

HANS KELSEN

Über Staatsunrecht

Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Verlag Alfred Hölder, Wien 1914, 40. Band, S. 1–114

Inhaltsübersicht: VORBEMERKUNG: Staatsrecht und Staatsunrecht. – I. KAPITEL: Das allgemeine Prinzip. § 1. Rechtsordnung und Exekutive. § 2. Die rechtliche Zurechnung zum Staate und der Begriff des Unrechtes. – II. KAPITEL: Das kriminelle und zivile Unrecht des Staates. § 3. Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen. § 4. Das kriminelle Unrecht des Staates. § 5 Das zivile Unrecht des Staates und die sogenannte Exekution gegen den Staat. § 6. Staatspersönlichkeit und Organpersönlichkeit, Staatsunrecht und Organunrecht. – III. KAPITEL: Der fehlerhafte Staatsakt. § 7. Begriff des fehlerhaften Staatsaktes und Einteilung der Mängel. § 8. Der nichtige und der anfechtbare Staatsakt. § 9. Die neuesten Systemisierungsversuche. § 10. Die Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit: a) Aus dem Gewicht der verletzten Norm; b) Aus dem Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht; c) Aus der rechtslogischen Natur der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nach positivistischen Prinzipien. § 11. Das Verhältnis des Staatsunrechts zum fehlerhaften Staatsakt. § 12. Der fehlerhafte Gesetzgebungsakt und das völkerrechtliche Delikt des Staates – IV. KAPITEL: Staatsunrecht und Haftung des Staates für seine Organe. § 13. Die rechtslogische Bedeutung des Dogmas von der rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates. § 14. Haftung des Staates für die Rechtswidrigkeit seiner Organe. – SCHLUSSWORT: Staatsrecht und Staatsunrecht.

VORBEMERKUNG

Staatsrecht und Staatsunrecht

Nicht eine politische Untersuchung gewisser Übel des staatlichen Lebens, die man gemeinhin als Unrecht empfindet und auf den Staat zurückführt, weil sie die Konsequenz staatlicher Organisation überhaupt oder gerade einer besonderen staatlichen Organisation sind, keine Frage sozialer Moral, sondern ausschließlich ein Problem formal-juristischer Konstruktion: ob und wie ein Unrecht des Staates im Rechtssinne denkbar ist, steht zur Diskussion.

In dieser Einschränkung mag das fragliche Problem nicht von übergroßer Relevanz scheinen und manchem kaum eine längere Abhandlung rechtfertigen. Allein der Begriff des Staatsunrechtes hat die Eigenart, zahlreiche und aufschlußreiche Beziehungen zu wichtigen Problemen der allgemeinen Staatsrechtslehre zu bergen. Staatsunrecht ist nicht bloß sprachlich das reine Widerspiel von Staatsrecht: deutlich läßt sich die ganze Natur des Staatsrechtes aus dem Staatsunrechte erkennen. Und das ist das eigentliche Ziel: das Wesen des Staatsrechtes gleichsam im Spiegel des Staatsunrechtes zu zeigen.

Die Erkenntnis vom Wesen des Staatsrechtes ist bedingt durch eine methodologische Voraussetzung, die ich – als ein Bekenntnis – an die Spitze stelle. Als ein Bekenntnis, denn es handelt sich letzten Endes nicht um einen als falsch oder richtig beweisbaren Lehrsatz, sondern um ein nicht weiter ableitbares Dogma, um eine jener Grundmauern, die im dunklen Erdreich – nicht der rationalen, logischen Erkenntnis – sondern der aller Erkenntnis zugrunde liegenden, alle Erkenntnis bestimmenden übrigen Geisteselemente des Fühlens und Wollens, des Charakters wurzeln und darum je nach Charakter des Erkennenden verschieden sein müssen. Es handelt sich um ein Prinzip, das vor aller Erkenntnis liegt und dem gleichen Quell entspringt, dem das Bedürfnis nach Erkenntnis selbst entstammt. Denn es ist ein Trieb, der zur Frage drängt und zugleich die Antwort zeugt, sofern er das Fundament setzt, auf dem die logisch-rationale Erkenntnis, in ihrer Richtung determiniert, weiterbaut.

Ich halte die Staatsrechtslehre, wie alle dogmatische Rechtstheorie, soweit sie sich mit der Gewinnung allgemeiner Grundbegriffe des Rechtes befaßt, für eine normative Disziplin. Das bedeutet nicht, daß die Rechtswissenschaft als Gesetzgeber Rechtsnormen zu schaffen, also eine Willensfunktion zu üben, sondern daß sie ebenso wie die Ethik oder Grammatik, die ja auch nicht die Moral- oder Sprachnormen schaffen, sondern bloß erkennen, als eine wahre Wissenschaft eine Erkenntnisfunktion zu betätigen hat. Die Welt des Sollens und zwar des rechtlichen Sollens ist das Objekt ihrer Erkenntnis, nicht aber das tatsächliche Geschehen, das wirkliche Sein. Und darum hat sie nicht wie die sogenannten explikativen Disziplinen tatsächliches Geschehen kausal zu erklären, hat nicht Naturgesetze zu gewinnen, nicht zu bestimmen, was geschehen muß, indem sie zeigt, warum es geschieht, sondern sie ist auf Normen gerichtet, das Begreifen von Rechtsnormen ist ihr Ziel, aus denen sie bestimmt, daß etwas, und was geschehen soll. Nicht das Reale, sondern das Ideale ist ihr Bereich. Aus der logischen Unvereinbarkeit von Sein und Sollen erwächst das methodologische Postulat einer scharfen Trennung von explikativer und normativer Betrachtungsweise. Daß aber die Begriffe des Seins und Sollens in gegenseitiger logischer Ausschließlichkeit entwickelt werden, das ist kein logisches, das ist das metalogische Prinzip einer dualistischen Weltanschauung.

Die von mir gewonnenen Resultate sind normativer Natur. Der immer wiederkehrende Vorwurf, daß sie die Wirklichkeit des sozialen Lebens nicht erklären, trifft sie nicht, weil sie sich diese Aufgabe gar nicht setzen, diese Aufgabe einer Soziologie oder Sozialpsychologie zuweisen. Deren Objekt ist das wirkliche, mit den Nor-

men oft in Widerspruch stehende, weil anderweitig motivierte soziale Leben und dessen kausale Erklärung ihr Zweck. Gegenstand der Rechtslehre und somit auch der Staatsrechtslehre sind Normen und deren gedankliche Beherrschung ihr Ziel. Dem solcher Gegenstand und solches Ziel nicht würdig oder zweckmäßig scheint, mit dem kann ich nicht streiten, denn ich bin anderer Meinung.

Und meine Resultate sind formaler Natur. Wer sich der Erkenntnis verschließt, daß allgemeine, d.h. für alle Rechtsordnungen gültige, aus der Idee des Rechts an sich zu gewinnende Begriffe anders als nach rein formaler, von allen besonderen, d.h. inhaltlichen Elementen abstrahierender Methode konstruiert werden können, dem kann ich mich nicht verständlich machen. Auch jenen nicht, die den Wert solcher Begriffe in Frage stellen und das Bemühen, ein logisch geschlossenes System allgemeingültiger Rechtsbegriffe zu schaffen, für eitles Spiel erklären. Am wenigsten aber kann und will ich jene verstehen oder von jenen verstanden werden, die zwar im Prinzip die normative und formale Methode für allgemeine Rechtsbegriffe, d.i. für die *Theorie der Rechtserkenntnis* zugestehen, aber in einer mißverständlichen Rücksicht auf die *Praxis der Rechtsanwendung* den Mut der Konsequenz verlieren und irgend welchen Vermittlungsversuchen das Wort sprechen; die mit matten Ausflüchten der strengen Logik zu entschlüpfen suchen. Wenn man irgendeinen Vorwurf wissenschaftlichen Untersuchungen nicht machen darf, ist es der, den ich zu oft gehört habe, als daß ich ihn nicht auch im vorliegenden Falle erwarten müßte: daß sie »zu logisch« sind. Ich wäre stolz, wenn dies der einzige Einwand gegen mich wäre, denn ich glaube nicht, daß etwas mehr oder weniger wahr, mehr oder weniger logisch, ich glaube, daß es entweder wahr oder falsch, entweder logisch oder unlogisch und damit wissenschaftlich oder unwissenschaftlich ist.

Unlogisch ist nun freilich nicht identisch mit a-logisch, mit metalogisch. Niemand kann mir zumuten, daß ich die Möglichkeiten der Logik überschätze, daß ich mir nicht ihres rein formalen Charakters bewußt bin. Schon aus meinen einleitenden Worten wird jeder Verständige erkennen, daß ich der Logik nur eine enge Grenze ziehe. Allein innerhalb dieses ihres Gebietes muß ich sie als einzige und unbeschränkte Herrscherin anerkennen. Hier ihre Fahne aus irgendeiner Rücksicht zu verlassen, ist Feigheit, wenn nicht des Herzens, so doch des Hirns, ist Denkfeigheit. Mut des Denkens ist aber die erste Tugend, die Wissenschaft von ihren Arbeitern fordert. Und wenn ich irgendeinem rechtswissenschaftlichen Problem gegenüber vor der Wahl stehe, zu seiner Lösung zu gelangen, entweder auf einer logischen, von den einmal angenommenen Voraussetzungen aus konsequent verfolgbar, aber längeren und schwierigeren, ein Plus an Denkbarkeit fordernden Straße oder auf einem kürzeren und bequemerem, aber unlogischen, weil gegen die Voraussetzungen gerichteten Abweg – der natürlich nur zu einer Scheinlösung führen kann – dann zögere ich nicht, in diesem Scheindilemma zwischen logischem und ökonomischem Denken zu wählen. Immer wieder gerät die juristische Konstruktion auf diesen Scheideweg und auch die folgenden Untersuchungen werden mehr als einmal dahin führen.

I. KAPITEL

§ 1. Rechtsordnung und Exekutive

Ein altes Dogma des englischen Staatsrechtes sagt, daß der König kein Unrecht tun könne: *The king can do no wrong*. Damit ist zunächst ausgesprochen, was auch für das Staatsoberhaupt jedes modernen konstitutionellen Staates gilt, daß der Monarch die Rechtsordnung nicht verletzen könne, weil und soferne er dieser Rechtsordnung nicht unterstellt ist. Wo – wie z.B. in Österreich – die Exemption des Monarchen von der Rechtsordnung keine vollständige ist, indem eine zivilrechtliche Verpflichtungsmöglichkeit besteht, da ist der eingangs zitierte Satz mit der Einschränkung richtig, daß der Monarch ziviles Unrecht setzen, daß er einen bestimmten Teil der Rechtsordnung verletzen könne, d.h. daß gewisse Unrechtsfolgen, nämlich die zivilen, über ihn verhängbar sind.

Eine andere Bedeutung erhält das fragliche Dogma, wenn man, wie die moderne Staatsrechtstheorie es tut, den Monarchen nur als Symbol des Staates auffaßt und nun nicht von der physischen Person des Monarchen, sondern von der juristischen Persönlichkeit des Staates die Unmöglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens behauptet. Denn die Unmöglichkeit des staatlichen Unrechtes kann offenbar nicht denselben juristischen Erkenntnisgrund haben wie das Urteil, das die Unvereinbarkeit der *monarchischen* Stellung mit jeder Rechtsverletzung ausspricht. Diese Unvereinbarkeit beruht auf der Exemption des Monarchen von der Rechtsordnung, auf der außerrechtlichen Stellung dieses Staatsorganes. Die Staatsperson kann aber vom Standpunkt einer Staatsrechtstheorie niemals und in keiner Beziehung als außerhalb der Rechtsordnung stehend gedacht werden, weil die einheitliche Persönlichkeit des Staates – diese Grundvoraussetzung alles Staatsrechtes – nur durch die Rechtsordnung und in der Rechtsordnung vorstellbar ist. Für die Jurisprudenz kommt der Staat überhaupt nur als Träger der Rechtsordnung oder als Subjekt von Pflichten und Rechten in Betracht. Soweit es eine außerrechtliche Existenz des Staates gibt, ist sie rechtlich irrelevant. Wenn somit der Staat kein Unrecht begehen kann, so beruht diese seine Eigenart nicht darauf, daß er außerhalb der Rechtsordnung steht – wie der Monarch – sondern er ist rechtlich unfehlbar obgleich und gerade sofern er innerhalb und unterhalb der Rechtsordnung steht.

Ich habe bereits angedeutet, daß die moderne Staatsrechtslehre geneigt ist, ein Dogma, daß der Staat kein Unrecht begehen könne, zu akzeptieren. Allein ihre Stellung zur Frage des Staatsunrechtes ist keine sehr präzise. Zunächst wird das Problem womöglich überhaupt nicht in der Schärfe gestellt, daß man bis zu den letzten Konsequenzen untersucht, ob eine Rechtswidrigkeit des Staates juristisch denkbar ist oder nicht. Wo der Frage nicht auszuweichen ist, zeigen sich bei jedem Theoretiker deutlich zwei einander widerstrebende Tendenzen. Von der einen Seite – es ist die der strengen Theorie – fühlt man sich veranlaßt, ein staatliches Unrecht, als mit gewissen Voraussetzungen der juristischen Konstruktion in Widerspruch, auszu-

schließen. Von der anderen Seite aber drängt scheinbar die Praxis gegen eine allzu intransigente Formulierung. Man glaubt, in gewissen – recht zahlreichen – Fällen ohne Annahme eines Staatsunrechtes nicht auskommen zu können und so entschließt man sich denn, den Grundsatz, daß der Staat kein Unrecht begehen könne, lediglich als eine Regel mit Ausnahmen anzuerkennen; als eine Regel, der nur der ideale Staat, nicht aber die unzulängliche Wirklichkeit, die konkrete Staatspraxis entspricht. In dieser Weise hat vornehmlich Georg *Jellinek*¹, der sich noch am eingehendsten mit der begrifflichen Konstruktion des staatlichen Unrechtes befaßt hat, das Problem zu lösen versucht. Im Grunde genommen liegt darin aber gar keine Lösung, sondern eigentlich eine Ignorierung des Problems. Denn wenn der Staat Unrecht tun kann und nur ein ideales Postulat an dem Staat zugegeben wird: daß er Unrecht womöglich vermeiden solle, so ist eigentlich der Staat allen übrigen Rechtssubjekten in der Frage der Unrechtmöglichkeit gleichgesetzt, denn auch an alle übrigen Personen ergeht das Gebot, Unrecht zu vermeiden. Allein gerade in der Frage des Unrechtes scheint ein wesentlicher Unterschied zwischen der Staatsperson und den übrigen Personen zu bestehen und nur die Erkenntnis oder das dunkle Gefühl dieses Unterschiedes konnte dem Staate gegenüber überhaupt Problem werden lassen, was allen übrigen Subjekten gegenüber selbstverständlich ist, nämlich ob sie Unrecht begehen können, zumal diese Rechtssubjekte für die Rechtsordnung und damit für die Rechtswissenschaft, um ein treffendes Wort *Bindings* zu gebrauchen, überhaupt nur als mögliche Rechtsverletzer in Betracht kommen.

Akzeptiert man das fundamentale Prinzip der modernen Staatsrechtslehre, die Auffassung des Staates als einer der Rechtsordnung unterworfenen juristischen Person, die, wie alle übrigen Personen, Subjekt von Pflichten und Rechten ist, dann scheint diese Gleichstellung des Staates mit den übrigen Rechtssubjekten zunächst auch die Möglichkeit staatlichen Unrechtes in sich zu begreifen. Wenn die Staatsperson wie alle anderen Personen Rechtspflichten hat, so kann sie diese Rechtspflichten – wie alle anderen Personen – auch verletzen. Allein der prinzipielle Unterschied zwischen Staatsperson und allen übrigen Rechtssubjekten besteht darin, daß der Wille dieser Staatsperson – und wie bei allen übrigen Personen ist auch hier der Wille das Substrat der juristischen Persönlichkeit – zugleich auch Inhalt der Rechtsordnung ist. Der Staat kommt nämlich für die moderne Staatsrechtslehre nicht bloß als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt, sondern vor allem auch als der einheitliche Träger der Rechtsordnung in Betracht. Während also der in der Rechtsordnung ausgesprochene Wille allen übrigen Subjekten gegenüber ein fremder ist, zu dem der individuelle Wille dieser Subjekte in Widerspruch geraten kann, tritt der Staatsperson in der Rechtsordnung kein fremder, sondern der eigene Wille entgegen; darum ist ein materieller Gegensatz zwischen dem Willen des Staates als Rechts- und Pflichtsubjekt und dem Willen des Staates als Rechtsordnungsträger undenkbar oder mit anderen Worten gegen die Voraussetzungen. Sieht man in der Rechtsordnung den

¹ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 241ff.

wollenden Staat, in der Exekutive den seine Pflichten erfüllenden und seine Rechte geltend machenden, also den handelnden Staat, dann bedeutete die Annahme eines staatlichen Unrechtes, d.h. eines dem Staate zuzurechnenden, die Rechtsordnung verletzenden Tatbestandes: daß der Staat in der Rechtsordnung das Gegenteil dessen will, was er in der Exekutive als seine eigene Handlung setzt; als eigene Handlung des Staates kann natürlich nur die von ihm gewollte Handlung gelten, da nur die gewollte Handlung zurechenbar ist, ja das Urteil, das dem Staate eine Handlung »zurechnet«, ist identisch mit dem Urteil, das diese Handlung als vom Staate gewollt² behauptet. Es läge somit ein zwiespältiger Wille des Staates vor, genauer: zwei einander zu gleicher Zeit widersprechende Willen. Damit ist aber die Grundvoraussetzung der staatsrechtlichen Konstruktion zerstört: nämlich der einheitliche Staatswille und damit die einheitliche Staatspersönlichkeit. Die juristische Konstruktion hat unversehens den Ast abgesägt, auf dem sie selber sitzt.

Nun wird man vielleicht den bisherigen Ausführungen entgegenhalten, daß die hier angenommene innige Synthese zwischen dem Staat als Rechtsordnung und dem Staat als Subjekt der Exekutive nicht notwendig, vielleicht sogar unzulässig sei. Allein die Undurchführbarkeit einer vollkommenen formellen und materiellen Isolierung der Staatsperson in ihren beiden Erscheinungsformen ist leicht zu erweisen und ohne sonderliche Mühe zu zeigen, daß man zwar, als eine vorläufige Hilfsvorstellung eine formale Scheidung zwischen dem Staat als Subjekt der Rechtsordnung und dem Staat als Rechtspersönlichkeit der Exekutive vornehmen darf, daß diese Scheidung aber niemals auch eine materielle sein kann, so daß beide Persönlichkeiten in ihren Äußerungen völlig unabhängig einander gegenüber stünden.

Man vergegenwärtige sich nur den Sinn und die Bedeutung jener beiden Gedankenprozesse, von denen der eine den Staat zum Träger oder Subjekt der objektiven Rechtsordnung macht, der andere ihn der Rechtsordnung unterwirft, indem er ihn mit subjektiven Rechten und Pflichten ausstattet. Wenn man die ganze Rechtsordnung, das ist eine Summe von Rechtssätzen des verschiedensten Inhaltes, als von einem einzigen Subjekte gewollt, denkt, die ganze Rechtsordnung als den Inhalt eines einzigen Willens vorstellt, so kann das natürlich nicht – wie allerdings manche Staatsrechtstheoretiker, von der Terminologie getäuscht, glauben – irgendeinen psychologischen Sinn haben. Ein psychischer Wille kann nur der Wille eines Menschen sein und welcher menschliche Wille wäre imstande, die ganze große Rechtsordnung eines modernen Staates permanent zu wollen. Die Rechtsordnung als Wille eines einzigen Subjektes gedacht, kann keine psychologische, kann nur eine logische Bedeutung haben. Es kann nur der Ausdruck dafür sein, daß die gesamte Rechtsordnung, die zahlreichen Rechtssätze verschiedenen Inhaltes auf einen einzigen Punkt bezogen werden können; wenn man vom Staate sagt, daß die ganze Rechtsordnung *seinen* Willen enthalte, so meint man damit vor allem, daß die ganze Rechtsordnung

² Über das Verhältnis des juristischen Willensbegriffes zum Begriffe der rechtlichen Zurechnung vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, J. C. B. Mohr, S. 221ff.

einer
jeder
zahl
ande
ande
den.
son
spru
soni
den
proz
sche
des
Den
beh
ged
die
Kon
nun
mer
stan
von
es
Rec
ide
her
ver
ele
den
nur
unc
tive
wo
sat
nu
Re
an
nu
sul
ob
sat

einen Willen enthalte, einen einzigen, d.h. sich nicht widersprechenden Willen. Daß jeder Rechtssatz den Willen des gleichen Subjektes ausdrückt, heißt, daß alle die zahlreichen und verschiedenen Rechtssätze einander nicht widersprechen, nebeneinander in Geltung stehen können, einander logisch nicht ausschließen, sondern einander geradezu ergänzen, aufeinander angewiesen sind, ein einheitliches System bilden. Die Annahme, daß die Rechtsordnung der Wille einer einheitlichen Staatsperson sei, ist nur der Ausdruck für die logische Geschlossenheit, die innere Widerspruchlosigkeit eines Systems von Rechtsnormen. Bei der damit verbundenen Personifikation findet ein ähnliches Denkbedürfnis seine Befriedigung wie jenes, das den nur viel komplizierteren und auf zahlreichere Quellen zurückführenden Denkprozeß in Bewegung setzt, der zum Gottesbegriff führt. Wenn eine Analogie zwischen dem Mikrokosmos der Rechtsordnung und dem Makrokosmos der Ordnung des Universums zulässig ist – und sie ist keineswegs neu und schon dem primitiven Denken bewußt – dann steckt in der grandiosen Personifikation aller das Universum beherrschenden Normen, sofern sie als ein sinnvolles und widerspruchloses System gedacht werden, dann steckt in dieser Idee eines persönlichen, einheitlichen Gottes die gleiche oder doch eine verwandte Ökonomie des Denkens, wie in der juristischen Konstruktion eines einheitlichen, persönlichen Trägers der staatlichen Rechtsordnung, der Staatsperson, des persönlichen einheitlichen Staates. Was an Machtelementen in der Vorstellung des die Rechtsordnung personifizierenden Staates liegt, stammt aus der Betrachtung des Rechtserzeugungsprozesses oder des Prozesses der von der Rechtsordnung faktisch ausgehenden Motivation. Im ersteren Falle handelt es sich um eine Übertragung der Machtqualität der herrschenden Klasse, welche die Rechtsordnung erzeugt, weil sie den Rechtserzeugungsapparat okkupiert, auf die ideelle Personifikation der Rechtsordnung: den Staat. Nur die Identifizierung der herrschenden Klasse mit dem Staate kann dem letzteren die Qualität der Herrschaft verleihen. Darum muß für eine rein formal-juristische Betrachtung von den Machtelementen im Staatsbegriff, soferne sie aus dieser Quelle stammen, abgesehen werden. Ebenso aber auch, soferne sie die faktische Motivationsfähigkeit der Rechtsordnung zum Ausdruck bringen sollen, da diese Relation in die sozialpsychologische und nicht mehr in die juristische Betrachtungsebene fällt.

In ganz demselben Sinne, in dem wir die Person des Staates als Träger der objektiven Rechtsordnung denken, stellen wir uns den Staat als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Rechten und Pflichten vor. Was bedeutet zunächst der Gegensatz von Recht im objektiven und Recht im subjektiven Sinne, d.h. von Rechtsordnung auf der einen Seite und Rechten und Pflichten auf der anderen Seite (und unter Recht im subjektiven Sinne muß ebenso die Rechtspflicht, wie die Berechtigung angesehen werden)? Das Recht im subjektiven Sinne ist nur die subjektive Erscheinungsform des Rechtes im objektiven Sinne. Die Problemstellung, die zum Recht im subjektiven Sinne, zur Rechtspflicht und zur Berechtigung führt, lautet: Wie wird ein objektiver Rechtssatz zu meiner Pflicht, respektive: Wie wird ein objektiver Rechtssatz zu meinem Recht, d.h. meiner Berechtigung? Es ist die Frage nach dem Subjek-

tivierungsprinzip des Rechtssatzes. Ich kann natürlich in diesem Zusammenhange diese Frage nicht in ihrer Gänze aufrollen und beantworten³, kann nur andeuten, daß dies Subjektivierungsprinzip ein anderes ist in bezug auf die Staatsperson und ein anderes in bezug auf alle übrigen Subjekte, die Untertanen. Ich kann mich damit begnügen, auszusprechen, warum der objektive Rechtssatz, z.B. derjenige, der an den Diebstahl die Strafe knüpft und so für den Untertanen die subjektive Rechtspflicht der Diebstahlsunterlassung statuiert, warum dieser Rechtssatz eine subjektive Rechtspflicht des Staates – nämlich den Dieb zu bestrafen – oder eine subjektive Berechtigung des Staates – nämlich auf Unterlassung des Diebstahls seitens des Untertanen – statuiert. Pflicht oder Recht des Staates ist der konkrete objektive Rechtssatz, nur sofern er eben den eigenen Willen des Staates zum Ausdruck bringt. Eine andere Subjektivierungsmöglichkeit ist nicht gegeben. So ist der Staat Subjekt bestimmter Pflichten und Rechte, sofern er Subjekt eines konkreten Rechtssatzes ist, d.h. der Rechtssatz seinen Willen beinhaltet. Träger der Rechtsordnung aber ist der Staat, sofern er Subjekt aller Rechtssätze ist, alle Rechtssätze seinen, d.h. den einen Willen zum Ausdruck bringen. Das Verhältnis des Staates als Träger der Rechtsordnung zum Staate als Subjekt von Pflichten und Rechten reduziert sich auf die Relation des Ganzen zu seinen Teilen. Wie könnte hier ein materieller Gegensatz Platz finden?

§ 2. Die rechtliche Zurechnung zum Staate und der Begriff des Unrechtes

Die vollkommene Undenkbarkeit eines Staatsunrechtes kann auch noch auf einem anderen Wege plausibel gemacht werden, der ganz besonders geeignet ist, bis zum innersten Kern jenes Verhältnisses zu führen, auf das hier alles ankommt: Das Verhältnis von Staat und Recht. Die für eine juristische Staatsbetrachtung selbstverständliche, weil der Voraussetzung nach notwendige, allrechtliche Natur des Staates wird einem besonders klar, wenn man nicht vom wollenden Staate, d.i. der Rechtsordnung, sondern vom handelnden Staate, d.i. der Exekutive aus, an das Problem herantritt. Was heißt denn überhaupt eine Handlung des Staates? Was bedeutet es, wenn wir sagen: der Staat hat diesen Menschen bestraft, der Staat baut diese Schule, der Staat verwaltet diese Eisenbahn? Es bedeutet, daß wir gewisse menschliche Handlungen nicht den physisch Handelnden selbst, sondern einem anderen, hinter diesen Menschen gedachten, gemeinsamen Subjekte zurechnen. Alle Urteile, die eine Handlung des Staates behaupten, beruhen auf jenem besonderen und eigenartigen Denkprozesse, der als Zurechnung zu bezeichnen ist. Die Zurechnung zum Staate ist keineswegs die einzig mögliche; sie ist nur ein Spezialfall jener Denkkoperation, die auf allen Gebieten normativer Betrachtung zu Hause ist. So oft irgendein äußerer Tatbestand – sei er ein positiver oder negativer, ein Geschehen oder ein Unterlassen – mit

³ Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 311 ff.

einer Person verknüpft wird, liegt Zurechnung vor. Die Zurechnung muß keineswegs eine rechtliche sein, es gibt auch eine sittliche, eine wirtschaftliche Zurechnung; es gibt soviel Zurechnungen als es Arten von Normen gibt, denn die Zurechnung erfolgt stets nur auf Grund von Normen, Moralnormen, Rechtsnormen usw. Ich kann hier den an anderer Stelle⁴ erbrachten Beweis dafür nicht wiederholen, daß die heute herrschende Annahme unhaltbar ist, derzufolge das Wesen der Zurechnung in einem Kausalnexus oder in einer teleologischen Verbindung zwischen dem Subjekt und dem Objekt der Zurechnung, zwischen der Person und dem zuzurechnenden Tatbestand besteht. Gerade die Zurechnung, die zur Staatsperson führt, zeigt dies deutlich. Fragt man nach den *Ursachen* irgendeines dem Staate zuzurechnenden Tatbestandes, z.B. eines Strafvollzuges, einer Exekution, eines Straßenbaues, so wird man in der Kausalkette niemals auf ein Glied stoßen, das man als »Staatsperson« erkennen kann. Denn die juristische Staatsperson ist ja überhaupt keine in der Welt der Wirklichkeit existente Tatsache, kein im Kausalablauf sich abspielender Vorgang. Überdies führen zu dem zuzurechnenden Tatbestand zahlreiche Kausalketten und jede einzelne Kausalkette führt ins Unendliche fort. Die Annahme einer einzigen wesentlichen Ursache verstößt schon von vornherein gegen den Sinn einer kausalen Problemstellung. Das Kausalprinzip reicht zur Erklärung der Zurechnung nicht aus.

Ebenso ist die Behauptung, daß die Zurechnung im allgemeinen und insbesondere die zum Staate teleologischer Natur sei, abzulehnen. Sie besagt, daß einer Person zugerechnet werde, was von ihr bezweckt, d.h. beabsichtigt oder *gewollt* sei. Allein ganz abgesehen davon, daß es zahlreiche Fälle gibt, wo auch ungewollte Tatbestände rechtlich zugerechnet werden, z.B. Fahrlässigkeitsdelikte, setzt eine solche teleologische Verbindung stets einen psychischen Willensakt beim Zurechnungssubjekte voraus, d.h. das Zurechnungssubjekt, die *Person* kann immer nur ein Mensch sein. Nun will ich hier gar nicht berücksichtigen, daß die ethisch-juristische Einheit Person niemals identisch sein kann mit der biologisch-physiologischen Einheit Mensch, daß niemals die Person, sondern stets nur der Mensch als Träger psychischer Prozesse angesehen werden darf. Ich will nur darauf hinweisen, daß dort, wo die Personqualität nicht an das reale Substrat »Mensch« geknüpft ist, z.B. bei den juristischen Personen der Stiftungen, Anstalten, Korporationen, von einem psychischen Willen ja keine Rede sein kann. Wenn ich bei irgendeinem äußeren Tatbestande nach dem psychischen Willensakte suche, durch den er bezweckt, beabsichtigt wurde, so kann ich immer nur zu einem Menschen kommen, zu einer physischen Person – wie sich die Juristen unpräzise ausdrücken – niemals aber zu einer juristischen Person. Wie die Zurechnung ihren Weg durch diesen Menschen hindurch zur juristischen Person des Staates weiter findet, das kann mir die teleologische Betrachtung nicht zeigen. Gerade an diesem Punkte, an dem die teleologische Betrachtung endet, setzt das Zurechnungsproblem erst ein. Zwar spricht man ja auch von einem »Willen« des Staates und dieser Wille des Staates steht tatsächlich mit der Zurech-

4 Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 72ff.

nung zum Staate im innigsten Zusammenhange. Allein dieser Wille des Staates ist kein psychischer Vorgang im teleologischen Sinne! Als Träger der Rechtsordnung hat er sich als eine rein gedankliche Konstruktion, als eine logische Formel für gewisse Qualitäten der rechtlichen Ordnung erwiesen, gleichsam als geometrischer Punkt, auf den alle Rechtssätze bezogen werden können, also etwas, was nur im Denken des die Rechtsordnung Begreifenden nicht aber außerhalb dieses Denkens in der objektiven Realität (von einem subjektivistischen Standpunkt aus: in der Empfindung) gegeben ist. Als das Gleiche, nur von einem anderen Standpunkte aus gesehen, muß sich der Wille des Staates erweisen, sofern er als Substrat der mit Pflichten und Rechten begabten Staatspersönlichkeit erscheint. Nicht als irgendeine psychologische Realität, sondern als eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion, als eine ideelle Abbeviatur für bestimmte gleichartige, spezifisch juristische Denkformen. Ohne den sehr komplizierten Vorgang erschöpfend darstellen zu wollen, werde ich versuchen, den Mechanismus der rechtlichen Zurechnung, und zwar der speziellen Zurechnung zum Staate, an einem Beispiel zu demonstrieren. Wenn der Richter einen Hochverräter zum Tode verurteilt und der Henker den Verurteilten vom Leben zum Tode befördert, so kann ich diesen ganzen in der Bestrafung gegebenen Tatbestand nur deshalb nicht als Handlungen der die Strafe realisierenden Menschen ansehen, und darf nur deshalb diese Menschen nicht wegen Mord oder Anstiftung zum Morde rechtlich zur Verantwortung ziehen, weil ich kraft Rechtsens *gezwungen* bin, alle die fraglichen Handlungen, die an sich und ohne Rücksicht auf die spezielle Zurechnungsvorschrift der Rechtsordnung genau so wie Mord und Anstiftung zum Morde aussehen, nicht den handelnden Menschen, sondern dem Staate zuzurechnen. Dem Staate muß ich diesen Tatbestand aber deshalb zurechnen, weil er in der Rechtsordnung, und zwar in einem ganz konkreten Rechtssatze – nämlich in jenem, welcher den Hochverrat unter Todesstrafe setzt – als dem Staate zurechenbar, oder als vom Staate gewollt gekennzeichnet ist, dadurch gekennzeichnet, daß er als Unrechtsfolge für einen bestimmten Tatbestand – jenen des Hochverrates – ausgesprochen ist. Der fragliche Rechtssatz, den wir uns als ein hypothetisches Urteil denken müssen, setzt in seinem ersten Teile in der grammatischen Form einer Bedingung die Umstände fest, unter denen die im zweiten Teile genau fixierte Unrechtsfolge einzutreten hat. Wenn jemand Hochverrat begeht, soll er getötet, d.h. mit dem Tode bestraft werden. Nur weil und nur insoferne der fragliche Tatbestand im Nachsatze eines als Rechtssatz geltenden hypothetischen Urteils nachweisbar ist, wird dieser Tatbestand dem Staate zugerechnet, sind die diesen Tatbestand realisierenden Menschen Staatsorgane, ihre Handlungen Organfunktionen. Selbstverständlich muß der dem Staate auf Grund der Rechtsordnung zuzurechnende Tatbestand nicht bloß Strafe sein. Der unter bestimmten, im Rechtssatz festgestellten Bedingungen zu verhängende Nachteil kann auch die zivile Exekution sein. Strafe und Exekution sind die spezifischen Unrechtsfolgen, d.h. sie charakterisieren die Bedingungen, an welche sie geknüpft sind, als Unrecht. Allein auch mit Strafe und Exekution sind die dem Staate zuzurechnenden Tatbestände nicht erschöpft. Ebenso wie Strafe und Exekution – die ja

nur
rak
Sta
an
etc.
teil
ger
nur
Zu
der
Zu
san
Sch
der
juri
der
ers
Ex
auf
me
tes
nur
hur
Sta
Re

der
mü
we
ode
übe
spe
in
chi
gle
Re
anc
nic
die
der
—
5 V

nur durch ein materielles Moment: den Nachteil für die *Untertanen*, besonders charakterisiert sind – kann irgendein anderer Tatbestand durch einen Rechtssatz als dem Staate zuzurechnend fixiert sein. Wie an bestimmte Bedingungen die Strafe, so kann an andere z.B. eine Armenunterstützung, ein Schulbau, eine Konzessionserteilung etc. geknüpft sein. Der Begriff des Rechtssatzes geht über den einer bloßen Nachteilsdrohung hinaus. Jeder Rechtssatz drückt nur einen an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Tatbestand aus und liefert damit zugleich das Kriterium der Zurechnung zum Staate. Die ganze Rechtsordnung erscheint damit als eine Summe von Zurechnungsregeln. Und daß es ein einziger Punkt oder eine einzige Person ist, zu der alle Zurechnungen auf Grund der Rechtssätze führen, das bedeutet, daß die Zurechnung zum *Staate* geht. Was wir den Staatswillen nennen, ist nur der gemeinsame Endpunkt aller dieser Zurechnungen, die Staatsperson nur der gemeinsame Schnittpunkt für die Zurechnungslinien, die durch die Organhandlungen gelegt werden. Geometrischer Analogien muß ich mich bedienen, wenn ich das Wesen dieser juristischen Konstruktion veranschaulichen will, zumal ja die formale Rechtstheorie dem, der tiefer in sie eindringt, in mehr als einem Sinne als Geometrie der Rechtserscheinung begreiflich wird. Der handelnde Staat oder der Wille des Staates in der Exekutive, die Rechts- und Pflichtpersönlichkeit als gemeinsamer Schnittpunkt der auf Grund von Rechtssätzen vollzogenen Zurechnung gedacht, ist im Grunde genommen ganz dasselbe, nur von einer anderen Seite aus gesehen, was als Wille des Staates in der Rechtsordnung, der Staat als Träger oder Personifikation der Rechtsordnung erkannt wurde: Ein juristisches Symbol für bestimmte Qualitäten und Beziehungen eines Normensystems –. Damit ist natürlich nur über die *rechtliche* Natur des Staates etwas ausgesagt, sein Wesen nur für eine juristische, d.h. normative auf die Rechtsnorm, die Welt des rechtlichen Sollens beschränkte Betrachtung erschöpft.

Die Erkenntnis, daß unter Staatswille oder Staatsperson nur eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene spezifisch juristische Konstruktion zu verstehen ist, müßte eine nach allen Seiten hin geschützte, ja unangreifbare Stellung erlangen, wenn der Beweis gelänge, daß nicht nur dem besonderen Begriffe des Staatswillens oder der Staatsperson, sondern dem Begriffe des Willens oder der Persönlichkeit überhaupt, auf allen Gebieten juristischen Denkens der gleiche unpsychologische, spezifisch juristisch-konstruktive Sinn innewohnt; daß es sich dabei nicht um einen in der vom Juristen beobachteten Welt der Wirklichkeit sich abspielenden, realpsychischen Vorgang, sondern stets nur um ein konventionelles Zeichen für gewisse gleichartige spezifisch-normativ juristische Denkopoperationen in dem die Welt der Rechtsnormen begreifenden Juristen handelt. Diesen Beweis glaube ich in einem anderen Zusammenhange erbracht⁵ und dabei zum ersten Male gezeigt zu haben, daß nicht nur das Problem des Staates letztlich ein Zurechnungsproblem ist, sondern daß die Zurechnung von zentraler, für alle Gebiete juristischer Konstruktion grundlegender Bedeutung ist.

⁵ Vgl. meine Hauptprobleme S. 162ff.

Nun das Wesen der Zurechnung zum Staate einigermaßen aufgeheilt und der Sinn jenes Urteils verständlich ist, das irgendeinen Tatbestand als vom Staate gewollt erklärt, das von einer Handlung des Staates spricht, wird der vollkommene Widerspruch eingesehen werden, der in der Vorstellung eines staatlichen Unrechtes gelegen ist, wird die gänzliche Undenkbarkeit eines Staatsunrechtes als selbstverständlich erhellen. Denn eine Zurechnung zum Staate ist ja nur auf Grund eines Rechtssatzes möglich. Nur was der Rechtssatz selbst als solches bezeichnet, nur der vom Rechtssatz fixierte Tatbestand kann dem Staate zugerechnet werden. Der Staat müßte in der Rechtsordnung selbst das Unrecht wollen, damit es ihm in der Exekutive zugerechnet werden könnte. Das wäre vollkommener Unsinn.

Und dazu vergegenwärtige man sich, was eigentlich als Unrecht und warum ein Tatbestand als Unrecht angesehen werden kann! Der einzig zureichende Erkenntnisgrund dafür, daß irgendein Tatbestand für die juristische Betrachtung »Unrecht« sei, ist in der Tatsache gelegen, daß die Rechtsordnung in bestimmter Weise, nämlich durch Strafe oder Exekution, auf ihn reagiert, daß dieser Tatbestand in einem konkreten Rechtssatze als Bedingung eines sogenannten Willens zu Strafe oder Exekution, d.h. zu einer Unrechtsfolge gesetzt ist. Daß dieser Wille der des *Staates* ist, und was solcher »Wille« des Staates bedeutet, geht aus dem bisher Gesagten hervor. Damit zugleich aber die Erkenntnis, *daß das Unrecht nach den unumstößlichen Prinzipien der Rechtslogik immer nur als Voraussetzung, nicht als Inhalt des staatlichen Wollens oder Handelns gelten kann!* (Daß es nicht die einzige mögliche Voraussetzung ist, sondern nur die Bedingung des staatlichen Straf- und Exekutionswillens, das geht ja ebenfalls aus dem bereits entwickelten erweiterten Begriff des Rechtssatzes hervor.)

Schon einmal habe ich mich jener nur scheinbar paradoxen Analogie bedient, die für eine tiefer dringende, die Spuren der Begriffstechnik und Denkökonomie verfolgende Untersuchung zwischen dem Staats- und dem Gottesbegriffe besteht. Als Personifikation logisch geschlossener, innerlich widerspruchloser Normsysteme haben sich beide Begriffe erwiesen, wobei die Problemstellung ihren Ausgangspunkt von der Rechtsordnung, respektive der Universalordnung nahm. Aber auch auf dem umgekehrten Wege bleibt die gefundene Parallele bestehen, wenn man nämlich nicht vom wollenden Staat, sondern vom handelnden, d.h., der Exekutive und nicht von den transzendenten Regeln des Weltgeschehens, sondern von der Wirklichkeit dieses Geschehens selbst zu den beiden Begriffen vorzudringen versucht. Wie nämlich Staatsperson oder Staatswille von der Exekutive aus gesehen als gemeinsamer Schnittpunkt aller durch die Organhandlungen gelegten Zurechnungslinien, als gemeinsamer Zurechnungsendpunkt aller Staatsfunktionen erscheint, so ist der Wille Gottes, die Person der Gottheit als eine durch die normative Weltbetrachtung postulierte Konstruktion, als der Zurechnungsendpunkt für den Gesamttatbestand des Seins anzusehen, das ein metaphysisches Bedürfnis letztlich auf dem Soll eines transzendenten Werdegebotes gründet. Nur daß freilich in diesen Gottesbegriff nicht bloß eine normative, sondern zugleich auch eine explikative, d.h. erklärende Betrachtung mündet, indem er nicht allein die Funktion eines universalen normativen

Zurech
einer p
Gotthe
bedeut
Prinzip
des Se
und lei
struier
Bereic
Metho
die der
chisch
tes zur
Sünde
Schwi
ist bek
pruder
nicht,
hat sie
letzten
Konstr
Unrech

N
tert wi
zivilen
lem U
les Un
le Unr
an die
gungsl
als Un
andere
die Ei
begriff

6 Vgl. r

Zurechnungsendpunktes, sondern zugleich auch die eines kausalen Anfangspunktes, einer prima causa hat. Alles, was geschieht, wird nicht nur als von Gott gewollt der Gottheit zugerechnet, sondern auch als durch Gott verursacht angesehen. Insoferne bedeutet der Gottesbegriff die Synthese der beiden einander logisch ausschließenden Prinzipien des Normativen und des Explikativen, der Welt des Sollens und der Welt des Seins oder kausal bestimmten Müssens. Eine Synthese, die in solchen obersten und letzten Begriffen, die ja nicht in der logischen Werkstatt der Wissenschaft konstruiert werden, nicht zu vermeiden ist, eine Synthese, die aber für den noch im Bereich der Wissenschaft stehenden Staatsbegriff als unzulässiger Synkretismus der Methoden abgewiesen werden muß; freilich immer wieder versucht wird, wenn man die dem Staate zuzurechnenden Handlungen als die vom Staate bewirkten oder psychisch gewollten Handlungen zu begreifen versucht. Die Zurechnung eines Unrechtes zum Staate wäre aber die gleiche logische Antinomie, die in der Vorstellung einer Sünde Gottes gelegen wäre. Daß die Theologie ja tatsächlich vor dieser begrifflichen Schwierigkeit einer von Gott gewollten, also der Gottheit zurechenbaren Sünde steht, ist bekannt, und daß sie sich damit in der analogen Situation befindet wie die Jurisprudenz vor der Annahme eines staatlichen Unrechtes, liegt auf der Hand. Ich weiß nicht, wie die Theologie diese Schwierigkeit löst; wenn es ihr nicht gelingen sollte, hat sie immerhin als Rechtfertigung die metalogische und transrationale Natur der letzten Begriffe für sich. Diese Rechtfertigung fehlt aber der Rechtstheorie für ihre Konstruktionen und darum muß sie das unlogische Monstrum eines staatlichen Unrechtes um jeden Preis vermeiden.

II. KAPITEL

§ 3. Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen

Nachdem die Frage nach der Unrechtsfähigkeit des Staates im allgemeinen erörtert wurde, soll nun im speziellen das Verhältnis des Staates zum kriminellen und zivilen Unrecht untersucht werden. Der Unterschied zwischen kriminellen und zivilen Unrecht besteht ausschließlich in der Art der Unrechtsfolge. Während kriminelles Unrecht jener Tatbestand ist, an den ein Rechtssatz eine Strafe knüpft, ist das zivile Unrecht durch die Unrechtsfolge der Exekution charakterisiert, die sich letztlich an die im Rechtssatze bestimmten Voraussetzungen anschließt. Daß die Entschädigungspflicht nicht, wie es in der herrschenden Lehre geschieht, neben der Exekution als Unrechtsfolge angesehen werden darf, kann hier nicht näher gezeigt werden. In anderem Zusammenhange habe ich diese Auffassung gerechtfertigt⁶. Für den durch die Einteilung in Kriminal- und Zivilunrecht vollkommen erschöpften Unrechtsbegriff ist ausschließlich die *Unrechtsfolge*, und für die beiden Unterabteilungen die

⁶ Vgl. meine Hauptprobleme S. 134ff.

Art dieser Unrechtsfolge, nicht aber irgendeine bestimmte innere Qualifikation des Tatbestandes maßgebend. Das psychische sogenannte Schuldmoment – und nach herrschender Lehre besteht die Schuld in den psychischen Tatsachen des *dolus* und der *culpa*, des bösen Willens und der Fahrlässigkeit⁷ – ist kein wesensnotwendiger Bestandteil des kriminellen oder zivilen Unrechtstatbestandbegriffes zu erkennen. Das spezifisch schuldhaft Unrecht erfaßt der Begriff des *Deliktes*, das zwar je nach der Unrechtsfolge ein kriminelles oder ziviles Delikt sein kann, dessen Besonderheit aber nicht die Unrechtsfolge, sondern – zum Unterschied von dem weiteren Begriffe des Unrechts, das den des Deliktes in sich einschließt – das psychische Schuldmoment ist. Nach herrschender Lehre ist kriminelles Unrecht stets auch schuldhaftes, keine Strafe ohne Schuld und daher zwar jedes kriminelle, nicht aber jedes zivile Unrecht ein Delikt. In diesem Zusammenhange sei dahingestellt, ob die modernen Rechtsordnungen wirklich nur an psychisch qualifizierte Tatbestände Strafe knüpfen und von sogenannter Erfolgshaftung keine Spur mehr zu finden ist⁸. Jedenfalls stünde es in ihrem Belieben, auch Tatbestände unter Strafe zu stellen, die keinerlei psychische Elemente aufweisen und so trotzdem zu kriminell Unrecht werden. Wie dem immer auch sei, in der modernen Literatur wird das kriminelle Unrecht stets als Delikt aufgefaßt und die Frage nach der Kriminalunrechtsfähigkeit des Staates oder anderer juristischer Personen mit der nach der Deliktsfähigkeit konfundiert; darauf muß die folgende kritische Überprüfung der herrschenden Lehre von der kriminellen Unrechtsfähigkeit des Staates Rücksicht nehmen.

Man sollte meinen, daß die Unmöglichkeit, dem Staate ein kriminelles Unrecht zuzurechnen, eine selbstverständliche Erkenntnis sei, daß die Vorstellung eines mordenden, stehlenden, veruntreuenden und darum konsequenterweise vom Staate zu bestrafenden Staates allgemein als absurd zurückgewiesen werde. Dem ist jedoch keineswegs so! Die organische Staatstheorie *Gierkes* führt in ihren letzten Konsequenzen tatsächlich zu diesen seltsamen Resultaten und es fehlt nicht an Theoretikern, die diese Konsequenzen zu ziehen sich entschlossen haben.

Für *Gierke* ist der Staat eine Korporation wie jede andere und die Prinzipien, die er aufgrund seiner spezifischen organischen Anschauung für die Körperschaften im allgemeinen aufstellen zu müssen glaubt, verwendet er ohne weiteres auch für den Staat. Wie jede Korporation, so ist ihm auch der Staat ein spezifisch organisches, von den die Gemeinschaft bildenden Menschen verschiedenes, durchaus reales Lebewesen, das einen eigenen, von den Willen der einzelnen Menschen verschiedenen, selbständigen Willen hat, dem ebenso psychische Realität zukommt, wie dem Willen der Menschen. Diese Grundauffassung der organischen Anschauung zu kritisie-

7 Zur Kritik dieses Schuldbegriffes vgl. meine Hauptprobleme S. 133ff.

8 Die Fahrlässigkeitsdelikte weisen keinerlei positives psychisches Element auf. Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 135ff. Wenn daher im folgenden von Schuldmomenten im Sinne von psychischen Prozessen die Rede ist, so kann damit nur das Wollen oder Voraussehen des Unrechtstatbestandes, d.h. böser Wille oder Absicht und Wissentlichkeit gemeint sein. Bei Fahrlässigkeitsdelikten liegt in Wahrheit sogenannte Erfolgshaftung vor.

ren, ist hi
fruchtlos,
handelt, u
nicht logi
erlebt wei
einen für
jedenfalls
erfaßt ode
bar etwas
wirft es n
rie sich a
organisch
allein gef
Resultate
gehend, d
ordnung
rein *recht*
psychisch
kann wir
die ebens
nommen

Was
stischen l
werden, r
angeschic
blem han
ten Perso
nur auf G
völlig in
Die einzi
nung kei
und es k:
einem a
System s
logischer
des Staat
che die Z

9 *Gierke*,
10 *Gierke*,
Vgl. da
perscha

ren, ist hier nicht der Ort. Ja, es ist dies im Grunde genommen überhaupt ziemlich fruchtlos, da es sich dabei um eine letzten Endes nicht diskutierbare *Voraussetzung* handelt, um ein Glaubensbekenntnis. Die Realität der Korporation ist etwas, was nicht logisch bewiesen oder widerlegt werden, was nur unmittelbar erlebt oder nicht erlebt werden kann. Das, was man die Realität der Korporation nennt und was die einen für selbstverständlich, die anderen für schlechterdings erfunden, für mystisch, jedenfalls für unbegreiflich erklären, ist nicht etwas, was mit dem bloßen Verstande erfaßt oder durch einen rationalen *Denkprozeß gefunden* werden kann; es ist offenbar etwas für die Empfindung unmittelbar Gegebenes. Wenn du's nicht fühlst du wirst es nicht begreifen! Hier ist der Punkt, wo der Gegensatz der juristischen Theorie sich als Gegensatz der Charaktere und Weltanschauungen erweist. Was an der organischen Theorie vom Standpunkt einer anorganischen Auffassung einzig und allein geprüft werden kann, ist die Zweckmäßigkeit oder logische Haltbarkeit ihrer Resultate, nicht aber die Zulässigkeit ihrer Voraussetzungen. Von der Auffassung ausgehend, daß die juristische Person der Korporation nicht etwa eine durch die Rechtsordnung geschaffene oder nur durch die Rechtsordnung konstruierbare und daher rein *rechtslogisch* konstruierte Einheit, sondern, wie der Mensch, eine physische und psychische Realität ist, die von der Rechtsordnung vorgefunden und höchstens anerkannt wird kommt die organische Theorie zu der Konsequenz, daß die Korporation, die ebenso wie der Mensch einen Willen hat, ja für die sogar Willensfreiheit⁹ angenommen wird, ebenso wie der Mensch deliktstfähig¹⁰ sein muß.

Was nun die allgemeine Frage nach der Unrechts- und Deliktstfähigkeit der juristischen Personen überhaupt betrifft, sollen hier nur die Grundprinzipien festgestellt werden, nach denen allein dieses Problem juristisch richtig gestellt werden kann. Vorangeschickt werden muß die Erkenntnis, daß es sich dabei um ein Zurechnungsproblem handelt, um die Zurechnung eines bestimmten Tatbestandes zu einer bestimmten Person, und daß dieser spezifisch juristische Gedankenprozeß der Zurechnung nur auf Grund der Rechtsordnung vollzogen werden kann. Die Rechtsordnung hat es völlig in ihrem Belieben, irgendeinen Tatbestand irgendeiner Person zuzurechnen. Die einzige Schranke, die ihr gezogen ist, ist die Rechtslogik: Es kann die Zurechnung kein Objekt erfassen, das sie ihrer logischen Natur nach nicht erfassen kann, und es kann nicht durch einen Rechtssatz eine Zurechnung aufgestellt werden, die einem anderen widerspricht, soll die Rechtsordnung ein logisch geschlossenes System sich nicht widersprechender Rechtssätze sein. Aus dieser letzteren rechtslogischen Unmöglichkeit ist die Zurechnung eines Unrechtstatbestandes zur Person des Staates prinzipiell abgelehnt worden. Allein die besondere Voraussetzung, welche die Zurechnung eines Unrechtstatbestandes zum Staate unmöglich macht, näm-

9 Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 752.

10 Gierke unterscheidet nicht scharf zwischen deliktischem und widerrechtlichem, d.h. Unrechtstatbestand. Vgl. dazu auch sein Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, I., S. 530, wo er die Deliktstfähigkeit der Körperschaft mit ihrer Fähigkeit zu »rechtswidriger Handlung« identifiziert.

lich die Tatsache, daß der Wille des Staates die Rechtsordnung zum Inhalt hat, ist keineswegs bei den anderen juristischen Personen gegeben und daher die Unrechts- und Deliktsfähigkeit dieser nicht von vornherein, wenn aber, dann aus einem anderen Grunde abzulehnen als die Unrechts- oder Deliktsfähigkeit des Staates.

Was speziell die zivile Unrechtsfähigkeit der juristischen Personen (mit Ausnahme des Staates) betrifft, so scheint die Annahme einer solchen nicht nur möglich, sondern sogar identisch mit der Konstruktion der juristischen Persönlichkeit überhaupt! Wenn die Rechtsordnung neben den sogenannten physischen auch juristische Personen anerkennt, so hat das in erster Linie die Bedeutung, daß, wenn eine durch die Organe der juristischen Person begründete Rechtspflicht derselben verletzt wird, über Klage des Verletzten, die nicht gegen die Person des Organs, sondern die juristische Person gerichtet ist, die staatliche Unrechtsfolge der Exekution nicht gegen die Person des Organs sondern die juristische Person, nämlich in ihr Vermögen und *nur in ihr Vermögen* geführt wird. Über den Streit um die Deliktsfähigkeit d.i. die Fähigkeit zu *schuldhaftem* Unrecht, hat man übersehen, daß sich Gegner und Vertreter der *Deliktsfähigkeit* durchaus einig sind in der Frage der zivilen *Unrechtsfähigkeit* der juristischen Person. Daß der zivile Unrechtstatbestand der juristischen Person und nicht dem Organe zuzurechnen ist, das bestimmt die Rechtsordnung eben dadurch, daß sie die Exekution direkt auf das Vermögen der juristischen Person lenkt. Wem die Rechtsordnung irgendeinen Unrechtstatbestand zurechnet, das geht aus der Person hervor, die sie mit der Unrechtsfolge trifft¹¹.

Ebenso wie einen zivilen Unrechtstatbestand kann die Rechtsordnung einen kriminellen einer juristischen Person zurechnen, indem sie die auf einen von wem immer gesetzten Tatbestand geknüpfte Strafe über die juristische Person und nicht über das physische Organ oder sonst einen Menschen verhängt, der den strafbaren Tatbestand körperlich gesetzt hat. Dabei müßte sich die Rechtsordnung keineswegs auf spezifische, nur über die juristische Person verhängbare Strafen, wie Geldbuße, Auflösung etc. beschränken. Man besinne sich doch der allgemeinen Bedeutung, welche die Zurechnung für die juristische Person hat, die ja selbst nichts anderes als eine Zurechnungskonstruktion ist (zumindest für diejenigen, denen die Anschauung der organischen Theorie unmöglich bleibt). Wenn ein Vermögen als der juristischen Person gehörig angesehen wird, so ist das nichts anderes, als daß es ihr zugerechnet wird. Wenn ein von einem Menschen gesetzter Tatbestand als eigenes Unrecht der juristischen Person gilt, so ist dies nur kraft der Zurechnung der Fall, die das Unrecht auf die juristische Person überträgt. Und wenn eine juristische Person durch einen Menschen – ihr Organ – delinquieren kann, warum soll sie nicht auch durch diesen oder einen anderen Menschen bestraft werden können? Warum soll nicht ebenso wie das Delikt auch die Strafe ihr in der Person des Menschen zugerechnet werden können? Die Rechtsordnung hätte durchaus geeignete Mittel, um z.B. die Zurechnung

¹¹ Doch soll aus der sogenannten »Exekution gegen den Staat« kein vorschneller Schluß auf eine zivile Unrechtsfähigkeit des Staates gezogen werden. Vgl. darüber unter S. 37ff.

einer
auf di
ser M
die ju
juristi
bestin
der ju
Zweck
ander
gesetz
ordnu
M
werde
Delik
Perso
letzter
rechn
nes U
werde
Perso
der re
mom
ren V
sogen
I
spring
knüpf
ordnu
ordnu
kann.
sie fü
rein p
schen
rechtl
I
tung,
mode
kung
Rech
sche
zahlr
Es fr

einer Freiheitsstrafe, die ein Mensch für eine Korporation absitzt, von diesem ab und auf die juristische Person, die er repräsentiert, hinzulenken, etwa dadurch, daß dieser Mensch für seine Person juristisch als unbestraft gilt, lediglich seine Freiheit für die juristische Person opfert. Man vergesse doch nicht, daß es sich um willkürliche juristische Werturteile handelt, die durch willkürliche Rechtsnormen willkürlich bestimmt werden können! Eine andere Frage ist freilich, ob eine solche Bestrafung der juristischen Person überhaupt einen Sinn, ob die Strafe noch ihren spezifischen Zweck behauptet, ob daher die Rechtsordnung juristische Personen bestrafen, mit anderen Worten ihnen kriminelle Unrechtstatbestände zurechnen soll. Das ist eine gesetzpolitische, keine rechtstheoretische Frage. De lege lata ist den meisten Rechtsordnungen solche Zurechnung fremd.

Muß die Frage der Unrechtsfähigkeit juristischer Personen unbedingt bejaht werden, so ist damit die Frage der Deliktsfähigkeit noch keineswegs beantwortet. Delikt ist im Sinne der herrschenden Lehre schuldhaftes Unrecht. Wenn juristische Personen deliktsfähig sein sollen, muß ihnen nicht nur ein äußerer, die Norm verletzender Unrechtstatbestand, sondern auch die inneren psychischen Tatsachen zugerechnet werden können, die man gemeinhin als Schuld bezeichnet. Nicht nur eigenes Unrecht, sondern auch eigene Schuld der juristischen Person muß anerkannt werden. Das Problem, das unter dem Schlagwort der Deliktsfähigkeit juristischer Personen behandelt wird, lautet also, präzise juristisch formuliert: Kann der Prozeß der rechtlichen Zurechnung auch die psychischen Tatsachen des sogenannten Schuldmomentes erfassen und auf eine juristische Person übertragen? Wenn es dem inneren Wesen der Zurechnung nicht widerspricht, kann die Rechtsordnung auch das sogenannte Schuldmoment beliebig zurechnen.

Die rechtliche Zurechnung, d.i. die Zurechnung durch die Rechtsordnung, entspringt dem Bedürfnis, gewisse äußere Tatbestände mit bestimmten Personen zu verknüpfen. Was im Innern des Menschen, in seiner Seele vor sich geht, ist der Rechtsordnung gleichgültig, sofern es sich nicht objektiv manifestiert, muß der Rechtsordnung gleichgültig bleiben, weil sie psychische Tatsachen an sich nicht erfassen kann. Solange Seelenvorgänge im Innern des Menschen beschlossen bleiben, sind sie für die soziale Welt der Rechtsordnung überhaupt nicht gegeben. Sicher ist, daß rein psychische Tatbestände, die in keiner Relation zur äußeren Handlung der Menschen stehen, für die Rechtsordnung überhaupt nicht und daher auch nicht für die rechtliche Zurechnung in Betracht kommen.

Dagegen werden psychische Prozesse für die Rechtsordnung sofort von Bedeutung, wenn sie in Verbindung mit äußeren Tatbeständen auftreten. Es ist für die modernen Rechtsordnungen nicht gleichgültig, ob eine Handlung gewollt, eine Wirkung vorausgesehen ist oder nicht. Die dem modernen Rechtsgefühl entsprechenden Rechtsordnungen nehmen auch psychische Momente in die Rechtssätze auf. Psychische Faktoren des Wollens und Voraussehens (Absicht, Wissentlichkeit) gehören in zahlreichen Fällen zu den Bedingungen, an welche die Unrechtsfolge geknüpft ist. Es fragt sich nur, welche Stellung diese psychischen Bedingungen im Verhältnis zu

den anderen einnehmen, insbesondere welches Verhältnis zur Zurechnung des Tatbestandes besteht.

Es muß festgestellt werden, daß ein Unrechtstatbestand jener Person als rechtlich zugerechnet zu gelten hat, die von der angedrohten Unrechtsfolge getroffen wird; und es muß neuerlich in Erinnerung gebracht werden, daß die auf solche Art durch die Rechtsordnung hergestellte Verknüpfung zwischen Zurechnungsobjekt (Unrechtstatbestand) und Zurechnungssubjekt eine völlig willkürliche ist. Man vergesse nicht: die Rechtsordnung kann jeden beliebigen Tatbestand dadurch, daß sie ihn zur Voraussetzung einer Unrechtsfolge macht, zum Unrecht stempeln und mit jeder beliebigen Person dadurch verknüpfen, daß sie die Unrechtsfolge auf diese Person lenkt. Die Rechtsordnung ist insbesondere dabei – und das muß immer wieder hervorgehoben werden – nicht an einen psychologisch-teleologischen oder physisch-kausalen Nexus zwischen dem Zurechnungssubjekt und dem Zurechnungsobjekt gebunden; d.h. durch Rechtsatz kann irgendein Unrechtstatbestand rechtlich auch einer anderen Person zugerechnet werden, als der physische oder psychische Zusammenhang oder die sittliche Zurechnung erwarten läßt. Die Rechtsordnung kann den Eigentümer des Sklaven bestrafen, der einen Freien getötet hat, und den Sklaven selbst straflos lassen, so wie sie den Eigentümer eines Hauses bestrafen kann, wenn ein von dessen Dach herabfallender Ziegelstein einen Passanten verletzt. Sie kann aber auch – um ein Beispiel für die mögliche Differenz zwischen sittlicher und rechtlicher Zurechnung zu geben, eine Differenz, die ja nur der möglichen Inkongruenz von Moral- und Rechtsnormen entspricht – den in der Hypnose zum Verbrechen gezwungenen mit Strafe belegen, also dem Hypnotisierten die Tat rechtlich zurechnen, während eine verfeinerte sittliche Zurechnung das Verbrechen ausschließlich als Tat des Hypnotiseurs gelten läßt. Ob die rechtliche, d.h. auf Grund des Rechtssatzes sich vollziehende Zurechnung, ob der Rechtssatz auch gerecht, sittlich, zweckentsprechend ist, bleibt eine andere Frage.

Allein was wird zugerechnet, was ist das Objekt der Zurechnung? Wenn die Rechtsordnung, einer Forderung der Gerechtigkeit, einem verfeinerten Rechtsgefühl entsprechend, nicht einen bloß äußeren Tatbestand, sondern einen psychisch qualifizierten Tatbestand mit Strafe oder Exekution bedroht, z.B. nur die beabsichtigte Tötung straft, oder nur die beabsichtigte Schädigung letztlich unter Exekution stellt, dann kann nicht gesagt werden, daß demjenigen, der von der Unrechtsfolge getroffen werden soll, ebenso wie der äußere Tatbestand auch der psychische Vorgang zugerechnet wird. Dem Mörder wird zwar der Tod, nicht aber auch die böse Absicht rechtlich zugerechnet; der Tod des Gemordeten ist rechtlich seine Tat; nicht aber ist die Absicht durch einen juristischen Denkprozeß mit ihm zu verknüpfen. Die Absicht ist vielmehr die vom Rechtssatz aufgestellte *Bedingung* der Zurechnung, nicht mehr das Objekt derselben, die nur den äußeren Tatbestand erfaßt. Man kann nicht in demselben Sinne, in dem man dem Mörder den äußeren Tatbestand des Mordes rechtlich zurechnet, ihm auch die Absicht zu morden rechtlich zurechnen, denn um die Absicht mit dem Mörder zu verknüpfen, bedarf es keiner rechtlichen Zurechnung, es ist sei-

ne Absicht an
unter den Bed
gung der Zur
allein, die auf
modernen Re
Fällen eines j

Die Bed
Bedingung, r
die Rechtsor
oder exequie
durch den St
tretenen zulä
äußeren Tatb
sagt: nicht de
streitet wide
Vertreter los;
tretene habe
Schuld. Der
Ausdruck ke
haupt nicht i
psychologisch
das man als
gen, in dem
scheint. Soll
den, den die
aussicht) kn
rechnet wer
hat, dann bi
Person, das
derte Bedin
ment aber k
überhaupt n
ist. Es gibt v
schulden de
kann hande
len oder de
Zurechnung
Unrecht we
schuldige we
Wenn
stische Spra
len« läßt, so

ne Absicht auch ohne einen spezifisch juristischen Denkprozeß; die Absicht, die unter den Bedingungen der Unrechtsfolge aufgenommen ist, ist selbst nur die Bedingung der Zurechnung. Oder mit anderen Worten: Der Zweck der Rechtsordnung ist allein, die äußeren Tatbestände mit Personen zu verknüpfen, doch bedienen sich die modernen Rechtsordnungen dabei als eines materiellen Bindemittels in gewissen Fällen eines psychischen, des sogenannten Schuldmomentes.

Die Bedeutung der Auffassung dieses sogenannten Schuldmomentes als einer Bedingung, nicht aber als eines Objektes der Zurechnung, zeigt sich deutlich, wenn die Rechtsordnung einen anderen als den physischen oder psychischen Täter bestraft oder exequiert. Ein Rechtssatz bestimmt z.B., daß bei doloser Schadenszufügung durch den Stellvertreter die Unrechtsfolge der Exekution unmittelbar gegen den Vertretenen zulässig ist. Hier liegt es durchaus im Sinne der Rechtssprache, daß man den äußeren Tatbestand der Schadenszufügung dem Vertretenen zurechnet, wenn man sagt: nicht der Vertreter, sondern der Vertretene hat den Schaden zugefügt. Aber es streitet wider alles Sprachgefühl, auch den psychischen Vorgang der Absicht vom Vertreter loszulösen und in den Vertretenen zu legen. Man kann nicht sagen: der Vertretene habe die Absicht zu schaden, der Vertretene und nicht der Vertreter trage Schuld. Der juristische Sprachgebrauch, in dem die juristische Begriffsbildung zum Ausdruck kommt, läßt eine Zurechnung des sogenannten Schuldmomentes überhaupt nicht und darum auch nicht zu einer anderen Person zu, als jener, mit der es psychologisch verknüpft ist. Es widerstrebt dem Wesen des psychischen Momentes, das man als Schuld bezeichnet, daß es in einem anderen gedacht wird als demjenigen, in dem es sich für die Wirklichkeitsbetrachtung abspielt oder doch abzuspielden scheint. Soll nun einer juristischen Person ein Unrechtstatbestand zugerechnet werden, den die Rechtsordnung an die Bedingung eines Schuldmomentes (Absicht, Voraussicht) knüpft, z.B. soll der juristischen Person die böswillige Schädigung zugerechnet werden, die ihr Organ unter gewissen Umständen einem Dritten zugefügt hat, dann bildet der äußere Tatbestand wohl ein eigenes Unrecht der juristischen Person, das ihr zugerechnet werden kann, weil die von der Rechtsordnung geforderte Bedingung: der böse Wille, vom Organ erfüllt ist. Das psychische Schuldmoment aber kann ihr nicht zugerechnet werden, weil es überhaupt nicht zurechenbar, überhaupt nicht Gegenstand, Objekt der Zurechnung, sondern nur deren Bedingung ist. Es gibt wohl ein eigenes Unrecht der juristischen Person, aber kein eigenes Verschulden derselben im Sinne eines psychischen Prozesses. Die juristische Person kann handeln und unterlassen, aber sie kann nicht im psychologischen Sinne wollen oder denken, weil eben psychische Tatsachen als solche sich der rechtlichen Zurechnung entziehen; und darum kann sie auch nicht das ihr zuzurechnende Unrecht wollen oder voraussehen, kann nicht in diesem psychologischen Sinne schuldig werden.

Wenn man von einem »Willen« der juristischen Person spricht und der juristische Sprachgebrauch die juristische Person ein Handeln oder Unterlassen »wollen« läßt, so hat man es hier – wie ich in anderem Zusammenhange nachgewiesen

habe¹² – nicht mit einer psychologischen Kategorie, sondern mit einem spezifisch juristischen Begriff des Willens zu tun, der von dem psychologischen Phänomen gleichen Namens prinzipiell unterschieden ist. Der Wille in diesem Sinne ist nur die von der juristischen Terminologie benötigte Bezeichnung für den Endpunkt der Zurechnung. Die juristische Person »will« einen Tatbestand, heißt genau das Gleiche wie: der juristischen Person wird der Tatbestand zugerechnet. Damit die juristische Person in diesem Sinne »wollen« kann, muß ihr nicht – wie irrtümlich angenommen wird – der psychische Willensakt ihres Organs, sondern lediglich dessen äußere Handlung, der äußere Tatbestand eines Handelns oder Unterlassens zugerechnet werden.

Ob und in welchem Umfang das durch die Organe schuldhaft Unrecht der juristischen Person zugerechnet werden kann und muß, ist *quaestio facti*: das hängt von den positiven Bestimmungen der Rechtsordnung ab. Aus der Natur der juristischen Person überhaupt, respektive deren Anerkennung durch die Rechtsordnung geht jedenfalls nur deren Unrechtsfähigkeit und zwar in dem Umfange hervor, daß die Nichterfüllung der durch die Organe der juristischen Person innerhalb ihrer Kompetenz begründeten Rechtspflichten als Unrechtstatbestand der juristischen Person zuzurechnen ist.

Was den hier vertretenen Resultaten entgegnet werden könnte, ist, daß bei Zurechnung eines äußeren Unrechtstatbestandes zur juristischen Person, falls die Zurechnung durch ein Schuldmoment bedingt ist, das Organ als Subjekt einer Schuld, nicht aber eines Unrechts anzusehen wäre; dieses, nicht aber jene ist ja auf die juristische Person übertragen. Wie – so könnte man einwenden – kann »Schuld« ohne Unrecht denkbar sein? Allein dieser Einwand fällt weg, wenn man erkennt, daß das psychische Moment der Absicht oder Wissentlichkeit sehr zu Unrecht als »Schuld« bezeichnet wird. Der rechtliche Wert oder Unwert, der in dem Schuldurteil zum Ausdruck kommt, kann niemals einem psychischen Prozeß als solchen, kann überhaupt niemals einem Seinsvorgange immanent sein. Schuld oder Verdienst liegen stets nur in der Relation zu einer Norm, sind Qualitäten, die nur die Norm verleiht. Schuld ist die Relation zu einer verletzten, Verdienst zu einer erfüllten Norm. Rechtliche Schuld aber ist die Relation jedes Unrechtstatbestandes zur verletzten Norm, nicht etwa bloß des psychisch qualifizierten Unrechtstatbestandes; und noch viel weniger sind als Schuld die psychischen Faktoren selbst zu erkennen, die ja an sich, d.h. losgelöst vom äußeren Tatbestande, überhaupt keiner Relation zu verletzten Norm fähig sind und nur durch eine solche Relation die Schuldqualität erlangen könnten. Wenn der juristische Sprachgebrauch diese speziellen Faktoren psychischer Natur mit dem Begriff der Schuld identifiziert, kommt darin das ethische Postulat zum Ausdruck, daß die rechtliche Zurechnung nur oder doch vornehmlich psychisch qualifizierte Tatbestände als Unrechtstatbestände erfassen soll, d.h. daß durch Rechtsatz nur psychisch qualifizierte Tatbestände mit Strafe oder Exekution bedroht, somit zu Schuldstatbeständen qualifiziert werden sollen.

12 Vgl. meine Hauptprobleme, S. 97ff. und oben S. 15.

Weil das psychische Moment, wenn nicht zur ausnahmslosen, so doch zur regelmäßigen Bedingung der Unrechtszurechnung, d.h. des rechtlichen Schuldurteiles gemacht werden soll – und von den modernen Strafrechtsordnungen, wenn man von Fahrlässigkeitsdelikten absieht, auch tatsächlich gemacht wird – wird das psychische Moment selbst mit dem Begriff der Schuld identifiziert. Dies macht zwar die falsche Terminologie erklärlich, rechtfertigt sie aber nicht.

Es ist selbstverständlich, daß ein Tatbestand, der für schuldhaft erklärt wird, zugleich auch ein Unrechtstatbestand sein muß, weil das Schuldurteil ebenso wie das Unrechtsurteil – beide sind ja identisch – nur die Relation zu einer verletzten Norm aussagt. Aber psychische Fakten der Absicht oder des Voraussehens dürfen an sich, wenn sie auch die Bedingung dafür bilden mögen, daß ein Tatbestand als Unrecht oder schuldhaft (im richtigen Sinne) zu gelten hat, nicht als Schuld selbst bezeichnet werden – so sehr dies auch gegen den in diesem Punkte völlig verfehlten Sprachgebrauch verstoßen mag. Darum kann, im Falle des sogenannten schuldhaften Unrechts, d.h. der durch psychische Prozesse im Organ qualifizierte Unrechtstatbestand der juristischen Person zugerechnet wird, nicht mehr die Rede davon sein, daß Schuld und Unrecht zwischen juristischer Person und Organ geteilt sind, daß die juristische Person Subjekt des ihr zugerechneten Unrechtes wird, das Organ aber Subjekt der »Schuld« bleibt, die der juristischen Person nicht zugerechnet werden kann, weil sich psychische Tatsachen der Zurechnung entziehen. In Wahrheit hat das Organ mit seinem Wollen oder Wissen des Unrechtstatbestandes nur eine notwendige Bedingung der Zurechnung dieses Tatbestandes zur juristischen Person erfüllt. Durch diese Zurechnung wird aber dieser Tatbestand ebenso zum eigenen Unrecht wie zur eigenen »Schuld« der juristischen Person, wobei freilich der Begriff Schuld nicht in dem falschen psychologisch-explikativen Sinne eines bestimmten psychischen Prozesses, sondern in dem einzig richtigen, nämlich normativen einer Relation zur verletzten Norm gebraucht wird.

Das Verhältnis des hier aufgestellten Prinzipes zu den beiden einander widerstreitenden Anschauungen über die Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen, wie sie in der heutigen Literatur vertreten werden, stellt sich somit folgendermaßen dar: Übereinstimmung mit der Lehre der organischen Theorie besteht insofern, als die prinzipielle Möglichkeit erkannt wird, der juristischen Person nicht nur Unrecht überhaupt, sondern auch das sogenannte schuldhafte Unrecht, das ihre Organe setzen, unter Umständen zuzurechnen. Es liegt in diesen letzteren Fällen, wie die Gierkesche Richtung im Gegensatz zur anorganischen Fiktionstheorie hervorhebt, eigenes und nicht fremdes Unrecht für die juristische Person vor. Ja, es besteht sogar insofern eine – wenn auch nur sprachliche – Übereinstimmung, als nach der hier für richtig erkannten Terminologie auch von einer eigenen Schuld der juristischen Person und nicht des Organs gesprochen werden kann, sofern eben als Schuld nur die Relation zur verletzten Norm erkannt wird. Diese Übereinstimmung mit den Lehrensätzen der organischen Theorie besteht trotz der hier erfolgten Ablehnung einer Zurechnung psychischer Tatsachen und daher auch der fälschlich sogenannten

Schuld momente der Absicht oder Wissentlichkeit. In diesem letzteren Punkte stimmt die hier vertretene Konstruktion der anorganischen Theorie zu. Wenn man die Erkenntnis, daß alle Rechtspersönlichkeit nur juristische Persönlichkeit ist, und daß eine formale Differenz zwischen der sogenannten physischen und der sogenannten juristischen Person nicht bestehen kann, bis zu ihrer letzten Konsequenz durchdacht hat, dann wird es nicht bedeutungslos erscheinen, daß das von der organischen Theorie mit richtigem juristischen Instinkt erfaßte und formulierte Dogma, »daß auch die juristische Person eigenes Unrecht und eigene Schuld haben könne«, auch mit anderen als den spezifischen Mitteln der organischen Anschauung auf rein konstruktivem Wege erreicht werden kann, wenn man nur entschlossen ist, den methodologisch unhaltbaren psychologischen Schuldbegriff einer Revision zu unterziehen. Und weil der so revidierte Schuldbegriff die Möglichkeit bietet, einen logischen, einheitlichen Aufbau der juristischen Begriffspyramide durchzuführen, weil der auf seine methodologisch richtigen Grenzen beschränkte Schuldbegriff gestattet, daß die Erkenntnis von der Einheit des Personenbegriffes nicht in Konflikt gerät mit einer differentiellen Behandlung der sogenannten juristischen und der sogenannten physischen Person in bezug auf Zurechnung von Schuld und Unrecht, ist auch umgekehrt ein Schluß auf die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des so revidierten Schuldbegriffes gestattet. Nur wenn die Erkenntnis von der notwendig formalen Natur der allgemeinen Rechtsbegriffe fehlt, wird an dem Formalismus dieses Resultates Anstoß nehmen.

§ 4. Das kriminelle Unrecht des Staates

Das begriffsökonomische Postulat der Einheit des Personenbegriffes findet seine logische Schranke an dem Begriff der Staatspersönlichkeit. Was die Persönlichkeit des Staates mit allen übrigen Rechtspersönlichkeiten gemeinsam hat, ist die durch die Rechtsordnung geschaffene Trägerschaft von Pflichten und Berechtigungen. Allein die Rechtspflichten der Staatsperson müssen in ihrer juristischen Konstruktion der Anforderung entsprechen, die logischerweise aus der Tatsache erwächst, daß der Wille, der das Substrat der Persönlichkeit des Staates ist, zugleich als Träger der Rechtsordnung gedacht werden muß.

Was *Gierke* und die Vertreter der organischen Schule vollständig übersehen, ist die Tatsache, daß zwischen der Person des Staates, dessen Wille nicht nur als Subjekt von Pflichten und Rechten der Rechtsordnung unterworfen, sondern zugleich auch Träger dieser Rechtsordnung ist, und allen übrigen Personen, nicht bloß den »juristischen« unter ihnen, eben wegen dieser Doppelrelation des Staatswillens ein wesentlicher denknöwendiger Unterschied besteht. Auch die organische Auffassung kann nicht auf die Vorstellung verzichten, daß die Rechtsordnung, der sie den Staat unterwirft, den Willen eben dieses Staates beinhaltet. Und dieser Vorstellung muß sie in ihrer Konstruktion Rechnung tragen. Darum gerät sie mit ihrer eigenen Voraussetzung in Widerspruch, wenn *Gierke* erklärt: Die Rechtsordnung könne dem

Staate »ebensowenig wie dem Individuum Pflichten ohne die Möglichkeit der Verletzung auferlegen und Rechte ohne die Möglichkeit des Mißbrauches gewähren¹³«. Denn der Staat, der seine Rechtspflicht verletzt, also gegen seinen eigenen Willen handelt, ist eine unvollziehbare, weil völlig unlogische Vorstellung. Der Konstruktion von Rechtspflichten, die durch ihr Subjekt nicht verletzt werden können – und die Rechtspflichten des Staates müssen als solche gedacht werden – steht kein logisches Hindernis prinzipiell im Wege. Und *Gierke* ist durchaus im Unrecht, wenn er die Praxis des deutschen Reichsgerichtes für widerspruchsvoll erklärt, weil sie zwar die Deliktsfähigkeit der juristischen Person im allgemeinen, nicht aber eine solche des Staates anerkennen wolle¹⁴. Denn eine solche differenzielle Behandlung der Staatsperson entspricht durchaus dem Wesensunterschied, den die juristische Konstruktion zwischen ihr und den übrigen Personen zu berücksichtigen hat.

Gierke formuliert das Prinzip der Zurechnung deliktischer Tatbestände zur juristischen Person im allgemeinen folgendermaßen: »Eine Gesamtperson begeht diejenigen schuldhaften Handlungen und Unterlassungen, welche ein verfassungsmäßiges Organ als solches *innerhalb seiner Zuständigkeit* begeht¹⁵.« Es sei hier dahingestellt, ob diese Formel wirklich durchführbar ist, insbesondere ob, wenn die Zurechnung auf rechtswidrige Tatbestände ausgedehnt werden soll, das Zurechnungskriterium aus der Kompetenz des Organs geholt werden kann. Es muß juristisch als gänzlich ausgeschlossen gelten, eine Kompetenz oder Vollmacht zu rechtswidrigem oder gar schuldhaftem Verhalten zu konstruieren. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß eine Kompetenz ebenso wie eine Vollmacht (gleichgültig ob Kompetenz und Vollmacht als identische oder verschiedene Rechtsfiguren aufzufassen sind) solchen Inhaltes für nichtig, d.h. für rechtlich nicht vorhanden angesehen werden. Nur wenn die Rechtsordnung, was ihr ohne weiters möglich ist, die Zurechnung von Tatbeständen zur juristischen Person *nicht* auf die innerhalb der Kompetenz oder Vollmacht gesetzten Tatbestände absteckt, kann eine Zurechnung auch die Rechtswidrigkeit ergreifen. Darin liegt ja, nebenbei bemerkt, die Berücksichtigung von Treue und Glauben und die Wahrung des Prinzips der Verkehrssicherheit, daß die Rechtsordnung als Handlungen und Unterlassungen der juristischen Person oder des vertretenen Vollmachtsgebers nicht nur diejenigen gelten läßt, welche die Organe oder Vertreter innerhalb ihrer Kompetenz resp. Vollmacht gesetzt haben, sondern auch diejenigen, welche außerhalb des Kompetenz- oder Vollmachtsbereiches stehen, wenn sie nur gewisse objektive, von dem inneren Verhältnis zwischen juristischer Person und Organ, vertretenem Vollmachtgeber und Stellvertreter unabhängige Kriterien aufweisen; so z.B. wenn der dritte Kontrahent annehmen durfte, daß das Organ oder der Stellvertreter noch im Bereich seiner Vollmacht tätig ist, obgleich dies nach dem inneren Verhältnis nicht mehr zutrifft, u.ä. Das rechtswidrige und insbesondere das

13 Genossenschaftstheorie, S. 756.

14 a.a.O. S. 761, 762.

15 a.a.O. S. 758.

deliktische Verhalten muß immer als außerhalb des rechtsgültigen Kompetenz- oder Vollmachtskreises stehend angesehen werden und eine Zurechnung ist hier nur insofern möglich, als die Rechtsordnung eine solche über das bloße Vollmachts- oder Kompetenzprinzip hinaus zuläßt. Wenn das rechtswidrige Verhalten eines Organs der juristischen Person auf Grund der Rechtsordnung zugerechnet werden muß, so steht solches Verhalten zwar stets und begriffsnotwendig außerhalb der Kompetenz des Organs, das Organ ist aber, eben weil sein Verhalten nicht ihm selbst, sondern der juristischen Person zugerechnet wird, »als solches« d.h. als Organ auch in seinem rechtswidrigen Verhalten anzusehen. Nur wäre es ganz verkehrt zu schließen: die Rechtswidrigkeit ist der juristischen Person zuzurechnen, weil oder sofern das Organ »als solches« tätig ist, denn gerade umgekehrt muß geschlossen werden: nur weil und nur in, sofern auch rechtswidriges Verhalten des Organes der juristischen Person zugerechnet werden muß, ist das Organ auch in diesem seinen rechtswidrigen Verhalten »als solches« tätig¹⁶.

Vollends in seiner Anwendung auf die Staatsperson muß das *Gierkesche* Zurechnungsprinzip abgelehnt werden. Niemals kann ein Staatsorgan, das sich rechtswidrig verhält, »als solches« oder gar innerhalb seiner Kompetenz stehend angesehen werden. Die Kompetenz eines Staatsorgans ist juristisch nur als die Summe seiner Amts- resp. seiner Rechtspflichten zu erkennen. Eine Rechtspflicht, Rechtspflichten zu verletzen, ist undenkbar. Wenn *Gierke* meint, die Annahme, daß ein rechtswidriges Verhalten niemals in der Kompetenz eines Organs liege, beruhe auf einer Verwechslung der Begriffe des Könnens und Dürfens¹⁷, so ist gerade in bezug auf die Staatsperson, resp. das sie repräsentierende Organ festzustellen, daß hier eine eventuelle Rechtswidrigkeit – im prinzipiellen Unterschied zu allen übrigen Personen – nicht Gegenstand eines Nichtdürfens, richtiger Nichtsollens oder Verbotenseins, sondern gerade eines Nichtkönnens ist. Von allen Rechtssubjekten, nur nicht vom Staate gilt, daß sie ein Unrecht zwar nicht begehen sollen, aber dennoch begehen können. Nur der Staat kann kein Unrecht begehen, weil ein staatliches Unrecht jenseits der Grenze liegt, welche die Rechtslogik dem juristischen Denken setzt; und die Grenzen der Rechtslogik sind identisch mit den Grenzen rechtlichen Könnens.

Trotzdem *Gierke* in der Frage der Deliktsfähigkeit den Staat prinzipiell auf eine gleiche Stufe mit allen übrigen Personen stellt, trotzdem er also den Staat ebenso wie alle übrigen Personen für deliktsfähig erklärt, zieht er dennoch nicht die Konsequenz, ihn ebenso wie alle übrigen physischen und juristischen Personen im Falle eines zuzurechnenden Deliktes für strafbar zu erkennen. *Gierke* hält zwar durchaus für möglich, daß der Staat zum Beispiel eine Veruntreuung begeht; er erklärt ausdrücklich, daß ein Gerichtsvollzieher, der mit dem eingetriebenen Gelde geflohen ist, als Organ des Staates handelt, und daß der Staat in diesem Falle aus eigener Schuld den

¹⁶ *Gierke* a.a.O. S. 756.

¹⁷ a.a.O. S. 764.

geschädigten Gläubigern haftet¹⁸. Aber er ist inkonsequent genug, auf das letzte, logisch zwingende Resultat seiner Lehre zu verzichten. Er erklärt, es sei undenkbar, »daß das souveräne Gemeinwesen vor seinem eigenen Strafgericht erscheine und eine Bestrafung seiner selbst heischte und vollzöge¹⁹«. Daß aus der Unvollziehbarkeit der Vorstellung einer Bestrafung des Staates die Unmöglichkeit zumindest eines kriminellen staatlichen Unrechts direkt hervorgeht, ignoriert *Gierke*.

Andere Vertreter der organischen Theorie sind konsequenter als ihr Begründer. So verkündet *Hafters*²⁰, von den Voraussetzungen der organischen Theorie ausgehend, die Deliktsfähigkeit des Staates als oberstes Dogma. Von keinerlei logischen Skrupeln beschwert, läßt er den Staat durch den Beamten, der »innerhalb seines Ressorts in verfassung- resp. gesetzmäßiger Form eine Verfügung erläßt, die allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider ist, ja einen Deliktstatbestand erfüllt²¹«, unter Umständen auch ein Verbrechen begehen. Er spottet seiner selbst und weiß nicht wie, wenn er in der Absicht, den Umfang der staatlichen Deliktsfähigkeit nur einzuschränken, in Wahrheit aber die Deliktsfähigkeit des Staates völlig wieder vernichtend, erklärt, ein Staatsdelikt ließe sich nur dann denken, »wenn in der Handlung des Beamten der Staatswille direkt zum Ausdruck gelangt²²«. Daß der Staatswille, der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, natürlich niemals auf ein Delikt gerichtet sein kann, scheint zu selbstverständlich zu sein, als daß es Berücksichtigung verdiente. Dagegen argumentiert *Hafters* nur durchaus folgerichtig, wenn er in Übereinstimmung mit einem anderen radikalen Vertreter der organischen Theorie, nämlich *Mestre*²³, die Strafbarkeit des Staates im Prinzip für zulässig erklärt. Vermögensstrafen hält er für praktisch durchführbar. Daß die »Strafe« in diesem Falle nur darin besteht, daß der Staat die Strafsumme gleichsam aus dem einen Sack in den anderen steckt, scheint ihm kein allzu ernstes Bedenken. Für ganz und gar einwandfrei aber hält er eine Bestrafung des Staates wegen Polizeiübertretung durch die Gemeinde. Nur der Kuriosität wegen und nur um zu zeigen, wie sich diese Theorie selbst ad absurdum führt, sei hier ein Fall wiedergegeben, den *Hafters* mit großem Scharfsinn konstruiert. Ein staatlicher Postkutscher fährt entgegen der Gemeindepolizeivorschrift, die bei Strafe »Schritt fahren« gebietet, in raschem Tempo durch den von dem Gebot betroffenen Ort, weil die ihm von der vorgesetzten Staatsbehörde erteilte Instruktion Schnellfahren vorschreibt. *Hafters* entscheidet: Der Staat ist von der Gemeinde zu bestrafen; aber damit nicht genug, auch der arme Postkutscher muß bestraft werden²⁴. Daß *Hafters* ernstlich für möglich hält, daß innerhalb eines und desselben Rechtsgebietes zwei einander widersprechende Rechtsnormen gleichzeitig nebeneinander

18 a.a.O. S. 763.

19 a.a.O. S. 772.

20 Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903.

21 a.a.O. S. 115.

22 a.a.O. S. 116.

23 Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris 1899.

24 a.a.O. S. 116.

bestehen können, ist beinahe unbegreiflich. Noch unbegreiflicher aber, wie er die Gemeinde, die ja eine Strafgewalt nur als Organ des Staates ausübt, wie er also den Staat sich selbst bestrafen lassen kann! Selbst wenn eine positive Rechtsvorschrift zweckwidrigerweise im vorliegenden Falle die Abgabe irgendeines Geldbetrages aus einer speziellen Staatskasse in die Gemeindekasse vorschriebe, könnte in solchem Tatbestande nie und nimmer eine »Strafe« erblickt werden. Der arme Postkutscher aber, der zwei einander widersprechenden Rechtsnormen gegenüberstehend, unter allen Umständen und wie immer er sich verhalten mag, eine Pflicht verletzt und daher, wenn er seine Instruktion befolgt, von der Gemeinde, wenn er aber das Gemeindegebot befolgt, von seiner vorgesetzten Behörde, in beiden Fällen aber letztlich vom Staate bestraft wird, der entbehrt nicht einer gewissen Komik. Wenn er aber dem Gemeindegebot gegenüber neben dem Staate bestraft werden soll, so bedeutet das soviel, daß nicht nur der Staat, sondern auch der Postkutscher als Subjekt der durch das Gemeindegebot statuierten Strafrechtspflicht erscheint, was in vollkommenem Widerspruch zu der Annahme steht, daß das Organ als solches, d.h. wenn es den Staat repräsentiert, keine eigene, von der des Staates verschiedene Rechtspersönlichkeit hat²⁵.

§ 5. Das zivile Unrecht des Staates und die sogenannte Exekution gegen den Staat

Nicht so selbstverständlich scheint die Annahme zu sein, daß der Staat auch kein ziviles Unrecht setzen könne, da die zivile Unrechtsfolge der Exekution über den Staat verhängbar scheint. Die Vorstellung einer Exekution des Staates gegen den Staat ist ziemlich verbreitet. Insbesondere hat auch die Judikatur sich dieser Terminologie bemächtigt, so z.B. in Österreich, wo oberstgerichtliche Entscheidungen eine Exekution des Staates gegen den Staat für zulässig erklären²⁶. Da es sich dabei nur um eine juristische Konstruktion handelt, die weder die Autorität des Gesetzgebers noch die des Gerichtes für die Theorie verbindlich vorschreiben kann, ist eine kritische Untersuchung und im Zusammenhang damit eine eventuelle Zurückweisung der als »Exekution gegen den Staat« erfolgten Charakterisierung irgendeines Tatbestandes durchaus zulässig.

²⁵ Aber solche Exzesse juristischer Konstruktion, die schon deshalb doppelt anzustreichen sind, weil sie auf Rechnung der gegen die »konstruktive« Jurisprudenz eifernden organischen Theorie gehören, entsprechen durchaus auch den anderen Resultaten der *Hafterschen* Arbeit; so wenn er allen Ernstes für möglich erklärt, »daß ein Verband sich beispielsweise einer Notzuchtshandlung schuldig macht« (a.a.O. S. 143). Die Probe genügt. Freilich beweist sie nicht so sehr die Möglichkeit einer Notzucht von Verbandspersonen – und auch der Verbandsperson Staat muß leider eine solche Möglichkeit abgesprochen werden – als vielmehr des Autors an der Wissenschaft!

²⁶ Vgl. die Glaser-Ungersche Samml. Nr. 6716.

Bei der Frage der Exekution gegen den Staat sind zwei Probleme scharf voneinander zu scheiden: ein materielles und formales. Es kann fraglich sein, ob im Falle eine Zivilrechtspflicht des Staates unerfüllt bleibt, nach durchgeführtem gerichtlichen Verfahren und rechtskräftiger Verurteilung, bei weiterer Nichterfüllung der autoritativ (durch das Gericht) festgestellten Rechtspflicht des Staates ein gerichtliches Zwangsverfahren statthaft ist, das den Zweck hat, den Gläubiger aus dem Vermögen des Staates zu befriedigen, ein Verfahren, das die gleiche äußere Form aufweist wie die analoge Exekution gegen rechtskräftig verurteilte Untertanen. Diese Frage hat die Rechtsordnung und mit ihr das Gericht zu entscheiden. Verschieden von dieser materiellen Frage ist das rein formale Problem, wie solches der zivilen Exekution gegen Rechtssubjekte analoge Verfahren juristisch zu qualifizieren sei, wenn Subjekt der unerfüllt gebliebenen zivilen Rechtspflicht der Staat, also ein Rechtssubjekt ist, das sich von allen anderen Rechtssubjekten wesentlich unterscheidet. Mit anderen Worten: ob bei der sogenannten »Exekution gegen den Staat« trotz der äußeren Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Exekution gegen die übrigen Rechtssubjekte nicht doch eine wesentlich anders zu konstruierende Rechtsfigur vorliegt.

Was zunächst die materielle Frage betrifft, so ist folgendes hervorzuheben. Wenn der Staat auf Grund der positiven Rechtsordnung als Subjekt von zivilen Rechtspflichten und Berechtigungen erscheinen kann, ist damit noch keineswegs die Notwendigkeit gegeben, daß bei Rechtsstreitigkeiten mit dem Staate Gerichte zu urteilen haben. Mit der Rechtsprechung, d.i. hier mit der autoritativen Feststellung der Frage, ob eine behauptete Rechtspflicht des Staates wirklich besteht, könnten auch andere Behörden betraut sein²⁷. Ist aber die »Zulässigkeit des Rechtsweges« gegen den Staat, richtiger die Kompetenz der Gerichte zur Rechtsprechung über Zivilrechtsstreitigkeiten mit dem Staate rechtsordnungsmäßig statuiert, dann ist damit wiederum noch keineswegs begriffsnotwendig verbunden, daß dem rechtskräftigen Urteil des Gerichtes, das in rechtsverbindlicher Weise die bisher unerfüllte Rechtspflicht des Staates feststellt, bei weiterer Nichterfüllung ein gerichtliches Zwangsverfahren (die sogenannte Exekution gegen den Staat) zulässig ist. Die positive Rechtsordnung kann solches bestimmen, muß es aber nicht; sie könnte z.B. einer anderen als einer gerichtlichen Behörde das Zwangsverfahren übertragen. Die Unabhängigkeit der »Zulässigkeit des Rechtsweges« von der sogenannten Exekution gegen den Staat wird noch deutlicher bei der Behandlung der formalen Seite des Problems hervortreten, wenn sich herausstellt, daß zwar im Zivilprozesse, nicht aber im Exekutionsverfahren der Staat als Partei dem Gerichte gegenübersteht.

Ist auf Grund der positiven Rechtsordnung die materielle Frage nach der Zulässigkeit einer gerichtlichen Zwangsbefriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen

²⁷ Das hat richtig hervorgehoben *Pollak* in seinem vorzüglichen Aufsatz: Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat. *Grünhutsche Zeitschrift*, Bd. 30, S. 380. Der *Pollaksche* Aufsatz befaßt sich allerdings nur mit der materiellen Seite des Problems.

des Staates zu bejahen²⁸, so ist damit die rechtliche Notwendigkeit eines Tatbestandes gegeben, der nur dem äußeren Anscheine nach und nur nach oberflächlicher Analogie als Exekution gegen den Staat erscheint. Und nur wenn man ohne auf die spezifische Eigenart dieses Tatbestandes näher einzugehen, ihn der Exekution gegen andere Rechtssubjekte gleichsetzt, dann mag auch in solchen Fällen die Annahme staatlichen Unrechts naheliegen, ja vielleicht sogar als einfachere und bequemere Konstruktion erscheinen.

Allein es muß im Interesse der juristischen Logik ein Ausweg gesucht werden, durch den ein solch arger Schönheitsfehler im Gesamtsystem des juristischen Gedankengebäudes – und alle Fragen der juristischen Konstruktion sind schließlich nur Fragen der Denkökonomie oder der Denkästhetik – vermieden wird.

Daß von einem den Zweck der Rechts- und Staatsordnung berücksichtigenden Standpunkte aus ein Zivilunrecht des Staates, d.h. ein mit der Unrechtsfolge der Exekution bedrohter Tatbestand, der dem Staate zuzurechnen wäre, widersinnig ist, geht ja aus dem bisher über das Staatsunrecht im allgemeinen Gesagten zur Genüge hervor. Der Staat will, d.h. die Rechtsordnung bezweckt durch die Androhung der Exekution ebenso die Vermeidung des zivilen Unrechtes, wie durch die Androhung der Strafe das Unterlassen des kriminellen. Daß die Prävention beim Strafrecht der vorwiegende Zweck ist, daß beim Zivilrecht auch die Wiederherstellung des bezweckten und vom Unrechtstäter gestörten Rechtszustandes hinzukommt, ist gleichgültig. Das *Rechtsideal* ist beim Zivilrecht das gleiche wie beim Strafrecht: nicht die Anwendung der Unrechtsfolgen, sondern gerade deren Vermeidung. Durch die Zivilrechtsordnung soll ebenso bewirkt werden, daß der Darlehensgläubiger seine Schuld zur rechten Zeit begleicht, der Mieter seine Miete bezahlt, wie durch die Strafrechtsnormen verhindert werden soll, daß man stiehlt, daß man mordet etc. Wenn man diesen Zweck der Rechtsordnung den Willen des Staates nennt, so kann der Staat nicht in der Rechtsordnung das zivile Unrecht verhindern wollen, das er dann in der Exekutive selbst setzt. Aber selbst wenn man von diesem – immerhin bestreitbaren – mate-

28 Z.B. für das österreichische Recht, bezüglich dessen den Argumentationen *Pollaks* (a.a.O.S. 371ff.) durchaus zuzustimmen ist. *Pollak* behandelte in seinem Aufsätze nicht nur die materielle Frage, ob – in seiner Terminologie gesprochen – Leistungsbefehle, welche Rechtsschutzansprüchen entsprechen und deren normaler Typus das Leistungsurteil ist, gerichtlich vollstreckbar sind, sondern er untersucht auch die gerichtliche Exekutionsfähigkeit anderer zivilgerichtlicher Befehle an den Staat, respektive staatliche Behörden. Letztere Frage verneint er für das österreichische Recht durchaus zutreffend, und zwar mit Hinweis auf die verfassungsmäßig gewährleistete gegenseitige Unabhängigkeit von Justiz und Verwaltung, soweit es sich um Befehle von Gerichten an Verwaltungsbehörden handelt. Da es bei meinen Ausführungen auf die Frage des Staatsunrechtes ankommt, behandle ich im Text nur die erstere der beiden Fragen. Denn wo – wie bei der letzteren – die möglicherweise verletzte Rechtspflicht des Staates erst durch den Befehl des Gerichtes zustande kommen könnte, kann ein Unrecht des Staates schon von vornherein nicht entstehen, wenn dieser Befehl des Gerichtes kraft Verfassung gar keine Rechtspflicht schafft. Stünde aber das Verhältnis so, daß mangels Unabhängigkeit der Verwaltung von der Justiz rechtskräftige Befehle des Gerichtes Rechtspflichten der Verwaltungsbehörden statuieren, dann läge bei Nichtbefolgung derselben ein Ungehorsamsdelikt des Verwaltungsorgans vor, daß wie die Nichtbefolgung irgendeines anderen Dienstbefehls Unrecht des Organs, niemals Unrecht des Staates ist.

riellen 2
zivilen 1
durch e
nur mö
Abschl
ein Kat
folgend
durch c
Rechte
Pflichte
len. De
erwach
len, m
Abschl
will. N
unter t
fällige
Klage
dem v
Kriegs
wie ei
der Ka
Gläub
ist. Di
ganz r
liegt j
schen
stößt
Wider
Recht
Analy
lehnte
V
tet, di
ser St
pflich
bede
in sei
Nicht
Staat
tiger:
nicht

riellen Zweck der Zivilrechtsordnung absieht, so kann auch, rein formal gedacht, ein ziviles Unrecht des Staates nicht für konstruierbar angesehen werden. Daß der Staat durch ein bestimmtes Organ irgendein Rechtsgeschäft des Zivilrechtes abschließt, ist nur möglich, sofern der Staat im allgemeinen und das Organ im besonderen zum Abschluß solcher Geschäfte durch die Rechtsordnung ermächtigt ist. Faßt man etwa ein Kaufgeschäft der Heeresverwaltung ins Auge, so muß der bezügliche Rechtssatz folgendermaßen gedacht werden: Ich Staat will unter bestimmten Voraussetzungen durch das bestimmte Organ z.B. Gründe für Kasernen kaufen, d.h. nicht nur alle Rechte erwerben, die das BGB aus dem Kaufe entstehen läßt, sondern auch alle Pflichten erfüllen, die aus dem Kaufe erwachsen, z.B. auch die Kaufsumme bezahlen. Der Wille des Staates, alle aus den von ihm geschlossenen Rechtsgeschäften erwachsenden (durch den Staat) in der Rechtsordnung statuierten Pflichten zu erfüllen, muß in derselben Rechtsnorm angenommen werden, in der der Staat zum Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigt wird, d.h. Rechtsgeschäfte abschließen will. Nun kann natürlich nicht geleugnet werden, daß zivile Pflichten des Staates mitunter unerfüllt bleiben mögen. Der aus irgendeinem Kauf des Kriegsministeriums fällige Schilling wird tatsächlich nicht gezahlt. Der Gläubiger erhebt gerichtliche Klage und es erfließt durch den Staat rechtskräftiges Urteil auf Zahlung. Allein trotzdem weigert sich der Staat, d.h. die hier in Betracht kommende Staatskasse des Kriegsministeriums, zu zahlen. Und hierauf erfolgt etwas, was scheinbar genauso wie eine Exekution gegen den Staat aussieht: Das Gericht nimmt zwangsweise aus der Kasse des Kriegsministeriums den eingeklagten Betrag und befriedigt damit den Gläubiger. Die Frage ist nun, wie dieser ganze Tatbestand juristisch zu qualifizieren ist. Die Möglichkeit, hier Zivilunrecht des Staates und Exekution gegen den Staat ganz nach Analogie der Verhältnisse bei den übrigen Rechtssubjekten vorzunehmen, liegt ja nahe; allein diese Analogie übersieht den wesentlichen Unterschied, der zwischen dem Rechtssubjekt Staat und allen übrigen Rechtssubjekten besteht, und verstößt gegen die Grundprinzipien aller Rechtslogik, da sie zu einem unlöslichen Widerspruch zwischen dem nur einheitlich denkbaren Willen des Staates in der Rechtsordnung und in der Verwaltung führt. Sie ist darum abzulehnen. Eine kurze Analyse führt zum richtigen Resultate, das vielleicht nicht so einfach wie das abgelehnte ist, aber dafür den Vorzug der rechtslogischen Haltbarkeit genießt.

Wird seitens eines Rechtssubjektes eine zivile Rechtspflicht des Staates behauptet, die unerfüllt geblieben ist, dann ist ein doppeltes möglich. Das zur Erfüllung dieser Staatspflicht kompetente Staatsorgan gibt den Bestand der behaupteten Rechtspflicht zu, verweigert aber deren Realisierung. Dieser praktisch kaum denkbare Fall bedeutet offenkundige Pflichtverletzung des Organs, dessen Amtspflicht es ja ist, die in seinen Wirkungskreis fallenden Staatspflichten zu erfüllen. Will man den durch Nichterfüllung der Staatspflicht geschaffenen zivilen Unrechtstatbestand dem Staate zurechnen, muß man das offenbar pflichtwidrig sich verhaltende Organ, richtiger: die ihre Organpflicht verletzende Person mit dem Staate identifizieren; daß dies nicht angeht, darauf ist später noch zurückzukommen. Bestreitet aber das kompeten-

te Organ die von der Partei behauptete zivile Rechtspflicht des Staates – was ja praktisch der einzig in Betracht kommende Fall ist – dann wird die strittige Frage, ob die Rechtspflicht des Staates besteht, durch das staatliche Gericht – also ein anderes Staatsorgan – autoritativ festgestellt. Ist dies aber geschehen und durch das Gericht die fragliche zivile Rechtspflicht des Staates rechtskräftig ausgesprochen, dann ist auch in unzweifelhafter Weise die Amtspflicht des den Staat im Rechtsstreite repräsentierenden Organs fixiert, die von der Partei behauptete Staatspflicht zu erfüllen. Z.B. Das Kriegsministerium hat einen Schaden gutzumachen, den manövrierende Truppen begangen haben. Weigert sich das kompetente Organ trotz rechtskräftigen Urteils des Gerichtes, zu zahlen²⁹, dann tritt das ein, was – stünde nicht der Staat selbst, sondern ein anderes Rechtssubjekt der Partei gegenüber – den Charakter einer Exekution hätte. Wenn das Gericht aus der Kasse des Kriegsministeriums zwangsweise die Urteilssumme entnimmt und den Kläger befriedigt, dann erfüllt einfach der Staat – nur durch ein anderes als das ursprünglich kompetente, pflichtwidrig sich weigernde Organ seine Rechtspflicht. Dieser Tatbestand unterscheidet sich wesentlich von der Exekution des Staates gegen einen Untertanen: denn es stehen sich nicht zwei voneinander verschiedene Subjekte gegenüber, der fragliche Vorgang vollzieht sich innerhalb der Sphäre desselben Subjektes. Wenn der Staat bei der Exekution im eigentlichen und einzig zutreffenden Sinne die Rechtspflicht eines anderen Subjektes erfüllt, erfüllt er hier seine *eigene* Rechtspflicht. Und während das Wesen der eigentlichen Exekution, nämlich jener gegen Untertanen, darin besteht, daß gegen das Subjekt der durch die Exekution zu erfüllenden Pflicht ein Zwang ausgeübt wird, *richtet sich der Zwang*, den das Exekutionsgericht im Falle der nur fälschlich so benannten Exekution gegen den Staat realisiert, *in Wahrheit gegen das pflichtwidrig sich verhaltende Organ*; handelt es sich um eine Geldleistung: gegen die spezielle Staatskassa, resp. deren verantwortliche Organe, die pflichtwidrig die Zahlung verweigern. Während also im Prozeß bis zum Augenblicke des Gerichtsbehörden und der Staat als Partei bis zu diesem Augenblicke nicht divergierenden Willens sind – wird doch erst festgestellt, ob die fragliche Rechtspflicht besteht – ist im Zwangsverfah-

29 Im großen und ganzen muß es als seltene Ausnahme angesehen werden, daß ein Staatsorgan so pflichtvergessen ist, die ihm zur Realisierung in die Kompetenz gesetzte Staatspflicht, trotz ihrer rechtskräftigen Feststellung durch das hierzu zuständige Gericht, unerfüllt zu lassen, um so zu einem gerichtlichen Zwangsverfahren Anlaß zu geben. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber solchen Ausnahmefall nicht bedenkt und die Rechtsordnung daher ein gerichtliches Zwangsverfahren *gegen den Staat*, wie man sich unzutreffend ausdrückt, gar nicht vorsieht. Das behauptete – allerdings ohne Erfolg – die Finanzprokurator in jenem Rekurse, der dann zu der oben zitierten oberstgerichtlichen Entscheidung geführt hat. Sie sagte: *Die Exekution ... sei gegen den Staat als Schuldner nicht anwendbar, weil der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieses Zwangsmittels nicht voraussetzen konnte, noch voraussetzte, daß ein gutorganisierter »Staat« die Entscheidung der eigenen Gerichte nicht respektieren und die Erfüllung derselben verweigern werde.* Ja, der Staat kann nicht anders, als seine eigenen Entscheidungen respektieren, aber seine *Organe* sind eben Menschen, die auch anders können, aber nicht *sollen*. Nur daß sie eben den Staat dann nicht mehr repräsentieren. Vgl. dazu weiter unten die Ausführungen über Staats- und Organpersönlichkeit.

ren nicht mehr die Staatsperson, sondern das sich pflichtwidrig weigernde Organ das Subjekt, gegen das sich die staatliche Gewalt richtet und das in dieser Relation nicht mehr den Staat repräsentieren kann³⁰. Eine absurde Vorstellung wäre dieser Staat, der sich selbst exequiert, gegen sich selbst Zwang ausübt! Hält man Exekution gegen den Staat für möglich, dann muß man sowohl das die Exekution durchführende Gerichtsorgan, als auch das die Zahlung verweigernde, vielleicht nur mit Brachialgewalt vom Exekutionsorgan überwältigte Pseudoorgan mit dem Staate – der in ihrem Willen einheitlichen Staatsperson identifizieren. Das tue, wer mag; wem aber an einem logischen System von Rechtsbegriffen gelegen ist, der wird diese nur auf äußerlichster Analogie beruhende, die tieferen Unterschiede ignorierende Konstruktion einer »Exekution gegen den Staat« fallen lassen. Und schließlich bedenke man auch noch das folgende: Was die Vorstellung einer »Exekution gegen den Staat« zu unterstützen scheint, ist offenbar die Annahme, daß auf die juristische Staatsperson gerade diese Unrechtsfolge – zum Unterschied von der Strafe – physisch und rechtlich anwendbar sei, da ja der Staat exekutionsfähiges Vermögen hat. Allein von diesem Gesichtspunkte aus wäre ja auch die Geldstrafe auf den Staat anwendbar und dem Staate so wie ein ziviles Unrecht auch ein kriminelles zurechenbar. Und wenn einmal die einzig haltbare Zurechnungsregel, den Rechtssatz, aufgegeben wird, ist eigentlich nicht einzusehen, warum der Staat nicht auch mit der Person seines delinquierenden Organs bestraft, auch mit Freiheitsentziehung bestraft werden kann. Es handelt sich doch nur um Zurechnungsurteile; ebenso wie das Strafen könnte auch das Bestraftwerden zugerechnet werden; und wenn man dem Staate das Unrecht zurechnet, so wäre es nur Forderung der Gerechtigkeit, ihm auch die Strafe zuzurechnen. Absurd ist das eine nicht mehr als das andere, weil aus dem gleichen Grunde sinnwidrig: Eine Zurechnung nicht auf Grund des Rechtssatzes.

Das Problem des Staatsunrechtes streckt hier seine Wurzeln tief in das Verhältnis zwischen Staats- und Organpersönlichkeit.

§ 6. Staatspersönlichkeit und Organpersönlichkeit, Staatsunrecht und Organunrecht

Die Staatsorgane, durch die allein die juristische Person des Staates handeln kann, repräsentieren den Staat nur insofern, als sie dessen Willen realisieren, als ihr psychischer Wille mit dem des Staates in der Rechtsordnung ausgesprochenen übereinstimmt. Im Staatsorgane, das gegen oder *ohne* den Willen des Staates vorgeht, handelt nicht mehr der Staat, weil dem Staate nicht zugerechnet werden kann, was

³⁰ Wenn Pollak sagt (a.a.O., S. 388): *Nicht die Kasse ist verurteilt zu zahlen, sondern der Staat, nicht jene, sondern dieser ist Prozeßpartei*, so ist ihm durchaus zuzustimmen; nicht mehr aber, wenn er fortfährt: *nicht jene, sondern dieser wird exequiert*. Nur wenn man – wie im Texte geschehen – das Verhältnis umkehrt, entgeht man der logisch unmöglichen Vorstellung des sich selbst zwingenden Staates, der juristisch nicht zu rechtfertigenden Identifizierung des pflichtwidrig sich verhaltenden Organes mit dem Staate.

gegen oder ohne den Willen des Staates geschieht. Darum kann es niemals die Staatsperson sein, die im konkreten Falle ihre Rechtspflicht verletzt, sondern stets nur das physische Staatsorgan, das in Verletzung seiner Amtspflicht, den Willen des Staates zu realisieren, diesen unausgeführt läßt oder gegen ihn handelt. Nicht Unrecht des Staates, sondern Unrecht des Staatsorgans liegt vor! Das Verhältnis zwischen Staatsperson und Organ ist kein wesentlich anderes als das zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen; hier ist eine Vollmacht, dort das Gesetz, die Rechtsordnung die Basis. Das rechtswidrig sich verhaltende Organ gleicht in dem wesentlichen Punkte, dem der Zurechnung, auf ein Haar dem ohne oder gegen die Vollmacht tätigen Stellvertreter. Die Unklarheit und Unbestimmtheit der herrschenden Lehre in der Frage des Staatsunrechtes ist nicht zum geringsten durch ihre juristisch verfehlte Auffassung der Organschaft hervorgerufen, die man in einen Gegensatz zur Stellvertretung bringen zu müssen glaubt. Weil man die Organschaft zum Unterschiede von der Stellvertretung nicht als Verhältnis *zweier* Rechtssubjekte ansah, sondern eine selbständige Rechtssubjektivität oder Persönlichkeit des Organs negierte und das Organ mit der Staatspersönlichkeit *identifizierte*, war man in die Notwendigkeit versetzt, nicht nur das rechtmäßige, sondern auch das rechtswidrige Verhalten des Staatsorgans der Staatsperson zuzurechnen, das Unrecht der Organperson auf den Staat zu übertragen. Denn eine Organperson glaubte man nicht anerkennen zu dürfen und gerade in der Zurechnung eines Unrechtstatbestandes tritt die Rechtspersönlichkeit der Subjekte – mit Ausnahme der des Staates – in die Erscheinung. Der Mangel einer Organpersönlichkeit machte sich bei der Annahme eines spezifischen Organunrechtes, das nicht Staatsunrecht ist, fühlbar. Allein die Annahme einer von der Rechtspersönlichkeit des Staates verschiedenen Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane ist unvermeidlich, da es Organpflichten gibt, die von den Staatspflichten verschieden sind. Der Rechtssatz, der den Willen des Staates zu einem bestimmten Handeln ausspricht, z.B. zu einer bestimmten Strafe, statuiert wohl eine Rechtspflicht des Staates zu strafen und eine Rechtspflicht der Untertanen, die Strafe zu vermeiden, allein noch keineswegs die Rechtspflicht irgendeines bestimmten Staatsorgans, den Strafwillen des Staates zu realisieren. Da das Staatsorgan – sozusagen – auch nur ein Mensch ist, kann es nicht anders als alle anderen Menschen rechtlich verpflichtet werden, nämlich durch einen Rechtssatz, der auf das pflichtwidrige Verhalten eine Unrechtsfolge setzt. Daß ein Staatsorgan und welches Staatsorgan zur Realisierung eines bestimmten Staatswillens rechtlich verpflichtet ist, wird durch den Disziplinarrechtssatz statuiert. Der Diebstahlsrechtssatz, das hypothetische Urteil, das an den Diebstahl den staatlichen Strafwillen knüpft, statuiert die Rechtspflicht des Staates, den Dieb zu strafen, die Rechtspflicht der Untertanen, den Diebstahl zu unterlassen; darüber aber, daß ein Richter und welcher Richter die Strafe zu verhängen hat, bestimmt er nichts. Die Organ- oder Amtspflicht des Richters wird durch den Disziplinarrechtssatz statuiert, der in seinem bedingenden Vordersatze den Organisations- und Kompetenzvorschriften entnommen ist, in seinem Nachsatze die Disziplinarunrechtsfolge ausspricht. Dieser Disziplinarrechtssatz wird verletzt, wenn ein Organ es unterläßt, den

Staatswillen in der gehörigen Weise zu realisieren. Und schon wegen dieser, durch einen besonderen Rechtssatz statuierten, von der Rechtspflicht des Staates verschiedenen Organpflicht, ist eine Rechtspersönlichkeit des Staatsorganes – als Subjekt von Rechtspflichten – notwendig. Und diesem Disziplinarrechtssatze gegenüber ist bei Nichtrealisierung oder nicht gehöriger Realisierung eines konkreten Staatswillens ein Unrecht im wahren Sinne des Wortes, ein *echtes* Unrecht möglich, d.h. ein Tatbestand, auf den die Rechtsordnung mit einer Unrechtsfolge – der Disziplinarstrafe – reagiert. Dieses Unrecht besteht in der Verletzung des Disziplinarrechtssatzes, der Organpflicht und ist daher Unrecht des Staatsorgans und nicht der Staatsperson. Das Problem des Staatsunrechtes ist auf das innigste mit dem in der Literatur so heiß umstrittenen Problem der Organpersönlichkeit verknüpft.

Auf diese letztere Frage brauche ich hier nicht noch weiter einzugehen. Nur in Parenthese möchte ich bemerken, daß der Gegensatz: Organschaft und Stellvertretung, unter dessen Zeichen der Streit um die Organpersönlichkeit steht, sich von selbst löst, wenn man in beiden Verhältnissen das juristische Zurechnungsproblem erkennt.

Der immer wieder behauptete Unterschied zwischen Organschaft und Stellvertretung verschwindet, sobald man aus beiden das juristisch wesentliche und beiden gemeinsame: die Zurechnungsrelation, herauschält³¹.

Die Unterscheidung zwischen der Rechtspersönlichkeit des Staates und der seiner Organe und die dieser Trennung zugrunde liegende scharfe Unterscheidung in dem Verhältnis des Organs einerseits gegenüber dem von ihm zu realisierenden Rechtssatze und dem darin ausgesprochenen Staatswillen, respektive der bezüglichen Staatspflicht – andererseits gegenüber dem zu dieser spezifischen Organtätigkeit verpflichteten Disziplinarrechtssatze – diese prinzipielle Unterscheidung löst den Widerspruch, der darin zu liegen scheint, daß die Staatsperson nicht unrecht oder pflichtwidrig handeln kann, während doch häufig Staatspflichten unerfüllt bleiben, ja auch das Gegenteil von dem geschehen mag, was Wille und Pflicht des Staates ist. Denn die hier vollzogene Konstruktion ermöglicht es, einen solchen Unrechtstatbestand, dessen tatsächliches Vorkommen natürlich nicht geleugnet wird, als Rechtswidrigkeit des Staatsorgans aufzufassen, das in Verletzung seiner Organpflicht unterlassen hat, den Staatswillen zu realisieren, wie er ihm durch den Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in seine Kompetenz gesetzt ist.

III. KAPITEL

§ 7. Begriff des fehlerhaften Staatsaktes und Einteilung der Mängel

Wenn von Staatsunrecht die Rede ist, so wird meist damit nicht bloß ein dem Staate zuzurechnender Tatbestand zivilen oder kriminellen Unrechtes (im Sinne eines

³¹ Zum Problem der Organpersönlichkeit vgl. meine Hauptprobleme, S. 514ff.

mit einer Unrechtsfolge verknüpften Tatbestandes) gemeint; sehr häufig bedient man sich des fraglichen Terminus, um gewisse Fälle von fehlerhaften Staatsakten damit zu bezeichnen. Damit ist die Frage nach dem Verhältnis des Staatsunrechtes zum sogenannten fehlerhaften Staatsakt oder die Frage nach dem Wesen des fehlerhaften Staatsaktes, vom Gesichtspunkt des Staatsunrechtsproblems aus gesehen, aufgeworfen.

Die Voraussetzungen und Wirkungen eines fehlerhaften Staatsaktes sind in jüngster Zeit von mehreren Seiten gründlich untersucht worden³².

Unter einem fehlerhaften Staatsakt hat man einen solchen zu verstehen, der den an ihn seitens der Rechtsordnung gestellten Anforderungen in irgendeinem Punkte nicht entspricht. Ob die Rechtsordnung nur in Form des Gesetzes erscheint oder auch in der von delegierten Verordnungen³³, ob sie nur auf gesetztem oder auch auf Gewohnheitsrecht beruht, ist für den Begriff der Fehlerhaftigkeit gleichgültig. Falls man die Mangelhaftigkeit eines Staatsaktes als »Gesetzwidrigkeit«³⁴ bezeichnet, so kann hier der Begriff des Gesetzes jedenfalls nur im materiellen Sinne von Rechtsatz verstanden sein. Wenn auch Zweckwidrigkeit neben Gesetzwidrigkeit als rechtlich relevante Mangelhaftigkeit bei Staatsakten unterschieden wird³⁵, kann dies nur insofern akzeptiert werden, als die Zwecke, gegen die ein Staatsakt verstößt, in der Rechtsordnung unzweideutig – wenn auch nicht ausdrücklich – fixiert sind. Denn ausschließlich durch die Rechtsordnung ist der Staatsakt determiniert oder mit anderen Worten: die juristische Beurteilung eines Staatsaktes holt ausschließlich aus der Rechtsordnung ihre Erkenntnisgründe. So daß auch die rechtlich relevante Zweckwidrigkeit nur ein Spezialfall der Rechtsordnungswidrigkeit ist³⁶.

Da ein Staatsakt, welcher der Rechtsordnung nicht entspricht, streng genommen, kein Staatsakt ist – kann doch irgendeine menschliche Handlung nur dann dem Staate zugerechnet werden, wenn sie den von der Rechtsordnung für diese Zurechnung aufgestellten Bedingungen entspricht – scheint der Ausdruck »fehlerhafter Staatsakt« ein Widerspruch in sich selbst zu sein, so wie etwa der Begriff des »noch nicht sanktionierten Gesetzes« u.ä. Ein fehlerhafter Staatsakt ist etwas, was ein Staatsakt zu sein behauptet oder dafür gehalten wird und dennoch kein Staatsakt ist. Immerhin gibt es Mängel, die dem Staatsakt nicht von vornherein seinen Charakter nehmen. Es gibt Mängel, die keineswegs die Nichtigkeit des Staatsaktes involvieren, und bei diesen ist die Bezeichnung von »fehlerhaften« Staatsakten gerechtfertigt. Die möglichen Mängel eines Staatsaktes sind sonach verschiedener Natur.

32 *Walter Jellinek*, *Der fehlerhafte Staatsakt*, Tübingen, J. C. B. Mohr 1908, und *Kormann*, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910.

33 Daß auch im letzteren Falle die Form des Rechtssatzes das Gesetz ist, darüber vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 537ff.

34 *Kormann* a.a.O. S. 204.

35 *Kormann* behauptet a.a.O. S. 204, die Fehlerlosigkeit umfaßt sowohl die Gesetz- wie auch die Zweckmäßigkeit.

36 Treffend konstatiert *Walter Jellinek*, daß die Erfordernisse des fehlerfreien Staatsaktes *alle auf Befehlen der Rechtsordnung* beruhen. a.a.O. S. 44.

Man kann die möglichen Mängel eines Staatsaktes nach mehreren Gesichtspunkten einteilen. Zunächst in bezug auf ihren Inhalt. Wenn man berücksichtigt, daß die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes in der Differenz besteht zwischen der Handlung, die mit dem Anspruche auftritt, ein Staatsakt zu sein, und dem Rechtssatze, der wie jeder Rechtssatz, als hypothetisches Urteil die Voraussetzungen und den Inhalt des Staatsaktes bestimmt, dann gliedern sich alle möglichen Mängel von vornherein in zwei natürliche Gruppen. Sie können sich entweder auf die vom Rechtssatze geforderten Voraussetzungen oder auf den von der Rechtsordnung statuierten Inhalt des Staatsaktes beziehen. Zur ersten Gruppe gehören etwa die folgenden Fälle: Ein Unschuldiger wird wegen Diebstahls zu Kerkerstrafe verurteilt; ein Nichtverurteilter wird gehenkt; jemand wird ohne gerichtlichen Befehl verhaftet; einem Vorbestraften wird eine Schankkonzession, einem, der nicht die erforderlichen Prüfungen hat, eine Apothekerkonzession erteilt. Da die Qualifikation des Organs, die Vorschriften über das Verfahren etc. ebenfalls zu den Voraussetzungen des Staatsaktes gerechnet werden können – nicht müssen, die Grenze ist willkürlich! – so gehören auch die folgenden Fälle hieher: Eine sachlich oder örtlich inkompetente Behörde setzt einen Staatsakt; die von der Rechtsordnung vorgeschriebene Form, in welcher der Staatsakt zu erlassen ist, wird nicht beobachtet u.ä. Zur zweiten Gruppe der Mängel gehören jene, die sich auf den Inhalt des Staatsaktes selbst beziehen. Die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen sind zwar gegeben, aber das Organ setzt eine andere als vom Rechtssatz statuierte Handlung: z.B. der Richter verhängt über einen Dieb eine Prügelstrafe; eine Eisenbahnkonzession wird für einen über die gesetzliche Grenze hinausgehenden Zeitraum verliehen u.ä.

Verschieden von dieser Einteilung ist jene in formale und materielle Mängel. Als materielle Mängel müssen alle den Inhalt des Staatsaktes betreffende Mängel angesehen werden. Von den die Voraussetzungen betreffenden Mängeln gehören zu den formalen jene, welche sich auf die Qualifikation des Organs (persönliche Eigenschaften, die Staatsbürgerschaft, bestimmtes Alter, Geschlecht etc.), dann Zusammensetzung der Behörde, örtliche, sachliche, zeitliche Kompetenz und die Art des Verfahrens (darunter auch die »Form« des Staatsaktes im engsten Sinne) beziehen. Alle übrigen Voraussetzungen des Staatsaktes, z.B. der Unrechtstatbestand bei Verhängung einer Unrechtsfolge (Strafe und Exekution), der Antrag der Partei bei solchen, die nur über Antrag der Partei erlassen werden sollen, die Qualifikation der Partei, welcher der Staatsakt sachlich gilt, z.B. der Befähigungsnachweis bei Erteilung des Gewerbescheines für handwerksmäßige Gewerbe usw. sind als materielle aufzufassen. Im übrigen sei hervorgehoben, daß der Gegensatz von formalen und materiellen Mängeln wie der Gegensatz von Form und Inhalt überhaupt kein absoluter, sondern ein relativer ist und daher nie ganz eindeutig bestimmt werden kann. Die Grenze zwischen formalen und materiellen Qualitäten wird niemals so gezogen werden können, daß nicht über gewisse Grenzfälle Zweifel und Streit entstehen könnte. Dies muß hier deshalb hervorgehoben werden, weil die Einteilung in formale und materielle Mängel des Staatsaktes in der Gesetzgebung sowohl wie in der

Theorie eine gewisse Rolle spielt, indem den materiellen Mängeln eine besondere Stellung eingeräumt wird.

Ebenfalls nach den Erfordernissen des fehlerfreien Staatsaktes systemisiert Walter *Jellinek* die möglichen Mängel eines Staatsaktes. Er unterscheidet vier Gruppen von Vorschriften: 1. Personenrechtliche, 2. das »Recht der Objekte« betreffende, 3. die sich auf die Form beziehenden Normen und 4. die Erfordernisse der »sachlichen Richtigkeit«. Sehr klar ist dieses System nicht, denn die Grenzen der vier von Walter *Jellinek* aufgestellten Kategorien lassen sich nicht deutlich erkennen. Besonders problematisch scheint mir die zweite und vierte Gruppe zu sein. Welche Vorschriften faßt Walter *Jellinek* unter dem »Recht der Objekte« zusammen? Er bedient sich bei dieser Terminologie einer Analogie zum Privatrecht, in welchem gleichfalls personenrechtliche und sachenrechtliche Normen unterschieden werden. Allein ein Vergleich der »Sache« mit dem »Objekt« staatlicher Tätigkeit scheint doch etwas gewagt. Walter *Jellinek* meint: »Die staatlichen Organe dürfen ihre Tätigkeit nicht auf Dinge richten, die niemals Objekt der staatlichen Gewalt sein können³⁷.« Als Beispiel führt er an die Verurteilung eines 11jährigen Kindes zu einer öffentlichen Strafe oder die durch den Standesbeamten erfolgte Eheschließung zwischen zwei Frauen. Walter *Jellinek* vergleicht in solchen Fällen die »Objekte« der Staatstätigkeit mit »res extra commercium im publizistischen Sinne«. Nach unserer Terminologie läge in beiden Fällen ein die Voraussetzungen des Staatsaktes betreffender Mangel vor und es ist im Grunde genommen nicht einzusehen, weshalb dieser Mangel in den Voraussetzungen wesentlich verschieden sein soll von der Verurteilung eines Unschuldigen wegen Diebstahls, wo es ja auch nur ein Mangel des von der Rechtsordnung vorausgesetzten Tatbestandes ist, der den Staatsakt defekt erscheinen läßt. Der letztere Fall wird aber von *Jellinek* einer ganz anderen Gruppe zugeordnet. Auch zu den Vorschriften über das »Objekt« der staatlichen Tätigkeit zählt Walter *Jellinek* die Forderung der sachlichen Kompetenz. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, weshalb das an das Organ gerichtete Gebot, innerhalb seiner sachlichen und örtlichen Kompetenz zu bleiben, sachenrechtlichen, die Vorschrift aber, in keiner anderen als der ihm zukommenden Eigenschaft zu wirken, personenrechtlichen Charakter haben soll. Wenn ein Landgerichtsrat ein amtsgerichtliches Urteil fällt oder wenn er einen örtlich zu einem anderen Landgerichtssprengel gehörigen Fall entscheidet, so ist das doch in bezug auf die Kompetenzfrage nicht wesensverschieden! Dennoch gehört der erste Fall nach *Jellinek* in die Gruppe der personenrechtlichen, die zweite in die der sachenrechtlichen Mängel³⁸.

Walter *Jellinek* versteht unter dem Begriff »Objekt« der staatlichen Tätigkeit auch den »Inhalt«³⁹. Wenn damit etwas anderes gemeint wird als jener Bestandteil, der nicht zu den Voraussetzungen des Staatsaktes gehört – und Walter *Jellinek* zieht

37 a.a.O. S. 27ff.

38 a.a.O. S. 27ff.

39 a.a.O. S. 35.

die Grenzen für den Inhalt des Staatsaktes viel weiter, wie aus den obigen Beispielen hervorgeht – verliert die Bezeichnung »Objekt des Staatsaktes« jede prägnante Bedeutung. Zumal wenn Walter *Jellinek* von einem »unmöglichen« Inhalt spricht. Denn »unmöglich« im spezifisch rechtslogischen Sinne eines »Nichtkönnens« im Gegensatz zu bloßem Verbotensein im Sinne eines Nichtdürfens ist jeder fehlerhafte Staatsakt, der nichtig ist. Rechtlich unmöglich ist der Inhalt eines Rechtsgeschäftes dann, wenn dieses keine Rechtswirkungen hervorbringen kann, weil es den in der Rechtsordnung geforderten Bedingungen nicht entspricht. Rechtlich unmöglich ist ein Prostitutionsvertrag, aber auch ein Grundstücksverkauf durch ein fünfjähriges Kind, ebenso wie eine Ehe zwischen Christen und Nichtchristen nach österr. BGB. Ganz abgesehen davon, daß der Gegensatz von Nichtkönnen (rechtliche Unmöglichkeit) und Nichtdürfen (rechtliches Verbot) bei Staatsakten nicht besteht, weil, wie an anderer Stelle ausgeführt, ein staatliches Unrecht im Sinne eines Nichtdürfens denkwürdig ist, ist es schlechterdings undurchführbar, innerhalb der nichtigen Staatsakte die »unmöglichen« oder die mit unmöglichem Inhalt besonders zu unterscheiden, da jede Fehlerhaftigkeit, wenn sie Nichtigkeit bewirkt, den Staatsakt zu einem rechtlich unmöglichen macht. Das ist insbesondere gegen *Kormann* geltend zu machen, der neben einer »Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit« noch eine Nichtigkeit wegen Formmängel, Willensmängel und schließlich auch eine »Nichtigkeit wegen Inhaltsmängel« unterscheidet⁴⁰. Ein Staatsakt, der mangels des vorgeschriebenen Alters des Organs nichtig ist, ist rechtlich ebenso »unmöglich«, wie die nichtige Verurteilung eines Kindes zu einer öffentlichen Strafe oder die Verhängung einer im Gesetz nicht vorhergesehenen Prügelstrafe. Beim ersten Falle liegt nach *Kormann* Nichtigkeit wegen Willensmangel und nur beim zweiten und dritten Nichtigkeit wegen »Unmöglichkeit« vor⁴¹.

Völlig unklar sind auch die Grenzen der vierten Kategorie von Normen, die Walter *Jellinek* für die möglichen Mängel eines Staatsaktes aufstellt. Er sagt: »Tauglichkeit des Subjektes, Tauglichkeit des Objektes, Tauglichkeit der Form, das macht noch alles nicht eine fehlerlose staatliche Machtäußerung aus; die Tätigkeit der Behörde muß ihrem *Inhalte* nach gerechtfertigt sein⁴².« Diese Normen, betreffend den »Inhalt« des staatlichen Aktes, bezeichnet er auch als die Forderung der »*sachlichen Richtigkeit*«⁴³. Nun wird man vergeblich eine irgendwie präzise Antwort darauf suchen, was eigentlich neben Subjekt, Objekt und Form eines Staatsaktes als dessen »Inhalt« oder »Sache«, als dessen Gegenstand anzusehen ist, zumal ja Walter *Jellinek* selbst sich dieser Termini bereits bei der zweiten von ihm aufgestellten Kategorie bedient hat. Schon dort sprach er von dem unmöglichen »Inhalt« eines Staatsaktes, dem »Objekt« desselben, oder der »Sache«, sprach er doch von sachenrechtlichen Normen im Gegensatz zu personenrechtlichen, so daß seine Terminolo-

40 a.a.O. S. 232ff.

41 a.a.O. S. 234ff.

42 a.a.O. S. 39.

43 a.a.O. S. 39.

gie zumindest als inkonsequent und unklar abgelehnt werden muß. Es ist auch ganz und gar unmöglich festzustellen, was er als »Inhalt« des Staatsaktes im Sinne seiner vierten Kategorie versteht. Wenn er die bei dieser Gruppe möglichen Mängel nach Fehlern in Denken (Irrtum) und Fehlern im Wollen unterscheidet, so begreift man nicht, warum gerade hier nur Irrtum und Willensmängel möglich sein sollen. Weshalb sollte sich ein Organ nicht über seine Kompetenz *irren*, nicht die Form verletzen *wollen*, obgleich es die richtige Form weiß. Die Ausführungen *Jellineks* zwingen einen aber wenigstens indirekt zur Annahme, daß der falsch gewollte und der falsch gedachte Staatsakt den Begriff des *sachlich* unrichtigen Staatsaktes erschöpfen sollen⁴⁴! Aus den Beispielen, die Walter *Jellinek* für die Forderung der sachlichen Richtigkeit von Staatsakten vorbringt, scheint mir soviel hervorzugehen, daß er damit etwa dasjenige im Auge hat, was hier als materielle Erfordernisse im Gegensatz zu den formalen charakterisiert wurde. So führt er als sachlich unrichtig eine unschuldige Verurteilung wegen Diebstahls an⁴⁵. Aber dann ist nicht zu begreifen, warum nicht auch die Verurteilung eines Kindes, warum nicht auch die Verhängung einer Prügelstrafe sachlich unrichtig ist. Walter *Jellinek* zählt die unschuldige Verurteilung zu den irrigen Staatsakten. Das Organ, das einen Diebstahlstatbestand als gegeben annahm, hat sich geirrt. Aber irrt nicht auch der Richter, der eine Geldstrafe verhängen zu sollen glaubt, wo das Gesetz eine Freiheitsstrafe vorsieht? Ob der Denk-(richtiger Wissens-)fehler sich auf den objektiven Tatbestand oder auf den Gesetzesinhalt, ob er ein Tatsachen- oder Rechtsirrtum ist, bleibt doch für diese Frage gleichgültig! Unter den Fällen der wegen fehlerhaften Willens sachlich unrichtigen Staatsakten führt Walter *Jellinek* neben der verbrecherischen Tat (z.B. Pfändung oder Verhaftung wider das bessere Wissen des Organs) den verbrecherischen Befehl an. Und hier trifft er eine Unterscheidung, bei der seine inkonsequente Terminologie so recht zum Ausdruck kommt. Er sagt: »Ein Befehl kann schon seinem Inhalte nach auf ein unerlaubtes Ziel gerichtet sein.« Hier kann man sich etwa einen Dienstbefehl denken, der einen Diebstahl zum Inhalt oder Gegenstand hat, und sollte meinen, ein Schulbeispiel für die vierte Fehlerkategorie *Jellineks* gefunden zu haben, einen Staatsakt, der – wie *Jellinek* diese Kategorie wörtlich charakterisiert – »seinem Inhalte nach⁴⁶« nicht gerechtfertigt ist. Allein weit gefehlt! Diesen Befehl erklärt *Jellinek* »nach allgemeinen Grundsätzen wegen Untauglichkeit des Objektes« für nichtig, reiht ihn also in die zweite Fehlergruppe ein! Wegen sachlicher Unrichtigkeit ist nach *Jellinek* ein Befehl erst dann als fehlerhaft anzusehen, wenn er in einer harmlosen Form erlassen wird, dennoch aber einen verbrecherischen Zweck verfolgt: »Der Polizeisergeant weist seinen Untergebenen an, einen Mann festzunehmen, obwohl kein Grund zu einer Verhaftung vorliegt⁴⁷.« Diese Proben dürften zur Genüge beweisen, daß das *Jel-*

44 a.a.O. S. 111.

45 a.a.O. S. 105.

46 a.a.O. S. 39.

47 a.a.O. S. 113.

Jellinek'sche System des fehlerhaften Staatsaktes einer näheren Prüfung nicht standhalten kann.

§ 8. Der nichtige und der anfechtbare Staatsakt

Viel wichtiger als die Einteilung der Mängel nach ihrem Inhalte ist jene nach ihren Wirkungen. Von diesem Standpunkte aus muß man zunächst jene Mängel zusammenfassen, welche die Nichtigkeit des mit ihnen behafteten Staatsaktes bewirken. Ein derart nichtiger Staatsakt ist rechtslogisch Nicht-Staatsakt. Einer solchen Handlung, die mit dem Anspruch auftritt, als Staatsakt zu gelten, kann jedermann die Zurechnung zum Staate verweigern; sie kann die von der Rechtsordnung an Staatsakte geknüpften Rechtswirkungen überhaupt nicht hervorbringen und zur Feststellung dieser Nichtigkeit bedarf es keines besonderen staatlichen Verfahrens: Die Frage, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, ist eine Frage der Rechtslogik, sie wird vom Verstande jedes urteilenden Individuums, nicht aber autoritär vom Staate entschieden.

Im Gegensatz zu diesen Mängeln stehen jene, die keineswegs Nichtigkeit des mit ihnen behafteten Staatsaktes bewirken. Welch andere Wirkung immer sie nun hervorrufen, sie unterscheiden sich, abgesehen von dem negativen Momente (bezüglich der Wirkung), von den Mängeln der ersten Gruppe dadurch, daß es zu ihrer Feststellung eines staatlichen Aktes bedarf. Solange der Staat den vermeintlichen oder behaupteten Mangel nicht autoritativ festgestellt hat, muß der von irgend jemandem für fehlerhaft gehaltene Akt als Staatsakt angesehen und respektiert werden. Solange nicht staatlicherseits der behauptete Fehler festgestellt ist, hat der Staatsakt wie ein fehlerloser alle von der Rechtsordnung vorgesehenen Wirkungen. Die Frage, ob ein solcher Fehler dem Akte anhafte oder nicht, ist keineswegs bloß eine rechtslogische; sie wird nicht von der Autorität der individuellen Vernunft, sondern von der des Staates entschieden. Zwar ist es keineswegs ausgeschlossen, daß auch der Bestand von Nichtigkeitsmängeln von staatlicher Instanz untersucht und festgestellt wird. Allein ein solches Verfahren ist nur möglich, nicht notwendig. Der Staatsakt wäre auch ohne dieses nichtig, der Untertan braucht ein solches Verfahren nicht abzuwarten; er kann es riskieren, eine Handlung, die sich als Staatsakt ausgibt und seiner Ansicht nach mit einem Nichtigkeitsmangel behaftet ist, zu ignorieren. Ob es zweckdienlich ist, bleibt eine andere Frage. Liegt aber ein anderer als ein Nichtigkeitsmangel vor, dann muß erst ein staatlicher Akt ihn feststellen. Und diese Feststellung ist stets konstitutiv, nicht aber wie die mögliche, nicht notwendige staatliche Feststellung der Nichtigkeit bloß deklarativ. Alle Mängel, die keine Nichtigkeit bewirken, müssen daher – sofern sie erst autoritativ festgestellt sein müssen, um berücksichtigt zu werden – dem Staate gegenüber geltend gemacht werden. Will man die Geltendmachung eines Mangels als »Anfechtung des Staatsaktes« bezeichnen, dann kann man als Wirkung jener Mängel, die keine Nichtigkeit des Staatsaktes herbeiführen, die Anfechtbarkeit gelten lassen; dabei muß man sich aber bewußt blei-

ben, daß die Anfechtbarkeit eigentlich ein sekundäres Moment ist, daß primär als das Charakteristikum dieser Fehlergruppe die Tatsache anzusehen ist, daß die Mängel – im Gegensatz zu den Nichtigkeitsmängeln – erst vom Staate festgestellt werden müssen, um als solche zu gelten. Der Unterschied zwischen beiden Fehlerkategorien liegt in der Mittelbarkeit der zweiten gegenüber der Unmittelbarkeit, mit der die Fehler der ersten Gruppe sich geltend machen.

Jene Fehler, welche nur Anfechtbarkeit des Staatsaktes involvieren, können sehr verschiedene Wirkungen haben. Folgende Fälle sind möglich: Die Geltendmachung des Fehlers kann bewirken, daß der fehlerhafte Staatsakt gänzlich aufgehoben wird, d.h. es werden alle Rechtswirkungen, die er bis zum Augenblick der Aufhebung herbeigeführt hat, beseitigt; nach der Aufhebung des Staatsaktes ist es so, als ob der fehlerhafte Akt niemals gesetzt worden wäre. Die Aufhebung wirkt *ex tunc*, hat rückwirkende Kraft. In solchem Falle spricht man am besten von einer Vernichtung des Staatsaktes. Die Anfechtung kann aber auch eine weniger radikale Wirkung haben. Es können die Rechtswirkungen, welche der fehlerhafte Staatsakt bis zum Augenblicke der Anfechtung oder Aufhebung ausgelöst hat, stehen gelassen und nur weitere Rechtswirkungen für die Zukunft ausgeschlossen werden. Die Aufhebung wirkt *ex nunc*. Hier wird es sich empfehlen, von einer Aufhebung im eigentlichen Sinne zu sprechen.

Bei der Vernichtung wie bei der Aufhebung eines Staatsaktes kann die Anfechtung entweder von der betroffenen Partei oder vom Staate selbst ausgehen und letzterenfalls ist wieder zu unterscheiden, ob das Organ, welches den fehlerhaften Akt gesetzt hat, oder ein anderes Staatsorgan den fehlerhaften Akt anfecht. Es empfiehlt sich, im Falle einer Anfechtung durch das fehlende Organ selbst von einer Rücknahme des Staatsaktes zu sprechen. Die Zurücknahme eines Staatsaktes kann somit die Vernichtung oder die bloße Aufhebung eines Staatsaktes bedeuten.

Von älteren Autoren, die sich mit dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes und seine Wirkungen befassen, haben *Bernatzik* sowohl wie *Tezner* zwischen den beiden soeben entwickelten Kategorien der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit prinzipiell unterschieden. Nur daß bei beiden die Terminologie den durchaus richtig erkannten sachlichen Gegensatz etwas anders zum Ausdruck bringt, wenn beide den von Anfang an vollkommen wirkungslosen, also nur Schein-Staatsakt für »absolut nichtig« erklären, dieser absoluten Nichtigkeit aber dann, wenn es für die Wirksamkeit des Mangels einer Geltendmachung desselben und eines besonderen Staatsaktes bedarf, von »relativer Nichtigkeit⁴⁸« sprechen. Diese Terminologie hat, wie *Bernatzik* hervor-

48 *Bernatzik*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1891, S. 269: »Unter »Nichtigkeit« verstehe ich jede Diskrepanz zwischen dem wirklich vor sich gegangenen und dem von der Rechtsordnung geforderten Verhalten einer Behörde, infolge deren die von der Behörde beabsichtigte Rechtswirkung entweder überhaupt nicht (absolute N.) oder nur unter gewissen Voraussetzungen nicht (relative N.) eintritt.« Und noch schärfer und ausführlicher *Tezner*, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien 1896, S. 239: »Wo nur der Schein eines Verwaltungsaktes vorliegt, der bei näherer Betrachtung in nichts zerrinnt, wo irgendeiner als Verwaltungsakt sich bezeichnenden Handlung durch das objektive

hebt⁴⁹, gegen sich, daß »man nicht etwas »nichtig« nennen sollte, was denn doch da war und gewisse Wirkungen ausübte«.

Allein wenn man bedenkt, daß die Anfechtung, das ist die Geltendmachung des Fehlers, wenn ein Fehler tatsächlich anerkannt wird, schließlich zur Vernichtung oder Aufhebung des Aktes führt, so ist die Anfechtbarkeit als bedingte Nichtigkeit zu erkennen. Der fehlerhafte Akt hört unter einer bestimmten Bedingung auf, Staatsakt zu sein. Und sofern »relativ« das Moment der in der Geltendmachung bestehenden Bedingtheit ausdrückt, ist die Anfechtbarkeit tatsächlich eine »relative Nichtigkeit«. Ja, »anfechtbar« ist wörtlich genommen jeder, auch der fehlerlose Staatsakt, sofern er eben – auch ganz mutwillig – angefochten, d.h. ein Fehler behauptet werden kann. Die Wirkung des Fehlers ist streng genommen nicht die Anfechtbarkeit, sondern die über Anfechtung erfolgte Vernichtung mit Wirkung ex nunc oder ex tunc. Darum hätte die Terminologie *Tezners* am meisten für sich, die gegenüber der absoluten Nichtigkeit die »Vernichtbarkeit« unterscheidet, unter welcher die Fälle der sogenannten relativen Nichtigkeit zusammengefaßt sind; wenn nicht damit die feinere Unterscheidung einer Vernichtbarkeit ex nunc oder ex tunc, Vernichtbarkeit und Anfechtbarkeit, verwischt würde. Eine allen Anforderungen entsprechende Terminologie dürfte jedoch kaum zu finden sein.

Auch die anderen von mir angedeuteten Unterscheidungen: ob die Geltendmachung des Mangels von der Partei oder der Behörde und hier wieder von der den fehlerhaften Akt setzenden selbst oder einer anderen, z.B. der ihr vorgesetzten Behörde ausgeht, sind in der älteren Literatur, so z.B. bei *Tezner*, deutlich festzustellen. Gerade *Tezner* hat ein durchaus geschlossenes System ausgearbeitet. Nur sein Begriff der absoluten Nichtigkeit kann insofern nicht akzeptiert werden, als *Tezner* auch dem absolut nichtigen Staatsakt – eigentlich im Widerspruch zur begrifflichen Annahme dennoch insofern eine rechtliche Wirkung zuspricht, als die Parteien auch »einen solchen nichtigen, scheinbar obrigkeitlichen Akt zu respektieren⁵⁰« haben. Wenn irgendeine Rechtsordnung – und *Tezner* ist speziell der österreichischen gegenüber dieser Meinung – allem, was auch nur den Schein eines Staatsaktes hat, die Rechtswirkung einer Gehorsamspflicht der Untertanen verleiht, dann ist für eine solche Rechtsordnung der Begriff der absoluten Nichtigkeit von Staatsakten überhaupt ausgeschlossen und auf Grund solcher Rechtsordnung nur relative Nichtigkeit, das ist

Recht, ohne daß es hierzu noch einer Parteienhandlung oder einer behördlichen Handlung bedurfte, dort kann von einer Kassation nicht gesprochen werden. Denn nur das Vernichtbare kann der Vernichtung unterworfen werden, nicht das Nichts oder das Nichtigte. Nichtige Akte können durch die Behörde in autoritativer Weise nur für nichtig erklärt werden. Ist die Nichtigkeitsklärung ein deklarativer Akt, ist die Kassation ein konstitutiver. Man sollte deshalb von Nichtigkeitsgründen sprechen, wo man ausdrücken will, daß gewisse Tatsachen Hinderungsgründe sind für das Entstehen eines Verwaltungsaktes überhaupt – von Gründen der Vernichtbarkeit, wo von Mängeln bei der Vornahme eines Verwaltungsaktes die Rede ist, aus deren Dasein für die handelnde Behörde oder ihre Oberbehörde die Befugnis oder Pflicht erwächst, den mangelhaften Akt zu vernichten.«

49 a.a.O. S. 269, Anm. 1.

50 a.a.O. S. 247.

bedingte Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Staatsakten gegeben. Ob ein solcher Zustand, bei welchem jeder Hauptmann von Köpenick rechtlichen Anspruch auf Gehorsam hat, überhaupt praktisch möglich wäre, bleibe dahingestellt. Jedenfalls muß festgestellt werden, daß es keiner ausdrücklichen Bestimmung in einer Rechtsordnung bedarf, welche die Parteien von der Pflicht, einen absolut nichtigen Staatsakt zu respektieren, befreit. Der Mangel solcher ausdrücklichen Bestimmungen im österreichischen Recht hat allerdings *Tezner* dazu veranlaßt, die Pflicht der Untertanen anzunehmen »einen solchen nichtigen, scheinbar obrigkeitlichen Akt zu respektieren«.

Werden bei der Setzung eines Staatsaktes Normen verletzt, ohne daß die Gültigkeit desselben dadurch irgendwie berührt würde, indem solche Rechtswidrigkeit weder die Nichtigkeit des Aktes bewirkt noch dessen Anfechtung zuläßt, dann ist ein Doppelpes möglich: Entweder hat die Normverletzung eine Disziplinarunrechtsfolge des den Staatsakt setzenden Beamten zur Folge. In diesem Falle kann die verletzte Vorschrift nicht zu jenen gerechnet werden, die den Staatsakt normieren, und es wäre falsch, ihren Inhalt sowie etwa den der Kompetenzbestimmungen in den Rechtssatz aufzunehmen, der die Voraussetzungen und den Inhalt des Staatsaktes festsetzt und der rechtslogisch alle Erkenntnisgründe zur Beurteilung der Frage enthält, ob ein Staatsakt vorliegt. Akzeptiert man meine Rechtssatztheorie, dann kann es nicht die geringsten Schwierigkeiten bereiten, zwischen dem Willen und die Rechtspflicht des Staates statuierenden und dem das Organ zur Ausführung dieses Willens verpflichtenden Disziplinarrechtssatz zu unterscheiden. Es ist durchaus möglich, daß das Organ disziplinariter zu mehr verpflichtet wird, als der den Staat verpflichtende Rechtssatz als Voraussetzungen des Staatsaktes fixiert. Wenn z.B. die Verletzung der Vorschrift, bei der Organtätigkeit Uniform zu tragen, weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit des Staatsaktes, der von einem nicht uniformierten Beamten gesetzt wird, bedeutet, aber dem Beamten eine Disziplinarstrafe zuzieht, dann kann die Uniformvorschrift nicht zu den Normen des fehlerlosen Staatsaktes gezählt werden. Der fragliche Staatsakt ist gar nicht als fehlerhaft anzusehen.

Wenn aber die bei einem Staatsakte angeblich unterlaufene Rechtswidrigkeit weder die Gültigkeit des Aktes berührt, noch eine Unrechtsfolge des handelnden Staatsorgans bewirkt, dann kann der mit dem Staatsakt angeblich »verletzte« Teil der Rechtsordnung – sei er nun formal Gesetzes- oder Verordnungsinhalt – überhaupt nicht als rechtlich relevanter Gesetzesinhalt im materiellen Sinne angesehen werden und von einer Rechtsverletzung oder einem »Fehler« daher überhaupt nicht die Rede sein. Die fragliche Norm ist kein Bestandteil der Rechtsordnung, ebenso wie etwa die gesetzlich artikulierten Glückwünsche der Nation anlässlich des Geburtstages des Monarchen als rechtlich irrelevanter Gesetzesinhalt nicht Bestandteil der Rechtsordnung sind: Ob freilich und wann irgendeine positive Bestimmung in einem Gesetze oder einer Verordnung solchermaßen als wirkungslos angesehen werden kann, ist eine andere Frage. Jedenfalls muß sich die Gesetzesinterpretation mit ganz besonders triftigen Gründen versehen, wenn sie irgendeine positive Vorschrift, die ihrem

Inha.
Rech
te de
recht
teile
gen
nur
strui
gem
in d
Ges
jede
wort
ist s
mitu
den,
lich
Mot
übri
ben,
allei
unb
unz
läng
keit
es d
daß
nori
bef
des
steh

in n
den
dun
gen
inn
die
bler
inte

Inhalte nach einer Sanktion fähig ist, nicht zum Bestandteil eines vollkommenen Rechtssatzes machen will. Die Gesetzestechnik ist ja eine derartige, daß im Wortlaute der Gesetze die (formalrechtliche) Sanktion keineswegs immer an ihre (materialrechtlichen) Voraussetzungen direkt angeschlossen ist. Ja häufig sind beide Bestandteile des Rechtssatzes in zwei oder mehr voneinander gesetzestechnisch selbständigen Gesetzen oder Verordnungen enthalten. So enthält das BGB. fast ausschließlich nur die Vordersätze der hypothetischen Urteile, die man als Zivilrechtssätze zu konstruieren hat, während die Exekutionsordnung den gemeinsamen Nachsatz – wie den gemeinschaftlichen und also herausgehobenen Faktor eines mehrstelligen Ausdrucks in der Algebra – ausspricht. Es muß als Interpretationsgrundsatz gelten, daß der Gesetzgeber in der Regel Rechtlich-Relevantes zum Inhalt der Gesetze macht, daß jeder Vorschrift womöglich eine Sanktion zugeordnet, allgemeiner ausgedrückt: daß womöglich der ganze Gesetzesinhalt in vollkommene Rechtssätze aufgelöst wird. Es ist selbstverständlich, daß diese Operation nicht immer restlos gelingen wird; daß mitunter Vorschriften in der idealen Rechtssatzschablone keinen Platz finden werden, und somit den Charakter von unverbindlichem Gesetzesinhalt erhalten: rechtlich irrelevante Ratschläge, fromme Wünsche des »Gesetzgebers« die wie seine Motive für die juristische Konstruktion belanglos bleiben. Allein, einen solchen Rest übrig zu lassen, darf sich der interpretierende Jurist nur im äußersten Notfalle erlauben, weil ein Inhalt, der in gesetzgeberischer Form auftritt, schon durch diese Form allein den Anspruch erhebt, als verbindlich zu gelten und dieser Anspruch darf nur unbefriedigt bleiben, wenn das Gesetz selbst bezüglich eines seiner Bestandteile in unzweideutiger Weise diesen Anspruch aufgibt oder offenkundig sich eines unzulänglichen Mittels bedient hat, um auch diesem Bestandteil die formale Verbindlichkeit zu geben. Wenn es vom gesetzestechnischen Standpunkte aus zu tadeln ist, wenn es den Regeln einer Nomopoetik – einer Gesetzeserzeugungslehre – widerspricht, daß der Gesetzgeber anders als rechtsverbindlich sich äußert, vom Piedestal einer normierenden Autorität herabsteigt, um zu raten oder zu wünschen, wo er doch befehlen kann, so ist es vom Standpunkte der Interpretation aus verfehlt, die Worte des Gesetzgebers ohne dringende Notwendigkeit anders als rechtsverbindlich zu verstehen.

In diesem Zusammenhang gehört auch die Frage, ob die Rechtsnormen, wie das in neuerer Zeit häufig geschieht, in Soll- und Mußvorschriften, also nach verschiedenen Graden der Verbindlichkeit eingeteilt werden können. Eine solche Unterscheidung – sie ist für die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und »bloßer« Anfechtbarkeit gemacht worden – findet sich z.B. bei Walter *Jellinek*, wenn er fragt: »Muß das Organ innerhalb seines Amtssprengels oder gar in seinem Amtsgebäude verweilen, wenn es die öffentliche Gewalt ausübt, oder ist das nur eine Soll-Vorschrift⁵¹?« Zu dieser Problemstellung – und nicht zum materiellen Problem selbst, das uns hier noch nicht interessiert – ist folgendes zu bemerken. Zunächst ist jeder Rechtssatz, als vollstän-

51 a.a.O. S. 56.

diges Ganze, eine Soll-Vorschrift, indem er – und das gehört zu seinem Wesen! – ein rechtliches Sollen, d.h. eine Rechtspflicht statuiert. In diesem Sinne ist jede Rechtsnorm eine Soll und keine Mußvorschrift; denn in dem Gegensatz von Sollen und Müßen spiegelt sich der Gegensatz von Norm und Naturgesetz. Nur das letztere drückt ein Müßen, d.h. ein kausal determiniertes Sein aus. Ist aber irgendein Satz eines positiven Gesetzes nicht Bestandteil eines Rechtssatzes, dann ist er rechtlich auch keine Soll-Vorschrift, ist er überhaupt nicht rechtlich verbindlich. Sofern aber die herrschende Lehre den Gegensatz von Soll- und Muß-Vorschrift in der von ihr gemachten Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Organisations- resp. Ordnungsvorschriften sehen will, so habe ich bereits in anderem Zusammenhange nachgewiesen, daß eine solche Differenzierung unmöglich ist, und daß die Organisations- oder Ordnungsvorschriften, als Bestandteile des Disziplinarrechtssatzes, vollwertige Rechtssätze, die Amtspflichten vollwertige Rechtspflichten sind⁵².

Immerhin kann von einem bestimmten Standpunkte aus gesehen eine Unterscheidung von Sollen und Müßen auch für die Rechtskenntnis Bedeutung haben. Wenn die Rechtsordnung die Voraussetzungen eines gültigen Testamentes fixiert, dann bilden diese rechtslogisch die Erkenntnisgründe des Urteils, das einen Tatbestand als »Testament« bezeichnet. Und zwischen diesen Voraussetzungen und den Rechtsfolgen, welche die Rechtsordnung an ein Testament knüpft, besteht das Verhältnis von Erkenntnisgrund und Folge: Dieses ist aber eine Muß-Relation. Wenn die Rechtswirkungen eines Testamentes eintreten sollen, dann müssen die Voraussetzungen erfüllt werden. Man ist nicht rechtlich verpflichtet, die Testamentsvorschriften zu beobachten, diese sind nicht Inhalt rechtlichen Sollens – sind sie ja überhaupt nicht selbständige Rechtssätze, sondern nur Bestandteile eines Rechtssatzes – sondern sie sind Inhalt rechtslogischen Müßens. Das gleiche gilt für die Voraussetzungen eines gültigen Staatsaktes. Auch diese müssen gegeben sein, damit ein Tatbestand als Staatsakt angesehen, d.h. dem Staate zugerechnet werden kann. Allein sofern diese »Erfordernisse des gültigen Staatsaktes« Inhalt rechtslogischen Müßens sind, können sie nicht als Inhalt von Rechtsnormen, d.h. eines rechtlichen Sollens angesehen werden. Wohl sind die Erfordernisse des gültigen Staatsaktes auch Inhalt eines Rechtssatzes: des den Staat zu dem betreffenden Staatsakt verpflichtenden Rechtssatzes; aber der Staat, den dieser Rechtssatz verpflichtet, der auf Grund dieses Rechtssatzes »soll«, ist zu den Voraussetzungen des Rechtssatzes, zu dessen »Erfordernissen« nicht verpflichtet. Zu des Strafrechtssatzes Erfordernissen gehört z.B.: Deliktstatbestand (etwa Mord) und Kompetenzeinhaltung seitens des Organs. Der Staat ist ebensowenig wie zum Mord zur Kompetenzwahrung verpflichtet, dieses sind Voraussetzung der Zurechnung der Strafhandlung, zu der allein der Staat verpflichtet ist. Allerdings können gewisse »Erfordernisse« auch Inhalt rechtlichen Sollens sein: Die Einhaltung der Kompetenzgrenzen z.B. ist Rechtspflicht des Organs, d.h. ist auch Bestandteil des Disziplinarrechtssatzes, allerdings nur im nega-

52 Vgl. meine Hauptprobleme S. 521ff.

tiven
die D:
aktes
genor
rechtl
logisc
tiven
pflich
I
einer
anlaß
Müss
rechtl
in de
nen –
sens,
und u
den, c
recht
recht
Wege
rend
Voraus
sehr
Muß
eine
daß,
die V
und l
den r
retisc
recht
Amt:
pflich
nünf
plina
gen :
natü
sind,
Orga
liche
rechtl

tiven Sinne. Es erscheint die Verletzung der Kompetenzgrenze als Voraussetzung für die Disziplinarunrechtsfolge. Und nur sofern eine Voraussetzung des gültigen Staatsaktes im negativen Sinne Inhalt des Disziplinarrechtssatzes ist, darf sie streng genommen als »Erfordernis« im Sinne eines rechtlich Gesollten, als Inhalt eines rechtlichen Sollens angesehen werden. Sie ist dann im positiven Sinne Inhalt rechtslogischen Müssens – als Erkenntnisgrund für das Zurechnungsurteil – und im negativen Sinne, d.h. mit negativem Vorzeichen Inhalt rechtlichen Sollens, einer Rechtspflicht, des durch den Disziplinarrechtssatz statuierten Sollens des Staatsorgans.

Es muß daher als unzulässig bezeichnet werden, Soll- und Mußvorschrift auf einer Linie in Gegensatz zu stellen. Es ist ja denkbar, daß sich die Interpretation veranlaßt sieht, gewisse Voraussetzungen des Staatsaktes – also Inhalte rechtslogischen Müssens – nicht (mit negativen Vorzeichen) zu den Bedingungen des Disziplinarrechtssatzes zu machen; gibt es doch Voraussetzungen des gültigen Staatsaktes, die in den Disziplinarrechtssatz gar nicht auf solche Weise aufgenommen werden können – z.B. der Deliktsbestand! – so daß etwas wohl als Inhalt rechtslogischen Müssens, nicht aber rechtlichen Sollens (der Rechtspflicht des Staatsorgans) erscheint und umgekehrt; es kann ein Tatbestand wohl dem Organ zur Pflicht gemacht werden, ohne deshalb Voraussetzung des gültigen Staatsaktes zu sein, so daß etwas Inhalt rechtlichen Sollens (der Rechts-Disziplinarpflicht des Staatsorgans), nicht aber rechtslogischen Müssens ist. (Der letztere Fall dürfte übrigens auf interpretativem Wege nicht leicht zu deduzieren sein!) Z.B.: der Aufenthalt im Amtsgebäude während des Amtierens kann wohl Rechtspflicht des Organs, muß aber nicht zugleich Voraussetzung des gültigen Staatsaktes sein. Und man kann dann – allerdings nur sehr unpräzise – sagen: dies Verweilen im Amtlokal ist eine »bloße« Soll-, keine Mußvorschrift. Allein man muß sich stets bewußt bleiben, daß es sich dabei nicht um eine Graduierung von Rechtsnormen handelt, was ja deutlich sich auch darin zeigt, daß, falls das Verweilen im Amtsgebäude Inhalt rechtslogischen Müssens wäre, d.h. die Voraussetzung eines gültigen Staatsaktes bildete, darin nicht etwa eine »Muß-« und keine »Soll-«-Vorschrift, sondern eine Muß- und eine Sollvorschrift erblickt werden müßte, wenn die Beobachtung derselben Amtspflicht des Organs wäre. Die theoretisch immerhin mögliche Kombination: Das Verweilen im Amtlokal ist Inhalt rechtslogischen Müssens, ist Voraussetzung des gültigen Staatsaktes, ein nicht im Amtlokal gesetzter Staatsakt ist nichtig, aber das Organ ist disziplinariter nicht verpflichtet, den Akt im Amtlokal vorzunehmen, dürfte aber als rechtspolitisch unvernünftig abzulehnen sein. Vielmehr darf angenommen werden, daß das Organ disziplinariter verpflichtet wird, nur gültige Staatsakte zu setzen, d.h. alle Voraussetzungen zu erfüllen, welche die Rechtsordnung für einen gültigen Staatsakt aufstellt – natürlich mit der Einschränkung: soweit diese Voraussetzungen vom Organ erfüllbar sind, d.h. das Verhalten des Organs zum Inhalt haben, so daß das Verhalten des Organs, das Inhalt des rechtslogischen Müssens ist, zugleich auch Inhalt seines rechtlichen Sollens sein muß. Dann gibt es kein rechtslogisches Müssen, das nicht auch rechtliches Sollen des Staatsorgans wäre.

Noch in einer anderen Richtung könnte an eine Graduierung zwischen Muß- und Sollvorschriften gedacht werden. Wenn man nämlich diejenigen Voraussetzungen des Staatsaktes, deren Mangel Nichtigkeit bewirkt und die also gegeben sein müssen, damit das Zurechnungsurteil gültig sei, in Vergleich stellt mit jenen, deren Mangel »nur« Anfechtbarkeit zur Folge hat, so liegt es nahe, diese letzteren Erfordernisse für weniger strikt, für weniger verbindlich anzusehen als die ersteren. Allein in ihrer Eigenschaft als Voraussetzungen des Staatsaktes kommen alle Erfordernisse nicht als Inhalt rechtlichen Sollens – also als selbständige verbindliche Normen – sondern nur als Erkenntnisgründe, d.h. als Inhalt rechtslogischen Müssens in Betracht; auch diejenigen »Erfordernisse«, deren Mangel »bloße« Anfechtbarkeit begründet. Allerdings handelt es sich bei letzteren zum Unterschiede von den Erfordernissen, deren Mangel Nichtigkeit bedeutet, um Voraussetzungen bedingten, nicht unbedingten Charakters. Welches die Bedingung ist, unter der diese Voraussetzungen gegeben sein müssen, wird später zu untersuchen sein. Jedenfalls sind auch sie Inhalt rechtslogischen Müssens, wenn auch hypothetischen Müssens, oder wie man unpräzise zu sagen pflegt: Inhalt von Mußvorschriften, und als Erkenntnisgründe, d.h. als »Erfordernisse« für den Staatsakt – nicht Inhalt rechtlichen Sollens, keine Sollvorschriften.

Das oben angedeutete System ist rein rechtslogischer Natur und von den konkreten Bestimmungen, sowie von den Terminologien der positiven Gesetze unabhängig. Das soll heißen, daß die Vorschriften jeder positiven Rechtsordnung in das oben skizzierte Schema untergebracht werden können. Dabei müssen freilich nicht alle Kategorien gefüllt werden. Es wäre ja theoretisch denkbar, daß eine positive Rechtsordnung das Institut der Anfechtung nicht kennt, also jeder Mangel Nichtigkeit bedeutet oder umgekehrt, jeder Mangel nur durch staatliche Autorität feststellbar, also angefochten werden müßte, so daß es keine Nichtigkeit gäbe. Auch hängt es von den materiellen Vorschriften ab, ob neben der Vernichtung auch eine Aufhebung der Staatsakte, oder ob nur eine Aufhebung möglich ist, usw. Selbstverständlich können sich die positiven Gesetze auch der verschiedensten Terminologien bedienen, und was hier Anfechtung, Nichtigkeit, Zurücknahme, Vernichtung etc. genannt wurde, mit ganz anderen Namen bezeichnen; ebenso wie der Gesetzgeber unter »subjektivem Recht« etwas ganz anderes verstehen kann als irgendeine Theorie. In dieser Distanz zwischen gesetzgeberischer und theoretischer Terminologie einen schweren Mangel zu erblicken, ist eine Torheit, da ja die allgemeingültigen Rechtsbegriffe und deren Terminologie nicht von der Gesetzgebung, sondern von der Rechtstheorie zu gestalten sind, die sich der Gesetzgeber zunutze machen kann, aber keineswegs muß. Die Theorie dient ja zur geistigen Beherrschung, Vereinfachung, Systemisierung des vom Gesetzgeber geschaffenen Materiales. Die völlige Verschiedenheit der Aufgaben macht eine Verschiedenheit der Terminologie begreiflich.

§ 9. Die neuesten Systemisierungsversuche

Von den Autoren, die in jüngster Zeit die Wirkungen des fehlerhaften Staatsaktes untersucht haben, sind zwei Systeme aufgestellt worden, die sich voneinander nicht unwesentlich unterscheiden. Walter *Jellinek* nimmt drei Kategorien an: 1. den absolut unwirksamen Staatsakt. »Das, was äußerlich einige Ähnlichkeit mit einer gültigen staatlichen Willensäußerung hat, ist überhaupt keine wirksame Betätigung der Staatsgewalt gewesen, es hat gar keine Veränderung der Rechtsverhältnisse herbeigeführt und kann daher von jedermann ignoriert werden, gleichgültig ob ein Staatsorgan oder ein Privatmann mit ihm in Berührung kommt⁵³.« Die absolute Unwirksamkeit *Jellineks* entspricht genau unserer »Nichtigkeit«. *Jellinek* hat den zweifellos viel treffenderen Ausdruck nicht gewählt, weil er einen Konflikt mit dem Sprachgebrauch der §§ 1323 ff. des deutschen BGB vermeiden wollte, wo eine vorläufig wirksame Ehe als »nichtig« bezeichnet wird. Neben der absoluten Unwirksamkeit unterscheidet *Jellinek* noch zwei weitere Typen. Obgleich er das Gemeinsame beider Typen deutlich erkannt und hervorgehoben hat (die fehlerhaften Akte können durch den Staat »kritisiert« und »durch einen besonderen Staatsakt« aus der Welt geschafft werden), so hat er doch darauf verzichtet, sie unter einen gemeinsamen Begriff zusammenzufassen. Er konstruiert zwei Gruppen fehlerhafter, nicht absolut unwirksamer Staatsakte und zwar: den vernichtbaren Staatsakt; »der Akt wird für null und nichtig erklärt; er soll so angesehen werden, als habe er nie existiert. Mag er auch vor der Nichtigkeitserklärung Wirkungen geäußert haben, von jetzt ab darf man ihm auch bei der Beurteilung von Rechtsverhältnissen, die vor der Nichtigkeitserklärung entstanden sind, keine Beachtung schenken.« Diese Kategorie fällt ganz und gar mit jener zusammen, die wir oben mit dem gleichen Terminus der Vernichtbarkeit charakterisiert haben. Maßgebend ist auch hier die Vernichtungswirkung ex tunc. Durch die Rückwirkung unterscheidet sich diese Gruppe von fehlerhaften Staatsakten von der dritten, die *Jellinek* bildet: »bis zu dem Zeitpunkte des Widerrufs soll er (der fehlerhafte Staatsakt) gültig gewesen sein; wenn spätere Rechtsverhältnisse zur Entscheidung gelangen, die vor der Rücknahme entstanden sind, darf man den ursprünglichen Akt nicht wegdenken. Die Rücknahme wirkt mit anderen Worten ex nunc.« In diesen Fällen spricht Walter *Jellinek* von einer Rücknahme von Staatsakten. Er hält Urteile ihrem inneren Wesen nach nur für vernichtbar, Handlungen dagegen in dem engeren Sinne seiner Terminologie für rücknehmbar. Ich glaube, daß Walter *Jellinek* diese Differenzierung auch von seinem eigenen Standpunkte aus nicht aufrecht erhalten kann und stimme der bezüglichen Kritik *Kormanns*⁵⁴ durchaus zu. Ganz abgesehen von dieser Unterscheidung des »vernichtbaren« Urteils von der zurücknehmbaren Handlung, steht die Walter *Jellineksche* Systemisierung auch deshalb hinter der *Kormanns* zurück, weil sich bei *Jellinek* in

53 a.a.O. S. 45.

54 a.a.O. S. 315.

seiner Kategorie der rücknehmbaren Staatsakte zwei voneinander ganz unabhängige Gesichtspunkte kreuzen. Die ex-nunc-Wirkung und das Subjekt, von dem der Mangel geltend gemacht wird. In diesem Punkte ist durchaus *Kormann* zuzustimmen, der alle fehlerhaften Staatsakte, die nicht nichtig sind, unter dem gemeinsamen Begriff der »Anfechtbarkeit« zusammenfaßt und diese Gruppe wieder je nach dem Anfechtungssubjekte (die den fehlerhaften Staatsakt setzende Behörde oder die Partei, resp. eine andere Behörde) in Selbstanfechtung oder Rücknahme und in Fremdanfechtung, resp. Anfechtung durch Rechtsmittel einteilt. Dadurch kann die »Rücknahme«, sowohl als eine ex nunc als auch als eine ex tunc wirkende unterschieden werden und es muß nicht, wie bei *Walter Jellinek*, der Begriff der »Rücknahme« ganz im Widerspruch zum Wortsinn dieser Terminologie auf die ex nunc wirkenden Fälle eingeschränkt werden. Wenn nämlich die Selbstanfechtung mit Recht als »Rücknahme« charakterisiert ist und nicht nur ex nunc, sondern auch ex tunc wirken kann, muß es als unzulässig bezeichnet werden, wenn die *Jellineksche* Terminologie die »Rücknahme« auf die ex-nunc-Wirkung beschränkt und zur »Vernichtung« in Gegensatz stellt. Dagegen fehlt *Kormann* der sehr brauchbare *Jellineksche* Begriff der »Vernichtbarkeit«, deren Wesen die ex-tunc-Wirkung ist. Ich habe versucht, die Vorzüge beider Systeme zu vereinigen und ihre Schwächen zu vermeiden. Dabei bin ich mir wohl bewußt, daß es ein ungleich größeres Verdienst ist, ein System als erster aufzubauen, als an dem bereits errichteten Gebäude Details zu verbessern; und wenn ich auch *Jellineks* wie *Kormanns* sonstige Resultate zum großen Teil nicht akzeptiere, so muß ich doch den großen Wert ihrer vielfach pfadfinderischen Arbeiten rückhaltlos anerkennen.

§ 10. Die Grenzeziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Die für die allgemeine Staats- und Verwaltungsrechtslehre weitaus wichtigste Frage, ja der Kern des Problemkomplexes vom fehlerhaften Staatsakt, ist die Abgrenzung der Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit. Es gilt, das allgemeine Prinzip zu finden, nach dem die möglichen Mängel eines Staatsaktes in die eine oder andere der beiden Kategorien einzureihen sind. Bis in die jüngste Zeit hat die Theorie des öffentlichen Rechtes zur Lösung dieser Frage so gut wie nichts beigetragen. Erst durch die beiden Arbeiten *Jellineks* und *Kormanns* ist das Problem in voller Schärfe aufgeworfen und eingehend untersucht worden. Allein die Lösung ist von beiden Autoren – wie ich glaube – mit unbefriedigendem Erfolge versucht worden. *Jellineks* sowohl wie *Kormanns* Ausführungen, die zum Teile sehr scharfsinnig durchdacht sind, lassen ein allgemeines, methodologisch fundiertes Prinzip vermissen. Im Grunde genommen begnügen sich beide damit, auf mehr empirisch-praktischem Wege eine Abgrenzung zu finden, ohne nach einem allgemeinen Grundsatz zu suchen. Dabei waltet bei beiden die Tendenz, aus der materiellen Natur der Fehler, aus deren inhaltlichen Qualität selbst heraus auf ihre – gleichsam natürliche – Wirkung zu schließen,

als ob die Frage, wann ein Fehler Nichtigkeit, wann Anfechtbarkeit zur Folge habe, ebenso aus der »Natur der Sache« (hier also des Fehlers) hervorginge, wie etwa – nach Ansicht der Naturrechtslehre – die Entscheidung personenrechtlicher Fragen aus der Natur der menschlichen Freiheit udgl. Naturrecht! Das ist eigentlich, in ein einziges Schlagwort zusammengefaßt, der Eindruck, den die überaus geistreichen Argumentationen beider Autoren machen, wenn man sie auf die Prinzipien des Positivismus hin prüft.

a) Aus dem Gewicht der verletzten Norm

So schlägt Walter *Jellinek* folgenden Weg ein. Er entwirft erst ein Bild des idealen, fehlerfreien Staatsaktes, d.h. er zählt die Normen auf, die den Staatsakt bestimmen, alle an den »richtigen« Staatsakt von der Rechtsordnung gestellten (resp. stellbaren) Anforderungen. Dann unterscheidet er die drei verschiedenen Wirkungen der absoluten Unwirksamkeit, der Vernichtbarkeit und der Rücknehmbarkeit begrifflich von einander, um dann die einzelnen möglichen Fehler in diese drei Kategorien unterzubringen. Dabei stellt er nicht ein allgemeines Einteilungsprinzip auf, sondern er verfährt folgendermaßen. Er untersucht alle möglichen Fehler, eingeteilt nach ihrem Inhalt (Mängel in bezug auf personenrechtliche, sachenrechtliche, formale und sachliche Richtigkeit fordernde Normen) und je nachdem ihm der Fehler schwer oder minder schwer zu wiegen scheint, läßt er ihn absolute Unwirksamkeit des Staatsaktes oder eine andere Wirkung haben. Auf diesem Wege gelangt er zu dem Endresultate, daß die Fehler der drei ersten Gruppen in der Regel Nichtigkeit, die der vierten Gruppe dagegen in der Regel nicht absolute Unwirksamkeit zur Folge haben. Er sagt wörtlich: »Die drei ersten Haupterfordernisse eines fehlerlosen Staatsaktes, die Tauglichkeit der Subjekte, der Objekte und der Formen sind nach ihrem juristischen Gewichte geprüft. Sie alle wiegen schwer und absolute Nichtigkeit ist die häufige Folge ihres Fehlens. Das gleiche läßt sich von dem vierten Erfordernis der sachlichen Richtigkeit des Staatsaktes nicht behaupten⁵⁵.« Wiegt man die Mängel nach ihrem inneren Gehalt, dann ist freilich schwer zu begreifen, weshalb die Verletzung irgendeiner Kompetenzvorschrift Nichtigkeit, dagegen die sachliche Unrichtigkeit bloß Anfechtbarkeit bedeuten soll. Daß die Rechtsordnungen hier tatsächlich nur Anfechtbarkeit anerkennen, ist richtig, aber für Walter *Jellinek* nicht ausschlaggebend. Diese Regel, daß die ersten drei Gruppen von Mängeln Nichtigkeit bewirken, hat nach Walter *Jellinek* aber zahlreiche Ausnahmen. So erklärt er die Verletzung der Vorschrift, die Staatsakte innerhalb des Amtssprengels vorzunehmen, für einen Nichtigkeitsgrund, dagegen soll die Vorschrift, einen Akt im Amtsgebäude vorzunehmen, weil bloß instruktioneller Natur, nur mit der Wirkung der Anfechtbarkeit verletzt werden. Erstere sei eine Muß-, letztere eine bloße Sollvorschrift⁵⁶.

55 a.a.O. S. 104.

56 a.a.O. S. 56/57.

Dann erklärt *Jellinek* von den personenrechtlichen Vorschriften jene, welche die Geschäftsfähigkeit des Organs fordern, für unvollkommene Normen und nur die übrigen für »vollkommen⁵⁷« und nicht etwa deshalb, weil das Gesetz die Geschäftsfähigkeit der Organe nirgends vorschreibt, sondern obgleich die Geschäftsfähigkeit nirgends ausdrücklich gefordert ist. Denn *Jellinek* hält die analoge Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches bzw. der Rechtsgeschäfte nicht für ausgeschlossen⁵⁸. Seine Argumente holt er aus der Natur der Sache. Er lehnt die Analogie zum Privatrechtsgeschäft aus Gründen ab, die wohl für den Gesetzgeber maßgebend sein können, der vor der Frage steht, ob er die Geschäftsfähigkeit der Organe fordern soll, aber nicht für den theoretischen oder praktischen Juristen, der das positive Recht begrifflich zu erfassen oder anzuwenden hat. Dagegen hält *Jellinek* Geschäftsfähigkeit der Untertanen für ein »wesentliches Erfordernis für die Wirksamkeit eines zweiseitigen Staatsaktes⁵⁹«, obgleich das Gesetz diese ebensowenig ausdrücklich verlangt wie die des Staatsorgans. Des weiteren erklärt *Jellinek* den Akt einer mangelhaft besetzten kollegialen Behörde für nichtig, dagegen nur für anfechtbar, wenn die Urteile oder Beschlüsse eines unvollständig besetzten Kollegiums »durch den Mund oder die Feder ihres gesetzmäßigen Verkündungsorgans in die Welt der Erscheinung treten⁶⁰«. Auch hier erfolgt die Begründung aus der Natur der Sache. Ein anderes Beispiel: Ein Gesetz schreibt vor, daß bei Erteilung einer Gasthauskonzession vorher »die Gemeinde gutachtlich zu hören ist«. Dazu bemerkt *Walter Jellinek*: »Die Erteilung der Konzession ohne Anhörung der Gemeinde ist allerdings nicht absolut nichtig, da sich in diesem Falle Staat und Gemeinde nicht als gleich starke Subjekte gegenüberstehen; aber sie kann außer Kraft gesetzt werden, damit die Gemeinde nicht für immer in ihrem Rechte gekränkt bleibt⁶¹.« Warum eigentlich in diesem Falle der Staat über der Gemeinde steht, wäre ja erst zu beweisen. Dagegen erklärt z.B. *Jellinek* für absolut nichtig die Aufnahme eines Fremden in den deutschen Staatsverband ohne die Zustimmung des zu Naturalisierenden. »Denn hier steht der Staat nicht über, sondern neben dem Untertan⁶².« Ich halte diese letztere Auffassung für richtig. Ganz abgesehen davon aber, daß sie der auch von *Walter Jellinek* geteilten Ansicht von der Natur des hoheitlichen, also rechtlich – als öffentlichen Charakters – stets über der Parteierklärung der Untertanen stehenden staatlichen Naturalisationsaktes widerspricht, ist absolut nicht einzusehen, weshalb der Staat in diesem Falle neben dem Untertan steht, im ersten Falle aber über der Gemeinde. Der Staat erklärt in der Rechtsordnung ebenso, er wolle den Fremden nicht ohne dessen Zustimmung naturalisieren, wie er erklärt, nicht ohne Anhörung der Gemeinde Gasthauskonzessionen zu erteilen. Daß es sich im einen Fall nur um

57 a.a.O. S. 59.

58 a.a.O. S. 50.

59 a.a.O. S. 87.

60 a.a.O. S. 64.

61 a.a.O. S. 66.

62 a.a.O. S. 78.

die Anhörung der Partei, im anderen um deren Zustimmung handelt, ist nur für die Frage von Belang, ob die Erteilung einer Gasthauskonzession auch bei einem gegen die Erteilung sich aussprechenden aber doch eingeholten Gutachten der Gemeinde nichtig ist. Diese Frage ist natürlich zu verneinen. Die Anhörung der Gemeinde aber ist ganz ebenso wie die Zustimmung des Fremden Voraussetzung des Staatsaktes und beide Voraussetzungen wiegen gleich.

Sehr charakteristisch für den Wert dieser Argumentation aus der Natur der Sache ist auch der von Walter *Jellinek* aufgestellte Grundsatz, daß alle »empfangsbedürftigen staatlichen Erklärungen« nichtig sind, wenn sie nicht »in gültiger Weise dem Untertan zugestellt oder verkündigt worden sind⁶³«. Hier wird einfach in den Begriff des »empfangsbedürftigen« hineingesteckt, was dann aus der Natur dieser empfangsbedürftigen Akte herausargumentiert wird! Ja, aber wann ist ein Staatsakt empfangsbedürftig? Das ist dann die wesentliche Frage!

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Vornahme einer Amtshandlung bezeichnet Walter *Jellinek* als »die schwächste objektive Schranke für die staatlichen Tätigkeiten⁶⁴«, er spricht ihnen die Qualitäten »vollkommener Normen⁶⁵« ab. Dagegen sagt er von den Formvorschriften, sie seien »fast durchwegs zwingender Natur⁶⁶«. Er zitiert § 125 des deutschen BGB: »Ein Rechtsgeschäft, welches der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig«, und erklärt ohne weitere Begründung: »Genau dieselbe Regel gilt für den Staatsakt.« Warum?

Nach der Auffassung Walter *Jellineks* können die einzelnen Rechtsnormen ihrer juristischen Bedeutung nach verschieden graduiert werden. Er unterscheidet vollkommene und unvollkommene, stärkere und schwächere Rechtssätze, allein er sagt nirgends, worin das juristische Kriterium dieser Differenzierung gelegen ist. Aus der verschiedenen Wirkung ihrer Verletzung läßt sich das schon deshalb nicht schließen, weil ja umgekehrt die Verschiedenheit der Wirkung von *Jellinek* aus dem differentiellen juristischen Wert der Norm abgeleitet wird. Von der Unterscheidung in Muß- und Sollvorschriften wurde schon gesprochen. Eine Norm aber als »unvollkommen« zu bezeichnen, wenn ihre Verletzung nur Anfechtbarkeit, nicht aber Nichtigkeit bedeutet, ist ganz und gar unzulässig, denn daß der Fehler, um zu wirken, staatlich festgestellt und korrigiert werden muß, ist ganz gleichgültig. Der Mangel eines logischen Rechtssatzbegriffes macht sich hier fühlbar. Es handelt sich nämlich gar nicht um vollständige Rechtssätze, sondern nur um unselbständige Bestandteile eines Rechtssatzes, um Teile des Voraussetzungstatbestandes. Wie der Unterschied zwischen jenen Bestandteilen, deren Fehler Nichtigkeit bedeutet, und jenen, deren Fehler erst geltend gemacht werden muß, in der juristischen Konstruktion richtig zum Ausdruck zu kommen hat, wird später dargelegt werden. Jedenfalls darf nicht von

63 a.a.O. S. 77.

64 a.a.O. S. 99.

65 a.a.O. S. 100.

66 a.a.O. S. 103.

vollkommenen oder unvollkommenen, stärkeren oder schwächeren Rechtsnormen gesprochen werden, da sowohl die stärkere wie auch die schwächere »Norm« nur Glieder einer und derselben Totalrechtsnorm sind. Eine Graduierung der Rechtsnormen untereinander könnte niemals nach formaljuristischen Prinzipien, könnte nur nach materiellpolitischen durchgeführt werden; formal ist ein Satz entweder ein Rechtssatz oder er ist keiner; letzterenfalls kommt er aber für die juristische Konstruktion überhaupt nicht mehr in Betracht. Nach ihrem Inhalt betrachtet, können die Rechtssätze freilich von verschiedenem Gewicht sein. Der Strafrechtssatz, der den Mord verbietet, läßt sich sicherlich nicht mit jenem vergleichen, durch den die Wahlpflicht statuiert wird. Beide sind aber für die juristische Betrachtung vollkommene Rechtssätze.

Daß es Rechtsnormen nicht gibt, deren Verletzung gar keine rechtliche Wirkung hat, wurde bereits hervorgehoben. Einen Schein von Berechtigung erhält die *Jellinek*-sche Graduierung der Rechtssätze nur in jenem Falle, wo die angebliche Verletzung der Rechtsvorschrift weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit des Staatsaktes, sondern lediglich eine Unrechtsfolge für das Organ bewirkt. »Die schwächste objektive Schranke für die staatlichen Tätigkeiten bilden die gesetzlichen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Vornahme einer Amtshandlung. Das staatliche Organ, das zu verbotener Stunde oder an verbotenen Tagen einen Staatsakt vollzieht, mag sich strafrechtlich, privatrechtlich oder disziplinarisch verantwortlich machen: absolut nichtig ist der Staatsakt in den seltensten Fällen⁶⁷.« Allein wenn die Amtierung außerhalb bestimmter Zeitgrenzen weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit des Staatsaktes bewirkt, sondern lediglich eine persönliche Verantwortung des Organs auslöst, dann ist die Zeitbestimmung eben nicht als Bestandteil des den Staatsakt determinierenden Rechtssatzes anzusehen, sondern lediglich Inhalt eines Straf- oder Disziplinarrechtssatzes und von einer Verletzung irgendeiner den Staatsakt statuierenden Norm nicht die Rede ist. Ich sage: wenn solche Nichtbeobachtung der Zeitbestimmung keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Staatsaktes zur Folge hat, denn es dürfte schwer fallen, den positiv rechtlichen Nachweis zu führen, daß solche Bestimmung bloß »instruktioneller« Natur sei; wie ist das einer Bestimmung der Rechtsordnung anzuerkennen? Die Anforderungen, die an einen korrekten Staatsakt gestellt werden, sind zum größten Teil den Vorschriften entnommen, die an die Organe gerichtet und disziplinar sanktioniert sind. Wenn nach *Jellinek* die Vorschrift, als Organ nur in der zukommenden Eigenschaft tätig zu sein, die Vorschrift, die einem Landgerichtsrat verbietet, Geschäfte des Amtsrichters zu führen, und deren Inhalt gewiß nur aus dem Wortlaut von Disziplinar- oder Organisationsvorschriften gewonnen wird, bei Verletzung einen Nichtigkeitsgrund abgibt oder, in meine Terminologie übertragen, zum Voraussetzungsbestandteil des den Staatsakt bestimmenden Rechtssatzes und nicht bloß eines Disziplinarrechtssatzes gemacht werden kann, dann ist schwer zu beweisen,

67 a.a.O. S. 99.

sen, w
vorscl
heran;
kömrr
nichtig
politisch
Theor
kaum
Staats
Konse
gelegt

E
wvert
ungen
tes Ge
Bedeut
haft e
an ein
Grund
seiner
dieser
bild e
und p
Gesetz
steller
festste
jeder j
giebig
Zweif
Grund
licher
gen ur
fertigt

E
schen
dessen

68 a.a.O.

sen, weshalb irgendeine andere die Amtstätigkeit betreffende Straf- oder Disziplinarvorschrift nicht für die Konstruktion des den Staatsakt statuierenden Rechtssatzes herangezogen werden darf. Weil ihr Inhalt weniger wichtig ist? Weil es zu Unzulänglichkeiten führen würde, wegen Verletzung solcher Norm den Staatsakt für nichtig oder anfechtbar zu erklären? Stellt sich mit solcher Argumentation, die rein politischen, nicht mehr im geringsten juristischen Charakters ist, der Interpret und Theoretiker nicht an Stelle des Gesetzgebers? Positiv wäre solche Interpretation kaum anders gerechtfertigt, als wenn das Gesetz ausdrücklich die Gültigkeit des Staatsaktes von der Beobachtung der fraglichen Norm unabhängig machte. Welche Konsequenzen dies aber für die juristische Konstruktion haben muß, ist bereits dargelegt.

Ebenso wie es ganz und gar unjuristisch ist, die Rechtsnormen untereinander zu werten, so verstößt es gegen alle methodologischen Prinzipien, den Rechtsverletzungen oder Mängeln des Staatsaktes ein verschiedenes, ihrem Inhalte nach abgestuftes Gewicht beizulegen. An sich ist kein Mangel juristisch mehr oder weniger von Bedeutung und wie ein Tatbestand nur im Verhältnis zur Rechtsordnung als mangelhaft erkannt werden darf, so kann nur die Rechtsordnung verschiedene Wirkungen an einen Mangel knüpfen. Was kann es für einen Sinn haben, wenn *Jellinek* auf Grund scharfsinniger Erwägungen zu dem Resultate kommt, daß irgendein Mangel seiner inneren Natur nach Nichtigkeitsgrund ist, irgendein positives Recht aber in diesem Falle nur eine Anfechtungsmöglichkeit gibt? *Jellinek* konstruiert das Idealbild eines Staatsaktes, er zählt alle möglichen Vorschriften für einen Staatsakt auf und prüft deren Verletzungen nach ihrem inneren Wert. Wenn nun die positiven Gesetze eines Staates die eine oder andere Anforderung an den Staatsakt gar nicht stellen? Wenn das positive Gesetz die Wirkung eines Mangels nicht ausdrücklich feststellt? Allerdings betont Walter *Jellinek*, daß die von ihm aufgestellten Regeln jeder positiven Rechtsvorschrift weichen, er spricht von »allgemeinen Sätzen nachgiebigen Charakters⁶⁸«, aber er hat Unrecht, wenn er meint, daß seine Sätze »im Zweifelfalle Geltung beanspruchen können«; denn sie stehen im Widerspruch zu den Grundsätzen positiv-rechtlicher Interpretation, wie aus dem folgenden noch deutlicher hervorgehen wird; sie liefern nur für den Gesetzgeber brauchbare Erwägungen und Vorschläge; sie sind nicht *de lege lata*, sie sind nur *de lege ferenda* gerechtfertigt.

b) Aus dem Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht

Einen anderen Weg als Walter *Jellinek* schlägt *Kormann* ein, um die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu finden. Er geht vom Privatrecht aus und dessen Interpretationsgrundsatz: daß das mangelhafte Rechtsgeschäft nichtig ist,

68 a.a.O. S. 3.

außer wenn das Gesetz irgendeinen Mangel ausdrücklich als Anfechtungsgrund erklärt. *Kormann* drückt dies so aus: »Das Privatrecht wird beherrscht von dem Grundsatz, daß das mangelhafte, vom Gesetzgeber mißbilligte Rechtsgeschäft nichtig ist; das entspricht der untergeordneten Stellung der Privatwillenserklärung, die sich über die Willenserklärung des Gesetzgebers nicht nur nicht hinaussetzen darf, sondern überhaupt nicht hinwegsetzen kann ... Eine Einschränkung erleidet dieser Grundsatz nur in den verhältnismäßig wenigen Fällen, wo der Gesetzgeber die Mangelhaftigkeit des Geschäftes abhängig sein läßt vom Willen der Partei, weil ihm das öffentliche Interesse an der Mangelhaftigkeit nicht groß genug zu sein scheint, um eine Nichtigkeitsnorm zu rechtfertigen; diese Einschränkung entspricht dem im Privatrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit und der überragenden Herrschaft der Parteiwillkür. Im allgemeinen aber ist im Privatrecht das materiell oder formell gesetzwidrige Geschäft nichtig⁶⁹.« Und im Anschluß hieran erklärt *Kormann* ohne jede weitere Begründung: »Im öffentlichen Rechte ist es umgekehrt. Hier gilt als Grundsatz: Die Mangelhaftigkeit des Geschäftes ist Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit.« Wenn *Kormann* auf jede nähere Erklärung dafür verzichten zu dürfen glaubt, warum es im öffentlichen Rechte gerade umgekehrt wie im Privatrechte sein soll, so tut er dies offenbar, indem er den folgenden Gedankengang als selbstverständlich voraussetzt: Der Grundsatz, daß der Mangel des Geschäftes in der Regel Nichtigkeit und nur bei ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes Anfechtbarkeit bewirkt, entspricht der Besonderheit des Privatrechtes. Weil das öffentliche Recht seinem inneren Wesen nach das Gegenteil des Privatrechtes ist, muß auch in der Frage nach der Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit die Regel des Privatrechtes umgekehrt werden. Nun ist die Interpretationsregel, die man im Privatrecht anwendet, wenn man die Frage zu entscheiden hat, ob ein Geschäft nichtig oder anfechtbar ist, keineswegs spezifisch privatrechtlichen Charakters, sondern rein formaler Natur, ein allgemeines Prinzip der Rechtslogik, das, wenn es richtig ist, ebenso gut im Privatrecht wie im öffentlichen Recht angewendet werden kann. Allein abgesehen von diesem Punkte, auf den später noch zurückzukommen ist, und abgesehen von dem Problematischen des Gegensatzes zwischen Privat- und öffentlichem Recht, ist der *Kormannsche* Gedankengang auch von seinen eigenen Voraussetzungen aus unhaltbar. Es ist nämlich absolut nicht zu begreifen, wie der angeblich privatrechtliche Grundsatz über das Verhältnis von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der besonderen Natur des Privatrechtes entsprechen soll. Daß sich die Privatwillenserklärung nicht über die Willenserklärung des Gesetzgebers (richtiger: den Willen des Staates in der Rechtsordnung) hinwegsetzen kann, ist selbstverständlich. Nur hat die Privatwillenserklärung darum keine »untergeordnete Stellung« und kann sich daher in diesem Punkte durch nichts von einem etwa höher gestellten Staatsakt unterscheiden! Gerade das von *Kormann* ganz zutreffend hervorgehobene Nicht-sich-über-die-Rechtsordnung-hinweg-setzen-»können« und nicht bloß Nichtdürfen zeigt deutlich, daß es

69 a.a.O. S. 216/217.

sich
zwei
zwei
ter
die
We
nur
tor
Gü
der
vor
We
ein
feh
Es
Pri
lic
Sta
Re
Pfl
da
Re
gil
rec
au
de
W
in
es
Pr
Di
ki
he
tig
sc
Pr
di
K
er
sp
se
R

sich hier nicht um eine Machtfrage handelt (wie bei dem angedeuteten Unterschied zwischen dem Rechtsgeschäft eines Untertan und dem Rechtsgeschäft des Staates, zwischen Privat- und öffentlichem Recht nach herrschender, von *Kormann* akzeptierter Meinung maßgebend wäre), sondern daß hier eine Frage der Logik im Spiele ist, die für Privat- und öffentliches Recht, für Untertan und Staatsperson in gleicher Weise Anwendung findet. Wenn ein schriftliches Testament der von der Rechtsordnung geforderten Unterschriften ermangelt, dann ist es eben nichtig, d.h. der Testator kann gar keine Rechtswirkungen hervorrufen, weil das logische Urteil, das die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes behauptet, ausschließlich aus den Erkenntnisgründen gefällt werden kann, die aus der Rechtsordnung zu holen sind; und wenn eine von der Rechtsordnung geforderte Voraussetzung fehlt, dann kann keine Macht der Welt das Urteil erzwingen, daß ein gültiges Rechtsgeschäft vorliege. Dann liegt eben ein nichtiges Rechtsgeschäft, d.h. kein Rechtsgeschäft vor; es wäre denn, daß die fehlende Voraussetzung durch die Rechtsordnung selbst besonders qualifiziert wäre. Es ist ganz und gar ausgeschlossen, daß in diesem Punkte ein Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht angenommen werden kann. Außer man wollte ernstlich behaupten, die Staatsakte (das sind die Willensäußerungen des handelnden Staates, des Staates in der Exekutive) können sich über den Willen des Staates in der Rechtsordnung hinwegsetzen. Das hieße aber die Staatsperson (als Subjekt von Pflichten und Rechten) nach anderen Normen als positiven Rechtssätzen beurteilen, das hieße den Grundsatz des Rechtsstaates, die Unterwerfung des Staates unter die Rechtsordnung, das hieße das Konstruktionsprinzip des Staatsrechtes, die Rechtslogik gegenüber dem Staatsrechte aufgeben. Wenn nun das Rechtsgeschäft des Privatrechtes, nicht aber der Staatsakt, bloß unter den in der Rechtsordnung fixierten Voraussetzungen Rechtswirkungen hervorbringen kann, dann ist eben der Staatsakt aus dem System der juristischen Konstruktion ausgeschnitten. Völlig mit sich selbst in Widerspruch gerät aber *Kormann*, wenn er argumentiert: bloße Anfechtbarkeit tritt im Privatrecht nur in seltenen Fällen und zwar dann ein, wenn das öffentliche Interesse an der Mangelhaftigkeit nicht groß ist, und dies entspricht dem Vorwalten der Privatwillkür und der Vertragsfreiheit, die für das Privatrecht charakteristisch sind. Denn dann müßte im öffentlichen Rechte, wo nach Ansicht *Kormanns* die Privatwillkür ausgeschlossen, oder doch zum Unterschied vom Privatrecht Vertragsgebundenheit besteht, die Anfechtbarkeit grundsätzlich ausgeschlossen und gerade die Nichtigkeit die Regel sein! Denn hier ist ja das öffentliche Interesse im allgemeinen (und somit auch im besonderen: an den Mängeln) stärker als im Privatrecht. Und im Privatrecht müßte gerade das Gegenteil dessen Regel sein, wovon *Kormann* allerdings als von einem spezifisch privatrechtlichen Grundsatz ausgeht. Darauf, daß *Kormann* im selben Atemzuge von der »untergeordneten Stellung der Privatwillenserklärung« und der »überragenden Herrschaft der Parteiwillkür« im Privatrechte spricht und diese beiden einander logisch ausschließenden Attribute offenbar auf dasselbe Subjekt bezieht: den Willen des Rechtssubjektes im Verhältnis zum Willen der Rechtsordnung, darauf will ich gar nicht näher eingehen! Das Gesagte genügt, um

im allgemeinen den Wert jener Argumentation zu zeigen, die mit dem aprioristischen Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte operiert, und im besonderen, um den Versuch ad absurdum zu führen, aus diesem Gegensatz eine spezifisch öffentlich-rechtliche Grenzregulierung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit abzuleiten. Nur das eine muß noch hervorgehoben werden, weil es zur Kritik der heute herrschenden Methode von prinzipieller Bedeutung ist. Es ist ganz und gar verfehlt, wenn man aus der aprioristischen Annahme, daß irgendeine Rechtspflicht oder Berechtigung, ein Rechtsgeschäft oder Rechtsinstitut öffentlicher oder privater Natur sei, auf irgendeine besondere Gestaltung desselben schließen zu dürfen glaubt, die nur durch positiv-rechtliche Anordnung gegeben sein kann. Vielmehr dürfte man nur umgekehrt aus einer bestimmten positivrechtlichen Gestaltung der Rechtspflicht, der Berechtigung, des Rechtsgeschäftes oder des Rechtsinstitutes auf deren privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter schließen. Man kann nicht aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Staatsaktes auf eine vom Privatrechtsgeschäft verschiedene rechtliche Gestaltung argumentieren, sondern der Staatsakt hat nur dann eine vom »privaten« Rechtsgeschäft verschiedene rechtliche Physiognomie, die man als spezifisch öffentlichrechtliche bezeichnen darf, wenn das positive Recht den Staatsakt anders als das Rechtsgeschäft der Untertanen behandelt; nicht weil er öffentlich-rechtlicher Natur ist, bedeuten Fehler bei ihm regelmäßig nur Anfechtungs- und keine Nichtigkeitsgründe, sondern er ist nur dann und nur insoweit öffentlich-rechtlicher Natur, wenn u.a. die Rechtsordnung diese Verschiedenheit gegenüber den Rechtsgeschäften der Privaten bestimmt. Wenn es einen Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht gibt, könnte es nur ein positiv rechtlicher sein. Gegenwärtig bedient man sich dieses Gegensatzes freilich nur allzu oft, um ein erwünschtes, von der Rechtsordnung aber nicht bestimmtes Resultat zu gewinnen. Der Gegensatz wird dann durchaus in einem naturrechtlichen Sinne gehandhabt. Mangels eines festen Kriteriums für das, was »öffentlich-rechtlich« ist, sind natürlich Widersprüche unvermeidlich. Der Wert dieser Argumentation aus einem a priori angenommenen Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht zeigt sich deutlich, wenn z.B. *Kormann* das einemal, um die überwiegende Geltung des Anfechtungsprinzipes im öffentlichen Rechte zum Unterschied vom Privatrechte zu deduzieren, als das Wesen des letzteren zum Unterschied von ersterem »die untergeordnete Stellung der Privatwillenserklärung« im Verhältnis zur »Willenserklärung des Gesetzgebers⁷⁰«, und das andere Mal – um das für das Privatrecht gültige Prinzip: »ist ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig, ist es das ganze Rechtsgeschäft« für das öffentliche Recht, ablehnen zu können, dieselbe Qualität, die er oben für eine Besonderheit des Privatrechtes ausgegeben hat, nunmehr für ein Spezifikum des öffentlichen Rechtes erklärt: »Der Gesetzeswille überragt hier (im öffentlichen Rechte zum Unterschied vom Privatrechte) den Verwaltungswillen vollständig und bewirkt, etc⁷¹.«

70 a.a.O. S. 216.

71 a.a.O. S. 161.

Es wäre somit eigentlich kein Anlaß vorhanden, auf die weiteren Ausführungen *Kormanns* über die Grenze zwischen dem nichtigen und dem anfechtbaren Staatsakt einzugehen. Wenn ich mir dennoch nicht versage, die begonnene Kritik mit ein paar Worten fortzuführen, so rechtfertigt sich dies nur damit, daß mir dadurch Gelegenheit geboten wird, ein paar für die Theorie des öffentlichen Rechtes typische Argumentationen zu überprüfen.

Die behauptete Regel, daß im öffentlichen Rechte die Mangelhaftigkeit des Geschäftes Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit zur Folge habe, wendet nun *Kormann* auf die beiden von ihm unterschiedenen Mängelarten: Zweckwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit, an. Daß die Unterscheidung unzutreffend ist, sofern juristisch nur eine Rechtsordnungs- oder Rechtssatzwidrigkeit (Gesetzwidrigkeit im materiellen Sinne des Wortes »Gesetz«) als Mangel in Betracht kommt, habe ich bereits an anderer Stelle hervorgehoben. *Kormann* meint, daß seine Regel bezüglich der Zweckwidrigkeiten uneingeschränkt gelte. Bezüglich der Gesetzwidrigkeit aber unterscheidet er Verordnung und Verfügung. Von der Verordnung behauptet er, sie könne nur gültig oder nichtig sein, eine Anfechtung der Verordnung gäbe es nicht. Warum dies so ist, gibt *Kormann* nicht an. Die Antwort auf diese Frage ist natürlich – soviel sei hier schon gesagt –: Weil die positive Rechtsordnung eine Anfechtung von Verordnungen nicht kennt. Das geht nicht aus der Natur der Verordnung hervor, denn es steht nichts im Wege, daß das Institut der Anfechtung von Verordnungen positiv-rechtlich eingeführt wird. Bei den Verfügungen dagegen behauptet *Kormann* wiederum die Geltung seiner Regel des prinzipiellen Vorranges der Anfechtbarkeit vor der Nichtigkeit. Seine Begründung beschränkt sich auf den Satz: »Das hängt zusammen mit dem Rechtsmittelwesen⁷².« *Kormann* erklärt, daß grundsätzlich, von gewissen Ausnahmen abgesehen, »die Geltendmachung der Gesetzwidrigkeit einer Verfügung auf den Weg der Rechtsmittel einlegung verwiesen ist.« Damit hat er nur gesagt, daß gesetzwidrige Verfügungen nur anfechtbar sind, oder m. a. W., daß der Verwaltungsakt bis zur erfolgreichen Anfechtung als gültig anzusehen ist. Im Anschluß an *Otto Mayer*⁷³ charakterisiert *Kormann* den bloß anfechtbaren Verwaltungsakt folgendermaßen: »Die obrigkeitliche Gewalt, die in dem Verwaltungsakt erscheint, bezeugt sich selbst als rechtmäßig«; ja wenn sie im Verwaltungsakt erscheint, aber ob sie im Verwaltungsakt erscheint, d.h. ob überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, das kann doch die obrigkeitliche Gewalt nicht bezeugen! Wenn feststeht, daß der Verwaltungsakt nicht nichtig ist – und das entscheidet die Rechtslogik, nicht die Staatsgewalt –, dann braucht sich ja die obrigkeitliche Gewalt gar nicht mehr als rechtmäßig zu bezeugen, kann sie es gar nicht in dem Sinne, daß sie sich auch vor Anfechtung und nachfolgender Vernichtung bewahrt. Wenn »rechtmäßig« soviel heißt wie »nicht nichtig«, dann ist es nicht die obrigkeitliche Gewalt, die diese Qualität dem Verwaltungsakt bezeugen kann; und wenn rechtmäßig soviel heißt

72 a.a.O. S. 217.

73 a.a.O. I. S. 39.

wie unanfechtbar, dann kann auch die obrigkeitliche Gewalt dem Staatsakt, in dem sie erscheint, diese Qualität nicht bezeugen. Der Verwaltungsakt unterscheidet sich in diesem Punkte durch nichts vom Rechtsgeschäft des Privatrechtes. Und wenn *Kormann* fortfährt: »Der Verwaltungsakt steht auf sich selbst und entlehnt nicht gleich dem privaten Rechtsgeschäft seine Kraft dem Gesetze⁷⁴«, so ist das einfach falsch. Denn seine spezifische Qualität als Verwaltungsakt, d.h. als dem Staate zurechenbare Handlung oder Tatbestand mit ganz bestimmten Rechtsfolgen, kann der Akt nirgends anders als aus der Rechtsordnung holen, ganz so wie das Rechtsgeschäft des Privatrechtes; denn nur in der Rechtsordnung sind die Erkenntnisgründe für das Urteil zu suchen, daß irgend etwas ein Verwaltungsakt ist, und nur sofern dieser Tatbestand in seinen Voraussetzungen wie in seinem Inhalt der Rechtsordnung entspricht, kann er die von der Rechtsordnung an ihn geknüpften Rechtsfolgen »bewirken«. Zu behaupten, der Verwaltungsakt stehe auf sich selbst, er sei nicht so wie das Rechtsgeschäft nur durch die Rechtsordnung determiniert, durch die Rechtsordnung qualifizierbar, ist eine allen Grundsätzen der juristischen Konstruktion, allen Prinzipien der Staatsrechtstheorie und des Rechtsstaats widerstrebende Phrase. Und wenn *Kormann* fortfährt, man könne hier von der eigentümlichen »publizistischen Kraft des Verwaltungsaktes sprechen«, so ist zunächst nur bemerkt, daß es schlechterdings rätselhaft ist, wie man ernstlich daran denken kann, die als Regel anzusehende bloße Anfechtbarkeit der Verwaltungsakte aus deren öffentlichen Natur, aus dem hoheitlichen Charakter ihres Inhaltes abzuleiten oder damit irgendwie in Zusammenhang zu bringen, wo doch diese selbe Qualität der Anfechtbarkeit auch privaten Rechtsgeschäften von der Rechtsordnung verliehen wird und zwar – wie *Kormann* meint – gerade dann, wenn das öffentlichrechtliche Moment zurückgetreten ist.

Ogleich *Kormann* aus dem Gegensatz des öffentlichen zum Privatrechte die Umkehrung der nur für das letztere gültigen Regel über das Verhältnis von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ableitet, kommt er im Widerspruch zu dieser Prämisse dennoch nicht zu dem Resultate: der mangelhafte Staatsakt ist anfechtbar, außer wenn das Gesetz den Mangel als Nichtigkeitsgrund erklärt. Dann wäre es nämlich im öffentlichen Rechte »umgekehrt« wie im Privatrechte! *Kormann* beschränkt sich darauf, die rein materielle und an sich höchst unpräzise gefaßte Formel aufzustellen, daß im öffentlichen Rechte ein Mangel häufiger Anfechtbarkeit als Nichtigkeit bewirkt. Aber wann ein Mangel Nichtigkeit, wann Anfechtbarkeit bedeutet, dafür gibt er tatsächlich überhaupt keine feste Regel. Für Staatsakte gilt also auch nach *Kormann* nicht die Umkehrung der privatrechtlichen Regel; diese ist ein präzises, formales, rechtslogisches Interpretationsprinzip; für das öffentliche Recht ist *Kormann* nicht imstande, ein solches Prinzip zu finden. Sein Versuch, die fragliche Grenze aus dem begrifflichen Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte zu gewinnen; ist für seine eigenen Resultate bedeutungslos. Im Grunde genommen schlägt er dann den gleichen Weg ein wie Walter *Jellinek*; er prüft die Mängel auf ihr inneres

74 Nach Otto Mayer. a.a.O. S. 100 (7) und 97 (3).

Gew
natü
unter
keits
men
hebe
»im
Anfe
gebe
Prinz
und
Korn
wegs
wick
lichk
Nich
logie
recht
diene
Und
finde
Kate
besti
den
Nich
die s
prinz
Rege
prinz
bloß
So so
widr
Wirk
bloß
Nich
Grup
von .
erklä

Gewicht, auf ihre Bedeutung an sich und läßt Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ihre natürliche Wirkung sein. Dabei läßt er allerdings dem Gesetzgeber den Vortritt. Er untersucht zuerst, welche Mängel durch positiv-rechtliche Bestimmung als Nichtigkeitsgründe anzusehen sind⁷⁵. Da das Ergebnis ein zu geringes ist – Nichtigkeitsnormen sind nämlich sehr selten, was *Kormann* wie *Walter Jellinek* bedauernd hervorheben, weil ihnen der Grund dieser Tatsache dunkel bleiben mußte – sucht *Kormann* »im Anschluß an Literatur und Praxis« die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kasuistisch zu entscheiden und zwar für die Fälle, »wo der Gesetzgeber schweigt«. Nach seinem aus dem Gegensatz zum Privatrecht gewonnenen Prinzip müßte das Schweigen des Gesetzgebers die bloße Anfechtbarkeit bedeuten und Nichtigkeit nur bei ausdrücklicher Bestimmung angenommen werden. Aber *Kormann* erklärt mit Nachdruck, daß auch beim Schweigen des Gesetzgebers keineswegs »die Nichtigkeit von Verwaltungsakten ausgeschlossen sein soll⁷⁶«. Und er entwickelt nun eine lange Reihe von Nichtigkeitsfällen: Nichtigkeiten wegen Unmöglichkeit, Nichtigkeit wegen Formmängeln, Nichtigkeit wegen Inhaltsmängeln und Nichtigkeit wegen Willensmängeln. Er behandelt den Staatsakt durchaus nach Analogie des privaten Rechtsgeschäftes. Die gleichen Kategorien, in die man nach privatrechtlicher Theorie die Anforderungen an ein gültiges Rechtsgeschäft gruppiert, dienen ihm zur erschöpfenden Einteilung der Normen für den fehlerfreien Staatsakt. Und die gleichen Mängel, welche die Privatrechtstheorie an einem Rechtsgeschäft findet, stellt *Kormann* am Staatsakt fest. Und was das Auffallendste ist, alle vier Kategorien liefern ihm Nichtigkeitsfälle, es gibt keine Gruppe von den Staatsakt bestimmenden Normen, bei der eine Verletzung prinzipiell nicht Nichtigkeit begründen könnte. *Kormann* scheint gar nicht zu merken, daß schon sein System der Nichtigkeitsgründe im Widerspruch zu seiner Annahme steht, daß Nichtigkeit nur die seltene Ausnahme sei! Während z.B. *Jellinek* den sachlich unrichtigen Staatsakt prinzipiell für bloß anfechtbar erklärt, bei allen übrigen Fehlerkategorien aber in der Regel Nichtigkeit als Wirkung annimmt, stellt *Kormann* bei allen Fehlerkategorien prinzipiell zunächst die Möglichkeit von Nichtigkeitswirkungen fest und führt die bloße Anfechtbarkeit bei der einen oder anderen Gruppe als Ausnahmswirkung an. So scheidet er von den Inhaltsmängeln jene aus, die in einem »unzulässigen, gesetzwidrigen, aber nicht unmöglichen Inhalte⁷⁷« bestehen, und nur bei diesen läßt er als Wirkung die bloße Anfechtbarkeit gelten; sie bilden nach seiner Darstellung nicht bloß eine Ausnahme innerhalb der Gruppe der Inhaltsmängel, die im übrigen Nichtigkeit zur Folge haben, sondern auch eine Ausnahme gegenüber allen anderen Gruppen von Mängeln, Unmöglichkeit, Form- und Willensmängeln; sie alle werden von *Kormann* als Nichtigkeitsgründe anerkannt. Ja unter den Willensmängeln z.B. erklärt *Kormann* sogar auch die fehlende Geschäftsfähigkeit des Organs als Nichtig-

75 a.a.O. S. 288ff.

76 a.a.O. S. 229.

77 a.a.O. S. 279.

keitsgrund, während Walter *Jellinek* darin einen Nichtigkeitsgrund weder de lege lata noch de lege ferenda sehen will⁷⁸. Die Darstellung, die *Kormann* den Nichtigkeitsgründen des Verwaltungsaktes gegeben hat, die stattliche Reihe von Nichtigkeitsgründen, die er entwickelt, macht nicht im entferntesten den Eindruck, daß sich seine freilich nur sehr vage und unbestimmt gefaßte Regel von der nur ausnahmsweise geltenden Nichtigkeit des öffentlichen Rechtes bewährt habe. In Wahrheit hat sich *Kormann* wie überhaupt, so auch in der Frage nach der Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eng an das Privatrecht angeschlossen. Der Gegensatz des öffentlichen zum Privatrechte, den *Kormann* zwar immer im Munde führt, hat seine Resultate nicht wesentlich beeinflußt; ja man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß *Kormann* von seinem richtigen juristischen Instinkte getrieben, sich von dem Trugbilde des Gegensatzes zwischen Privat- und öffentlichem Recht nicht sehr beirren läßt und immer wieder den Weg zur formal-juristischen Betrachtung, damit aber auch zu den allgemeinen Lehren des Privatrechtes findet, wo die ältere juristische Kultur eine methodologisch entsprechende Struktur der Begriffe garantiert.

c) Aus der rechtslogischen Natur der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit
nach positivistischen Prinzipien

Bei Behandlung des Nichtigkeitsproblems in der neueren Literatur wird immer wieder der Mangel positiv-rechtlicher Nichtigkeitsnormen hervorgehoben. So betont *Kormann*, daß die Gesetze über die Frage, welche Mängel eigentlich Nichtigkeitswirkung haben, gründlich schweigen⁷⁹ und Walter *Jellinek* führt aus: »Über das Mindestmaß der Erfordernisse eines gültigen Staatsaktes spricht es (das Gesetz) entweder gar nicht oder wenig; auf keinen Fall hat es irgendwo die unumgänglich notwendigen Voraussetzungen eines staatlichen Aktes systematisch aufgezählt, auch nicht in den Prozeßordnungen, geschweige denn in den Verwaltungsgesetzen. Die Vernichtbarkeit eines Urteils oder einer Handlung dagegen, von Amts wegen oder auf den Akt der Anfechtung hin, ist als die normale Eigenschaft der fehlerhaften Staatsakte, wenigstens der Urteile von der Rechtsordnung vielfach in allen Einzelheiten geregelt worden⁸⁰.« Daß dieses Stillschweigen des Gesetzes in der Frage der Nichtigkeit seinen guten Grund hat, ja daß gerade das Stillschweigen für die Entscheidung der Frage, wann Nichtigkeit vorliegt, bestimmend sein muß, ist den Autoren im Dunkeln geblieben. Die Frage, um die es sich handelt, kann nämlich direkt gar nicht von der positiven Rechtsordnung, sondern nur von der Rechtslogik beantwortet werden. Alle Erfordernisse des fehlerfreien Staatsaktes beruhen – was ja auch

⁷⁸ Vgl. *Kormann* a.a.O. S. 285ff. und Walter *Jellinek* a.a.O. S. 59ff.

⁷⁹ a.a.O. S. 228/229.

⁸⁰ a.a.O. S. 125.

Walter *Jellinek* richtig hervorhebt⁸¹ – auf positivrechtlichen Vorschriften. Und zwar haben alle von vornherein die gleiche Bedeutung: für die juristische Interpretation, für die Theorie und Praxis des positiven Rechtes sind alle Erkenntnisgründe für das Urteil, daß ein Staatsakt vorliege. Wenn irgendein Tatbestand – eine menschliche Handlung – als Staatsakt, d.h. als dem Staate zurechenbar angesehen werden soll, muß geprüft werden, ob er den in der Rechtsordnung für die Zurechnung aufgestellten Bedingungen nach Form und Inhalt entspricht. Und wenn auch nur ein Erfordernis fehlt, dann kann nach allgemeinen logischen Prinzipien das Zurechnungsurteil nicht gefällt werden. Das negative Urteil, das ein dem Staate zuzurechnender Tatbestand, daß ein Staatsakt nicht vorliege, ist identisch mit dem Nichtigkeitsurteil, nämlich jenem, das sprachlich zutreffender als das erstere, ausspricht: es liegt ein nichtiger Staatsakt vor; denn ein nichtiger Staatsakt ist ein Nichtstaatsakt. Die positive Rechtsordnung braucht also gar nicht ausdrücklich hervorzuheben, daß der Mangel irgendeines Erfordernisses Nichtigkeit bewirke. Denn indem sie ein Erfordernis für den Staatsakt aufstellt und im übrigen über die Wirkung des Mangels schweigt, muß die Interpretation Nichtigkeit als Wirkung des Mangels annehmen. Erklärt aber die Rechtsordnung trotzdem den Mangel eines Erfordernisses als Nichtigkeitsgrund, so tut sie ein Überflüssiges. Solche Erklärung hätte eine deklaratorische, ja überhaupt gar keine juristisch relevante Bedeutung. Sie wäre so zwecklos, wie etwa die in das Strafgesetzbuch an den Diebstahlsrechtssatz angefügte Bestimmung, daß derjenige, welcher nicht stiehlt, nicht bestraft werden soll. Die Nichtigkeit ist ja, rechtslogisch betrachtet, etwas rechtlich ganz und gar Negatives, es ist nicht anti-, sondern a-rechtlich, nicht Unrecht, sondern Nichtrecht, etwas ganz außerhalb der Rechtserkenntnisfläche Liegendes. Das logische Urteil, das Nichtigkeit behauptet behauptet den Mangel aller jener Qualifikationen, die durch die Rechtsordnung verliehen werden können: Unrecht oder Recht, je nachdem der von der Rechtsordnung zu qualifizierende Tatbestand Unrechtsfolgen (Strafe, Exekution) oder Rechtsfolgen im engeren Sinne (Veränderung von Pflichten und Rechten) nach sich ziehen⁸². Es spricht nur aus, daß die Rechtsordnung nicht qualifiziert hat. Darum ist es ganz und gar verkehrt, von der Rechtsordnung zu erwarten, daß sie neben den positiven Erfordernissen an den Staatsakt noch ausdrücklich dessen Nichtigkeitsgründe systematisch aufzählen solle, weil es unsinnig ist, daß die Rechtsordnung, wenn sie bereits die Voraussetzungen aufgestellt hat, an welche sich bestimmte Rechtswirkungen knüpfen, noch ausdrücklich hinzufüge, daß mangels dieser Voraussetzungen die Rechtswirkungen nicht eintreten sollen.

Wenn irgendwelche an den Staatsakt in der Rechtsordnung gestellte Erfordernisse nicht diese, vom rechtslogischen Standpunkte aus, normale Bedeutung haben sollen, dann muß dies von der Rechtsordnung ausdrücklich oder doch unzweideutig

81 a.a.O. S. 49.

82 Daß als einzige und endgültige *Rechtsfolge* die Unrechtsfolge anzusehen ist, darauf kann, wie auf den Begriff der Rechtsfolge, in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden; darüber vgl. meine Hauptprobleme, S. 290ff.

bestimmt sein. Während das logische Urteil, daß ein Mangel Nichtigkeit bewirkt, ein rechtliches Nichts behauptet und daher als Prämisse das Schweigen der Rechtsordnung haben kann und hat, sagt das logische Urteil, das einen Mangel als Anfechtungsgrund erklärt, ein rechtliches Etwas, etwas rechtlich Positives aus. Es sagt, der Mangel muß geltend gemacht werden, damit er eine Wirkung habe; und es sagt weiter aus, welche Wirkung die Geltendmachung hat: ob Vernichtung des Aktes *ex nunc* oder *ex tunc* und noch anderes mehr; all das kann aber aus dem Schweigen der Rechtsordnung nicht geschlossen werden. Dazu bedarf es einer positiven Bestimmung der Rechtsordnung. Es ist kein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches, es ist ein allgemein gültiges Prinzip der Rechtslogik, daß diejenigen Mängel, welche als Anfechtungsgründe anzusehen sind, von der Rechtsordnung als solche bezeichnet sein müssen, ebenso wie von der Rechtsordnung genau bestimmt sein muß, welche Wirkung die Anfechtung haben soll. Aus der »Natur der Sache« läßt sich solches beim Schweigen des Gesetzgebers nicht erschließen. Damit ist der gegenwärtige Zustand der positiven Rechtsordnungen, die zwar regelmäßig die Anfechtungs-, nicht aber die Nichtigkeitsgründe ausdrücklich aufzählen, rechtslogisch durchaus gerechtfertigt.

Wenn zwischen den von der Rechtsordnung aufgestellten Erfordernissen des Staatsaktes ein Unterschied bestehen soll, wenn es »unbedingt notwendige«⁸³ Voraussetzungen gibt, deren Mangel Nichtigkeit bedeutet, und daneben solche, die nicht unbedingt notwendig sind, sofern ihr Mangel nur Anfechtbarkeit bewirkt, dann kann dieser Unterschied nur von der Rechtsordnung selbst hergestellt werden und zwar auf keine andere Weise, als daß die Rechtsordnung bei jenen Erfordernissen, die nicht unbedingt, also nur bedingt notwendig sind, eben diese Bedingung ausdrücklich stellt, unter der sie notwendige, d.h. denknnotwendige Erkenntnisgründe des logischen Urteils sind, das einen Staatsakt behauptet, das einen Tatbestand dem Staate zurechnet. Diese Bedingung ist eben die Geltendmachung des Mangels, ist die Anfechtung. Wenn irgendein Mangel keine Nichtigkeit, sondern »nur« Anfechtbarkeit des fehlerhaften Staatsaktes bedeutet, so kann er das nur insoferne, als die Rechtsordnung das mangelnde Erfordernis mit der Bedingung stellt, daß sein Mangel geltend gemacht, d.h. der Staatsakt angefochten und vom Staate vernichtet werde. Während das Fehlen eines unbedingten Erfordernisses von jedermann konstatiert werden kann, muß das Fehlen des so bedingten Erfordernisses der Staat auf Grund der erfolgten Anfechtung konstatieren. Wenn gewisse Mängel des Staatsaktes auf Grund positiver Vorschrift keine Nichtigkeit, sondern »bloße« Anfechtbarkeit herbeiführen, so hat das nur die Bedeutung, daß die Rechtsordnung die Beurteilung eines Teiles der Erkenntnisgründe, auf die sich das Zurechnungsurteil, daß ein Staatsakt vorliege, stützt, der logischen Autorität des Individuums entzogen und der Staatsautorität vorbehalten hat. Zu solcher Entziehung und solchem Vorbehalt bedarf es eben positivrechtlicher Vorschrift, die Anfechtungsgründe müssen – ganz im Gegensatz zu den Nichtigkeitsgründen – im Gesetz ausdrücklich als solche bezeichnet sein. Anfechtungsgrund ist

⁸³ Walter *Jellinek*, a.a.O S. 59.

n
Ei
m
de
A:
D:
ist
ga
de
fo
st
de
Er
ge
no
m:
ge
fü
ist
de
bl
ist
Be

Pr
sol
tur
nei
Un
Ve
zur
sie
Ab
Re
»L
stä
Pfl
bes

nis
leic
fizi

nur das Fehlen eines bedingten Erfordernisses und die Bedingung lautet: Dieses Erfordernis ist nur dann und erst in dem Augenblicke nötig, respektive sein Mangel macht nur dann und erst in dem Augenblicke den Staatsakt nichtig, wenn der Staat den Mangel über Anfechtung konstatiert und den Staatsakt vernichtet hat, denn jede Anfechtung soll schließlich zur nachträglichen Vernichtung des Staatsaktes führen. Darum ist die Anfechtbarkeit nur eine bedingte Nichtigkeit. Und wenn es unkorrekt ist, bei einem Nichtigkeitsgrund von einem fehlerhaften Staatsakt zu sprechen, weil gar kein Staatsakt vorliegt, so ist es auch unzulässig, bei einem Anfechtungsgrunde den Staatsakt als fehlerhaft zu bezeichnen. Denn solange der Staatsakt nicht angefochten, solange die Existenz des behaupteten Mangels nicht staatlicherseits festgestellt und durch Vernichtung des Aktes berücksichtigt ist, reicht der Erkenntnisgrund, der den Akt zu einem fehlerhaften stempeln könnte, noch nicht über die juristische Erkenntnisebene. Es ist noch zweifelhaft, ob der vom Individuum behauptete Mangel besteht, solange nicht der Staat ihn festgestellt und berücksichtigt hat und daher noch nicht die Bedingung erfüllt ist, an die dieser Mangel geknüpft ist. Ebenso wie man ein resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft vor Eintritt der Bedingung nicht für aufgelöst ansehen kann, so darf man einen anfechtbaren Staatsakt nicht vor durchgeführtem Anfechtungsverfahren für fehlerhaft erklären. Sobald aber dieses zu Ende ist, der Fehler vom Staate konstatiert wurde, muß auch der Akt schon vernichtet werden, liegt also kein Staatsakt mehr vor. Solche terminologische Akkuratessse ist nicht bloß ein Spiel mit Worten. Denn gerade die ungenaue und nachlässige Terminologie ist nicht zum geringsten daran Schuld, daß die ursprünglichen Beziehungen der Begriffe verdunkelt werden.

Ich verhehle mir nicht, daß das hier als einzig richtig erkannte Prinzip in der Praxis der Rechtsanwendung mitunter als inopportun empfunden werden dürfte, sofern mancher Mangel, den das positive Gesetz nicht ausdrücklich zum Anfechtungsgrund macht, für einen Nichtigkeitsgrund nicht schwer genug zu wiegen scheinen wird. Allein die Theorie des positiven Rechtes kann nicht die Aufgabe haben, Unterlassungen des Gesetzgebers gutzumachen. Sie kann sich nicht ohne schwere Verletzung ihrer methodologischen Grundlagen, nicht ohne zu eigenen Voraussetzungen in schwere Widersprüche zu geraten, an Stelle des Gesetzgebers setzen. Und sie schadet mit solchem kompetenzüberschreitenden Bemühen, dessen treffliche Absichten nicht geleugnet werden sollen, nicht nur sich selbst, sie schadet auch der Rechtsordnung, die sie ja nur zu begreifen, nicht zu verbessern hat, indem diese die »Lücken« der Rechtsordnung ausfüllende Pseudotheorie der Gesetzgebung den stärksten Anreiz nimmt, ihre natürliche Aufgabe zu erfüllen, die Gesetzgebung ihrer Pflicht enthebt, ihrerseits die Rechtsordnung abändernd, Lücken ausfüllend zu verbessern.

Die praktische Bedeutung der Tatsache, daß die Nichtigkeitsgründe im Verhältnis zu den Anfechtungsgründen einen zu großen Raum einnehmen, wird übrigens leicht überschätzt. Denn in Wirklichkeit wird man nur äußerst selten von dem Benefizium, das die Nichtigkeit zum Unterschiede von der Anfechtbarkeit gewährt, in vol-

lem Maße Gebrauch machen und das große Risiko auf sich nehmen, einen Tatbestand, der äußerlich mit dem Anspruch, als Staatsakt zu gelten, auftritt, wegen eines vermutlichen Nichtigkeitsgrundes zu ignorieren. Der Fall, daß die Nichtigkeit des Aktes über alle Zweifel erhaben und für jedermann offenkundig ist, dürfte äußerst selten sein; selbst die Befehle des Hauptmann von Köpenick hat man als Staatsakte respektiert, obgleich manchem Zweifel aufgestiegen sein mögen. In der Regel ist ja die Frage, ob ein Nichtigkeit begründender Mangel vorliegt, eine sehr zweifelhafte Rechtsfrage, die für sich zu entscheiden selbst ein Rechtskundiger nicht wagen dürfte, wenn der Irrtum mit unangenehmen Folgen verbunden sein kann. In der Regel wird man auch die Nichtigkeit erst vor den staatlichen Behörden geltend machen, selbst wenn man riskieren könnte, seinem eigenen Urteil und seiner eigenen Rechtskenntnis zu vertrauen und einen Akt als nichtig zu ignorieren. Wie viele werden dem Haftbefehl eines Polizeibeamten keine Folge leisten, bloß weil sie den Beamten für geschäftsunfähig oder bösgläubig halten, ein Urteil einfach ignorieren, weil sie den Richter für wahnsinnig halten, weil Geschäftsunfähigkeit und böse Absicht, weil Geisteskrankheit des Beamten Nichtigkeitsgründe sind, zumal ja die moderne Theorie selbst über die einzelnen Fälle sehr zwiespältiger Meinung ist? Und schließlich, was nützt einem die beste Rechtskenntnis, das richtigste Urteil, wenn ein Akt, den man für nichtig hält, von den staatlichen Behörden, wenn auch irrigerweise, nicht für nichtig erkannt wird? Das Bewußtsein, daß hier ein Unrecht der Organe vorliegt – freilich ein ungesühntes und unsühnbares – dürfte einem kaum genügende Genuß bereiten. Darum wird in den allermeisten Fällen auch die Nichtigkeit dem Staate zur Konstatierung überlassen werden und der praktische Unterschied zu den Fällen der Anfechtbarkeit lediglich darin bestehen, daß die staatliche Entscheidung im ersten Falle rein deklaratorisch feststellt, daß der fragliche Akt niemals ein Staatsakt war, im zweiten Falle dagegen konstitutiv das, was bisher Staatsakt war, mit Wirkung *ex nunc* oder *ex tunc* vernichtet.

Aus diesem Grunde ist auch die Frage, wie der Gesetzgeber die Grenze der Anfechtbarkeit zur Nichtigkeit ziehen soll, nicht allzu heikel. Es wäre denkbar, daß eine Rechtsordnung, um die Bedeutung der Staatsakte gegenüber den privaten Rechtsgeschäften hervorzuheben, allem, was nur irgendwie den Schein eines Staatsaktes annähme, was mit dem Anspruch, ein Staatsakt zu sein, aufträte, insofern eine Präsomption der Gültigkeit verliehe, als es das Institut der Nichtigkeit bei Staatsakten ganz oder nur mit verschwindender Ausnahme ausschlosse und alle Mängel bei Staatsakten für Anfechtungsgründe erklärte. Freilich wäre ein derartiger Zustand nicht weniger unerträglicher als jener, bei welchem jeder Mangel Nichtigkeit bedeutete, da ja selbst die lächerlichste Köpenickiade eines besonderen Verfahrens und eines staatlichen Vernichtungsaktes bedürfte, um rechtlich wirkungslos zu werden. Allein beide Grenzfälle sind theoretisch ohne Bedeutung, denn sie sind in keiner positiven Rechtsordnung verwirklicht. Die Gesetzgebungen haben sich vernünftigerweise weit innerhalb dieser Extreme gehalten. Und wenn man versucht, das materielle Prinzip herauszufinden, nach dem die Gesetzgebungen der modernen

Staate
Nichti
eine a
um ein
dem R
riellen
Erford
mann
positiv
Fehler
gründ
gerich
jenige
wichti
gewicl
zu ein
ße« A
verkel
wegen
sei. Al
dern d
wenig
an ers
stische
Gesetz
nach k
tete Pe
– die i
die for
so dar
nur hä
kein S
auch h
genor
lerhaft
fraglic
keit ve
der eit
von de
setzen
Individ
ums gr

einen Tatbe-
wegen eines
ichtigkeit des
dürfte äußerst
als Staatsakte
r Regel ist ja
zweifelhafte
nicht wagen
. In der Regel
end machen,
enen Rechts-
werden dem
Beamten für
, weil sie den
Absicht, weil
oderne Theo-
d schließlich,
ein Akt, den
eise, nicht für
me vorliegt –
gende Genug-
ichtigkeit dem
schied zu den
Entscheidung
als ein Staats-
war, mit Wir-

e Grenze der
denkbar, daß
den privaten
eines Staats-
insofern eine
ei Staatsakten
e Mängel bei
tiger Zustand
tigkeit bedeu-
erfahrens und
os zu werden.
sind in keiner
vernünftiger-
cht, das mate-
er modernen

Staaten im großen und ganzen den Umfang der Anfechtungsgründe gegenüber den Nichtigkeitsgründen abzustecken geneigt sind – es handelt sich dabei keineswegs um eine ausnahmslose Regel und nicht um ein naturrechtliches Idealpostulat, sondern um eine Konstatierung positivrechtlicher Verhältnisse – so dürfte man vielleicht zu dem Resultate gelangen, daß der Mangel jener Erfordernisse, die ich oben als materiellen Charakters bezeichnet habe und die etwa mit dem, was Walter *Jellinek* das Erfordernis der sachlichen Richtigkeit nennt, zusammenfällt, jene Mängel, die *Kormann* bei der Rubrik: »Gesetzwidriger, aber nicht unmöglicher Inhalt« im Auge hat, positiv-rechtlich als Anfechtungsgründe anerkannt sein, während die übrigen: das Fehlen formaler Erfordernisse, bei Schweigen des Gesetzgebers, als Nichtigkeitsgründe zu gelten haben. Dieses Resultat, auf das ja auch die auf die Natur der Sache gerichteten Untersuchungen *Kormanns* und Walter *Jellineks* hinauslaufen, muß demjenigen eigentlich befremdend erscheinen, der auf dem Standpunkt steht, daß, je wichtiger eine Vorschrift ihrem Gehalte nach ist, je schwerer ihre Verletzung, je gewichtiger der Mangel seiner inneren Bedeutung nach ist, desto mehr die Eignung zu einem Nichtigkeitsgrunde gegeben ist, während die leichteren Mängel eine »blo-ße« Anfechtbarkeit rechtfertigen. Von solchem Standpunkte ist es eigentlich ganz verkehrt, daß ein Urteil wegen sachlicher Unrichtigkeit »bloß« anfechtbar, aber wegen Verletzung irgendeiner Formvorschrift, einer Kompetenznorm udgl. nichtig sei. Allein nicht diese Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, sondern der Standpunkt ist verkehrt; denn diese Einteilung der Mängel in wichtige oder weniger wichtige und diese Klassifizierung der Wirkungen, wonach die Nichtigkeit an erster Stelle, die Anfechtbarkeit an zweiter Stelle steht, ist durchaus individualistischen Charakters, sie erfolgt unter der Perspektive des zum Staate oder zum Gesetzgeber in Gegensatz gestellten Individuums und ist daher für den seiner Natur nach kollektivistischen Standpunkt des Gesetzgebers, für eine vom Staat aus gerichtete Perspektive nicht zutreffend. Wenn die materielle Richtigkeit eines Staatsaktes – die immer nur dem Individuum, der daran interessierten »Partei« wichtiger ist als die formale Richtigkeit – in Frage steht, wenn ein materieller Mangel behauptet wird, so darf doch nie vergessen werden, daß die Entscheidung dieser Frage in der Regel nur höchst subjektiv und fast nie mit objektiver Gewißheit möglich ist. Man muß kein Skeptiker sein, aber man kann sich doch nicht der Erkenntnis verschließen, daß auch hier die Zweifelsfrage ihr Haupt erhebt: »Was ist Wahrheit?« Es ist im Grunde genommen unrichtig, wenn man bei theoretischer Behandlung des Problems des fehlerhaften Staatsaktes stets von der stillschweigenden Voraussetzung ausgeht, daß der fragliche Fehler mit absoluter Sicherheit festgestellt oder feststellbar ist. In Wirklichkeit verhält es sich doch meist so, daß einem Staatsakt gegenüber, d.h. einem Akte, der ein Staatsakt und naturgemäß auch ein fehlerloser Staatsakt zu sein behauptet, von der Seite der »Partei«, d.h. einem nicht mit dem Staate, resp. dem den Staatsakt setzenden Organe identischen Individuum, von einem gegen den Staat gekehrten Individuum ein Fehler behauptet wird. Meist wird doch Behauptung des Individuums gegen Behauptung des Organs stehen. Wenn ein »Unschuldiger verurteilt wird«,

so heißt doch das nur: daß das Organ den Verurteilten für schuldig, aber ein anderer ihn für unschuldig hält. Die Frage, ob die von der Rechtsordnung geforderten Voraussetzungen eines Staatsaktes gegeben sind oder nicht, läßt sich doch nicht mit solcher Sicherheit, mit solcher objektiven Gewißheit und Exaktheit entscheiden, wie die Frage, ob etwas eine Säure oder eine Base ist. Da ist es doch nur selbstverständlich, daß der Staat seiner eigenen Behauptung den Vorzug gibt und bei gewissen Erfordernissen – nämlich gerade jenen, bei denen eine Meinungsverschiedenheit, eine Differenz zwischen Organ und Individuum am leichtesten möglich ist, weil das Individuum, der Untertan gerade nach dieser Richtung am meisten interessiert ist, nämlich bei den Erfordernissen der sachlichen oder materiellen Richtigkeit, einen Fehler nur dann als vorhanden zugibt, wenn nicht bloß das Individuum, die »Partei«, die (im Gegensatz zum Staate gedachte) Gesellschaft, wenn Herr Jedermann solchen Mangel behauptet, sondern wenn auch der Staat selbst den Fehler feststellt und berücksichtigt. Daß damit der Staat seine eigene Autorität über die souveräne Vernunft des Individuums stellt, ist zweifellos. Aber wenn man dem Staate das Recht gibt, den Dieb zu strafen, muß man ihm auch das Recht geben, autoritativ festzustellen, ob jemand ein Dieb ist. Und es scheint, als ob das letztere das größere Opfer ist, das das Kollektivum vom Individuum fordert. Freilich ein Opfer, das unter allen Umständen gebracht werden muß. Ja man kann sagen, daß das Wesen der staatlichen Autorität, der Sinn der Unterwerfung des Individuums unter den Staat nicht so sehr in der Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt, als vielmehr, ja vielleicht ausschließlich in dieser Unterordnung nicht des Einzelwillens, sondern des individuellen Denkens, des Urteiles gelegen ist. Denn solange es dem Individuum oder der freien Gesellschaft vorbehalten bleibt, festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Äußerung der Staatsgewalt im Einzelfall gegeben sind, ob der Wirklichkeitstatbestand mit dem von der Rechtsordnung – die ja auch nur das Individuum, die freie Gesellschaft aufgestellt hat – vorausgesetzten Tatbestände übereinstimmt, solange ist im Grunde genommen das Individuum über den Staat gestellt. Treffend sagt Walter *Jellinek*, daß dann »der den Staatsorganen unterworfenen Untertan Richter über seine eigenen Richter«⁸⁴ wäre.

§ 11. Das Verhältnis des Staatsunrechts zum fehlerhaften Staatsakt

Dagegen irrt Walter *Jellinek* völlig, wenn er meint, daß diese ratio, nach der die positiven Rechtsordnungen die materiellen Mängel des Staatsaktes zu Anfechtungsgründen machen, im Widerspruch zur Annahme stünde, daß der Staat kein Unrecht tun könne. Er sagt: »Daß von Staatsorganen irrierte Urteile ausgesprochen und irrierte Handlungen vollzogen werden (er versteht unter »irrigen« Staatsakten sachlich unrichtige Akte, bei denen der Mangel im Wissen, nicht im Wollen besteht), ist bedauerlich aber nicht zu ändern. Sicher widerspricht es der Idee des Staates, daß er

84 a.a.O. S. 104.

jemals anders tätig werde, als es das Gesetz verlangt; das verkörperte Recht kann nicht Unrecht tun (hier zitiert Walter *Jellinek* die bekannten Ausführungen Georg *Jellineks* über das Staatsunrecht). Aber die sachlich unrichtigen staatlichen Urteile und Handlungen darum einfach für nicht vorhanden anzusehen, weil sie in Wahrheit nicht mehr Ausflüsse des staatlichen Willens seien, das wird nur mehr naturrechtlicher Doktrinarismus vermögen⁸⁵.«

Ganz ungerechtfertigt ist zunächst, wenn Walter *Jellinek* das Staatsunrecht gerade mit dem sachlich unrichtigen Staatsakt identifiziert! Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch der formal unrichtige Staatsakt, warum nicht der sonst irgendwie fehlerhafte Staatsakt »Staatsunrecht« darstellen kann, wenn offenbar nur die »Fehlerhaftigkeit« des Aktes das »Unrecht« bedeutet.

Nun ist aber der fehlerhafte Staatsakt und Staatsunrecht von vornherein nicht ganz dasselbe. »Unrecht« ist nach einzig richtiger Auffassung ein von der Rechtsordnung positiv qualifizierter, und zwar jener Tatbestand, auf den eine Unrechtsfolge: Strafe oder Exekution gesetzt ist. Das Unrecht soll oder darf man rechtlich nicht setzen, kann es aber dennoch begehen. Daß ein solcher Unrechtstatbestand dem Staate niemals zugerechnet werden kann, ist ja dargelegt worden. Es widerspricht dem Sinn der Zurechnung zum Staate, es ist rechtslogisch unmöglich. Der fehlerhafte Staatsakt aber, unter den Walter *Jellinek* das Staatsunrecht subsumiert, ist keineswegs ein »Unrecht« im obigen technischen Sinne des Wortes. Handelt es sich um einen nichtigen Staatsakt, dann liegt ein Tatbestand vor, den die Rechtsordnung überhaupt nicht qualifiziert. Man kann nicht sagen, daß der Staat einen nichtigen Staatsakt nicht setzen darf, aber trotzdem ausnahmsweise setzt, so wie die Untertanen nicht stehlen dürfen, aber trotzdem ausnahmsweise stehlen. Denn einen nichtigen Staatsakt kann der Staat gar nicht setzen, solches wäre rechtlich unmöglich, nicht verboten; ein nichtiger Staatsakt ist eben überhaupt kein Staatsakt. Hier ist es bloß die ungenaue Terminologie, die zu der falschen Vorstellung verleitet, es gäbe doch Staatsakte, die den Mangel der Nichtigkeit haben. Und liegt ein anfechtbarer Staatsakt vor, so ist damit natürlich ebensowenig ein Unrechtstatbestand gegeben. Und auch fehlerhaft ist dieser Staatsakt nur bedingtermaßen; ist die Bedingung erfüllt, muß der Akt auch schon vernichtet werden, ist er kein Staatsakt mehr. Will man mit Staatsunrecht den »fehlerhaften Staatsakt« bezeichnen, dann ist das Staatsunrecht auch in diesem Sinne eine unvollziehbare Vorstellung. Das ist aber nicht ein Postulat des Naturrechtes – wie Walter *Jellinek* meint – sondern der Rechtslogik⁸⁶.

85 a.a.O. S. 104.

86 Vgl. auch unten S. 102.

§ 12. *Der fehlerhafte Gesetzgebungsakt und das völkerrechtliche Delikt des Staates*

Nicht nach den dargelegten Gesichtspunkten sind fehlerhafte Akte der sogenannten gesetzgebenden Organe zu beurteilen. Abgesehen davon, daß die Akte der Gesetzgebung, d.h. die den Gesetzgebungsprozeß bildenden Funktionen des Parlamentes und des Monarchen überhaupt nicht als Staatsakte der Staatsperson zurechenbar sind, weil es hier an jeder Zurechnungsregel fehlt, so daß also auch der fehlerfreie, korrekte Gesetzgebungsprozeß nicht als Staatsfunktion, sondern als Funktion der Gesellschaft anzusehen ist⁸⁷ – ganz abgesehen davon liegt, falls die gesetzlichen Voraussetzungen bei Schaffung eines Gesetzes nicht erfüllt werden, überhaupt weder ein Unrecht im eigentlich juristischen Sinne, noch ein fehlerhafter Staatsakt, sondern rechtlich überhaupt nichts vor. Denn es ist eben – mangels der erforderlichen Voraussetzungen kein Wille des Staates entstanden, es fehlt an dem notwendigen Erkenntnisgrund für das Urteil, daß ein Gesetz vorliege; das, was sich als Gesetz ausgibt, ist kein Gesetz. Fehlt es aber an einem richterlichen Prüfungsrecht, so daß alles, was als Gesetz publiziert wird, als Gesetz angewendet werden muß, ohne Rücksicht auf andere Voraussetzungen, dann bedeutet jede Außerachtlassung der für das Zustandekommen eines Gesetzes bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen rechtlich nicht konstruierbaren Verfassungsbruch. Die Beschließung und Sanktion eines verfassungsändernden Gesetzes ohne Einhaltung der verfassungsmäßigen Formen ist in jenen Staaten, die ein richterliches Prüfungsrecht der Gesetze nicht anerkennen, ebenso rechtlich unfaßbar, wie eine Revolution oder ein faktischer Stillstand der Staatsmaschine. Man kann ein solches Faktum nicht als Unrecht des Staates dem Unrecht der übrigen Subjekte an die Seite stellen, so wie dies z.B. Georg *Jellinek* getan hat. Denn das Unrecht ist ein rechtlich qualifizierbarer Tatbestand und zwar dadurch rechtlich qualifiziert, daß er eine Voraussetzung für die Rechtsfunktion des Staates bildet, den bedingenden Vordersatz eines Rechtssatzes ausmacht, während der Fall eines fehlerhaften Gesetzgebungsaktes zur Rechtsordnung überhaupt beziehungslos ist, außerhalb aller rechtlichen Beurteilung steht. Ein anderer Fall, in dem Georg *Jellinek* ein Unrecht des Staates erblicken zu sollen glaubt, ist der, »wenn alle Elemente der Staatsgewalt sich vereinigen, um an Stelle des Rechtes die Willkür zu setzen, um Verpflichtungen zu brechen, die sie als solche anerkennen müssen«⁸⁸. Allein hierin kann, soweit es sich um das Verhalten exekutiver Organe handelt, nicht von einem Unrecht des Staates, sondern eben nur aller Staatsorgane die Rede sein, wenn man es nicht vorzieht, solchem völligen Versagen des Rechtsapparates gegenüber auf eine juristische Konstruktion zu verzichten. Für die Zerstörung der Rechtsordnung eine juristische Formel zu finden, scheint ein müßiges Beginnen zu sein.

87 Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 405ff.

88 Vgl. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880, S. 33.

he Delikt

: Akte der so-
 daß die Akte der
 men des Parla-
 rson zurechen-
 uch der fehler-
 n als Funktion
 ie gesetzlichen
 überhaupt weder
 atsakt, sondern
 derlichen Vor-
 1 notwendigen
 als Gesetz aus-
 it, so daß alles,
 ohne Rücksicht
 er für das Zu-
 en einen recht-
 Sanktion eines
 gen Formen ist
 it anerkennen,
 Stillstand der
 s Staates dem
 Georg Jellinek
 tand und zwar
 tsfunktion des
 acht, während
 überhaupt bezie-
 r Fall, in dem
 er, »wenn alle
 die Willkür zu
 en müssen«⁸⁸.
 gane handelt,
 gane die Rede
 chtsapparates
 erstörung der
 ; Beginnen zu

Etwas anders liegt der Fall, wenn von einem formal fehlerfreien Gesetzgebungsakt behauptet wird, daß er staatliches Unrecht darstelle; so z.B. wenn durch die Gesetzgebung sogenannte »wohlerworbene Rechte« aufgehoben werden. Daß hier von keinem Unrecht im juristischen Sinne, höchstens nur von einem moralischen die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Ob dem Staat, wenn durch ein Gesetz, das ausnahmsweise rückwirkende Kraft hat, Rechte, die unter einem vorher geltenden Rechtssatz entstanden sind, aufgehoben werden, eine Entschädigungspflicht erwächst, diese Frage ist nach den Grundsätzen des Positivismus, denen zufolge jede Rechtspflicht, auch die des Staates, der Feststellung durch die Rechtsordnung bedarf, in dem Sinne zu beantworten, daß es zu ihrer Begründung einer gesetzlichen Vorschrift bedarf. Schweigt das Gesetz, kann ein Entschädigungsanspruch nicht geltend gemacht werden⁸⁹.

Schließlich erübrigt noch die Frage zu erörtern, ob ein völkerrechtliches Unrecht, ob ein völkerrechtliches Delikt des Staates denkbar ist oder nicht.

Unrecht ist ein Tatbestand, der sich in Widerspruch setzt mit einer Norm. Je nachdem, ob diese Norm Rechtsnorm oder Moralnorm oder eine Norm anderen Charakters ist, liegt rechtliches, sittliches oder anderes Unrecht vor, Unrecht ist eben gleichbedeutend mit Unricht, unrechtlich heißt unrichtig. Daß es Normen gibt, durch welche Pflichten der zur sogenannten Völkerrechtsgemeinschaft gehörenden Staaten untereinander statuiert werden, ist zweifellos. Fraglich kann nur sein, ob diese Normen Rechtsnormen, die von ihnen statuierten Pflichten Rechtspflichten sind. Die Frage aber, ob ein diese Völkernormen verletzender Tatbestand, der dem einzelnen Staate zuzurechnen ist, gedacht werden kann, ist durchaus unabhängig von der Frage, ob die verletzten Normen Rechtsnormen sind oder nicht, ob der verletzende Tatbestand Unrecht im Rechtssinne – völkerrechtliches Delikt – oder Unrecht in irgend einem anderen Sinne ist.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch diese Völkernormen die möglicherweise Völkerrechtsnormen sind – ebenso wie Normen jeder anderen Art, einen sie verletzenden Tatbestand einer beliebigen Person zurechnen können. Diese Zurechnung, die Verknüpfung irgendeines äußeren Tatbestandes mit einer Person, ist ja eine wesentliche Funktion jeder Norm. Die Völkernormen oder sogenannten Völkerrechtsnormen können daher ohneweiters einen sie verletzenden Tatbestand – ein sogenanntes völkerrechtliches Unrecht oder Völkerrechtsdelikt – irgendeinem Staate nach irgendwelchen Voraussetzungen zurechnen. Nur wäre es ein Irrtum zu glauben, daß ein sogenanntes Völkerrechtsdelikt bloß einer Staatsperson zugerechnet werden könne. Aus dem Begriff der Völkernormverletzung geht das keineswegs hervor. Wenn aber die Völkerrechtsnorm an den sie verletzenden Tatbestand eine Unrechtsfolge knüpft – und der sogenannte völkerrechtliche Zwang, der bei Verletzung einer Völkerrechtsnorm und mangelnder Erfüllung der Sühnepflicht nach Völ-

89 Vgl. dagegen *Gierke*, Genossenschaftstheorie S. 801.

kerrecht einzutreten hat, wird mit Recht als Unrechtsfolge angesehen⁹⁰ – und wenn die Völkerrechtsnorm diese Unrechtsfolge über eine Staatsperson verhängt – und nach herrschender Überzeugung trifft die völkerrechtliche Unrechtsfolge stets nur einen Staat – dann ist eben die Staatsperson Subjekt der Völkerrechtspflicht und des Völkerrechtsdeliktes: Die Völkerrechtsnorm rechnet den völkerrechtlichen Unrechtstatbestand der Staatsperson zu. Dabei ist es gleichgültig, ob der Unrechtstatbestand von einem Staatsorgan oder einem Untertan gesetzt wurde, dem die Organqualität fehlt. Die Völkerrechtsnorm kann, aber sie muß nicht die Zurechnung eines sie verletzenden Tatbestandes zur Staatsperson davon abhängig machen, daß dieser Tatbestand – für eine kausal-körperliche oder teleologisch-psychische Betrachtung oder vom Standpunkt der sittlichen oder innerstaatsrechtlichen Zurechnung aus von einem Organ des Staates als solchem, d.h. innerhalb seiner Kompetenz gesetzt wurde. Tatsächlich beschränkt die Völkerrechtsnorm ihre Zurechnung zum Staat nicht auf so enge Grenzen, denn nach geltendem Völkerrecht werden auch gewisse die Völkerrechtsnorm verletzende Handlungen von Untertanen, die überhaupt nicht Staatsorgane sind, deren Staat zugerechnet, indem die völkerrechtliche Unrechtsfolge der Staatsperson, nicht aber den Untertanen gilt⁹¹.

Die logische Konstruierbarkeit eines völkerrechtlichen Deliktes des Staates wäre nur dann und nur insofern in Frage gestellt, wenn die Völkerrechtsnormen in ihrem Inhalt bedingt wären durch die Staatsrechtsnormen, wenn das System der Völkerrechtsnormen mit den einzelnen Systemen der innerstaatlichen Rechtsnormen eine logische Einheit bildete. Allein die Völkerrechtsnormen sind in ihrem Inhalte unabhängig von den internen Rechtsnormen der einzelnen Staaten. Es kann somit ein Tatbestand völkerrechtlich, aber nicht staatsrechtlich als Unrecht des Staates angesehen werden. Die Voraussetzung, welche die Annahme eines die einzelstaatliche Rechtsordnung verletzenden, dem Staate zuzurechnenden Unrechtstatbestandes ausschließt: daß nämlich der Wille des Staates, der das Unrecht setzen soll, identisch sei mit dem Willen, der in der staatlichen Rechtsordnung das Unrecht ausschließt – diese Voraussetzung fehlt im Verhältnis des Staates zur Völkerrechtsordnung. Der das Völkerrecht tragende Wille ist nicht identisch mit dem Willen, den die einzelne Staatsperson darstellt. Der Staat verhält sich zur Völkerrechtsordnung in diesem Punkte – wenn auch keineswegs in allen übrigen – so wie die juristische Person zur staatlichen Rechtsordnung. Wie es vom Standpunkte der innerstaatlichen Rechtsordnung eine Unrechts- oder Deliktsfähigkeit der juristischen Person (mit Ausnahme des Staates) gibt, so gibt es vom Standpunkt der Völkerrechtsordnung eine Unrechts- oder Deliktsfähigkeit der Staatsperson. Und vom Standpunkt der innerstaatlichen Rechtsordnung aus ist ein Unrecht oder Delikt des Staates ebenso undenkbar, wie es vom Standpunkt der Völkerrechtsordnung aus sinnlos und zweckwidrig wäre, ein Unrecht oder ein Delikt anzunehmen, das der als Person gedachten,

90 Vgl. *Liszt*, Das Völkerrecht, 5. Aufl., 1907, S. 198.

91 Vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 242.

über den Einzelstaaten stehenden, die Völkerrechtsnormen setzenden Autorität, der Völkerrechtsgemeinschaft zugerechnet würde.

Die Frage, ob das sogenannte völkerrechtliche Delikt des Staates ein Unrecht im Rechtssinne, die Völkerrechtsnormen wahre Normen sind, ist hier von sekundärem Interesse. Nur soviel sei bemerkt, daß die Völkerrechtsnormen in ihrem logisch-grammatischen Bau und daher sowohl in den aus ihnen ableitbaren Begriffen der Pflicht und der Berechtigung, als auch in der Technik ihrer logischen Anwendung eine weitgehende formale Analogie zu den staatlichen Rechtsnormen aufweisen. Es scheint tatsächlich nur ein terminologisches Problem zu sein, ob man den Begriff der Rechtsnorm noch um einen Grad weiter formalisieren oder – was dasselbe ist – erweitern soll und nicht nur hypothetische Urteile, die den bedingten Willen der Staatsautorität, sondern auch solche, die den bedingten Willen einer überstaatlichen Autorität zu einer Unrechtsfolge aussprechen, als Rechtsnormen gelten lassen soll. Der einzige immer wieder geltend gemachte Unterschied zwischen Staats- und Völkerrecht: daß der staatliche Rechtssatz von einem spezifischen Organ (z.B. dem Gericht), der Völkerrechtssatz dagegen von der verletzten Partei, dem verletzten Staat realisiert wird, ist kein formal-prinzipieller, sondern nur ein materiell-quantitativer! Es bedeutet gewiß einen materiellen Fortschritt in der Organisation des Rechtsapparates, wenn der Rechtssatz nicht den mit ihm Verletzten, sondern eine objektive Instanz zu seiner Realisierung: der Ausführung der Unrechtsfolge ermächtigt. Allein das Wesen des Rechtssatzes bleibt dadurch gänzlich unberührt, ob er die an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Unrechtsfolge der Strafe oder Exekution durch den Verletzten oder durch einen von ihm verschiedenen, nur zur Rechtsanwendung berufsmäßig Verpflichteten verhängen zu wollen erklärt. Zum Organ des Rechtsapparates, der Rechtsautorität, des Rechtswillens des Staates oder wie man sonst jene Einheit bezeichnen mag, als welche man sich ein logisch geschlossenes System spezifischer Normen in seiner Sollgeltung für eine Menschenvielheit – und in übertragenem Sinne diese so gemeinte Menschenvielheit selbst denkt, wird der Berufsrichter und Berufshenker ebenso wie der Verletzte: nur sofern die Rechtsordnung ihn zur Realisierung der Unrechtsfolge ermächtigt. Nur wenn man das Wesen des Rechtes nicht rein formal in der spezifischen Formulierung der Rechtsnorm erblickt, wenn man vielmehr ein materielles Moment in den Rechtsbegriff aufnimmt und von Recht erst spricht, wo ein Gericht besteht, dann ist das Völkerrecht solange nicht als Recht im eigentlichen und engeren Sinne anzusehen, als keine speziellen Berufsgane sich entwickelt haben, die zur Realisierung der Völkerrechtsnormen befugt sind.

Anerkennt man ein Völkerrecht als eine Summe von Normen, durch welche die Staaten untereinander verpflichtet werden und die nicht von dem einzelnen Staate selbst gesetzt werden (nicht also ein Völkerrecht als Summe von Normen, welche der einzelne Staat selbst für sein Verhalten anderen Staaten gegenüber durch Gesetz oder Vertrag setzt, ein Völkerrecht als besonderen Bestandteil jedes Staatsrechtes also), so muß man damit rechnen, daß zwischen Staats- und Völkerrecht insofern ein

Konflikt möglich ist, als der Einzelstaat in korrekter Realisierung seiner eigenen Rechtsordnung eine Völkerrechtsnorm verletzt. Und hier muß man des ernststen Einwandes gewärtig sein, ob es zulässig sei, zwei voneinander völlig unabhängige Normsysteme, denen gegenüber das Subjekt (der Staat) möglicherweise sogar in eine Pflichtenkollision geraten kann, beide in gleicher Weise als Recht zu bezeichnen und durch diese Nomenklatur den Schein ihrer Einheitlichkeit zu erwecken. Man kann der Frage nicht ausweichen, was es noch für eine Bedeutung habe, Normen als Recht gelten zu lassen, deren Verletzung kein Unrecht ist – vom Standpunkte anderer Normen, die auch, und zwar für gewöhnlich und seit jeher den Namen Recht führen. Daß zahlreiche staatliche Rechtssysteme nebeneinander bestehen, deren Normen sich derart widersprechen, daß nicht selten was für die einen Recht, für die anderen Unrecht ist – man denke an die Differenzen der verschiedenen nationalen Rechtssysteme – das kann man wohl als eine formale Widerlegung des erhobenen Einwandes gelten lassen. Allein materiell und letzten Endes steht das Völkerrecht nicht als ein neben den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen, sondern als ein über diesen Geltung heischendes Normsystem in Frage und kann sein Wesen nur in dieser seiner Überordnung über alles staatliche Recht erfüllen.

IV. KAPITEL

Staatsunrecht und Haftung des Staates für seine Organe

§ 13. Die rechtslogische Bedeutung des Dogmas von der rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates

Die Frage, ob der Staat unrecht handeln könne, ist ausschließlich ein Problem der juristischen Konstruktion. Das Postulat, staatliches Unrecht zu vermeiden, ist lediglich an die juristische Theorie, nicht aber an die Praxis der Gesetzgebung oder Verwaltung gerichtet. Es ist ein Postulat, das die juristische Konstruktion erfüllen muß, wenn sie an der einheitlichen Persönlichkeit des Staates festhalten will, eine theoretische Forderung, die sie auf dem vorgezeichneten Wege auch erfüllen kann. Völlig verkehrt ist darum die Ansicht, daß nur für den Idealstaat das Prinzip uneingeschränkte Geltung habe, der Staat könne kein Unrecht tun, daß jedoch die Praxis der konkreten Staaten dieses Prinzip nicht ausnahmslos realisieren könne. Denn nicht die Praxis, sondern die Theorie des Staates hat dem Satze des englischen Staatsrechtes *The king can do no wrong* zu entsprechen und diesem Satze ist nicht die Bedeutung beizulegen, daß Gesetzgebung und Verwaltung bemüht sein sollen, staatliches Unrecht zu vermeiden, sondern daß die Jurisprudenz in keinem Akte ein Unrecht des Staates erkennen darf.

Darin liegt ja auch der Irrtum Georg *Jellineks*, daß er aus gewissen Fällen angeblichen Staatsunrechtes, z.B. wenn der fehlerhafte, Kompetenz überschreitende

Organakt die Wirkung eines Staatsaktes hat, de lege ferenda die Forderung an den Staat ableitet, die Garantien für die strikte Einhaltung der betreffenden Kompetenzen zu vermehren. Er sagt, dem vollendeten Bilde des Staates entspräche es, daß der Kompetenz überschreitende Organwille nicht mehr als Staatswille anzusehen sei. Nur im Idealbilde des Staates müsse sich der hier oft zitierte Satz des englischen Staatsrechtes zu der unfehlbaren Wahrheit ausdehnen, daß der Staat nicht unrecht tun könne⁹². Allein das Idealbild des Staates schafft nicht der Staat, sondern die Wissenschaft, die mit den Mitteln juristischer Konstruktion wohl erreichen kann, was dem Staate mit allen Mitteln der Gesetzgebung und Exekutive nicht möglich wäre: die absolute Unmöglichkeit des staatlichen Unrechtes.

§ 14. Haftung des Staates für die Rechtswidrigkeit seiner Organe

Die mißverständliche Auffassung des Verhältnisses von Theorie und Praxis kann das Dogma von der rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates auch von einer anderen Seite aus dem Zweifel aussetzen. Wenn man nämlich die in vielen Fällen wünschenswerte Haftpflicht des Staates nur mit seiner Deliktsfähigkeit rechtfertigen zu können glaubt, indem man argumentiert: Wenn dem Staate eine Rechtswidrigkeit nicht zugerechnet werden kann, dann kann ihm auch nicht die Haftpflicht für irgendeinen, natürlich nur von seinem Organ rechtswidrig verursachten Schaden auferlegt werden. Diese Argumentation ist aber falsch!^{92a}. Denn der rechtswidrig verursachte Schaden bleibt zwar Unrecht des Organs und kann niemals als Unrecht der Staatsperson angesehen werden; allein eine Haftung des Staates für den von seinem Organ verursachten Schaden ist durchaus möglich, wenn auch nur als Haftung für fremdes Unrecht oder fremdes Verschulden. Solche Haftung des Staates, d.h. eine Rechtspflicht des Staates, den von einem seiner Organe verursachten Schaden zu ersetzen, kann natürlich nur auf Grund eines positiven Rechtssatzes angenommen werden. Der Staat darf hier nicht anders behandelt werden als alle anderen Rechtssubjekte, bei denen jede behauptete Leistungspflicht positivrechtlicher Grundlage bedarf.

Und dieses Prinzip muß gleichmäßig Anwendung finden für das Privatrecht wie für das öffentliche Recht. Denn eine Haftung des Staates für die durch die Rechtswidrigkeit seiner Organe verursachten Schäden ist weder auf privatrechtlichem noch auf öffentlichrechtlichem Gebiete aus der Natur des Organverhältnisses zu erschließen. Trotzdem wird von der herrschenden Lehre zwischen der privatrechtlichen und

⁹² Vgl. System S. 242.

^{92a} So wurde z.B. bei den Beratungen über die Bestimmung des Art. 8 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dez. 1867, RGB. Nr. 142: »Jede gesetzwidrig verfügte oder verlängerte Verhaftung verpflichtet den Staat zum Schadenersatz an den Verletzten«, im Herrenhaus seitens des Freiherrn von Hock als positiver Beweis dafür, daß die Haftung des Staates für die pflichtwidrigen Amtshandlungen seiner Beamten unmöglich zu Recht bestehen kann der Grundsatz geltend gemacht, daß der Staat, eine Gemeinde, eine Körperschaft, als solche ein Unrecht nicht begehen können. Vgl. Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsratsverhandlungen I. 1868 S. 362.

der öffentlichrechtlichen Haftung des Staates prinzipiell unterschieden⁹³. Man stellt den Staat nach seiner privatrechtlichen Seite, als Subjekt von Rechtsgeschäften etc. den übrigen juristischen Personen gleich, als Subjekt des Imperiums, d.h. in öffentlich-rechtlicher Beziehung aber nimmt man für ihn eine Vorzugsstellung in Anspruch. So erklärt z.B. *Loening*: »Die Frage, ob und inwieweit er (der Staat) aus den Handlungen seiner Beamten, die ihn als Fiskus zu vertreten haben, haftbar wird, beantwortet sich deshalb allein aus dem Privatrecht. Der Staat als Fiskus steht den anderen juristischen Personen gleich⁹⁴.«

Wenn also nach den allgemeinen Vorschriften des Privatrechtes die übrigen juristischen Personen für das Unrecht ihrer Organe haften, dann haftet auch der Staat – als Fiskus – für das Unrecht, das seine Beamten gesetzt haben. Allein diese Gleichstellung des Staates als Fiskus mit allen übrigen juristischen Personen ist aus den früher dargelegten Gründen für die juristische Konstruktion nicht möglich. Es mag zugegeben werden, daß sich der Staat als Fiskus dem Privatrecht unterwirft⁹⁵. Was bedeutet das aber? Der Staat unterwirft sich doch auch als Inhaber des Imperiums der Rechtsordnung, natürlich nicht dem Privatrecht, weil dieser Teil der Rechtsordnung eben wegen des zu regelnden Objektes als öffentliches Recht bezeichnet wird. Daß sich der Staat der Rechtsordnung, somit als Fiskus der Privatrechtsordnung unterwirft, bedeutet an sich nichts anderes, als daß er unter den gleichen Bedingungen die gleichen Rechtspflichten und Berechtigungen erwirbt, wie die übrigen Rechtssubjekte; es bedeutet aber nicht, daß ihm irgendein Unrecht zugerechnet werden kann. Sehr treffend führt *Loening* aus: »Wie kann eine Handlung, die rechtswidrig ist und sich also in direktem Widerspruch mit dem höchsten Willen des Staates befindet, als Handlung des Staates selbst angesehen werden⁹⁶?« Aber soll das nur für das öffentliche Recht gelten? Wenn die Nichterfüllung einer Privatrechtspflicht eine Rechtswidrigkeit ist, soll eine Handlung, die sich mit dem in der Privatrechtsordnung manifestierten Willen des Staates in Widerspruch setzt, als Handlung des Staates gelten können? Wenn daher selbst alle die juristischen Personen im allgemeinen betreffenden Privatrechtssätze auf den Staat als Fiskus anwendbar wären, bestünde noch für die formale Konstruktion ein wesentlicher Unterschied. Wenn z.B. dem in seinem Rechte Verletzten durch die Rechtsordnung ebenso wie gegen jede andere juristische Person auch gegen den Staat und nicht das verletzende Organ eine Klage zustünde und Exekution möglich wäre, so wäre damit nicht ein Unrecht des Staates

93 Vgl. *Loening*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1897. *Jellinek*, System S. 243ff. *Dock*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Archiv für öffentliches Recht, XVI. S. 247ff.

94 a.a.O. S. 93.

95 *Loening*, a.a.O. S. 93.

96 a.a.O. S. 107. Wenn *Loening* die innerhalb der Kompetenz rechtmäßig gesetzte Handlung des Organs nur im *metaphorischen* Sinne als Handlung des Staates gelten lassen will, so übersieht er, daß die Frage, wem eine Handlung rechtlich zuzurechnen sei, ausschließlich eine Rechtsfrage ist, daß daher die rechtmäßige Organhandlung im unmittelbarsten und eigentlichsten Sinne Handlung des Staates ist.

93. Man stellt
geschäften etc.
i.h. in öffent-
zsstellung in
ler Staat) aus
haftbar wird,
kus steht den

übrigen juri-
h der Staat –
iese Gleich-
t aus den frü-
ich. Es mag
rwirft⁹⁵. Was
s Imperiums
r Rechtsord-
ichnet wird.
chtsordnung
hen Beding-
die übrigen
rechnet wer-
, die rechts-
en des Staats
ll das nur für
spflicht eine
chtsordnung
des Staates
allgemeinen
n, bestünde
z.B. dem in
jede andere
t eine Klage
des Staates

1897. *Jellinek*,
samten. Archiv

des Organs nur
die Frage, wem
ie rechtmäßige

sowie damit ein Unrecht der juristischen Person konstruierbar geworden. Es ist damit nur die Rechtspflicht eines Ersatzorgans (des Exekutionsgerichtes) geschaffen, an Stelle des pflichtwidrig eine Staatspflicht zu realisieren sich weigernden Organs, die zu erfüllende Staatspflicht seinerseits zu realisieren. Ob, um solches Resultat zu erzielen, ein allgemeiner, die juristischen Personen betreffender Rechtssatz genügt, der dann nur in seiner besonderen Anwendung auf den Staat diese besondere Konstruktion, diesen besonderen Sinn annimmt, ist eine Interpretationsfrage. Neben der Tatsache, daß eine bestehende Rechtspflicht des Staates durch pflichtwidriges Verhalten des kompetenten Organs unerfüllt bleibt, bis sie durch Tätigkeit des Ersatzorgans erfüllt wird (Exekution), ist der Fall zu unterscheiden – und nur dann liegt Haftung des Staates vor – daß durch die pflichtwidrige Tätigkeit des Organs erst eine Rechtspflicht des Staates (auf Schadenersatz) entsteht. Daß es zur Entstehung dieser Rechtspflicht des Staates ebenso einer positiven Rechtsnorm bedarf wie zur Konstituierung der Amtspflicht des Ersatzorgans, ist nach positivistischen Prinzipien selbstverständlich. Und da macht es auch nicht den geringsten Unterschied, ob das pflichtwidrige Organ bei Ausübung des Imperiums oder in Vertretung des Fiskus die rechtswidrige Schädigung verursacht hat. Als Organ war es auf keinen Fall tätig, es hat den Staat weder als Fiskus, noch als Träger des Imperiums repräsentiert. Auch dann nicht, wenn ein Rechtssatz den Staat verpflichtet, den durch das Pseudoorgan verursachten Schaden gutzumachen. Bei den anderen juristischen Personen kann dagegen auch das rechtswidrig schädigende Organ »als solches« die juristische Person repräsentierend gedacht werden, wenn die Rechtsordnung – nur in scheinbarer Parallele zu der Bestimmung, die den Staat zu Schadenersatz verpflichtet – an den durch das Organ gesetzten Tatbestand eine Unrechtsfolge unmittelbar gegen die juristische Person knüpft. Denn hier liegt eigenes Unrecht der juristischen Person und nicht Haftung für fremdes Unrecht vor. Bei der juristischen Person des Staates aber kann niemals eigenes Unrecht, sondern stets nur Haftung für das Organ angenommen werden.

Jedenfalls aber – und das ist das Entscheidende: ob nun die Organpflicht eines Ersatzorgans für das pflichtwidrig eine Staatspflicht nicht realisierende Organ, oder ob eine Rechtspflicht des Staates zum Ersatz des durch das Organ begangenen Schadens, also Haftung des Staates gebraucht wird, stets kann solches Bedürfnis der Praxis nur durch einen Rechtssatz befriedigt werden, der die erforderliche Pflicht des Organs oder Staates statuiert. Dies gilt in gleicher Weise für privates wie öffentliches Recht. Ob die Haftung des Staates für das rechtswidrig handelnde Organ auf privatrechtlichem Gebiete aus eben demselben Rechtssatze zu erschließen ist, der solche Haftung der übrigen juristischen Personen für ihre Organe, oder gar ein eigenes Unrecht der juristischen Personen statuiert, bleibt Interpretationsfrage. Jedenfalls ist es nicht ausgeschlossen, dies aus der Absicht des Gesetzgebers zu argumentieren, in Privatrechtsgeschäften den Untertan dem Staate gegenüber nicht schlechter zu stellen als im Verhältnis zu den übrigen juristischen Personen; so daß bei materieller Gleichheit des Verhältnisses bloß eine Verschiedenheit seiner formalen Konstruktion in beiden Fällen anzunehmen ist.

Zu erwägen wäre freilich noch das Folgende. Daß der Staat sich dem Privatrecht unterstellt – wie der landläufige Ausdruck dafür lautet, daß der Staat auch Subjekt von privaten Rechtspflichten und Berechtigungen ist – bedeutet streng genommen nicht, daß die Privatrechtssätze betreffend das Darlehen, das Depositum, die Servituten etc. etc. auf den Staat sowie auf die übrigen Subjekte anwendbar sind. Denn die Privatrechtssätze sind Unrechtssätze, d.h. sie knüpfen an einen bestimmten Tatbestand letztlich die Unrechtsfolge der Exekution. Auf ein Subjekt anwendbar sind sie nur, sofern die von ihnen in Aussicht gestellte Unrechtsfolge ein Subjekt treffen kann. Das ist beim Staate ja gar nicht der Fall. Wenn der Staat ein empfangenes Darlehen zurückzuerstatten rechtlich verpflichtet ist, so ist er es nicht deshalb, weil der Darlehensrechtssatz: Wenn jemand ein empfangenes Darlehen nicht zurückzahlt, soll er über Klage des Gläubigers exequiert werden, auf ihn anwendbar ist, sondern deshalb, weil der Rechtssatz, der den Staat zum Abschluß eines Darlehensgeschäftes ermächtigt und verpflichtet, der den Willen des Staates ausspricht, u.a. auch ein Darlehensgeschäft abzuschließen, implicite, d.h. im Begriff des Darlehens ihn zugleich zur Rückzahlung verpflichtet, seinen Willen enthält, das Darlehen zurückzuerstatten. Das liegt im Begriffe des Darlehens. Nicht der allgemeine Privatrechtssatz ist es, der den Staat verpflichtet, sondern der ihn zu einem bestimmten Rechtsgeschäft verpflichtende, den aus einem Privatrechtssatz abzuleitenden Rechtsbegriff dieses Geschäftes enthaltende Rechtssatz. Aus dem Begriff des Rechtsgeschäftes an sich kann aber niemals die Haftung für rechtswidrige Schädigung, der Wille, den rechtswidrig verursachten Schaden gutzumachen, erschlossen werden. Nur weil man es bisher nicht unternommen hat, sich die überaus komplizierten Beziehungen klar zu machen, die zwischen der Rechtspersönlichkeit Staat und der Privatrechtsordnung bestehen, nur weil man den Staat in unzulässiger Bequemlichkeit einfach mit allen übrigen juristischen Personen in einen Topf geworfen hat, konnte man sich der Aufgabe entschlagen, die Struktur der privaten Rechtspflichten des Staates zu untersuchen. Ob die Gesetzgebung, die eine Haftpflicht des Staates für das Unrecht seiner Organe auf privatrechtlichem Gebiete will, ihren Zweck erreicht, wenn sie es bei allgemeinen Privatrechtssätzen betreffend die juristischen Personen überhaupt bewenden läßt und den besonderen Verhältnissen der Staatsperson keine Rechnung trägt, sei hier dahingestellt. Um Unklarheiten und Streitigkeiten zu vermeiden, wird sie jedenfalls am besten tun, wenn sie die Haftpflicht des Staates für das Unrecht oder Verschulden seiner Organe ausdrücklich durch besonderen Rechtssatz festlegt.

Ob aber die Rechtsordnung eine Haftpflicht des Staates nur für das Gebiet des Privatrechtes oder auch für das des öffentlichen Rechtes statuieren soll, ist eine gesetzgebungspolitische Frage⁹⁷.

⁹⁷ *Jellinek* erklärt dies nur für das Gebiet des öffentlichen Rechtes (a.a.O. S. 244) mit der richtigen Begründung: »Aus der Natur der Sache ergibt sich a priori keine Entscheidung zugunsten der Haftpflicht.« Aber auch für das privatrechtliche Gebiet ergibt sich eine solche Entscheidung nicht a priori aus der Natur der Sache: Weder aus dem Organverhältnis noch aus der Haftpflicht der übrigen juristischen Personen für

Und da bedarf es wohl keiner besonderen Bestätigung, daß ein verfeinertes, von der Idee sozialer, nicht bloß individueller Gerechtigkeit geleitetes Rechtsempfinden in zahlreichen Fällen eine Haftung des Staates für das Unrecht seiner Organe bei Ausübung des Imperiums fordert.

Der Umfang dieser Fälle wird bestimmt durch eine doppelte Tendenz: einerseits das Interesse der Beschädigten zu wahren und ihnen im Staate ein wirtschaftlich kräftiges Haftpflichtsubjekt zu stellen, das in allen Schadensfällen die sichere Aussicht auf Befriedigung bietet, während die Haftpflicht des Organs in vielen Fällen wirtschaftlich resultatlos bleibt; andererseits aber auch das Interesse des schädigenden Organs zu wahren, das durch seine besondere Tätigkeit unter einer besonders erhöhten Gefahr der Schadensverursachung steht und demgegenüber es daher nur billig ist, die Schadensersatzpflicht auf den Staat zu überwälzen.

Das legislative Problem, das hierbei zu lösen ist, ist ein überaus schwieriges. Nicht nur in materieller Beziehung, weil es nicht leicht ist, den Umfang der staatlichen Haftpflicht unter Wahrung aller maßgebenden Interessen zu bestimmen, sondern auch in formaler Beziehung, weil eine präzise Formulierung des Haftpflichtprinzipes keineswegs einfach ist. Schon die Frage, ob die Haftpflicht des Staates in einer *clausula generalis* aufzustellen und eventuelle Ausnahmen besonders auszusprechen oder ob umgekehrt die Haftpflicht nur für spezielle Fälle zu statuieren sei, ist vom rein gesetztechnischen Standpunkte aus nicht leicht zu entscheiden. Was speziell die erstere Möglichkeit betrifft, sei in diesem Zusammenhange nur darauf hingewiesen, daß man sich einer theoretisch fehlerhaften Formel bedient, wenn man den Staat für jeden rechtswidrigen Schaden haftbar macht, den seine Organe »in Ausübung ihres Amtes« oder »innerhalb ihres Wirkungskreises« u. a. verursachen. Denn »in Ausübung seines Amtes« oder »innerhalb seines Wirkungskreises« kann das Organ keine Rechtswidrigkeit begehen. Stellt es sich doch durch die rechtswidrige Handlung außerhalb seines Amtes oder seiner Kompetenz. Um diejenigen Delikte, die das Organ im Zusammenhang mit seiner Amtsfunktion begeht und für die allein eine Haftung des Staates gefordert wird, von allen anderen Delikten zu scheiden, die das Staatsorgan wie jeder andere Mensch überhaupt begehen kann, muß man sich einer anderen Formel bedienen. Der Staat haftet für jeden Schaden, den ein Organ zufügt, indem er als solches auftritt oder von dem Dritten als solches angesehen werden konnte oder mußte. Oder in ähnlicher Weise. Jede solche Formulierung ist im Grunde enger oder weiter als die übliche Formel: »in Ausübung seines Amtes« oder »innerhalb seiner Kompetenz«. Da diese, streng genommen, undurchführbar ist – der Staat könnte nach ihr in keinem Falle haften, da ja das rechtswidrig schädigende Organ außerhalb seiner Kompetenz und nicht in Ausübung seines Amtes tätig ist – kann ihr, soll sie die Haftung des Staates überhaupt zur Geltung bringen, seitens der Interpretation keine andere Bedeutung beigelegt werden als die, daß der Staat für

ihre Organe. Auch als Fiskus haftet der Staat für seine Organe nur soferne die Rechtsordnung eine solche Schadensersatzpflicht des Staates ausdrücklich statuiert.

Schäden hafte, die seine Organe in irgendeinem Zusammenhange mit ihrer Organstellung begangen haben. Worauf es aber gerade ankommt, welches dieser Zusammenhang sei, wie weit die Haftung des Staates im konkreten Falle reiche, diese Frage läßt der Gesetzgeber, sofern er sich der oben bezeichneten fehlerhaften Formulierung bedient, unbeantwortet. Er stellt damit tatsächlich dem Richter anheim, nach seinem Ermessen zu bestimmen, wann dieser Zusammenhang zwischen der Organfunktion und der rechtswidrigen Schädigung stark genug ist, um eine Haftpflicht des Staates zu rechtfertigen, und wann eine Haftpflicht des Staates materiell nicht mehr gerechtfertigt ist; welche Entscheidung dann in der rechtslogisch unrichtigen Formulierung erscheint, daß das Organ das einmal »in Ausübung seines Amtes«, das andermal dagegen »außerhalb seines Wirkungskreises« tätig war.

Solange aber die Praxis der Gesetzgebung den oben entwickelten Gesichtspunkten keine Rechnung trägt und die Rechtsordnung keinen Rechtssatz aufweist, der den Willen, resp. die Pflicht des Staates ausspricht, allen oder gewissen von seine Organen verursachten Schaden gutzumachen, kann die Theorie, will sie ihren positivistischen Charakter wahren, keine Haftpflicht des Staates konstruieren. Es ist krasses Naturrecht, wenn man – wie dies neuerdings geschieht – die gewünschte Haftpflicht des Staates in eine Rechtsordnung hineininterpretiert, die eine solche Rechtspflicht des Staates schon deshalb nicht statuiert, weil sie aus einer Zeit stammt, in der das fragliche Postulat sozialer Gerechtigkeit entweder überhaupt noch nicht anerkannt, jedenfalls aber nicht von der herrschenden Klasse respektiert wurde, in deren Händen sich die Rechtserzeugung befand. Einer solchen Interpretation bietet sich kaum eine andere Möglichkeit, als die Haftpflicht des Staates für das Unrecht seiner Organe aus der Natur des Organverhältnisses abzuleiten. Man identifiziert einfach Staatsperson und Organ auch im Unrechtsfalle, rechnet der Staatsperson den rechtswidrigen Schaden zu und braucht dann bloß den Rechtssatz heranzuziehen, der jeden, der einen Schaden zufügt, verpflichtet, ihn gutzumachen, um die gewünschte Haftpflicht des Staates aus dem Nichts hervorzuzaubern. Daß in einem solchen Kunststück ein schwerer Mißbrauch der juristischen Theorie gelegen ist, geht ja aus allem bisher Vorgetragenen zur Genüge hervor. Der für eine positivistische Jurisprudenz selbstverständliche Grundsatz, daß eine Haftpflicht des Staates für das Unrecht seiner Organe nur auf Grund positiv-rechtlicher Bestimmung anzunehmen ist, findet gerade seitens der österreichischen Theorie und Praxis Bestätigung⁹⁸. Hier hat die herrschende Lehre eine solche Haftpflicht des Staates für die Verwaltungsorgane immer

98 Ob die Rechtspflicht des Staates, für den Schaden aus dem rechtswidrigen Verhalten seiner Organe zu haften, auf eine Norm der geschriebenen Rechtsordnung oder des Gewohnheitsrechtes zurückgeführt wird, ist natürlich gleichgültig. Es kommt nur darauf an, daß man sich überhaupt auf einen Rechtssatz berufe und nicht auf die Natur des Organverhältnisses. Darum gerät *Ružička*, (Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913) in einen Widerspruch zu sich selbst, wenn er, um die Haftpflicht des Staates für das österreichische Recht zu beweisen, einerseits *ein jahrhundertaltetes Gewohnheitsrecht* (S. 49) und *jahrhundertalten Gerichtsgebrauch* (S. 16) geltend macht, andererseits aber wieder versucht, die Haftpflicht des Staates für gewisse pflichtwidrige Schadenszufügungen seiner Organe

abgelehnt und nur für die richterlichen Organe zugegeben, weil eben nur für dieses Gebiet staatlicher Tätigkeit durch das Syndikatsgesetz eine Haftpflicht des Staates ausdrücklich statuiert ist. Wenn man neustens diesen Standpunkt zu verlassen geneigt ist, so mag ja die Gesinnung, die zu solchem Bestreben führt, durchaus zu loben sein; allein die Methode dieser Gefühlsjurisprudenz steht auf schwachen logischen Beinen. Ihr Fehler ist ein Seitenstück zu jenem, den ich früher charakterisiert

ne aus der Natur der Sache abzuleiten. Inwieweit der Beweis des Gewohnheitsrechtes ihm gelungen ist, bleibe dahingestellt. Seine juristische Konstruktion des Organverhältnisses ist jedenfalls unhaltbar. *Zwischen der Obrigkeit (R. meint offenbar den Staat) und dem Beamten herrscht eine dem Mandate analoge Rechtsbeziehung. Die Generalvollmacht des Organs ist nach außen hin die ihm übertragene Amtsgewalt, wirksam gegen jedermann, erkennbar an äußeren Abzeichen (Uniform usw.) Die innere Vollmacht, die Amtspflicht, an die das Organ im einzelnen Falle der Amtshandlung gebunden ist, ist die Einhaltung jener Gesetze und besonderen Aufträge unter deren Schutz die Partei steht (S. 32).* Da die äußere Vollmacht der Amtsgewalt weiter geht als die innere der Amtspflicht, könne es auch amtspflichtwidrige Amtshandlungen geben. R. meint offenbar, solange sich das Organ im Bereiche seiner äußeren Vollmacht (der Amtsgewalt) hält, repräsentiert es den Staat, auch wenn es dabei seine innere Vollmacht, die Amtspflicht, überschreitet, so wie der Prokurist im Verhältnis nach außen die Firma auch dann noch rechtlich verbindet, wenn er seine nur im Verhältnis nach innen gültige vertragsmäßige Vollmacht überschreitet, sich dabei aber noch in den Schranken der gesetzlichen Vollmacht hält, die allein nach außen maßgebend ist. Alles Unrecht, welches das Organ ohne dabei seine äußere Vollmacht – die Amtsgewalt – zu überschreiten, begeht, ist Unrecht des Staates und der Staat hat für den aus diesem Unrecht erwachsenen Schaden Ersatz zu leisten. Dieses *Unrecht* kann natürlich nie in der Verletzung der inneren Vollmacht oder der Amtspflicht des Organs bestehen. Allein wo ist die Grenze zwischen der *äußeren Machtbefugnis* und der *inneren Amtspflicht*? Welche Normen statuieren nur eine innere Amtspflicht, welche stellen die Grenzen der äußeren Machtbefugnis dar? Statuieren z.B. die Kompetenzvorschriften nur innere Amtspflichten, so daß die Handlung eines inkompetenten Organs, etwa eine Verhaftung durch einen Postbeamten, zwar noch innerhalb seiner Amtsgewalt oder äußeren Machtbefugnis, aber mit Verletzung seiner Amtspflicht erfolgt? Darauf gibt R. keine Antwort, obgleich nur darin die Lösung des Problems gelegen wäre, so wie er es aufgeworfen hat.

Der Fehler Rs. besteht darin, daß die von ihm versuchte Analogie zwischen dem privatrechtlichen Doppelverhältnis nach außen und innen (z.B. beim Prokuristen) und einer äußeren und inneren Vollmacht des Staatsorgans undurchführbar ist. Denn eine Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Vollmacht (z.B. beim Prokuristen) ist nur deshalb und nur insofern möglich, als sie auf dem Gegensatz von Rechtsordnung (Gesetz und Gewohnheit) und Vertrag beruht. Die äußere Vollmacht des Prokuristen, die im Verhältnis zu Dritten gilt, ist durch das Handelsgesetzbuch, durch die staatliche Rechtsordnung bestimmt; die innere Vollmacht durch Vertrag des Prokuristen mit dem Prinzipal, und gilt nur zwischen den beiden Kontrahenten. Eine Differenz zwischen dem Verhältnis nach außen und dem nach innen, so zwar, daß die äußere gesetzliche Vollmacht weiter ist als die innere vertragsmäßige, ist nur dadurch möglich und eine Unterscheidung zwischen beiden Verhältnissen nur dadurch durchführbar, daß zwei verschiedene Faktoren bei Statuierung beider Verhältnisse einander gegenüber stehen: Der Staat in der Rechtsordnung, welche die gesetzliche äußere Vollmacht feststellt, und die Parteien, die im Vertrag die innere Vollmacht bestimmen. Allein im Verhältnis zwischen Staat und Organ fehlt diese Unterscheidung so gut wie ganz. Denn die Kompetenz des Organs, und zwar sowohl die von R. sogenannte äußere Vollmacht oder Machtbefugnis als auch die *innere Vollmacht oder Amtspflicht* wird fast ausschließlich durch die Rechtsordnung (Gesetz und Verordnung) statuiert. Was eventuell durch individuelle Dienstinstruktion oder Vertrag im Einzelfalle bestimmt werden mag, kommt so gut wie gar nicht in Betracht. Wollte man beim Staatsorgan wie beim Prokuristen ein Verhältnis nach außen und eines nach innen unterscheiden, müßte man einem Teil der die Stellung und das Verhalten des Staatsorgans bestimmenden Normen als für die äußere Machtbefugnis, einen anderen als bloß für die innere Amtspflicht maßgebend erklären. Welches ist aber das Kri-

habe und der darin besteht, daß man die Vermeidung staatlichen Unrechtes als eine Forderung an die Praxis der Gesetzgebung richtet, während es sich doch um ein Postulat handelt, das nur die juristische Theorie erfüllen kann. Bei der Haftpflicht des Staates hat man nämlich umgekehrt von der Theorie verlangt, was nur die Praxis der Gesetzgebung zu leisten imstande ist. Das ist ja eine zu allen Zeiten, besonders aber neuestens wieder im Zusammenhange mit der sogenannten Freirechtsbewegung zu beobachtende Tendenz, daß die juristische Theorie aus ihrem rein formalen und daher für ein mehr als formal-theoretisches Bedürfnis unfruchtbaren Bereich lediglich rechtsbegriffender, rechtssystemisierender Tätigkeit in ein Gebiet materiell-rechtserzeugender Arbeit hinaufstrebt. Und in dieser Tendenz manifestiert sich letztlich nur jener merkwürdige und geheimnisvolle Trieb des menschlichen Geistes, die tiefe logische Kluft zwischen Form und Inhalt zu überbrücken, aus der bloßen Form einen bestimmten Inhalt zu gewinnen und so aus dem ewigen Zwiespalt des logischen Dualismus zu harmonischer Einheit eines monistischen Ideals aufzusteigen. Daß ein solches Bedürfnis – es ist im Grunde metaphysischer Natur – immer nur auf Kosten der Logik eine Scheinbefriedigung erfahren kann, das zeigt gerade die juristische Theorie, wenn sie ihre Kompetenz überschreitet und sich an Stelle des Gesetzgebers setzt. Denn dabei muß sie an ihrer spezifischen Methode festhalten, so vortäuschen, aus rein formalen Prinzipien konkrete materielle Resultate zu deduzieren und daher notwendig in innere Widersprüche geraten, wie z.B. das logische Monstrum eines staatlichen Unrechtes.

terium, da doch normalerweise die Beobachtung aller einschlägigen Normen in die Amtspflicht des Organes gestellt ist? Verletzt nicht der Polizist, um ein solches Beispiel für Überschreitung der äußeren Machtbefugnis zu verwenden, der durch Verhaftungsdrohung Geld erpreßt, nicht auch seine Amtspflicht, da er doch dieser Tat wegen auch disziplinariter bestraft (z.B. entlassen) werden kann? Und überschreitet nicht ein Polizist, der aus Mutwillen verhaftet (ein Beispiel, das R. für die bloße Verletzung der Amtspflicht bei Beobachtung der äußeren Vollmacht anführt) nicht auch seine *äußere Amtsgewalt*, da ihm doch durch die Rechtsordnung nicht schlechtweg die Befugnis, zu verhaften, sondern nur die Rechtspflicht übertragen ist, unter bestimmten Umständen zu verhaften?

Die solches Argumentation läuft schließlich darauf hinaus, daß dem Staate nur aus nichtigen Staatsakten keine Schadensersatzpflicht erwachsen solle. Das ist natürlich eine ganz willkürliche und *de lege ferenda* wahrscheinlich auch eine unbillige Lösung, da es gewiß Fälle gibt, in denen der Staat zweckmäßig auch für einen Schaden haften soll, der aus einem nichtigen Staatsakt entstanden ist. Jedenfalls ist die Nichtigkeit eines Staatsaktes ebensowenig ein Grund gegen eine Haftpflicht des Staates für den daraus entstandenen Schaden, wie etwa die *bloße* Anfechtbarkeit eines Staatsaktes einen Schluß auf die fragliche Haftpflicht zuläßt. Denn ist der durch die Anfechtung geltend gemachte Mangel festgestellt, dann ist die Vernichtung des Aktes unvermeidlich. Damit ist die Zurechnung des Aktes zum Staate, daher auch die Annahme eines eigenen Unrechtes und die daraus ableitbare Schadensersatzpflicht des Staates ausgeschlossen und auch in diesem Falle nur eine Haftpflicht des Staates für fremdes Unrecht (Unrecht des Organes) vorstellbar, die natürlich nicht aus der Natur des Organverhältnisses, sondern nur aus einem konkreten Rechtssatz abgeleitet werden kann.

SCHLUSSWORT

Staatsrecht und Staatsunrecht

Von dem hier entwickelten Standpunkte aus kann der Staat juristisch überhaupt nur als Rechtsordnung oder Realisierung der Rechtsordnung begriffen werden. Insbesondere der handelnde Staat – das, was man Rechtsprechung und Verwaltung nennt – kann juristisch nicht anders konstruiert werden, denn als Verwirklichung von Rechtssätzen, weil ja das juristische Kriterium für eine Zurechnung zum Staate, d.h. ein Staatsakt nur gegeben ist, sofern ein Rechtssatz dazu die Handhabe bietet. Heißt ja juristisch konstruieren nichts anderes als zur Rechtsordnung in Beziehung bringen, die Rechtsprechung und Verwaltung juristisch konstruieren: die in der Rechtsprechung und Verwaltung gegebenen Beziehungen zur Rechtsordnung herauslösen. Das ist ja die uralte Idee des Rechtsstaates, daß Rechtsprechung und Verwaltung Exekutive – nämlich Exekutive der Rechtsordnung sind. Die Idee des Rechtsstaates ist aber nicht bloß ein spezielles politisches Postulat, sondern zugleich auch die logische Voraussetzung des Staatsrechtes. Ein Recht des Staates ist nur denkbar für einen Staat des Rechtes; das ist im Grunde eine Tautologie. Denn das Prinzip des Staatsrechtes: den Staat als Rechtserscheinung zu erfassen, rechtlich zu begreifen oder juristisch zu konstruieren, heißt gar nichts anderes, als seine Beziehungen zur Rechtsordnung herausarbeiten, ihn als Funktion des Rechtes zu verstehen. Für diesen juristischen, nur im Recht und durch das Recht existenten Staat ist es somit eine Konsequenz nicht bloß sprachlicher Logik, daß sich Staatsrecht und Staatsunrecht gegenseitig ausschließen.

Meine Konstruktion hat den Staat, der in der heutigen Rechtstheorie noch als macht- und herrschaftsbegabte Person angesehen wird, aller politischen Macht- und Herrschaftselemente entkleidet und ihn lediglich als dasjenige belassen, was er für die juristische Erkenntnis allein sein kann als Person. Was er aber dadurch an materieller Autorität verloren hat – und mit Recht verloren hat, weil die juristische Konstruktion solche Qualität nicht verleihen oder belassen kann – das hat er, wie ich glaube, dadurch reichlich an formaler Autorität gewonnen, wenn die Konstruktion zur Konsequenz führt, den Staat mit rechtlicher Unfehlbarkeit zu krönen und ihn so in Wahrheit zu dem zu machen, als was ihn alle Staatsrechtslehre zu erkennen bemüht ist: als Personifikation des Rechtes.

Die Wiener rechtstheoretische Schule

Schriften von

Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross

herausgegeben von

Hans R. Klecatsky, René Marcic (†), Herbert Schambeck



Franz Steiner Verlag

VERLAG
ÖSTERREICH

2010

Gedruckt mit Unterstützung von:

BM.W.F^a

Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung

**KULTUR
NIEDERÖSTERREICH** 

Land Niederösterreich



Amt der Tiroler Landesregierung,
Abteilung Kultur



Kulturabteilung der Stadt Wien,
Wissenschafts- und Forschungsförderung

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

Alle Rechte vorbehalten.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen
trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber
oder des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-7046-5360-4

© Verlag Österreich GmbH, 2010
1010 Wien, Bäckerstraße 1
Tel.: +43-1-610 77-0, Fax: +43-1-610 77-502
e-mail: order@verlagoesterreich.at
<http://www.verlagoesterreich.at>

ISBN 978-3-515-09805-2

Franz Steiner Verlag, Stuttgart

Umbruch: b+R satzstudio, Graz

1 F
u
2 F
k
3 F
d
4 F
j
5 F
6 A
7 F
8 F
il
9 F
10 F
u
11 F
12 A
»
13 A
E
14 A
S
15 A
16 A
17 A
u
18 A
19 A
a
20 A
21 F
22 A

INHALT

ERSTES BUCH

METAPHYSIK UND ERKENNTNISTHEORIE DES RECHTS

1	<i>Hans Kelsen</i> – Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode	Band 1 3
2	<i>Hans Kelsen</i> – Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung	31
3	<i>Hans Kelsen</i> – Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik	77
4	<i>Hans Kelsen</i> – Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates	121
5	<i>Hans Kelsen</i> – Gott und Staat	139
6	<i>Adolf Merkl</i> – Justizirrtum und Rechtswahrheit	159
7	<i>Hans Kelsen</i> – Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse	171
8	<i>Hans Kelsen</i> – Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses	177
9	<i>Hans Kelsen</i> – Die Idee des Naturrechtes	201
10	<i>Hans Kelsen</i> – Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus	231
11	<i>Hans Kelsen</i> – Die platonische Gerechtigkeit	289
12	<i>Adolf Merkl</i> – Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika »Quadragesimo Anno«	313
13	<i>Adolf Merkl</i> – Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze	341
14	<i>Adolf Merkl</i> – Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung	365
15	<i>Adolf Merkl</i> – Baustile des modernen Staates	397
16	<i>Alfred Verdross</i> – Zur Klärung des Rechtsbegriffes	415
17	<i>Alfred Verdross</i> – Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral	421
18	<i>Adolf Merkl</i> – Unvergängliches Freiheitserbgut	429
19	<i>Adolf Merkl</i> – Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesetzten Rechtes	439
20	<i>Adolf Merkl</i> – Einheit oder Vielheit des Naturrechtes?	447
21	<i>Hans Kelsen</i> – Was ist die Reine Rechtslehre?	499
22	<i>Adolf Merkl</i> – Idee und Gestalt der politischen Freiheit	515

k:
n der
im Internet

usgeber

Inhalt

23	<i>Hans Kelsen</i> – Kausalität und Zurechnung	541	49
24	<i>Alfred Verdross</i> – Die Idee der menschlichen Grundrechte	567	50
25	<i>Alfred Verdross</i> – Rechtswissenschaft und Weltanschauung	573	
26	<i>Adolf Merkl</i> – Die politische Freiheit als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis	583	51
			52
27	<i>Alfred Verdross</i> – Die Erneuerung der materialen Rechtsphilosophie	601	
28	<i>Hans Kelsen</i> – Existentialismus in der Rechtswissenschaft?	623	53
29	<i>Alfred Verdross</i> – Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie	643	54
			55
30	<i>Hans Kelsen</i> – Recht und Moral	651	56
31	<i>Alfred Verdross</i> – Vom Gemeinwohl der Staatsbürger zum Gemeinwohl der Menschheit	663	57
			58
32	<i>Hans Kelsen</i> – Naturrechtslehre und Rechtspositivismus	667	59
33	<i>Alfred Verdross</i> – Die Würde des Menschen in der abendländischen Rechtsphilosophie	681	60
			61
34	<i>Alfred Verdross</i> – Recht, Staat und Reich in der Dichtung Grillparzers	691	
35	<i>Alfred Verdross</i> – Das bonum commune humanitatis in der christlichen Rechtsphilosophie	705	
36	<i>Hans Kelsen</i> – Die Grundlagen der Naturrechtslehre	711	
37	<i>Alfred Verdross</i> – Die Erfahrungsgrundlagen der archaischen Rechtsphilosophie des Abendlandes	747	
38	<i>Alfred Verdross</i> – Beständigkeit und Geschichtlichkeit im Recht	755	62
39	<i>Alfred Verdross</i> – Dynamisches Naturrecht	765	63
40	<i>Hans Kelsen</i> – „Was ist Juristischer Positivismus?“	771	64

65

ZWEITES BUCH

66

ALLGEMEINE RECHTSLEHRE

67

68

69

41	<i>Hans Kelsen</i> – Über Staatsunrecht	785	
42	<i>Adolf Merkl</i> – Zum Interpretationsproblem	867	
43	<i>Adolf Merkl</i> – Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normologisches Prinzip	883	70
			71
44	<i>Adolf Merkl</i> – Das doppelte Rechtsantlitz	893	
45	<i>Adolf Merkl</i> – Die Rechtseinheit des österreichischen Staates	913	72
46	<i>Adolf Merkl</i> – Das Recht im Lichte seiner Anwendung	955	73
47	<i>Adolf Merkl</i> – Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung	983	74
			75
48	<i>Hans Kelsen</i> – Zur Theorie der juristischen Fiktionen	993	76