11. Juli 1789 in der Konstituante den Antrag zu stellen, eine Erklärung der Rechte zu erlassen. Sie wird nach langen Debatten, denen zahlreiche Projekte zugrunde lagen, am 26. August 1789 als Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte beschlossen. Ihren Sätzen haben unverkennbar die Bestimmungen der amerikanischen Bills of Rights zum Vorbild gedient²⁾. Sie wurden in die Verfassung von 1791 aufgenommen und in den beiden folgenden französischen Verfassungen mit Modifikationen wiederholt. Von den späteren französischen Verfassungen ist vor allem die Charte von 1814, welche an Stelle der allgemeinen Menschenrechte knapp bemessene Rechte der Franzosen setzte, von Bedeutung geworden, da unter ihrem Einflusse viele andere Staaten derartige Bürgerrechte verfassungsmäßig anerkannten. Sodann hat die belgische Verfassung von 1831 eine viel weitergehende Liste der Bürgerrechte aufgestellt, die wiederum auf zahlreiche Verfassungsurkunden ihre Wirkung geäußert hat. In der konstitutionellen Bewegung der Epoche von 1848 und 1849 in Deutschland und Österreich hat die Aufstellung eines Katalogs von Grundrechten eine große Rolle gespielt. Sie gehören heute mit zum Inventar der Verfassungsurkunden, unter denen allerdings die des Deutschen Reiches eine Ausnahme macht.

Unter dem Einflusse dieser verfassungsmäßigen Sätze ist die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht entstanden. Auf diesem Gebiete stehen sich zwei scharf geschiedene Grund-

¹⁾ Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 13 ff.

²⁾ Erklärung S. 8 ff., 15 ff.; Esmein, p. 494, erwähnt zwar die amerikanischen Deklarationen, spricht aber — wie die Mehrzahl der diesen Sachverhalt berührenden Franzosen — deren Vorbildlichkeit für Frankreich nicht ausdrücklich aus. Anders Duguit, Traité II 1911 p. 8.

ansichten gegenüber. Die eine faßt das subjektive öffentliche Recht seiner Struktur nach als dem Privatrecht gleichartig auf und läßt es nur durch die Art der im öffentlichen Rechtsverhältnis stehenden Personen: der Über- und Unterordnung von Staat oder öffentlichem Verband und einzelnen, von dem auf Koordination beruhenden Privatrecht unterschieden sein. Die andere leugnet die Existenz des subjektiven öffentlichen Rechtes des einzelnen und erblickt in dem, was gemeinlich als solches bezeichnet wird, nur den Reflex von Sätzen des öffentlichen Rechtes. Zwischen beiden Ansichten gibt es manche, gewöhnlich auf Unklarheit und Widerspruch beruhende Übergänge¹⁾.

¹⁾ Über die Literatur vgl. System der subj. öff. Rechte S. 3 ff. Von neueren Werken sind namentlich zu erwähnen: Haenel Staatsrecht I S. 93 ff., 153 ff.; Tezner Besprechung von Jellinek, System der subj. öff. R. in Grünhuts Zeitschr. XXI 1893 S. 107—253; O. Mayer I S. 104 ff.; v. Stengel Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte, im Verwaltungsarchiv III 1895 S. 176 ff.; M. Kulisch System des österreichischen Gewerberechtes I 2. Aufl. 1912 S. 574 ff.; Krabbe Die Lehre der Rechtssouveränität 1906 S. 34 ff.; v. Frisch Der Thronverzicht 1906; P. Abraham Der Thronverzicht 1906; v. Laun Das Recht zum Gewerbebetrieb 1908; Layer Principien S. 330 ff.; W. Jellinek Der fehlerhafte Staatsakt 1908 S. 22 ff.; W. Schoenborn Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht 1908 S. 43 ff.; Richard Schmidt Der Prozeß und die staatsbürgerlichen Rechte 1910; Kormann in Hirths Annalen 1911 S. 913 ff.; Kelsen Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911 S. 567 ff.; Fleiner Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 2. A. 1912 S. 155 ff.; K. v. Böckmann Die Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien 1912 S. 151 ff.; Anschütz Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat I 1912 S. 91 ff.; Longo La teoria dei diritti pubblici subbietivi e il diritto amministrativo italiano, Palermo 1892; Santi Romano La teoria dei diritti pubblici subbietivi, in Orlando, Primo trattato di diritto amm. it. I 1900 p. 110—220; G. Solazzi Note critiche sulla libertà giuridica individuale 1910; Ign. Tambaro I diritti pubblici e le costituzioni moderne 1910; Esmein p. 476 ff., 988 ff.; Hauriou Précis de droit administratif et de droit public général 5. ed. 1903 p. 139 ff.; derselbe Principes 1910 p. 558 ff.; Salleilles De la personnalité juridique 1910 p. 536 ff.; Duguit Traité I p. 9 ff., II p. 1 ff.; A. Nicol-Speyer Systematische Theorie des heutigen Rechts I 1911 S. 181 ff.; L. Heerwagen Die Pflichten als Grundlage des Rechts 1912 S. 91 ff.; Grasso I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino, Genova 1898, p. 144 ff.; Morelli Che cosa sono le libertà civili? Modena 1899; Majorana La nozione del diritto pubblico subbietivo, Roma 1904; Barthélemy Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français 1899 p. 7 ff.

Beide Ansichten haben, wie es mit Extremen gewöhnlich der Fall ist, nicht das Richtige getroffen. Die erste hat nicht erkannt, daß formal zwischen Privat- und öffentlichen Rechten ein Unterschied obwaltet, die zweite, daß die Leugnung der öffentlichen Rechte die Möglichkeit der Rechtsordnung und damit des Staates in Frage stellt.

Was zunächst den letzten Punkt betrifft, so ist ein Recht nur möglich zwischen Rechtssubjekten. Rechtssubjekt jedoch ist derjenige, der in seinem Interesse die Rechtsordnung in Bewegung setzen kann. Diese Fähigkeit ist aber dem einzelnen zunächst auf dem Gebiete der Privatrechtspflege gegeben. Er empfängt da nicht nur den Reflex staatlicher Tätigkeit, wie bei der strafenden und polizeilichen Funktion des Staates. Mit bloßen Reflexrechten gibt es keine Persönlichkeit. Solcher Reflex kann auch dem Tiere zugute kommen, wie es zur Zeit, als das Sklavenrecht gemildert wurde, dem römischen Sklaven zugute kam, der nichtsdestoweniger fortdauernd der Persönlichkeit entbehrte. Die vom Staate gewährte individuelle Fähigkeit aber, die Rechtsordnung im eigenen Interesse in Bewegung zu setzen, schafft, wie jede begrenzte individuelle, vom Rechte anerkannte Macht, eine subjektive Berechtigung. Daher gehört die Persönlichkeit dem öffentlichen Rechte zu. Sie ist die Bedingung des Privatrechts und aller Rechtsordnung überhaupt, die demnach mit dem Dasein individueller öffentlicher Rechte innig verknüpft ist.

Diese Rechte unterscheiden sich jedoch von den Privatrechten wesentlich dadurch, daß sie sich unmittelbar auf die Persönlichkeit gründen. Sie haben kein von der Person verschiedenes Objekt wie die Privatrechte. Die aus ihnen entspringenden Ansprüche, in denen sich die praktische Bedeutung dieser Rechte erschöpft, entstammen direkt den Fähigkeiten, welche die Rechtsordnung den einzelnen zuerkennt. Alle diese Fähigkeiten bezeichnen ein dauerndes Verhältnis des einzelnen zum Staate, es sind rechtliche Zustände, die auf ihnen ruhen, und die den Grund der einzelnen publizistischen Ansprüche bilden. Jeder öffentlich-rechtliche Anspruch entspringt daher unmittelbar aus einer bestimmten Position der Person zum Staate, die, dem Vorbild des antiken Rechts entsprechend, als ein Status bezeichnet werden kann¹⁾.

¹⁾ Da die öffentlich-rechtlichen Ansprüche nicht aus einem von der Person getrennten Objekt entspringen, so wird ihr Wesen durch ihre

Die Anerkennung des einzelnen als Person ist die Grundlage aller Rechtsverhältnisse. Durch diese Anerkennung wird aber der einzelne Mitglied des Volkes in dessen subjektiver Qualität. Näher äußert sie sich darin, daß es eine rechtliche Zugehörigkeit zum Staate gibt, die chedem Voraussetzung aller oder doch der meisten Ansprüche an den Staat war. Die Anerkennung als Person und als Staatsglied ist die Basis für alle öffentlich-rechtlichen Ansprüche, die sich demzufolge teilen in solche, die der Staat allen in seinen Bereich gelangenden Menschen gewährt, und solche, die er seinen ihm dauernd als Bürger zugehörenden vorbehält.

Die Gesamtheit der Ansprüche kann in drei große Kategorien geteilt werden, denen verschiedene Positionen des Status der Persönlichkeit entsprechen.

1. Der einzelne ist, weil er Person ist, nur begrenzter Gewalt unterworfen. Die Unterordnung des Individuums unter den Staat reicht nur so weit, als das Recht es anordnet. Jeder staatliche Anspruch an den einzelnen muß rechtlich begründet sein. Was nach Abzug der rechtlichen Einschränkung für den einzelnen an Möglichkeit individueller Betätigung übrigbleibt, bildet seine Freiheitssphäre. Diese Freiheit ist aber nicht nur tatsächlicher Art, sondern vermöge der Begrenzung der Staatsgewalt und der Anerkennung der Persönlichkeit rechtlich anerkannt. Der faktische Zustand der Freiheit, in dem der auf sich selbst bezogene Mensch sich befindet, wird durch die Anerkennung einer bloß begrenzten Unterwerfung zu einem rechtlich anerkannten Zustand.

Das Dasein besonders drückend empfundener Beschränkungen des Individuums hat geschichtlich die Forderung der Anerkennung bestimmter Freiheitsrechte hervorgerufen. Religionszwang und Zensur haben die Vorstellung der Religions- und Preßfreiheit entstehen lassen, durch polizeiliche Eingriffe und Verbote sind Hausrecht, Briefgeheimnis, Vereins- und Versammlungsrecht usw. als Freiheitsrechte gefordert worden. Nähere Überlegung ergibt leicht, daß hier nicht einzelne Rechte vorliegen,

unmittelbare Zurückführung auf Positionen der Persönlichkeit durch deren Bezeichnung als Status jedem Zweifel entzogen. Diesen Zweck verfolgt meine Einteilung der öffentlichen Rechte als Konsequenzen des negativen, positiven und aktiven Status, sowie die Aufstellung eines passiven Status der Persönlichkeit (System S. 81 ff.).

sondern nur besonders anerkannte Richtungen der individuellen Freiheit, die aber in sich einheitlich ist und den vom Staatsgebot freien Zustand des Individuums bezeichnet. Aus dieser Position der Persönlichkeit entspringt ihr der Anspruch auf Aufhebung aller die Freiheit verletzenden staatlichen Verfügungen.

2. Im Mittelpunkte der öffentlich-rechtlichen Ansprüche stehen die auf positive Leistungen des Staates im individuellen Interesse¹⁾. Auf ihnen in erster Linie ruht der Rechtscharakter der Beziehungen zwischen Staat und Individuum. Die Volksgenossen sind Rechtsgenossen vermöge der Gemeinsamkeit des ihnen in ihrem individuellen Interesse zuteil werdenden Rechtsschutzes. Den Richter im eigenen Interesse in Bewegung setzen zu können, ist das wesentlichste Merkmal der Persönlichkeit. Wie unentwickelt dieser Rechtsschutz auch in vielen Staaten gewesen sein mag, er hat nirgends gänzlich gemangelt. Einen Staat ohne Gericht sucht man in der Geschichte der Kulturvölker vergebens.

Nicht minder entspringen aber aus dieser Position der Persönlichkeit Ansprüche auf Verwaltungstätigkeit des Staates im individuellen Interesse²⁾.

1) Ansprüche an den Staat, nicht Macht über den Staat, wie O. Mayer, I S. 100, ausführt. Macht, d. h. Herrschaft, hat der Staat über den einzelnen, die Rechtsmacht des einzelnen hingegen kann nur in einem dem obligatorischen des Zivilrechts analogen Anspruch an das herrschende Gemeinwesen bestehen. Herrschaft des einzelnen über den Staat ist schon deshalb unmöglich, weil zwei Persönlichkeiten sich nicht gegenseitig beherrschen können. Vgl. auch Layer a. a. O. S. 337 ff. In der französischen Ausgabe seines Werkes (I p. 143) schränkt nun Mayer seine Behauptung dahin ein, daß nicht der Staat selbst, sondern die Ausübung der Staatsgewalt Objekt der öffentlichen Rechte sei; hiernach besteht kein wesentlicher Unterschied mehr zwischen meiner und der Mayerschen Lehre.

2) Diese Ansprüche fallen durchaus nicht zusammen mit dem generellen Recht, an den Wohltaten des staatlichen Gemeinwesens teilzunehmen, das Laband, I S. 153, aufstellt, und es ist auch nicht zuzugeben, daß ein Widerspruch zwischen den Ausführungen S. 119 des Systems der subjektiven öffentlichen Rechte und denjenigen S. 132 besteht. Jeder öffentlich-rechtliche Anspruch des einzelnen muß sich irgendwie individualisieren lassen, weil sonst jede Möglichkeit fehlt, ihn vom Reflex staatlicher Tätigkeit zu unterscheiden. Zu den Wohltaten des staatlichen Gemeinwesens zählen sicherlich zweckmäßig eingerichtete Zuchthäuser. Sie befördern die Rechtssicherheit, tragen zur Besserung der Sträflinge

Streng zu scheiden auf diesem Gebiete ist aber Rechtsreflex von subjektivem Rechte. Strafrecht und Polizei sind bestimmt, individuelle Rechtsgüter zu schützen, dennoch begründen sie keinen individuellen Anspruch des zu Schützenden. Auch die Verwaltungstätigkeit des Staates als im Gemeinrechte geübt, kommt dem Individuum zugute. Was der Staat leistet, leistet er um seiner gegenwärtigen oder zukünftigen Mitglieder willen, die daher Empfänger seiner Gaben sind, aber nicht immer als Berechtigte empfangen.

Da die Anerkennung der gliedlichen Stellung des Individuums in erster Linie die Gewährung dieser Ansprüche in sich schließt, so kann die Position der Persönlichkeit, aus der sie fließen, als der positive Zustand oder die staatliche Mitgliedschaft bezeichnet werden. Diese Ansprüche bezeichnen das gerade Gegenteil der vorerwähnten: nicht negative Freiheit vom Staate, sondern positive Staatsleistungen sind ihr Inhalt. Sie bilden gleichsam — im Verein mit jenen Reflexwirkungen — die staatliche Gegenleistung für die Opfer, welche das Individuum dem Staate zu bringen verpflichtet ist.

3. Staatlicher Wille ist menschlicher Wille. Der Staat gewinnt nach einer gesetzmäßig bestimmten Ordnung die seine Funktionen zu versehen berufenen individuellen Willen. Das kann er in zweifacher Weise tun, durch Verpflichtung und Berechtigung. Die von ihm zu seinen Zwecken verliehenen Berechtigungen begründen eine weitere Position der Persönlichkeit. Sie erhält dadurch den Anspruch, zur Ausübung staatlicher Tätigkeit zugelassen, als Träger einer Organstellung anerkannt zu werden. Dabei ist, wie später dargetan werden wird, individueller Anspruch und Organtätigkeit streng zu sondern. Die letztere eignet ausschließlich dem Staate, so daß der erstere nur auf die Zulassung zur Tätigkeit als Organ gehen kann. Das gilt sowohl von allen Ansprüchen auf dauernde Organstellung, als auch von Ansprüchen, durch Wahlen an der Bildung von staatlichen Organen teilzunehmen. Auch das Wählen selbst ist Tätig-

bei usw. Aber sie gewähren nicht einmal dem Verurteilten, geschweige jedem Staatsbürger das Recht, an ihnen teilzunehmen. Ebenso ist die Armenpflege eine öffentliche Wohltat, die in der Regel den Unterstützungsbedürftigen keinen Anspruch gewährt. Flußkorrekturen, Assanierungen von Städten, öffentlich angeordnete Desinfektionen usw. sind Wohltaten, deren Folgen der einzelne genießt, aber nicht als ein Recht.

keit für den Staat, also Organhandlung¹⁾, so daß der individuelle Anspruch nur auf die Zulassung zum Wahlakte geht²⁾. Diese

1) Die Frage, ob das Wahlrecht individuelles Recht oder öffentliche Funktion sei, taucht in dieser Form bereits in der französischen Konstituante auf. In der Sitzung vom 11. August 1791 betonen Barnave und Thouret seinen ausschließlichen Charakter als einer staatlichen Organ­ tätigkeit, vgl. Esmein p. 307 f.; Redslob a. a. O. S. 143 ff. Später haben Royer-Collard, Littré, Fouillé u. a. dies getan, vgl. Coutant *Le vote obligatoire*, Paris 1898, p. 40 ff. Für Amerika haben Laboulaye und Seaman, für England J. St. Mill den Funktionscharakter des Wahl­ rechtes behauptet (Coutant p. 43 ff.), für Italien L. Rossi, *Sulla natura giuridica del diritto elettorale politico* 1908 p. 18; für Deutschland vgl. G. Jellinek *System* S. 159 ff., Stahl *Parteien* 1863 S. 193, ferner G. Meyer *D. parl. Wahlrecht* S. 411 ff., Fleiner *Inst.* S. 162, und die da­ selbst Genannten. Pyfferoen, *L'Électorat politique*, Paris 1903, p. 7, be­ zeichnet diese Lehre als die bereits herrschende. Im heutigen Frankreich bezeichnet Hauriou, *Précis* 5. éd. (vgl. aber auch *Principes* 1910 p. 462 ff.) p. 49, das Wahlrecht als zusammengesetzt aus individuellem Recht und öffentlicher Funktion (*fonction sociale*). Ähnlich Arangio- Ruiz *Intorno alla rappresentanza di diritto pubblico* 1906 p. 19 f. Das entspricht als praktische Folgerung ganz der von mir entwickelten Lehre, die das rechtliche Verhältnis der beiden Elemente des Wahlrechtes in der auf Grund unserer heutigen öffentlich-rechtlichen Anschauungen einzig möglichen Weise konstruiert. Wer das Wahlrecht anders faßt, kann es nur mit gänzlicher Eliminierung eines seiner beiden notwendigen Elemente tun. — Gegen die Auffassung des Wahlakts als einer Organhandlung Triepel in der *Z. f. Politik* IV 1911 S. 602, u. a. mit der Begründung, die Wählerschaft sei ebensowenig Staatsorgan wie der Setzer des Reichs­ gesetzblatts oder der Erbauer von Staatsgebäuden; dieser Vergleich dürfte aber nicht ganz zutreffen.

2) Laband, I S. 331 in der Note, wendet sich mit einer längeren Ausführung gegen den von mir behaupteten Anspruch auf Anerkennung, der den Kern des Wahlrechtes und anderer subjektiver öffentlicher Rechte bildet. Dieser Anspruch folgt aber mit zwingender Notwendigkeit aus meiner Auffassung des subjektiven öffentlichen Rechtes als unmittel­ baren Ausflusses der Persönlichkeit selbst. Will man ihn widerlegen, so muß man ihm eine andere positive Theorie des subjektiven öffentlichen Rechtes entgegensetzen. Das tut aber Laband nicht, an keiner Stelle seines Werkes gibt er eine Definition seines Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechtes, wie denn auch die neuere Literatur über diese Materie ganz ohne Einfluß auf ihn geblieben ist. Die Anerkennung als Wähler (nicht des „Rechts zu wählen“, wie Laband mir unterstellt) hat als notwendige Rechtsfolge die Zulassung zur Wahl, sowie eine ganze Reihe anderer möglicher, praktisch bedeutsamer Ansprüche (Recht der Anfechtung der Wahllisten, der Wahlanfechtung), die sich in ähnlicher Weise aus der Qualität als Wähler ergeben, wie dies z. B.

Ansprüche gehen weder auf ein Unterlassen, noch auf ein Leisten von seiten des Staates, sondern auf ein Anerkenntnis des Staates, für ihn wirksam werden zu können¹⁾. Sie heben die mit solchen Ansprüchen Begabten aus der Gesamtheit der Staatsglieder heraus und bewirken dadurch ein gesteigertes Bürgerrecht. Die dadurch begründete Position ist der Zustand des Aktivbürgers, der für das antike Denken mit dem des Bürgers überhaupt zusammenfiel. Kein Staat ist möglich, in dem derartige Ansprüche niemand zustünden. Mindestens einem — dem Herrscher — muß ein persönlicher Anspruch auf die Trägerschaft der höchsten Organstellung zustehen. Bei dieser Position ist der Zusammenhang zwischen dem Volke in seiner subjektiven Qualität und öffent-

mit zahlreichen Ansprüchen der Fall ist, die unmittelbar aus der Anerkennung der Staatsbürgereigenschaft an einen Fremden entstehen. Die Staatsangehörigkeit wird aber wohl auch von Laband als ein Zustand, nicht als ein Recht aufgefaßt werden müssen, obwohl er auch über diesen Punkt sich nicht äußert. Mein Satz, das Wahlrecht bestehe keineswegs in dem Recht zu wählen, ist doch nicht mehr paradox als der Satz, das Recht der Glaubensfreiheit bestehe keineswegs in dem Rechte zu glauben, was man wolle, den Laband (vgl. I S. 150 f.) auf Grund seiner Theorie der Freiheitsrechte gewiß billigen wird. Auch der Einwand, den O. Mayer, I S. 114 N. 21, vom Standpunkte seiner Theorie aus gegen meine Lehre erhebt, ist unstichhaltig. Gewiß handelt es sich bei Ausübung des Wahlrechtes nicht darum, einen Zettel in die Urne zu legen, sondern um Teilnahme an einem staatlichen Ernennungsakte. Nur hört die Individualtätigkeit da auf, wo die in der Ernennung wirkende Organtätigkeit beginnt. Man denke doch nur an eine Volksabstimmung über ein Gesetz in der demokratischen Republik. Hier hat der einzelne als solcher doch auch nur den Anspruch auf Abgabe seiner Stimme. Die Abstimmung selbst ist aber zweifellos nicht mehr Individualakt, sondern Akt des obersten Staatsorgans. Faßt man mit Mayer solches Recht als „Macht über die öffentliche Gewalt selbst“ auf, so mangelt solcher Demokratie überhaupt das oberste Organ, „der Träger der Staatsgewalt“, wie es viele bezeichnen, und die Summe unverbundener, mit Macht über ein Nichts ausgerüsteter Individuen tritt an ihre Stelle.

¹⁾ In vollster Klarheit tritt das dort hervor, wo, wie in Belgien, Wahlpflicht existiert. Dort gibt es auch einen individuellen Anspruch des Wählers auf Zulassung zur öffentlichen Funktion der Wahl, der im Rechtswege verfolgt werden kann. Der Wahlakt selbst aber ist Leistung einer öffentlichen, durch Strafen sanktionierten Dienstpflicht (vgl. den belgischen code électoral Art. 220—223). Die individualistische Auffassung des Wahlrechtes steht der Erscheinung der Wahlpflicht ganz ratlos gegenüber; vgl. G. Jellinek Bes. Staatslehre (Ausg. Schr. u. Red. II 1911) S. 217 f.

licher Berechtigung am klarsten und einleuchtendsten. Die Staatsgewalt muß irgendwie aus dem Volke hervorgehen, d. h. ihre Träger müssen Mitglieder der Volksgemeinde sein. So wenig wie aus einer Sklavenherde — Sachen im Rechtssinne — durch einen sie besitzenden gemeinsamen Herrn Staaten gebildet werden, so wenig ist dort, wo 'abhängige Volksstämme außerhalb der Staatsgemeinde stehen, ein Staat in vollem Sinne vorhanden. Der römische Latifundienbesitzer herrschte souverän über seine Sklaven, wurde aber trotzdem nicht als Staatshaupt betrachtet, vielmehr schied die antike Staatslehre sorgfältig die häusliche von der staatlichen Gewalt. Die eingeborenen Stämme der afrikanischen Schutzgebiete, die nomadischen Indianer Nordamerikas sind der Herrschaft der sie umfassenden Staatsgewalten unterworfen, ohne doch Staatsgenossen zu sein¹⁾. Von solchen dem Staate unterworfenen und dennoch außerhalb des Staates stehenden Gruppen bis zu dem gänzlich auf der Gemeinschaft freier Menschen aufgebauten Staate gibt es mannigfache Übergänge: beschränkte Staatsgenossenschaft kann unterworfenen Völkern und zurückgesetzten Volksklassen zustehen. Die Staatsgewalt muß aber auch, Übergangszeiten abgerechnet, auf der Volksüberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit ruhen, was für jede Staatsform, selbst die unumschränkte Monarchie gilt. Diese in verschiedener Art und Stärke ausgedrückte Billigung als fortdauernde Bedingung des Staates in seiner konkreten Gestaltung ist ebenfalls eine der notwendigen Funktionen der Volksgemeinschaft als eines den Staat konstituierenden Elementes.

Was im vorstehenden von den Individuen gesagt wurde, gilt aber auch, in verschiedenem Maße, von den Verbänden im Staate, soweit deren Persönlichkeit in größerem oder geringerem Umfange anerkannt ist. Auch bei ihnen sind die verschiedenen Positionen der Persönlichkeit und die auf ihnen gegründeten Zustände zu unterscheiden. Nur modifizieren sich Art und Umfang der ihnen zustehenden Ansprüche mannigfach gemäß ihrer Natur sowohl als ihren Zwecken, wie denn auch der Unterschied der privaten und der verschiedenen Gattungen

¹⁾ Letztere sind als Personen, aber nicht als Bürger von der Union anerkannt. Vgl. Rüttimann Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, I 1867 S. 2; v. Holst, a. a. O. S. 75, bezeichnet sie als „Mündel“, Freund, Öff. R. d. Ver. St. v. Amerika 1911 S. 69, als „Schützlinge“.

öffentlich-rechtlicher Verbände für deren konkrete publizistische Rechtsstellung von Bedeutung wird. Bei ihnen allein aber, wie bei den Individuen, bedeutet Anerkennung der Persönlichkeit zugleich Ausstattung mit einer Sphäre subjektiver öffentlicher Rechte.

Von jeher anerkannt ist die zweite Eigenschaft der den Staat bildenden Menschen als Unterworfene des Staates, als Untertanen, eine Eigenschaft, die ja viel leichter in das Bewußtsein fällt als die zuerst erörterte. Der einzelne unterliegt dem staatlichen Herrschergebote. Solche Subjektion ist keineswegs notwendig mit der Mitgliedschaft an einem Staate verknüpft, ja nicht einmal an die Voraussetzung der Persönlichkeit gebunden. Der Peregrine des alten römischen, der Rechtlose des älteren germanischen Rechtes waren öffentlicher Herrschaft unterworfen, ohne daß ihre Persönlichkeit anerkannt worden wäre. Sie waren Pflicht-, nicht Rechtssubjekte. Ebenso änderten alle Grade der Unfreiheit, so mannigfach sie die Rechtsstellung des Individuums beeinflußten, so abgestuft auch dadurch dessen Pflichten gegen das Gemeinwesen waren, nichts an seiner Unterwerfung unter die Normen des Gemeinwesens, so daß es doppelter Gewalt, der privaten seines Herrn und der öffentlichen, unterstand.

In dieser zweiten Eigenschaft nun sind die Individuen und die dem Staate eingeordneten Verbände Objekt der Staatsgewalt, Gegenstand staatlicher Herrschaft. Aber zwischen jener Recht- und dieser Pflichtstellung gibt es Übergänge. Es gibt Pflichten, die nicht auf dem Individuum schlechthin lasten, sondern unmittelbar aus der Mitgliedschaft am Staate entspringen, auf die Teilhaberschaft an dem Volke in subjektiver Eigenschaft gegründet sind. Das sind jene Pflichten, deren Erfüllung nicht nur ein Leisten an den Staat, sondern auch ein Handeln für den Staat in sich schließen, wie militärische Dienst-, Geschworenen-, Schöffenpflicht, sowie die Pflicht, dauernde Ehrenämter zu übernehmen, mit einem Worte, die öffentliche Dienstpflicht. Diesen Pflichten wohnt nämlich ein Moment höherer Berechtigung inne, das in der Ehre zum Ausdruck kommt, die mit der Pflichterfüllung verknüpft ist. So liegt in der Teilnahme am Heere und Gerichte für die Dienstpflichtigen eine Ehre, die sich auch darin äußert, daß sie zur Strafe verwirkt werden kann.

Aber auch auf den Gebieten, wo der einzelne der Staatsgewalt ausschließlich als verpflichtet gegenübersteht, ist dies

Verhältnis nicht als auf gänzlicher Trennung von Subjekt und Objekt des Rechtes beruhend aufzufassen. Vielmehr kommt die Einheit aller Elemente des Staates bei aller möglichen Trennung ihrer verschiedenen Qualitäten auch hier klar zum Ausdruck. Das erkennt man, wenn man nicht den einzelnen Untertan, sondern das ganze Volk in dieser Eigenschaft in Betracht zieht. Beim einzelnen kann die Unterwerfung unter die Staatsgewalt bis zur gänzlichen Vernichtung der Persönlichkeit in Form der Strafe gehen; soweit die reine, jeden Momentes der Berechtigung bare Gehorsamspflicht reicht, ist der einzelne nicht Rechtssubjekt. Es gibt eine Position des Individuums: den Zustand der Unterwerfung, in dem es, der Persönlichkeit entkleidet, bloßes Subjekt von Pflichten ist.

Anders aber erscheint der Gehorsam der Gesamtheit der Untertanen. Der ist nämlich das Komplement der Staatsgewalt, ohne welches sie nicht zu existieren vermag. Eine Gewalt, die befiehlt, ohne daß ihr gehorcht würde, verliert ihren Charakter als Herrschermacht. Näher besehen ruht die ganze Staatsgewalt auf dem Gehorsam der Untertanen, all ihre Tätigkeit ist verwandelter Gehorsam. Sie kann nämlich ihre Funktionen nur erfüllen durch sachliche und persönliche Leistungen der einzelnen und der Verbände. Nur durch diese kann sie existieren, wollen, das Gewollte durchsetzen. Es gilt für jeden Staat: an dem Maße des Gehorsams und der Pflichterfüllung seiner Mitglieder hat er zugleich das Maß seiner Kraft und Stärke.

Durch die Gemeinschaft des Rechtes und der Pflichten sind die Volksgenossen miteinander verbunden. Ihren objektiven rechtlichen Ausdruck erhält diese Gemeinsamkeit durch die staatliche Organisation. Durch die einheitliche Staatsgewalt wird die Vielheit der Genossen zur Einheit des Volkes zusammengefaßt. Diese Einheit ist die des Staatsvolkes, der staatlich geeinten Menge. Das ist der Grund, weshalb das Volk im Réchtssinne außerhalb des Staates gar nicht denkbar, wie ja auch das Gebiet nur im Staate als dessen räumlicher Bereich möglich ist, außerhalb des Staates gedacht aber nichts als einen politisch bedeutungslosen Teil der Erdoberfläche darstellt. Solche Erkenntnis beleuchtet zugleich die große Schwierigkeit, mit der diese prinzipielle Untersuchung verknüpft ist. Die einzelnen Elemente des Staates bedingen sich nämlich gegenseitig, und es ist daher nur hypothetisch möglich, eines von ihnen zu isolieren, da jedes

das andere zur Voraussetzung hat. Aus dieser Schwierigkeit und der ungenügenden Einsicht in ihr Dasein sind die größten Irrtümer in der Staatslehre entstanden. Namentlich hat isolierte Betrachtung des Volkes stets dazu geführt, es als außerhalb des Staates stehend anzusehen¹⁾, wodurch eine adäquate Erkenntnis der wichtigsten staatlichen Verhältnisse zur Unmöglichkeit wird.

Was vom Verhältnisse des Individuums zum Staate gilt, findet auch auf die Beziehungen des einzelnen zu den mit Imperium ausgestatteten Verbänden volle Anwendung. Alle Positionen der Persönlichkeit kehren auch bei den Mitgliedern dieser Verbände wieder. Nähere Darlegung dieser Beziehungen überschritte aber den Rahmen der allgemeinen Staatsrechtslehre.

3. Die Staatsgewalt.

Eine jede aus Menschen bestehende Zweckeinheit bedarf einer Leitung durch einen Willen. Dieser die gemeinsamen Zwecke des Verbandes versorgende Wille, der anordnet und die Vollziehung seiner Anordnungen leitet, stellt die Verbandsgewalt dar. Daher hat jeder noch so lose Verband, wofern er nur als eine von seinen Mitgliedern verschiedene Einheit erscheint, seine ihm eigentümliche Gewalt.

Solcher Gewalten gibt es aber zwei Arten: herrschende und nicht herrschende Gewalten. Worin liegt der Unterschied beider?²⁾

Die einfache, nicht herrschende Verbandsgewalt ist dadurch charakterisiert, daß sie zwar Vorschriften für die Verbandsglieder erlassen kann, aber nicht imstande ist, die Befolgung ihre Befehle aus eigener Macht, mit eigenen Mitteln zu erzwingen. Jedem nicht mit Herrschermacht ausgerüsteten Verbandsmitglied kann sich jedes Mitglied jederzeit entziehen. Soll es im Verbandsverbande festgehalten werden, oder soll es trotz seines Austrittes aus dem Verbandsverbande, dessen Satzungen entsprechend, noch immer Pflichten gegen den Verband erfüllen, so ist hierzu die Ermächtigung oder das Gebot einer über dem Verband stehenden herr-

¹⁾ Daß diese Irrtümer noch heute nachwirken, beweist die Literatur der romanischen Völker, woran allerdings die terminologische Gleichstellung der Begriffe Staat und Nation in ihren Sprachen nicht geringe Schuld trägt.

²⁾ Vgl. zum folgenden System S. 215 ff. u. „Staat u. Gemeinde“ (Ausgew. Schr. u. R. II) S. 351 ff.

schenden Macht notwendig¹⁾). Das trifft für alle nichtherrschenden Verbände zu, nicht etwa nur für jene, in die man freiwillig eingetreten ist. Das zeigt sich am deutlichsten in der Stellung des mächtigsten nichtstaatlichen Verbandes — der katholischen Kirche — zu seinen Mitgliedern. Nach katholischer Lehre begründen Taufe und Ordination einen character indelebilis des diese Sakramente Empfangenden. Wenn aber der Staat die Unmöglichkeit des Austrittes aus der Kirche und dem Priesterstande nicht sanktioniert, so fehlt der Kirche jedes Mittel, ihren Normen gegenüber dem aus ihr Ausscheidenden oder in den Laienstand Zurückkehrenden Geltung zu verschaffen. So groß die Macht der Kirche über ihre Glieder ist, rechtlich erscheint sie heute nicht mit Herrschergewalt ausgerüstet, es sei denn, daß der Staat ihr seinen Arm leiht.

Soweit daher auch eine einfache Verbandsgewalt mit ihren Befehlen gehen mag, sie hat an dem sich freiwillig fügenden Willen der Verbandsmitglieder eine Grenze für die Möglichkeit selbständiger Durchführung ihrer Normen. Es ist möglich, daß sie ein ganzes System von Rechtssätzen für ihre Mitglieder aufstellt, daß sie in weitem Umfange Strafen festsetzt: wer sich Recht und Strafe nicht unterwerfen will, kann von ihr nicht dazu gezwungen werden. Die Mittel, die ihr zur Sanktionierung ihrer Vorschriften zu Gebote stehen, sind bloß disziplinarer Art. Ihre Gewalt ist Disziplinalgewalt, nicht Herrschergewalt.

Solche Disziplinalgewalt findet sich bereits bei einer großen Zahl rein privatrechtlicher Verhältnisse zwischen Einzelpersonen. Sie tritt überall auf, wo dauernde Rechtsverhältnisse begründet werden, die nicht bloß wirtschaftliche Leistungen zum Inhalt haben; man denke nur an die Lehrlinge, das Gesinde, die Fabrikarbeiter, die Schiffsmannschaft, deren Beziehungen zum Lehrherrn, Dienstgeber, Schiffer stets auch ein ethisches Moment haben²⁾. Zur Regulierung und ihrem Zweck entsprechenden

¹⁾ Vgl. B.G.B. § 39: Die Mitglieder sind zum Austritt aus dem Vereine berechtigt. — Durch Satzung kann bestimmt werden, daß der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahres oder erst nach dem Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen.

²⁾ Treffliche Ausführungen hierüber von Emil Steinbach, Erwerb und Beruf 1896 S. 24 ff. und Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation 1897 S. 1 ff.

Aufrechterhaltung dieser Verhältnisse, mit einem Worte zur Bewahrung der Ordnung kann der Dienstherr Verweise erteilen und andere Strafen festsetzen und vollstrecken. Hier ist nun scheinbar ein sich durch eigene Machtmittel des Befehlenden realisierendes Befehlsrecht gegeben. Allein als letztes und schwerstes Disziplinarittel ist überall, wo nicht staatliche Macht hinzutritt, nur die Auflösung des persönlichen Verhältnisses, die Ausstoßung aus dem Verbande gegeben. Trotz jener Disziplinargewalt kann der ihr Unterworfenen jederzeit aus dem Verbande ausscheiden¹⁾ — es sei denn, daß die starke Hand des Staates kraft Gesetzes ihn im Verbande festhält — und sich dadurch der Disziplinarstrafe entziehen²⁾; ferner hat der Verband selbst dem beharrlich Widerstrebenden gegenüber kein anderes aus eigener Macht fließendes Schutzmittel als Lösung des Bandes, welches das Mitglied mit ihm verknüpft, vorausgesetzt, daß dessen Gebrauch dem Verbande vom Staate nicht verwehrt ist.

Herrschergewalt hingegen ist unwiderstehliche Gewalt. Herrschen heißt unbedingt befehlen und Erfüllungszwang üben können³⁾. Jeder Macht kann sich der Unterworfenen entziehen, nur der Herrschermacht nicht. Jeder andere Verband kann ausstoßen, der herrschende Verband kann aus ursprünglicher Macht im Verbande festhalten. Nur bedingter Austritt ist aus dem Staate möglich, nämlich um sich einem anderen zu unterwerfen. Dem Imperium kann heute niemand, auch nicht der Heimatlose, entfliehen, es sei denn, daß er sich in eine Wüste oder in die Nähe der Pole flüchte. Nur solchergestalt willigt heute der Staat in die Lösung des Bandes zwischen ihm und dem Mit-

¹⁾ Unterordnung unter einen privaten Verein ohne Austrittsrecht wäre Sklaverei. Vgl. A. Leist Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht 1899 S. 11.

²⁾ Das haben die neueren Beamtengesetze selbst für die Staatsbeamten festgesetzt. Der Wandel der Anschauungen eines ganzen Jahrhunderts zeigt sich in dem Gegensatz des Allg. Landrechtes Teil II Tit. 10 §§ 95, 96, wonach die Entlassung der Beamten, allerdings nur aus Rücksicht auf das allgemeine Beste, verweigert werden kann, und dem Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 §§ 75 und 100, das selbst dem in Disziplinaruntersuchung befindlichen Beamten die Befugnis gibt, durch Niederlegung des Amtes sich der Disziplinarstrafe zu entziehen.

³⁾ Der von Gerber, Grundzüge S. 3 f., 21, begründeten Lehre vom Herrschen als wesentlichem Merkmal der Staatsgewalt haben deren Gegner eine selbständige Untersuchung vom Wesen der Herrschergewalt bisher nicht entgegengestellt.

glied, aber immer setzt er eine solche Fähigkeit der Ausbürgerung oder Auswanderung durch seine Rechtsordnung fest, stellt die Bedingungen auf, unter denen er sie gewährt oder verweigert¹⁾. Der Antrag, aus dem Staate auszutreten oder, wo ein solcher nicht erforderlich, die Erklärung, aus dem Staate scheiden zu wollen, entledigt aber den Austretenden nicht seiner aus dem vorläufig fortdauernden und durch seinen einseitigen Akt nicht aufhebbaren Untertanenverhältnis fließenden Pflichten, z. B. bereits verwirkte Strafen zu verbüßen, und nimmt dem Staate nicht seinen Erfüllungszwang. Erst wenn er allen seinen bereits zu Recht bestehenden Verpflichtungen, namentlich der Wehrpflicht, Genüge geleistet hat, läßt der Staat den Austrittsberechtigten wegziehen.

Die mit solcher Macht ausgerüstete Gewalt ist Herrschergewalt und damit Staatsgewalt. Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unterscheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbands- oder einem Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie zum eigenen Rechte des Verbandes geworden ist, nicht ursprüngliche, sondern abgeleitete Gewalt²⁾.

Dieser Satz entspricht den Verhältnissen des modernen Staates. Vor der Konsolidierung der Staaten seit dem Beginn der neueren Zeit hat er nicht gegolten. Er ist eine historische,

¹⁾ Niemals reicht, wie bei dem Austritt aus einem privaten Verbands- oder einem Individuum, eine bloße Willenserklärung zur Ausbürgerung aus. Entweder ist Verlegung des Wohnsitzes außerhalb des Staatsgebietes zu ihrer Perfektion notwendig, oder sie tritt ungewollt als Folge anderer rechtlicher Tatsachen ein.

²⁾ Vgl. die System S. 283 N. 1 genannten Schriftsteller; ferner Haenel StR. I S. 800. Br. Schmidt, a. a. O. S. 65 ff., konstatiert die unbezweifelte Tatsache, daß auch der nichtstaatliche Verband Herrschermacht übt, beweist aber so wenig wie andere Autoren die Originarität dieses Zwangsmittels für das heutige Recht. Das originäre Herrschaftsrecht der Verbände ist heute nichts anderes als eine Form der Selbsthilfe, die der moderne Staat grundsätzlich untersagt und nur ausnahmsweise dort anerkennt, wo er sie ausdrücklich gestattet hat. Auch aus der längeren Polemik von Preuß, Städt. Amtsrecht S. 132 ff., gegen die im Text vertretene Lehre erfährt man nichts von irgendeinem der heutigen Gemeinde zustehenden Herrscherrecht nichtstaatlichen Ursprungs. Darauf allein kommt es aber in dieser Frage an: die historische Wirklichkeit, nicht die dialektische Möglichkeit aufzuweisen.

keine absolute Kategorie für die Beurteilung herrschaftlicher Verbände überhaupt. Im Mittelalter gab es zahlreiche Verbände nichtstaatlicher Art, die in größerem oder geringerem Umfange Herrschaft als ein ihnen ursprünglich zukommendes Recht ausübten, und zwar selbst dann, wenn es geschichtlich vordem aus der Sphäre des Staates in die des nichtstaatlichen Verbandes hinübergeglitten war. Vor allem hatte die Kirche selbständige, ihr nicht vom Staate zugewiesene Herrschermacht, die sie oft mit dem gewaltigsten Erfolge gegen den Staat ausübte. Aber auch zahlreiche weltliche Verbände sowie Feudalherren übten Herrschaft aus, die sie als ihre eigene, nicht vom Staate geliehene betrachteten, oder die zu der vom Staate geliehenen als selbständige, ihrer Substanz nach nicht in der Staatsgewalt enthaltene hinzukam. Schon aus diesem Grunde ist es auch kaum möglich, mit unseren modernen staatsrechtlichen Begriffen für diese politische Welt scharf die Grenze zwischen Staat und nichtstaatlichem Verband zu ziehen.

Mit dem Erstarren der Staatsgewalt aber im Kampfe mit den sie einengenden und bestreitenden Mächten beginnt sie die selbständige oder selbständig gewordene Gewalt aller dem Staate eingeordneten Glieder aufzusaugen und dadurch deren Unterordnung unter ihre Macht zu bewähren und zu vollenden. Der Staat wird der große Leviathan, der alle öffentliche Macht in sich verschlingt. Selbst da, wo er sie äußerlich bestehen läßt, eignet er sie sich dennoch in der Form an, daß er sich als ursprünglicher Eigener der untergeordneten, wenn auch ihm gegenüber relativ unabhängigen Macht setzt. Das zeigt sich darin, daß er sich das Recht zumißt, über alle Herrschergewalt auf seinem Gebiete durch sein Gesetz zu disponieren. Der moderne Staat erkennt zwar jedem Individuum und jedem Verbände ein gesetzlich begrenztes Gebiet der Freiheit von seiner Gewalt zu, ein selbständiges Herrscherrecht jedoch, das ihm als unübersteigliche Schranke gegenüberstände, vermag er zufolge seines Wesens nicht anzuerkennen. Die entgegengesetzte Ansicht ist mit dem modernen Staatsgedanken unvereinbar und findet deshalb auch an den Tatsachen keine Stütze, sie vermag unter den Befugnissen der nichtstaatlichen Verbände keine einzige nachzuweisen, die ihrer Natur nach ein nichtstaatliches Herrschaftsrecht darstellt. Sie ist daher keine die Realität der Rechtsverhältnisse erklärende Lehre, sondern auf Umschaffung der Wirklichkeit gerichtet, indem

sie Institutionen, die dem Gedankenkreise der mittelalterlichen Welt entlehnt sind, wieder hervorzaubern möchte. Es ist eine Theorie der politischen Romantik, die um so weniger auf Verwirklichung rechnen kann, als der Satz, daß der Staat der Depositär der ganzen Herrschergewalt sei, Resultat der gesamten neueren geschichtlichen Entwicklung ist und praktisch sich dadurch bewährt, daß überall der Staat durch sein Gesetz den ihm unterworfenen Verbänden Herrschaftsrechte gewährt oder entzieht. Die naturrechtliche Lehre vom *pouvoir municipal*, die als Gegenströmung gegen das zentralistisch-absolute Regime in Frankreich im Laufe des 18. Jahrhunderts entstand, um in der französischen Revolution eine kurze Herrschaft zu feiern, deren Nachwirkung später in der konstitutionellen Theorie des deutschen Naturrechtes sichtbar wurde, hat die Tatsache der allseitigen Unterwerfung der Kommunen unter das Staatsgesetz nirgends zu ändern vermocht¹⁾.

Der Satz, daß nur dem Staate primär Herrschergewalt zustehe, ist aber nicht etwa nur das Resultat der absolutistischen Entwicklung des Kontinents vom 16.—18. Jahrhundert. Er findet seine Bestätigung ebensosehr in den staatlichen Verhältnissen Englands und der Vereinigten Staaten, wo ja germanische Rechtsgedanken in viel größerer Reinheit erhalten bleiben konnten als in den von der romanistischen Staatslehre durchweg in größerem oder geringerem Umfange beeinflussten kontinentalen Staaten. Alles den englischen Kommunalverbänden oder anderen Korporationen innewohnende Imperium ist nach einstimmiger Ansicht der dortigen Juristen aus der Machtfülle des Staates delegiert²⁾. Jeder Akt der Herrschergewalt ist dort ein Akt der Staatsgewalt, die englische Selbstverwaltung nichts als „die örtlich tätige Staatsgewalt“. Genau so verhält es sich aber mit Amerika. Trotzdem dort sich erst einzelne gemeindeähnliche Niederlassungen bildeten, aus denen die späteren Staaten hervorstiegen, ruht doch alles Recht der amerikanischen Gemeindeverbände auf Zugeständnissen der Staatsgesetze, die viel weniger gewähren als manche des europäischen Kontinentes, was allerdings mit der

¹⁾ Vgl. System S. 277 ff.; „Staat u. Gemeinde“, a. a. O. S. 334 ff.; Hatschek Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung (Jellinek-Meyer Abhandlungen II 1) 1898 S. 34 ff.

²⁾ Vgl. Hatschek Selbstverwaltung S. 20 ff.; ferner Engl. Staatsrecht I S. 41 ff.

ganzen eigentümlichen Gestaltung der Staatsverwaltung in den Staaten englischen Ursprungs zusammenhängt¹⁾).

Der das Gemeinwesen leitende und seine Zwecke versorgende Wille kann in primitiven Verhältnissen oder während staatlicher Erschütterungen den Charakter einer rein faktischen Gewalt haben, in entwickelten Staatswesen jedoch, unter normalen Verhältnissen, trägt er stets das Merkmal einer rechtlichen Gewalt an sich. Da er auf die Dauer nicht durch Einzelbefehle, sondern nur nach festen Regeln zu wirken vermag, da er fester Institutionen bedarf, um sich mit Sicherheit durchzusetzen, so liegen seiner Tätigkeit dauernde, feste, von den einzelnen Personen unabhängige Willensverhältnisse zugrunde. Solche durch feste Regeln geordnete Willensverhältnisse sind aber Rechtsverhältnisse. So ist denn im Begriffe der Staatsgewalt schon der der rechtlichen Ordnung enthalten. Daher ist die Staatsgewalt in ihrer Organisation und ihren Beziehungen zu ihren Objekten der Gegenstand des Staatsrechtes. Alles Staatsrecht ist Lehre von der Staatsgewalt, ihren Organen, ihren Funktionen, ihren Grenzen, ihren Rechten, ihren Pflichten.

Darum ist eine vollendete Kenntnis des Staates ohne Kenntnis seines Rechtes unmöglich. Unwissenschaftliche Einseitigkeit wäre es, den Staat nur unter dem Gesichtspunkte des Rechtes zu betrachten, alle Staatswissenschaft für eine juristische Disziplin zu erklären. Allein noch unwissenschaftlicher ist eine das rechtliche Element des Staates vernachlässigende Staatslehre, die mit historischer, politischer, soziologischer Methode das Ganze des Staates erfassen zu können vermeint.

Faßt man die vorstehenden Erörterungen mit den oben gepflogenen Untersuchungen über die Natur des Staates zusammen, so ergibt sich nunmehr die tiefere Begründung des Satzes, daß der Staat seiner rechtlichen Seite nach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes sei.

Diese Definition aber gibt zu einer Fülle weiterer Probleme Anlaß.

Vor allem erhebt sich die Frage nach den Eigenschaften der Staatsgewalt, nach den Merkmalen, die sicher herrschende

¹⁾ Vgl. v. Holst a. a. O. S. 174; Freund a. a. O. S. 177 f.; Cooley The Constitutional Limitations p. 223 ff. Vgl. auch unten Kap. XIX (S. 640 f.).

von nichtherrschenden, also staatliche von nichtstaatlichen Gewalten scheiden. Woran erkennt man, ob ein mit Herrschermacht begabter Verband ursprüngliches oder abgeleitetes, eigenes oder fremdes Recht ausübt? Was sind die Grenzen des Staatsbegriffes? Sind Staat oder Nichtstaat derart voneinander geschieden, daß Zwischenstufen gar nicht möglich sind? Gibt es mehrere Arten von Staaten, oder duldet der Staatsbegriff keine wie immer geartete Zweiung?

Hier tritt uns zunächst die bedeutsame Lehre von der Souveränität des Staates entgegen: was ist Souveränität? Ist sie ein notwendiges Merkmal der Staatsgewalt?

Sodann die Lehre von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt.
