

**Zeitschrift:** Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur  
**Herausgeber:** Genossenschaft zur Herausgabe der Schweizerischen Monatshefte  
**Band:** 3 (1923-1924)  
**Heft:** 10

**Artikel:** Staat und Persönlichkeit : eine Studie über das absolute Element in den subjektiven öffentlichen Rechten  
**Autor:** Wackernagel, Jacob  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-155071>

#### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

#### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

#### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 16.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Staat und Persönlichkeit.

Eine Studie über das absolute Element in den subjektiven öffentlichen Rechten.

Von Dr. Jacob Wackernagel, Basel.

**J**ellinek sagt in seiner Abhandlung: „Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“: „Die richtigen Grenzen zwischen dem Ich und der Gesamtheit zu erkennen, ist das Höchste, das denkende Betrachtung der menschlichen Gemeinschaft zu lösen hat.“<sup>1)</sup> In der Tat liegt hier eines der bedeutsamsten Probleme für die gesamten Kulturwissenschaften. Bei der Betrachtung irgend eines ihrer Teilgebiete ist es oft nicht leicht festzustellen, welche kausale Bedeutung einzelnen Individuen in der Gesamtheit zukommt, oder was umgekehrt die Gesamtheit für die Einzelnen bedeutet. In der historischen Forschung insbesondere ist diese Frage von präliminärer methodischer Wichtigkeit. Denn hier setzen die größten Unterschiede historischer Betrachtungsweise ein. Je nach der Stellungnahme, die der einzelne Forscher zu dieser Alternative einnimmt, scheinen einzelne in ihrer persönlichen Wirkung hervortretende Individuen, oder scheint die allgemeine geistige und wirtschaftliche Situation einer Gesamtheit als ursächlich für das historische Geschehen einer Periode. Jedermann geläufig ist, von einem Zeitalter Alexanders des Großen, Julius Cäsars oder Napoleons zu sprechen, wobei das historische Geschehen dieser Zeitepochen mit der individuellen Wirksamkeit ihrer großen Persönlichkeiten kausal verknüpft werden soll. Oder es ist die Rede von einem Zeitalter des Humanismus, der Reformation, der französischen Revolution; hier wird nicht das Wirken einzelner hervorragender Personen, sondern die in der Gesamtheit vorhandenen geistigen und kulturellen Verhältnisse für das historische Geschehen als wesentlich angesehen.<sup>2)</sup> Allerdings, diese verschiedene Betrachtungsweise ist oft nicht allein durch die verschiedene Methode der Betrachtung bedingt, sie kann vielmehr durch tatsächliche Momente gerechtfertigt sein. Es gibt Zeiten, in denen eine einzelne hervorragende Persönlichkeit, und es gibt Zeiten, in denen eine ganze Bevölkerungsschicht, oder ein ganzes Volk „Geschichte macht“.

Von nicht geringerer Bedeutung ist diese Frage, was dem Individuum, was der Gesamtheit zukommt, für die Normwissenschaften.

Hier ist die Fragestellung so: wie weit muß die Gesamtheit das Individuum und umgekehrt der Einzelne die Gesamtheit dulden. Vornehmlich auf dem Gebiete des Rechts — und hier steht wieder das Staatsrecht im Vordergrund — ist diese Frage im Wandel der geistigen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft immer wieder neu zu lösen. Einen Beitrag hierzu sollen die folgenden Ausführungen geben.

<sup>1)</sup> 3. Aufl., S. 77.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 90: „Der eine erblickt in der Geschichte das Resultat der Leistungen führender Geister, der andere nichts als das Ergebnis ungeheurer sozialer Massenwirkungen.“

Keiner weiteren Erörterung bedarf, daß, wie in allen menschlichen Verbänden, so auch im Staate, der einzelne Staatsangehörige<sup>3)</sup> in einem zwiesachen Verhältnis zur staatlichen Gesamtheit, oder kurz, zum Staate steht: in einem Koordinationsverhältnis und in einem Subordinationsverhältnis. Bald erscheint er als Untertan, d. h. als Pflichtsubjekt: er ist den Regeln, die der Staat für das Verhalten seiner Angehörigen aufstellt, unterworfen; bald tritt er dem Staat subjektiv berechtigt gegenüber. Um ein paar typische Beispiele dafür anzuführen: der Einzelne darf vom Staat verlangen, daß dieser ihn nicht hindert, seinem religiösen Bekenntnisse gemäß zu leben (Glaubens- und Gewissensfreiheit), oder seine Meinung frei zu äußern (Pressefreiheit), oder ein Gewerbe zu betreiben (Gewerbefreiheit). Er darf ferner vom Staat ein Tätigwerden in seinem Individualinteresse fordern (darf z. B. von den staatlichen Organen Rechtsschutz oder ökonomische Leistungen beanspruchen). Er darf endlich möglicherweise beanspruchen, daß der Staat es duldet, wenn er, der Einzelne, an seiner, des Staates, eigener Willensbildung bei Wahlen und Abstimmungen teilnimmt.

Die Rechte, welche dazu dienen, dieses Koordinationsverhältnis des Einzelnen zum Ausdruck zu bringen, werden als die subjektiven öffentlichen Rechte bezeichnet. Kellnert in seinem trotz verschiedener namentlich methodologischer Aussetzungen immer noch höchst lesenswerten Werke: „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, teilt die persönliche Existenz, welche von den subjektiven öffentlichen Rechten garantiert werden soll, folgendermaßen ein: Er bezeichnet erstens dasjenige Individualgebiet, das von staatlicher Einwirkung frei bleiben soll (z. B. die religiöse Überzeugung, Handel und Gewerbe), als den negativen Status oder den Status libertatis des Einzelnen; zweitens die dem Einzelnen zukommende Möglichkeit, den Staat für eigene individuelle Zwecke in Bewegung zu setzen, mit positivem Status oder Status civitatis; endlich drittens mit aktivem Status, oder Status der aktiven Civität, die dem Einzelnen zustehende Befähigung, sich an der Bildung des Staatswillens selber zu beteiligen. Die Einteilung der subjektiven öffentlichen Rechte selber ergibt sich dann naturgemäß aus dieser Teilung, indem man von subjektiven öffentlichen Rechten sprechen kann, die dem negativen, positiven oder aktiven Status zugehören.

Innerhalb der neueren Forschung, die sich mit der Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten befaßt, wären hier namentlich die Ausführungen hervorzuheben, die ihr Kelsen in seinem Werke „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“<sup>4)</sup> gewidmet hat. Kelsen kommt dabei in folgerichtiger Anwendung seiner Theorie vom „Rechtsfaß“ zu der

<sup>3)</sup> Dieser Ausdruck soll hier und im Folgenden in dem Sinne verstanden werden, daß nicht allein der eigentliche Staatsbürger, sondern auch der Fremde, der sich temporär unter der Herrschaft des betreffenden Staates befindet, darunter fällt.

<sup>4)</sup> S. 629 ff.

Lehre, daß jedes subjektive Recht und damit auch jedes subjektive öffentliche Recht nur eine Erscheinungsform des „Rechtsfaßes“ sei.<sup>5)</sup> Unter Rechtsfaß versteht er hinwiederum die den Willen des Staates darstellende Norm.<sup>6)</sup> Kelsen steht mit dieser Definition auf dem Standpunkte, daß der Staatswillen jedem subjektiven Rechte zugrunde liegen müsse.

Daraus ergibt sich hinsichtlich der subjektiven öffentlichen Rechte die Folge, daß auch ihr Bestand durch den Staatswillen bedingt ist.

Nun sind aber die subjektiven öffentlichen Rechte gegen den Staat gerichtet. Ihre Funktion besteht geradezu darin, die verschiedenen Status des Individuums gegenüber dem Staat zu garantieren. Wenn nun ihr Bestand nach der Kelsen'schen Auffassung von dem Staatswillen abhängig ist, gegen den sie gerichtet sind, so müßte sich daraus notwendig das weitere ergeben: daß es dem Staat freistehet, durch Änderung von Verfassung und Gesetz die subjektiven öffentlichen Rechte beliebig einzuschränken oder aufzuheben.

Allerdings eine in vielen Fällen wirksame Garantie gegen ein solches Vorgehen des Staates liegt heutzutage in den meisten Kulturstaaten eigentümlichen Regelung, daß der einzelne Staatsangehörige an der Bildung des Staatswillens, d. h. an dem Erlass von Verfassung und Gesetz beteiligt ist, sei es, daß er Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen wählt oder selber als Mitglied gewählt wird, sei es, daß er an direkten Volksabstimmungen über Verfassungs- und Gesetzesvorlagen teilnimmt. Damit hat er es in der Hand, solchen Vorlagen seine Zustimmung zu versagen, die seinen subjektiven öffentlichen Rechten zuwider sind. Hingegen ist diese Garantie nur unvollkommen. Wo sich die Angehörigen eines Staates in scharf getrennte politische Parteien scheiden, so daß der Angehörige einer Partei zu dem Angehörigen einer andern Partei kein Bewußtsein menschlicher Zusammenghörigkeit mehr besitzt, kann das bei Wahlen und Abstimmungen letzten Endes immer ausschlaggebende Majoritätsprinzip dazu führen, daß auf dem Wege der Gesetzgebung die Status der einer Minorität angehörenden Personen in unmäßiger Weise beschränkt werden. Und dann käme es tatsächlich zu Verhältnissen, für die der Satz gilt: „... individuelle Freiheit und reine Demokratie sind Gegensätze, und daraus wurde nach der Anerkennung des Mehrheitsprinzips im Verfassungsleben der Schutz der Rechte des Individuums eine Notwendigkeit.“<sup>7)</sup>

Aber auch ganz abgesehen von dieser eventuellen Sicherstellung der subjektiven öffentlichen Rechte durch die demokratische Staatsform, widerspricht die Annahme, daß der Staat die subjektiven öffentlichen Rechte einseitig beschränken oder gar vernichten kann, dem, was wir unter subjektiven Rechten überhaupt verstehen. Wir können ein subjektives Recht einer Person gegen eine andere uns begrifflich überhaupt

<sup>5)</sup> S. 367 ff.

<sup>6)</sup> S. 97.

<sup>7)</sup> Fleiner, in Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 41, S. 295.

nicht vorstellen, wenn diese andere Person (in unserm Fall: der Staat) es in ihrer Hand hat, das gegen sie gerichtete subjektive Recht eines andern einseitig zu mindern oder aufzuheben.

An dieser begrifflichen Schwierigkeit ist auch die bisherige Forschung, soweit sie mit dieser oder jener Modifikation grundsätzlich auf dem Kelsen'schen Standpunkt steht, nicht achtlos vorübergegangen und hat sie auf verschiedene Weise zu lösen versucht. Sie faßt etwa das subjektive öffentliche Recht zwar als dem subjektiven Privatrechte gleichartig auf „und läßt es nur durch die Art der im öffentlichen Rechtsverhältnisse stehenden Personen: der Über- und Unterordnung von Staat oder öffentlichem Verband und einzelnen: von dem auf Koordination beruhenden Privatrecht verschieden sein.“<sup>8)</sup> Dagegen kann aber eingewendet werden, daß durch diesen Vorbehalt der Über- und Unterordnung von Staat und Einzelnen mehr als eine bloße begriffliche Verschiedenheit der subjektiven öffentlichen Rechte von den subjektiven Privatrechten bewirkt wird, daß dieser Vorbehalt vielmehr die Vorstellung von subjektiven öffentlichen Rechten überhaupt in Frage stellt.

Oder man hat den Ausweg einer Fiktion eingeschlagen und (in Anlehnung an das Prinzip von der Gewaltentrennung) gesagt, die subjektiven öffentlichen Rechte richteten sich nicht gegen den Staat schlechtweg, sondern einzig gegen den Staat in seiner verwaltenden Tätigkeit, also jedenfalls nicht gegen den Staat als Gesetzgeber. Dies ist wohl die Meinung Bühlers.<sup>9)</sup> Der Mangel dieser Auffassung liegt offensichtlich darin, daß man damit notgedrungen zu einer Spaltung der nur einheitlich denkbaren Staatspersönlichkeit kommen muß. Den Staat als Verwalter vom Staat als Gesetzgeber begrifflich zu trennen, ist nicht zulässig. Richten sich die subjektiven öffentlichen Rechte gegen den Staat als Verwalter, so richten sie sich auch gegen den Staat als Gesetzgeber.

Konsequenter erschien da in gewissem Sinne die früher vertretene Theorie, die subjektiven öffentlichen Rechte hätten in Tat und Wahrheit keinen subjektiven Charakter, sondern seien bloße „Reflexrechte“, d. h. bloße Reflexwirkungen der objektiven Rechtsordnung.

Diese Lehre von den Reflexrechten allerdings wird von Zellinek mit dem unseres Erachtens richtigen Einwurf bekämpft: „mit bloßen Reflexrechten gibt es keine Persönlichkeit.“<sup>10)</sup> Besteht die Geltung des Einzelnen in und gegenüber dem Staat aus bloßen Reflexwirkungen des objektiven Rechts, so hört der Einzelne auf, als Person im Staat zu existieren. Wir können diese These Zellineks nun für unsere Anschauung verwenden und sie weiter ausbauend sagen: Ohne Zuverlässigkeit von Persönlichkeit an den Einzelnen ist der Staat begrifflich überhaupt nicht fassbar. Zur Vorstellung

<sup>8)</sup> So gibt Zellinek, Staatslehre, S. 403, die herrschende Meinung wieder.

<sup>9)</sup> Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, S. 224.

<sup>10)</sup> Staatslehre, S. 404.

Staat als einem Sozialkörper gehört denknotwendig auch die Vorstellung der Persönlichkeit der Staatsangehörigen.

Diese axiomatisch postulierte Persönlichkeit des Einzelnen im Staat ist nicht etwa materiellrechtlich zu verstehen im Sinne eines bestimmten politischen (etwa dem Liberalismus nahestehenden) Prinzips. Vielmehr ist die Annahme eines absolut geltenden Rechts auf Persönlichkeit rein begrifflich konnexe mit der Vorstellung vom Staat. Zu der dem Staat zugedachten Herrschaftsbefugnis gehören denknotwendig Subjekte, die dieser Herrschaftsgewalt unterworfen sind. Es ist eine wesentliche Eigentümlichkeit des Staats, daß er eine Mehrheit von Personen unter seiner Herrschaft zu einem Personenverbande zusammenfaßt. Die Individuen sind als Rechtssubjekte aus der Vorstellung Staat nicht wegzudenken.

Wenn — theoretisch — der die Staatsgewalt verkörpernde Herrscher seine Herrschaft über seine Untertanen derart steigern würde, daß diese ihre Eigenschaft als Rechtssubjekte verlören, wenn er damit seine Untertanen zu Sklaven macht, so hat zugleich die ganze Organisation den Staatscharakter verloren. An die Stelle des Imperiums der Staatsgewalt wäre damit das Dominium des Sklavenhalters getreten.<sup>11)</sup>

Der absolutistischen Staatstheorie ist allerdings der Rechtsbegriff eines dem Herrscher zustehenden „Dominiums“ geläufig. Aber hierbei handelt es sich regelmäßig um ein Dominium in Bezug auf das Staatsgebiet, also ein Obereigentum an Grund und Boden, hingegen keineswegs um ein Dominium in Bezug auf die Untertanen.

Die von uns gewonnenen Folgerungen richten sich nun aber vor allem gegen die eben angeführte und von uns bereits bekämpfte Auffassung, daß die subjektiven öffentlichen Rechte aus der den Staatswillen repräsentierenden objektiven Rechtsordnung abgeleitet seien und unabhängig vom Staatswillen keine Existenz besäßen. Die subjektiven öffentlichen Rechte sind es ja, die den Einzelnen in seiner Rechtspersönlichkeit dem Staat gegenüber sicherstellen sollen. Diese Aufgabe können sie nach der bisherigen Theorie nicht erfüllen; denn dann hängt über ihrer Existenz stets das Damoklesschwert staatlicher Willensänderung, das sie vernichten kann. Wir kommen damit zum Schluß: Es läßt sich die Persönlichkeit des Staatsangehörigen, die für die Vorstellung vom Staat wesentlich ist, nur dann befriedigend konstruieren, wenn wir den subjektiven öffentlichen Rechten in irgend einer Weise absolute, d. h. unabhängig von staatlicher Rechtssetzung bestehende Geltung beilegen. Damit brechen wir aber gleichzeitig mit der Auffassung, daß nur der Staatswillen für das Recht ursprünglich ist, und kommen zu der alten und vielfach bekämpften Lehre von den un-

<sup>11)</sup> Vgl. Jellinek, Staatslehre, S. 701: „Der Staat als solcher herrschte überhaupt nicht über Sklaven, die dem dominium, nicht dem imperium unterworfen waren...“ Ferner S. 394: „Damit wäre auch der Sklavenstaat, an dessen Spitze etwa ein großer Plantagenbesitzer stände, nur dem Namen nach ein Staat.“

veräusserlichen Menschenrechten zurück, wie diese bekanntlich in den Verfassungen der nordamerikanischen Freistaaten und dann in der ersten französischen Revolutionsverfassung praktische Bedeutung gewonnen haben.

\* \* \*

Hinsichtlich ihrer Vorgeschichte ist hier kurz auf folgendes hinzuweisen:

Die Erklärung und staatliche Anerkennung gewisser, dem einzelnen Staatsbürger zugehörenden und — darauf ist Gewicht zu legen: — durch keine staatliche Gewalt austilgbarer Menschenrechte, die jedem Menschen gegenüber dem Staat, unter dem er sich befindet, zustehen, geht in ihren letzten Zusammenhängen auf den mittelalterlichen Staat zurück. Der mittelalterliche, sagen wir besser: der aus germanischen Verfassungsformen erwachsene Staat ist überhaupt „niemals Depositar der ganzen öffentlichen Gewalt gewesen.“<sup>12)</sup> Die Gründe waren verschiedener Natur. Sie liegen u. a. in dem Vorrang des Gewohnheitsrechtes vor dem Gesetzesrecht und in der relativen Bedeutungslosigkeit des Staates überhaupt. Als Recht galt nur das von altersher zu Recht stehende. Wollte das Staatsoberhaupt die staatlichen Befugnisse in einer Richtung modifizieren, so konnte hierzu oft nur die Form des Vertrags gewählt werden. Dies hat z. B. im Lehnswesen seine weitverzweigte Auswirkung gefunden. Ähnlich war das Verhältnis des Staatsoberhauptes gegenüber den Gemeinden. Auch hier sind die wichtigsten Leistungen an den Staat oftmals Gegenleistungen für ihnen gewährte Privilegien. Die Untertanenpflichten werden in vielen Fällen als Vertragspflichten aufgefaßt, denen als Äquivalente subjektive Rechte der Untertanen gegenüber dem Staat entsprechen.

Wir haben also innerhalb des mittelalterlichen Staates einzelne Staatsangehörige, die entweder allein, oder in Personenverbände und Körperschaften gefaßte subjektive öffentliche Rechte gegen den Staat haben, Rechte, die vom Willen des Staates, zu dem sie gehören, unabhängig sind, und die der Staat kraft seiner Herrschergewalt nicht austilgen kann. Der Gegenstand dieser Rechte ist im wesentlichen anderer Art gewesen, als was heutzutage durch subjektive öffentliche Rechte dem Einzelnen gegenüber dem Staat garantiert wird. Er bestand in der Hauptsache darin, daß der einzelne Grund- oder Gerichtsherr, die einzelne Stadt- oder Landgemeinde oder eine gleichgeartete Körperschaft vom Staate verlangen konnte, in der Ausübung der ihnen zustehenden Herrschaftsbefugnisse nicht gestört zu werden;<sup>13)</sup> sie betreffen also vorzüglich das, was Jellinek mit dem „negativen Status“ umschreibt.

<sup>12)</sup> Jellinek, Staatslehre, S. 312.

<sup>13)</sup> Am deutlichsten tritt diese Tatsache, daß die im mittelalterlichen Staate eingeschlossenen öffentlichen Gewalten gegenüber der Staatsgewalt absoluten Charakter haben, darin hervor, daß in einzelnen Quellen direkt von einem so genannten *Widerstandsrecht* die Rede ist, wenn der Landesherr über die ihm zustehende staatliche Gewalt hinaus in die Gewaltssphäre seiner Untertanen eingreift. In solchen Fällen konnte es zu einem eigentlichen Kriegszustand

Der mittelalterliche Staat ist im Laufe der Jahrhunderte durch den absoluten Staat abgelöst worden: „Der absolute Staat hat das Ziel, jene ursprüngliche individuelle Berechtigung gänzlich zu vernichten. Er vermag aber nicht das Bewußtsein von der Priorität des individuellen Rechts völlig zu zerstören.“<sup>14)</sup> Allerdings „Priorität“ ist vielleicht nicht der richtige Ausdruck. Denn auch im mittelalterlichen Staat galt kaum die Auffassung, daß das Individuum vor dem Staat komme, daß der Staat nur für das Individuum da sei, und daß sich die staatliche Gewalt erst vom einzelnen Staatsangehörigen ableite, wie dies dann späteren naturrechtlichen Theorien zugrunde gelegt worden ist. Wir verwenden darum statt „Priorität“ besser den Ausdruck „Koordination“.

Diese bereits dem mittelalterlichen Recht gewohnte absolute Geltung staatsbürgerlicher Befugnisse ist dann in der Folgezeit in verschiedener Richtung modifiziert und fortgebildet worden.<sup>15)</sup>

In der mittelalterlichen Staatsauffassung ist zunächst nicht schon dem Staatsangehörigen qua Individuum, als menschlichem Lebewesen schlechtweg, ein solcher vom Staat unverrückbarer Status zuerkannt. Oder jedenfalls steht diese Auffassung nicht im Vordergrund. Vielmehr ist es im Einzelfalle gewohnheitsrechtliches Herkommen, oder es sind Verkommnisse, Privilegien, Verleihungen, ja Kauf- und Pfandverträge, die einer Person oder einer Körparation von Staatsangehörigen in gewissem Umfange Integrität von staatlichen Eingriffen subjektivrechtlich sicherstellen. Es wird also regelmäßig auf einen durch die Gewohnheit oder dann durch besondere Art gestützten Titel abgestellt.

Abgesehen von diesen auf besondern Titeln beruhenden subjektiven öffentlichen Rechten, an denen die Staatsgewalt im Mittelalter ihre absolute Grenze findet, gab es nun allerdings auch damals schon einen Lebensgebiet, wo das Individuum als solches vor staatlichen Eingriffen sicher war, und das war das Gebiet des religiösen Bekenntnisses. Wenn der Staat je „Glaubenszwang übte, tat er es nicht im eigenen Namen, sondern in Erfüllung kirchlicher Pflichten.“<sup>16)</sup> Nicht als ob im Mittelalter ein angeborenes, ein natürliches Menschenrecht auf Glaubensfreiheit gegolten hätte, sondern weil die Kirche selber diese Domäne des einzelnen Menschen für ihr Regiment, für ihre Leitung vorbehalten hatte, und den Staat hier von Einwirkungen abhielt: „An den religiösen Forderungen der Kirche fand er eine unübersteigbare Schranke.“<sup>17)</sup> Aber infolge dieses Gegensatzes zwischen Staat und Kirche setzt nun ein Neues ein, nämlich in der Tat die Vorstellung, daß nicht die Gewalt

zwischen dem Landesherrn und dem von ihm in ihren Rechten verletzten Landständen (Gerichtsherren, Städten) kommen. Dieses Widerstandrecht ist durch eine neuere Abhandlung von Kurt Wolzendorf: „Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt“ klargelegt und in seiner verfassungsrechtlichen Tragweite gewürdigt worden.

<sup>14)</sup> Fellinek, Staatslehre, S. 397.

<sup>15)</sup> Vgl. vor allem Fellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. 42 ff.

<sup>16)</sup> Fellinek, Staatslehre, S. 397.

<sup>17)</sup> Fellinek, ebenda.

der Kirche über das religiöse Bekenntnis des Einzelnen den Staat vor Einwirkungen auf dieses abhalte, sondern daß die Ursache dafür in der natürlichen Freiheit des Einzelnen liege, daß die Glaubens- und Gewissensfreiheit schlechtweg ein vom Staat nicht anastbares Lebensgebiet des Individuums darstelle.<sup>18)</sup>

Das Naturrecht hat dann der Weiterentwicklung dieser Gedanken insofern neue Nahrung gegeben, als es ganz allgemein die staatliche Gesamtheit in atomistischer Weise aus dem Individuum ableitet, ohne freilich den Gedanken einer absoluten Geltung des Individuums im Staat in den Vordergrund zu stellen.<sup>19)</sup>

Die Naturrechtslehre stand vielfach noch zu sehr im Banne der aus gemeinrechtlichen Wurzeln erwachsenen absolutistischen Staatsauffassung. Immerhin aber — und damit ist auch das Naturrecht Schmittmacher für eine Befreiung des Einzelnen gewesen — gebührt ihm das Verdienst, mit Nachdruck auf das Individuum hingewiesen zu haben. Der Einzelne im Staat gewann damit in der zeitgenössischen Anschauung an Wichtigkeit und Bedeutung. Und während nun Blackstone in seinem Werke über das englische Staatsrecht in folgerichtiger Verbindung germanischer und naturrechtlicher Rechtsgedanken zur Vorstellung absoluter Rechte der englischen Untertanen kommt, gehen die Verfassungen der nordamerikanischen Freistaaten wieder einen Schritt weiter, indem sie nicht nur ihren Staatsangehörigen, sondern dem Individuum schlechtweg absolute und unveränderliche Menschenrechte zuerkennen.

Aktuell wurden diese unantastbaren Menschenrechte im amerikanischen Unabhängigkeitskriege, als nach dem Vorbilde Virginien eine ganze Unzahl nordamerikanischer Staaten, die sich um diese Zeit eine Verfassung gaben, derselben jeweils eine „bill of rights“ voranstellten,<sup>20)</sup> in welcher neben sonstigen allgemein und absolut geltenden Grundsätzen nun auch einzelne mit der Persönlichkeit des Individuums, oder nur des Staatsbürgers untrennbar verbundene Menschenrechte aufgezählt sind. Diese bills of rights, so dachte man sich, sollten nicht einen Teil der Verfassung darstellen, die sich diese Staaten gesetzt hatten. Indem man

<sup>18)</sup> Diese Auffassung brach sich Bahn unter den englischen und schottischen Kongregationalisten und Independenten in den Kämpfen, die im Gefolge der Reformation eintraten. Vgl. Zellinek, Staatslehre, S. 398.

Vgl. auch Heinrich Heine, Englische Fragmente, XI: „Erst zur Zeit der Reformation wurde der Kampf von allgemeiner und geistiger Art, und die Freiheit wurde verlangt nicht als ein hergebrachtes, sondern als ein ursprüngliches, nicht als ein erworbenes, sondern als ein angeborenes Recht. Da wurden nicht mehr alte Pergamente, sondern Prinzipien vorgebracht.“

<sup>19)</sup> So kennt auch Rousseau keine absoluten Grenzen für den herrschenden Gemeinwillen an, der zwar für alle gleiche allgemeine Normen aufstellt, aber über den Umfang der nach Abzug der gesetzlichen Beschränkung den Individuen verbleibenden Freiheit nach seinem durch kein Grundgesetz zu beschränkenden Ermessen entscheidet. Von den beiden bekannten demokratischen Postulaten „Freiheit und Gleichheit“ hat für Rousseau hauptsächlich das letztere Bedeutung.

<sup>20)</sup> So: Pennsylvania, Maryland, Nord-Carolina, Vermont, Massachusetts, New-Hampshire, vgl. Zellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. 18 f. Ferner His, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, I, S. 61 ff.

sie von den Verfassungsbestimmungen schied und diesen in einem besondern Abschnitte voranstellte, wurde auch äußerlich dokumentiert, daß es sich bei den bills of rights überhaupt nicht um Verfassungsrecht, sondern um absolute Grundsätze handelte, die zu ihrer Geltung von der verfassunggebenden Gewalt weder gesetzt noch anerkannt zu werden brauchten, die vielmehr — gewissermaßen wie etwas Beobachtetes — bloß festzustellen waren.<sup>21)</sup>

Den nordamerikanischen Freistaaten ist dann Frankreich am 26. August 1789 mit der berühmten *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* gefolgt, die sich in vieler Hinsicht an die amerikanischen Rechteerklärungen anschloß. Auch hier deutet schon der Ausdruck „*déclaration*“ darauf, daß es sich dabei nicht um Verfassungsrecht, sondern um allgemein geltende Grundsätze handeln sollte, die einzig ausgesprochen zu werden brauchten, und an sich auch ohne eine solche Feststellung Geltung haben.<sup>22)</sup> Auch diese französische Rechteerklärung wurde entsprechend den amerikanischen Vorbildern als besonderer Abschnitt der französischen Verfassung von 1791 vorangestellt.

Allerdings, diese Erklärung selber hatte damals keine große praktische Bedeutung. Die begeisterte Zustimmung, die ihr anfangs geworden war, ist zum Teil eine mehr theoretische Reaktion auf die vorangegangene absolutistische Ära geblieben. Immerhin ist ihre nähere Kenntnis für die begriffliche Erfassung des Staates von höchster Bedeutung, und es ist darum hier näher darauf einzugehen. In Art. 2 der *déclaration* steht: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et impréscriptibles de l'homme: Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.“

Was zunächst unter der „liberté“ verstanden werden soll, ergibt sich zum Teil aus weiteren Stellen der *déclaration* selber, zum Teil kann es aus Art. 2 der Verfassung geschlossen werden, der den Begriff liberté näher interpretiert. Sie umfaßt danach: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Pressefreiheit; <sup>23)</sup> ferner eine Verkehrs- und Nieder-

<sup>21)</sup> Anderer Ansicht: Zellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. 76 f.

<sup>22)</sup> Man darf natürlich nicht nur auf solche einzelne Ausdrücke abstellen, wie denn neben „*déclaration*“ auch „*reconnaitre*“ verwendet wird. Um den Gegensatz zwischen der damals grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Menschen- und Bürgerrechten und Verfassungsrecht zu erkennen, genügt jedenfalls der Vergleich zwischen den einleitenden Erklärungen der französischen Nationalversammlung zu der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* einerseits und zu der *Constitution française* anderseits. Vgl. Duguit et Monnier, S. 1 und S. 3.

Unrichtig ist es, wenn Redlob (Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung, S. 92) den Unterschied zwischen den amerikanischen und den französischen Rechtserklärungen darin zu sehen glaubt, daß er die französische Erklärung im Gegensatz zu den amerikanischen Erklärungen als Teil der französischen Verfassung ansieht, die jederzeit durch Änderung der Verfassung modifizierbar seien, während nur die amerikanischen Rechtserklärungen absolute Geltung besäßen. Gegen diese Auffassung wendet sich auch Zellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. IX.

<sup>23)</sup> *Déclaration* Art. 10: Nul ne doit être inquiété par ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.

lassungsfreiheit, endlich eine Versammlungsfreiheit und eine Petitionsfreiheit.<sup>24)</sup> Diese Freiheitsrechte sollen natürlich nur soweit Geltung haben, als dadurch die öffentliche Ordnung nicht gestört wird. Außerdem wird die Freiheit des Privateigentums erwähnt. Expropriation solle nur unter voller Entschädigung zulässig sein.<sup>25)</sup> Notwendig ist auch die Steuererhebung.<sup>26)</sup> Doch — das ergibt sich aus einer unbefangenen Würdigung dieser Vorschriften — es darf diese Besteuerung nicht einen Umfang annehmen, daß sie tatsächlich die Freiheit Privateigentum zu haben in Frage stellt. Hinzu kommen absolut geltende Rechte der Bürger, z. B. in Art. 14 der déclaration: „Tous les citoyens ont le droit de constater par eux mêmes ou par leur représentant, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, .... usw. Im Gegensatz zu der eben erwähnten Gruppe, die unserer Einteilung zufolge dem negativen Status angehören, handelt es sich bei dieser Gattung um absolute subjektive, öffentliche Rechte, die den Status der aktiven Civität des Einzelnen gegenüber dem Staat zu garantieren berufen sind.

\* \* \*

Diese Feststellungen des absoluten Charakters einzelner subjektiver, öffentlicher Rechte, zu welcher, wie gesagt, germanische Rechtsgedanken verbunden mit naturrechtlichen Vorstellungen geführt haben, stimmen nun in gewissem Sinne mit den von uns oben einzüglich aus der begrifflichen Vorstellung vom Staat als Sozialkörper gewonnenen Folgerungen überein. Auch wir sind oben<sup>27)</sup> zum Schluß gekommen, daß den subjektiven öffentlichen Rechten ein absolutes Element innewohnen müsse, weil nur dann für den Staatsangehörigen eine gegenüber dem Staat geltende Persönlichkeit angenommen werden könne, die Vorstellung der Persönlichkeit des Einzelnen aber mit der Vorstellung „Staat“ begriffsnotwendig verbunden sei.

Geht demnach die Lehre von den Menschen- und Bürgerrechten von einem auch u. E. richtigen Grundgedanken aus, so liegt ihr prinzipieller Fehler darin, daß die damalige Anschauung dieses absoluten Element der Persönlichkeit in einzelnen subjektiven öffentlichen Rechten aktualisiert hat: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte kennt speziell eine absolut

Constitution titre I. La constitution garantit, comme droits naturels et civils: ..... la liberté à tout homme de parler d'écrire d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché.“

<sup>24)</sup> La constitution garantit pareillement comme droits naturels et civils: La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté ni détenu ..... La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes ..... la liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement.“

<sup>25)</sup> Déclaration, Art. 17: La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

<sup>26)</sup> Déclaration Art. 13.

<sup>27)</sup> S. 491 ff

geltende Eigentumsfreiheit, Pressefreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit u. s. w.

Aber es ist klar: nicht diese einzelnen Rechte, wie sie aus besonders historischen und politischen Verhältnissen heraus statuiert worden sind, haben absolute, von der staatlichen Willensbildung unabhängige Geltung, sondern diese absolute Geltung kann nur dem Recht des Staatsangehörigen auf Geltung seiner Persönlichkeit zugesprochen werden. Nun gehört zur Persönlichkeit des modernen Menschen allerdings regelmäßig etwa die Eigentumsfreiheit, Religionsfreiheit, Pressefreiheit, wenn diese selbst auch zeitlich bedingt sind. Es lassen sich aus der Geschichte kulturelle Zustände nachweisen, und solche Zustände für die Zukunft denken, unter denen gerade diese Freiheitsrechte, unbeschadet der Persönlichkeit des einzelnen Staatsangehörigen, keineswegs galten oder gelten werden. Der mittelalterliche Staat z. B. hat keine Handels- und Gewerbefreiheit gekannt, ohne daß die Persönlichkeit des mittelalterlichen Menschen deswegen eingeschränkt gewesen wäre. Und für die Zukunft läßt sich etwa der kommunistische Staat denken, in welchem keine Freiheit des Privateigentums mehr besteht, ohne daß deswegen der Einzelne dies als wesentliche Einschränkung seiner Persönlichkeit empfände. Man muß sich ferner von der Vorstellung befreien, als bedeute die Anerkennung irgendwelcher unveräußerlicher Menschenrechte an sich eine Errungenschaft in der Kulturentwicklung. Sie bedeutet einen Fortschritt höchstens im Sinne des Liberalismus. Die Geschichte der Gesellschaft aber bewegt sich beständig in einem Hin und Her vermehrter Betonung der Gesamtheit oder des Individuums, und eine Höherentwicklung der Weltkultur wird sowohl durch die Emanzipation der einzelnen Persönlichkeiten aus der Gesellschaft, wie durch Vertiefung und Verfeinerung der sozialen Bindungen bewirkt.

Wir können zusammenfassend sagen: Nicht einzelne Gebiete des Rechts auf Persönlichkeit, wie das Recht auf Religionsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Pressefreiheit haben an sich absolute Geltung, sondern sie sind nur insoweit absolut, als die Persönlichkeit des Einzelnen dieser Teilgebiete zu ihrer Existenz bedarf, wobei sich dieses Bedürfnis im Laufe der Zeit fortwährend verschiebt.<sup>28)</sup> Das Vorhandensein und den Umfang dieses Bedürfnisses selber festzustellen, ist nun allerdings kein juristisches, sondern ein rein soziologisches Problem. Der Jurist kann mit dem Rüstzeug seiner Wissenschaft nicht feststellen, ob z. B. im 21. Jahrhundert die Religionsfreiheit ein für den einzelnen Menschen notwendiger Bestandteil seiner Persönlichkeit ist, womit bejahenden Fällen das subjektive öffentliche Recht gegen den Staat auf Religionsfreiheit ein droit naturel et impréscriptible wäre, d. h. absolute Geltung hätte.

<sup>28)</sup> Eine solche soziologische Bedingtheit des einzelnen Freiheitsrechts anerkennt im Grunde genommen auch Zellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. 71: „Hatte der Mensch des 17. Jahrhunderts den Glaubenszwang als besonders schmerzlich empfunden, so steigerte sich seine Empfindlichkeit im 18. Jahrhundert derart, daß er nunmehr ein viel größeres Maß von Freiheit vom Staat als sein unantastbares Besitztum gebieterisch forderte.“

Wie bei allen Regeln, in die wir die Erscheinungen der menschlichen Gesellschaft fassen, haben wir ferner darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Vielgestaltigkeit des Lebens immer neue Sonderbildungen hervorbringt, die sich in die beobachteten Regeln nicht genau einfügen lassen, daß mithin auch die von uns beobachteten Regeln keine naturwissenschaftlich präzise Geltung haben können, und einzelne Ausnahmen die Geltung der allgemeinen Regel nicht notwendigerweise aufheben.

Wir haben oben schon in anderm Zusammenhang festgestellt, daß die als absolut gedachten subjektiven öffentlichen Rechte hinsichtlich ihres Umfangs durch die Zwecke der im Staate verkörperten Gesamtheit eingeschränkt werden. Religionsfreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit sollen nur im Rahmen polizeilicher Regelung, die Freiheit des Privateigentums solle nur vorbehalten die Möglichkeit der Expropriation und der Besteuerung gelten, wobei allerdings die Besteuerung regelmäßig nicht einen Umfang annehmen dürfe, der die Freiheit des Privateigentums (sofern diese überhaupt gilt) tatsächlich aufhöbe. Doch kann nun darüber hinaus die Unterordnung der Persönlichkeit des Einzelnen unter die Zwecke der Gesamtheit in einzelnen Grenzfällen sogar bis zur Aufhebung der Persönlichkeit selber gehen: z. B. der Einzelne ist verpflichtet, als Soldat im Kriege das Leben für seinen Staat zu lassen. Ferner darf der Staat, wenn seine Existenz auf dem Spiele steht, einzelne Gebiete der persönlichen Freiheit suspendieren, z. B. die Pressefreiheit durch Errichtung der Präventivzensur, oder die Freiheit des Privateigentums durch Erforderung einer konfiskatorischen Vermögensabgabe.

Doch das sind Ausnahmefälle. Es kann sein, daß der Einzelne sie erträgt aus dem Bewußtsein seiner sozialen Verpflichtung. Es kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, daß ganze Bevölkerungsgruppen solchen gesteigerten Ansprüchen des Staats an die Einzelpersönlichkeit ein kategorisches Nein entgegensetzen.

Denn die Beurteilung, welche Lebensgebiete und in welchem Umfange dieselben für die Persönlichkeit des Einzelnen unbedingt erforderlich sind und wann derselben das Interesse der Gesamtheit hintangezett werden kann, steht nicht ausschließlich dem Staat zu, sondern darf auch von dem Einzelnen beurteilt werden; das geht aus dem von uns festgestellten Prinzip der Koordination des Einzelnen zum Staat hervor. Bei dieser Beurteilung hört letzten Endes die Suprematie des Staates auf, und es stehen sich dabei Staat und Einzelner gleichberechtigt gegenüber. Meist sind es größere oder geringere Teile des Volksganzen, religiöse Sekten, politische Parteien, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zusammengefaßte Gruppen, deren Zugehörige durch die Eingriffe des Staats sich in ihrer Persönlichkeit zu sehr beengt fühlen, und diese leisten nun mit größerer oder geringerer Intensität Widerstand. Dieser Widerstand kann sich in den denkbar verschiedensten Formen zeigen, z. B. als Steuerverweigerung, Meuterei, Revolution, gewaltsame Staatsumwälzung. Die revolutionäre Zerstörung und zugleich Umformung des Staates zur Bewahrung der Persönlichkeit des Einzelnen ist gewisser-

maßen das Gegenbild zur eben angeführten *ausnahmeweisen* Ausübung der Einzelpersönlichkeit im Interesse der Gesamtheit.

Die formale Berechtigung dieses Widerstandes ergibt sich aber notwendigerweise aus der absoluten Geltung der Persönlichkeit gegenüber dem Staat, aus dem begrifflich notwendigen Koordinationsverhältnis zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit. Und sie ist auch kein bloßes Theorem, sondern findet in der Geschichte der Staaten vielfach ihre praktischen Belege.

Wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß dem mittelalterlichen Staatsrecht ein Widerstand gegen die Staatsgewalt bei Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte vollkommen geläufig war.<sup>29)</sup> Und auch das neuere Staatsrecht ist mit diesem Gedanken vertraut, heißt es doch — um hier ein einziges Beispiel zu bringen — in Art. 4 der bill of rights von Maryland: „The doctrine of non-resistence against arbitrary power and oppression is absurd, slavish and destructive of the good and happiness of mankind<sup>30)</sup>; ferner zählt Art. 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte unter den droits naturels et inpréciscriptibles de l'homme folgerichtig auch: „la résistance à l'oppression“ auf.

„Nicht hochverräterischen Aufruhr, sondern Rechtsverteidigung glaubten sie (die nordamerikanischen Freistaaten) zu üben, als sie sich der englischen Herrschaft entledigten.“<sup>31)</sup> Wo es sich um Sein oder Nichtsein der Persönlichkeit handelte, wurde der Einzelne dem Staat gegenüber als gleichgeordnet betrachtet. Staat und Einzerner befanden sich im Kriegszustand.

Hat demnach das Staatsrecht noch vor 150 Jahren ein solches dem Kriege im Völkerrecht analoges Widerstandsrecht des Einzelnen noch unumwunden anerkannt,<sup>32)</sup> so ist die moderne Staatslehre von dieser Vorstellung abgerückt<sup>33)</sup> und hat sich damit wieder staatsabsolutistischen Prinzipien zugefehrt, wobei an Stelle des persönlichen Willens des absoluten Herrschers der Wille des im Gesetze ausgesprochenen Willens der Staatspersönlichkeit selber getreten ist. Namentlich Wolzendorff<sup>34)</sup> hat ein Widerstandsrecht für den modernen Staat aus verschiedenen Gründen abgelehnt.

Wenn wir von diesen theoretischen Erwägungen absehen, gewinnen wir aber aus den heutigen staatlichen Verhältnissen selber verschiedene *Jndizien*, daß die Vorstellung eines Widerstandsrechts auch aus dem

<sup>29)</sup> Vgl. Anm. 13.

<sup>30)</sup> Vgl. auch die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten selber vom 4. Juli 1776, nach Jellinek, Menschen- und Bürgerrechte, S. 11.

<sup>31)</sup> Jellinek, Staatslehre, S. 402.

<sup>32)</sup> Dieses Widerstandsrecht ist noch in der deutschen Revolution von 1848 theoretisch mehrfach vertreten worden, vgl. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht, S. 455 ff.

<sup>33)</sup> Mit einigen Ausnahmen, die Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht, S. 460 f., anführt, darunter: Duguit (L'état, le droit et la loi positive 1901, S. 316): „Le pouvoir et le devoir même, de refuser légitimement l'obéissance à un gouvernement tyrannique ..... sont théoriquement incontestables.“

<sup>34)</sup> Staatsrecht und Naturrecht, S. 458 ff.

modernen Staate keineswegs verschwunden ist. Wenn z. B. das politische Delikt strafrechtlich eine andere Würdigung erfährt als das gemeine Delikt, so ist dies aus keinem andern Grunde, als weil auch der moderne Staat sich von der Idee eines Widerstandsrechts des Einzelnen gegen den Staat nicht gänzlich losgelöst hat.<sup>35)</sup> Die gleiche Ursache liegt vielleicht vor, wenn beispielsweise der Staat den zum Zwecke der Steuerverweigerung begangenen Steuerbetrug wesentlich milder behandelt, als den gemeinen Betrug, obgleich der objektive Tatbestand in beiden Fällen der gleiche sein kann.

Namentlich wäre in diesem Zusammenhang auf den Fall der gewaltsamen Staatsumwälzung hinzuweisen. Es ist eine notwendige Konsequenz der Lehre „Wille des Staats = objektives Recht“, daß sie den Vorgang der Revolution rechtlich nicht qualifizieren kann.<sup>36)</sup> Nun ist das schon deswegen ein Mangel, weil tatsächlich auch durch die gewaltsame Umänderung der Staatsverfassung die Kontinuität des Staates selber nicht unterbrochen wird,<sup>37)</sup> oder jedenfalls nicht unterbrochen zu werden braucht. Somit kann zwischen dem Staat vor und dem gleichen Staat nach der Revolution keineswegs eine Lücke angenommen werden, die juristischer Betrachtung unzugänglich wäre. Wir müssen auch über Revolution hinweg den Kausalzusammenhang staatlichen Geschehens in der theoretischen Betrachtung festhalten. Und wir vermögen dies nur vermittelst der Vorstellung, daß in einer Revolution an Stelle der regulären staatlichen Willensbildung (durch Parlament oder Volksabstimmung) die vom Widerstandsrecht des Einzelnen ausgehende irreguläre staatliche Willensbildung als Ursache der Umwandlung des Staates getreten ist.

Wenn wir aber mit Zellinek an einer durch die Revolution nicht unterbrochenen Kontinuität des Staates festhalten wollen, müssen wir mit dem revolutionären Widerstandsrecht als einem juristisch relevanten Faktor der staatlichen Willensbildung rechnen.

Es bedarf keines besondern Nachweises, daß mit dieser rein for-

<sup>35)</sup> Vgl. etwa Art. 65 der schweizerischen Bundesverfassung: „Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden.“

Das in politischen Beweggründen gelegene Motiv ist an sich nicht edler. Ein Totschlag aus politischer Gegnerschaft ist nicht entschuldbarer als z. B. ein Totschlag aus beleidigter Familienehre und doch ist nur bei ersterem die Todesstrafe durch die Bundesverfassung ausgeschlossen. Hier ist ferner darauf hinzuweisen, daß Amnestien vorzugsweise zugunsten von politischen Verbrechen erlassen werden.

<sup>36)</sup> Vgl. Wohlendorff, S. 463. W. behauptet hier außerdem: „Der Volkswiderstand geht auf Aufhebung der Staatsgewalt.“ Das ist offensichtlich unrichtig: Die Revolution will keineswegs die Bevölkerung in einen dauernd unstaatlichen Zustand überführen, die Staatsgewalt aufheben, sondern sie will sie nur modifizieren, allerdings mit „unparlamentarischen Mitteln“.

<sup>37)</sup> Dies ist jedenfalls die Auffassung Zellineks, Staatslehre, S. 463, die auch einzig der Wirklichkeit entspricht.

Vgl. auch Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 823: „Darum geht der Staat aus noch so erheblichen Zustands-, Gebiets- oder Verfassungsänderungen als dasselbe Rechtssubjekt hervor, als welches er vorher bestanden und Rechte erworben oder Verbindlichkeiten übernommen hat.“

malen Anerkennung des Widerstandsrechtes im modernen Staat keineswegs seiner Anwendung das Wort geredet werden soll. Wir haben oben ausdrücklich betont, daß die Frage, wann die Voraussetzungen der Anwendung des Widerstandsrechtes gegeben sind, in diesem Zusammenhang nicht festlegbar ist; wir hatten uns auf den Nachweis zu beschränken, daß dieses Widerstandsrecht eine notwendige Folgerung der absoluten Geltung der Persönlichkeit im Staat darstellt, und letztere wiederum von der Vorstellung „Staat“ begrifflich nicht getrennt werden kann.

Individuum und Staat stehen sich bei Anwendung des Widerstandsrechtes nun einmal in einer Art von Kriegszustand gegenüber.<sup>38)</sup> Und wir haben uns dabei einzig an die Vorstellung zu gewöhnen, daß der Einzelne nicht auf jeden Fall den Boden des Rechts verläßt, dadurch daß er dem Staat Widerstand leistet, und daß der Staat nicht schlechtweg im Sinne der Rechtserfüllung handelt, wenn er diesen Widerstand unterdrückt.

Allerdings bedeutet die formale Zulassung des Widerstandsrechtes gegen den Staat keinen Idealzustand, ebensowenig wie z. B. im mittelalterlichen Rechte die Zulassung der Selbsthilfe zur Realisierung gewisser subjektiver Privatrechte an Stelle eines geordneten Prozeßverfahrens einen Idealzustand bedeutete. Darum bestand auch eine der wichtigsten Aufgaben des mittelalterlichen Staates darin, die formlose Realisierung subjektiver Rechte durch Selbsthilfe immer restloser in eine formgemäße, d. h. prozessuale Realisierung überzuführen. Diese prozessuale Realisierung ist in unserem Fall natürlich innerhalb eines einzelnen Staates deswegen unmöglich, weil die richterlichen Instanzen, die den Streit zwischen dem Einzelnen und dem Staat prozessual erledigen müßten, in ihrer Existenz wiederum vom Willen des Staates abhängen. Verwaltungsgerichte z. B. bieten der absoluten Geltung subjektiver öffentlicher Rechte nur eine bedingte Gewähr, weil diese Gerichte nur so lange bestehen, als der Staat selber sie will, und weil sie sich an die Rechtsordnung des betreffenden Staats zu halten haben. Jeder Verwaltungsgerichtsentscheid zugunsten eines Staatsangehörigen bedeutet letzten Endes eine freiwillige Konzession des Staats an den Einzelnen. Verwaltungsgerichte sind darum ihrer Natur nach nicht befähigt, der Persönlichkeit des Einzelnen gegenüber dem Staat absolute Geltung zu gewährleisten. Auf diese jedoch kommt es an. Hingegen ist z. B. im Bundesstaat eine solche Möglichkeit zu erblicken. Hier kann die bundesstaatliche Gewalt der Persönlichkeit des Einzelnen wenigstens gegenüber dem Gliedstaat auch auf prozessualen Wege absolute, vom rechtsezenden Willen des Gliedstaats unabhängige Geltung sichern.

<sup>38)</sup> Diese Vorstellung wird abgelehnt von Wolzendorff, S. 463.