

Hans Kelsen Werke



Hans Kelsen Werke

Herausgeber / Editor

MATTHIAS JESTAEDT, Erlangen

In Kooperation mit dem / In co-operation with

HANS KELSEN-INSTITUT

ROBERT WALTER, Wien CLEMENS JABLONER, Wien

Wissenschaftliche Berater / Advisory Committee

JES BJARUP, Stockholm	STANLEY L. PAULSON, St. Louis
EUGENIO BULYGIN, Buenos Aires	OTTO PFERSMANN, Paris
AGOSTINO CARRINO, Napoli	JOSEPH RAZ, Oxford/New York
GABRIEL NOGUEIRA DIAS, São Paulo	GREGORIO ROBLES MORCHÓN, Palma de Mallorca
HORST DREIER, Würzburg	OSCAR L. SARLO, Montevideo
MARIO G. LOSANO, Milano	HUN SUP SHIM, Seoul
RYUICHI NAGAO, Tokio	MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt
WALTER OTT, Zürich	MICHEL TROPER, Paris
	LUIS VILLAR BORDA†, Bogotá

Hans Kelsen Werke

Band 3

Veröffentlichte Schriften 1911–1917

Herausgegeben von

MATTHIAS JESTAEDT

In Kooperation mit dem

HANS KELSEN-INSTITUT

Mohr Siebeck

Eine Veröffentlichung der HANS-KELSEN-FORSCHUNGSSTELLE
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Leiter:

Matthias Jestaedt

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:

Julia Baßler	Franziska Hofmeister	Jana Osterkamp
Matthias Eberl	Jörg Kammerhofer	Maren Patella
Philippa Eggers	Simon Kerwagen	Angela Reinthal
Thomas Elsner	Pauline Kiermeir	Luisa Schmaus
Nicola Ernst	Bastian Lämmermann	Anna Lena Scholz
Nikolaus Forschner	Eva Lohse	Bilhildis Schütz
Sabrina Habermann	Anke Lutz	Dominika Wiesner
Manuela Herrmann	Markus Modschiedler	
Martin Herzog	Josephine Odrig	

Die Herausgeberarbeiten wurden von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die Drucklegung wurde vom Bundeskanzler der Republik Österreich in großzügiger Weise finanziell unterstützt.

Zitiervorschlag:

Hans Kelsen, Politische Weltanschauung und Erziehung (1913), in: HKW 3, S. 112–145 (117)
Kelsen, in: HKW 3, 112–145 (117)

ISBN 978-3-16-149438-3

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina in Tübingen aus der MinionPro belichtet, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhalt

Vorwort des Herausgebers	VII
------------------------------------	-----

I. Sektion

Editorische Hinweise

Benutzungshinweise	3
Editionsrichtlinien der Hans Kelsen Werke	5

II. Sektion

Veröffentlichte Schriften 1911–1917

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.	
Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien (1911) . .	22
Buchbesprechung Wilhelm Coermann, Die Reichsverfassung und Reichs- verwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung, Kempten und München 1908 (1912)	57
Buchbesprechung Paul Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, Tübingen 1909 – Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1911 – Walther Schücking, Das Staats- recht des Großherzogtums Oldenburg, Tübingen 1911 (1912)	59
Buchbesprechung Paulino Llambi Campbell, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik, Hannover 1911 (1912)	63
Industrieförderung in Rumänien (1912)	65
Buchbesprechung Arnold Krasny, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetz- gebung. Mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes, Wien 1910 (1912)	73
Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen (1912)	77
Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte (1913)	93
Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof (1913)	105

Politische Weltanschauung und Erziehung (1913)	112
Rechtsstaat und Staatsrecht (1913)	147
Rudolf von Ihering in Briefen (1913)	157
Sociologická a právnícká idea státní (1913/1914)	171
Die soziologische und die juristische Staatsidee (Übersetzung von: Sociologická a právnícká idea státní) (1913/1914)	201
Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung (1913)	235
Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913)	247
Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (1914/1915)	317
Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914) . .	359
Buchbesprechung Ludwig Spiegel, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, München und Leipzig 1913 (1914)	427
Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914) .	439
Buchbesprechung Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie, Wien und Leipzig 1912 (1915)	533
Buchbesprechung Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, Leipzig und Wien 1915 (1915/1916)	543
Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung (1916)	551
Replik zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1916)	607
Schlusswort zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1916/1917) . .	613
Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns (1917/1918)	615

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorische Berichte	633
Abkürzungen und Siglen	763
Quellennachweis der Abbildungen	769
Schrifttumsverzeichnis	771
Gesetzesverzeichnis	801
Personenregister	809
Sachregister	817

Vorwort des Herausgebers

I.

Die in Band 3 der „Hans Kelsen Werke“ versammelten 25 Beiträge sind in den Jahren 1911 bis einschließlich 1917 und damit gleich in mehrfacher Hinsicht in einer Umbruchphase entstanden.

Sie stehen, sub specie der politischen Zeitgeschichte, an der namentlich die Verhältnisse in Europa im Allgemeinen und in der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie im Besonderen revolutionierenden Zeitenwende, die der Erste Weltkrieg (1914–1918) markiert. Wissenschaftsgeschichtlich bilden die Jahre einen Ausschnitt aus der Blütezeit der – vielleicht mit keiner anderen Stadt so sehr wie mit Wien verbundenen – Wissenschaftlichen Moderne. Aber auch in biographischer Hinsicht stellen die sechs Jahre nach der Habilitation im Jahre 1911 eine – wenngleich nicht in sich abgeschlossene – Phase des Um- und Aufbruchs zu Neuem dar: Unter persönlich-familiären Auspizien fällt in diese Zeit die Gründung einer eigenen Familie – mit Konversion zum Protestantismus und Heirat mit Margarete Bondi (1890–1973), mit dem Bezug einer eigenen Familienwohnung in der Wickenburggasse 23 im 8. Wiener Bezirk sowie schließlich mit den Geburten seiner beiden Töchter Anna (Hanna) Renata (1914–2001) und Maria Beate (Beatrice) (1915–1994). Beruflich umfassen die Jahre 1911 bis 1917 Kelsens Dozententätigkeit an der Exportakademie des k. k. österreichischen Handelsmuseums, seine ersten Lehrveranstaltungen zunächst als Privatdozent, sodann als titularer außerordentlicher Professor an der Universität Wien, aber auch – seit 1914 – seinen Kriegsdienst, in dem er es bis zum Hauptmann-Auditor und schließlich zum Referenten des letzten k. u. k. Kriegsministers Rudolf Freiherr von Stöger-Steiner bringt. Nicht zu vergessen, dass Kelsen bereits in jenen Jahren mit seinem Einsatz für die Wiener Volksbildung sein Verständnis des Zusammenhanges von wissenschaftlicher Weltanschauung und gesellschaftspolitischem Engagement praktisch werden lässt.

Last but not least besitzen die Jahre 1911 bis 1917 auch eine besondere werkgeschichtliche Stellung, versammeln sie doch zentrale Schriften Kelsens, in denen er den disziplinrevolutionierenden Ansatz seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ konsolidiert und für die Dogmatik operationalisiert, konzeptionell entfaltet und fortentwickelt. Auf dem Weg von der rechtstheoretisch-methodologischen Initialzündung in den „Hauptproblemen“ (1911) bis zur vollen – freilich niemals ein Endstadium erreichenden – Ausarbeitung der Reinen Rechtslehre in der „Allgemeine Staatslehre“ (1925) und der Erstaufgabe der „Reine Rechtslehre“ (1934) gilt Kelsens Aufmerk-

samkeit gerade in den Jahren 1911 bis 1917 auf der einen Seite der Absicherung seines Ansatzes gegenüber konkurrierenden Lesarten des Rechts und der Rechtswissenschaft und auf der anderen Seite der Konsistenzialisierung und – in des Wortes positivistischer Bedeutung – Radikalisierung seiner eigenen Konzeption.

Markanteste Zeugnisse der Positionsbestimmung „nach außen“ sind die Auseinandersetzungen mit den seinerzeit aufkommenden soziologischen, aber auch kulturwissenschaftlichen Deutungen von Recht und Rechtswissenschaft in den Beiträgen „Zur Soziologie des Rechtes“ (1912), „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1914/1915) sowie „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ (1916). Sie nimmt er zum Anlass, sich kritisch mit den – in den „Hauptproblemen“ noch nicht verarbeiteten – Ansätzen insonderheit von Heinrich Rickert und Emil Lask, Gustav Radbruch und Eugen Ehrlich sowie schließlich der Freirechtsbewegung in Gestalt von Hermann Kantorowicz zu beschäftigen. Die Neupositionierung „nach innen“, d. h. die – die Befangenheit in traditionellen Denkmustern nach und nach abschüttelnde – Fortentwicklung des in den „Hauptproblemen“ grundgelegten Ansatzes, erfolgt insbesondere durch die Schriften „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (1913), „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ (1914) sowie „Über Staatsunrecht“ (1914). In ihnen arbeitet er, um nur die wohl bedeutsamsten Neuerungen zu nennen, – neben der in den „Hauptproblemen“ betonten normativistischen Seite – deutlicher die positivistische Seite seiner Rechtslehre heraus; in ihnen ergänzt und relativiert er die statische Rechtsbetrachtung durch die dynamische, die Rechtsordnung als Rechtserzeugungs(- und -vernichtungs-)zusammenhang deutende Sicht; hier legt er schließlich die Fundamente für die – jeweils in späteren Schriften noch deutlich elaborierter erscheinenden – Lehren vom Stufenbau der Rechtsordnung, von der Grundnorm sowie vom sogenannten Fehlerkalkül. Es möchte scheinen, dass die Fortentwicklung des eigenen Deutungsschemas für Recht und Rechtswissenschaft weniger von außen initiiert denn gleichsam von innen kommenden Einflüssen geschuldet ist. Alle wesentlichen konzeptionellen Neuerungen lassen sich nämlich als konsequentere Durchführung des Bisherigen und/oder als Einsichten verstehen, die sich den fruchtbaren Debatten namentlich mit Adolf Merkl und Alfred Verdross in der sich bildenden „Wiener Schule der Rechtstheorie“ verdanken und die teilweise ihre kongenialen Parallelen in den Schriften von Franz Weyr finden.

II.

Die in diesem Band vereinigten Beiträge variieren stark nach Länge und Duktus, thematischem Zugriff und gewähltem Präsentationsformat. Von der gerade einmal knapp sieben Zeilen kurzen Buchanzeige über den sechsseitigen Zeitungsartikel (im Originaldruck 2½ Spalten) und die 32 Seiten (im Originaldruck 64 Seiten) umfassende Kleinmonographie bis hin zu dem quasimonographischen Aufsatz von 92 Druckseiten (im Originaldruck sogar 114 Seiten) sind nahezu sämtliche Formate vertreten. Ohne damit allzu weitreichende Aussagen zu verbinden, lassen sich

die insgesamt 25 Einzelschriften nach Format und Thema beispielsweise wie folgt ordnen: Den sieben mehr oder minder umfangreichen, an Sachfragen aufgehängten Studien, die der Verdeutlichung und Weiterentwicklung der in den „Hauptproblemen“ wurzelnden juristischen Weltanschauung dienen – „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ (1911), „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (1913), „Rechtsstaat und Staatsrecht“ (1913), „Sociologická a právníká idea státní“ („Die soziologische und die juristische Staatsidee“ – 1913/1914), „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ (1913), „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ (1914) sowie „Über Staatsunrecht“ (1914) –, zur Seite stehen sechs Beiträge, die unmittelbar der Auseinandersetzung Kelsens mit Ansichten eines anderen respektive mehrerer anderer Autoren gewidmet sind und überwiegend den Charakter von Besprechungsaufsätzen tragen, nämlich „Zur Soziologie des Rechtes“ (1912), „Rudolf von Ihering in Briefen“ (1913), „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1914/1915) mit „Replik“ (1916) und „Schlusswort“ (1916/1917) sowie „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ (1916). In diesem Umfeld sind auch die sieben Buchbesprechungen und -anzeigen im engeren Sinne anzusiedeln, in denen Kelsen Werke von Coermann (1912), Errera, Freund und Schücking (1912), Llambi Campbell (1912), Krasny (1912), Spiegel (1914), Menzel (1915) sowie Pitamic (1915/1916) rezensiert beziehungsweise präsentiert. Die restlichen fünf Arbeiten verteilen sich auf zwei nicht dem sonstigen Arbeitsfeld Kelsens zuzurechnende Beiträge, die er während seiner (Forschungs- und) Lehrtätigkeit an der Exportakademie publiziert hat – „Industrieförderung in Rumänien“ (1912) sowie „Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“ (1913) –, einen militärrechtlichen Beitrag, den er im Rahmen seines Kriegsdienstes verfasst hat – „Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns“ (1917/1918) –, einen tagesaktuellen, einem Judikat des Verwaltungsgerichtshofes gewidmeten Beitrag – „Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof“ (1913) – sowie die Druckfassung eines Vortrages, den Kelsen im Zusammenhang der Arbeiterbildung im „Volksheim“ gehalten hat – „Politische Weltanschauung und Erziehung“ (1913).

Unter editorischen Gesichtspunkten sind zwei Beiträge in besonderer Weise herauszustreichen, nämlich zum einen die zuletzt genannte Schrift zur „Politischen Weltanschauung“ und zum anderen der einzige tschechischsprachige Text dieses Bandes. Die „Politische Weltanschauung“ verdient deswegen hervorgehoben zu werden, weil dem Herausgeber nur für diesen Beitrag des Bandes ein autographischer Textträger vorlag. Dieser stand bis zum Jahre 2005 im Besitze der Nachkommen Kelsens, zuletzt der einzigen Enkeltochter, Dr. Anne Feder Lee, und wird seither im Hans Kelsen-Institut aufbewahrt; einzelne Seiten des Autographen wurden zum Zwecke der Veranschaulichung abgebildet. – Der Beitrag mit dem Titel „Sociologická a právníká idea státní“ (deutsch: „Die soziologische und die juristische Staatsidee“) schließlich weist die editorische Besonderheit auf, dass dem

tschechischen Original – welches seinerseits eine nicht von Kelsen selbst stammende Übersetzung darstellt – eine von Dr. Jana Osterkamp gefertigte (Rück-)Übersetzung ins Deutsche nachgestellt ist. Selbstredend kann dadurch nicht der von Kelsen ursprünglich auf deutsch verfasste, nach unseren Recherchen indes nicht mehr erhaltene Originalbeitrag ersetzt werden. Unbeschadet dessen kann auf diese Weise doch – so verlässlich wie irgend möglich – Kenntnis von Kelsens Ausführungen nehmen, wer nicht des Tschechischen, aber des Deutschen mächtig ist.

III.

Aus der großen Zahl derer, die am Zustandekommen dieses Bandes beteiligt waren, sei – neben den finanziellen Hauptunterstützern: der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Bonn, und dem Bundeskanzler der Republik Österreich – einigen wenigen in ausdrücklicher Form Dank abgestattet: Dr. Anne Feder Lee, Honolulu; em. o. Univ.-Prof. DDr. Dr. h. c. Robert Walter, Wien; Präsident des VwGH Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Clemens Jabloner, Wien; Dr. Klaus Zeleny, Wien; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Stanley L. Paulson, St. Louis/Kiel; ao. Univ.-Prof. Dr. Thomas Olechowski, Wien/Pressburg; Sektionschef a. D. o. Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher, Wien; Prof. Ryuichi Nagao, Tokio; Prof. Dr. Dr. h. c. Mario G. Losano, Mailand; Prof. Dr. Helmut Neuhaus, Erlangen; Prof. Dr. Oliver Lepsius, LL. M., Bayreuth; Mag. Jürgen Busch, Wien; Dr. András Jakab, Madrid; Dr. Achim Dopppler, Sankt Pölten; Dr. Dietmar Müller, Leipzig; Norbert Schirmbrand, Bibliothek des VwGH, Wien; Dr. Nobuyuki Yamanaka, Erlangen.

Was den Dank für die fachlich wie persönlich beglückende Zusammenarbeit mit dem Verlag Mohr Siebeck in Gestalt des Verlagsinhabers Dr. h. c. Georg Siebeck, des Geschäftsführer Dr. Franz-Peter Gillig und der Herstellerin Ilse König unter Einschluss der Setzerei pagina, Tübingen, betrifft, so kann ich das im Vorwort zu den voraufgehenden Bänden Gesagte nur wiederholen und bekräftigen. Schließlich ist es mir ein nobile officium, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Erlanger Hans-Kelsen-Forschungsstelle (HKF) von Herzen meine Anerkennung und meinen Dank für ihren Einsatz, ihre Leistungsbereitschaft und ihren Leistungswillen auszusprechen. In besonderer Weise gilt dies zum einen für Dr. Jana Osterkamp, die sich um die Übersetzung und die editorische Bearbeitung des tschechischen Textes außerordentlich verdient gemacht hat, sowie zum anderen für die drei „Säulen“ der HKF, Dr. Angela Reinthal, Dr. Jörg Kammerhofer und Thomas Elsner, deren ordnende Übersicht und deren überobligationsmäßiges Engagement unverzichtbare Grundlagen für die Qualität der hier vorgelegten Edition bilden.

Auch für diesen Band gilt wie für alle vorangehenden und folgenden: Für verbliebene Unzulänglichkeiten haftet der Herausgeber allein.

Erlangen, im März 2010

Matthias Jestaedt

I. Sektion

Editorische Hinweise

Benutzungshinweise

HKW-
Fundstelle
(Bd., Seite)

HKW-
Paginierung

Seitenbruch
und Paginierung
des Originals

Ziffern der
Kelsen-
Anmerkungen

Ziffern der
Herausgeber-
Anmerkungen

Textkritische
Anmerkungen

Textgenetische
Anmerkungen

Erläuternde
Anmerkungen

92

HKW 2, 21–878

113

schen doch ein Sollen anderen Inhalts entgegenzusetzen¹¹², so sehe ich nicht ein, weshalb wir uns durch die nicht größere Bestimmtheit der übrigen Natur brauchen verhindern zu lassen, auch für sie ein Sollen zu konstruieren. Nur daß es unnütz ist, weil ganz allein an psychologischen Wesen das ausgesprochene Sollen seine Nützlichkeit ausüben kann, dürfte den Hinderungsgrund bilden. Und gerade Kant, indem er die ungerechte Verteilung von Tugend und Glückseligkeit in der Welt als etwas ganz unerträgliches hervorhebt, empfindet das angemessene Verhältnis, nach dem der Gute seinen Lohn und der Böse seine Strafe erhält, als ein Sollen, das der Natur gegenüber gilt und dem sie denn auch in einer jenseitigen Welt nachkommt.¹¹³ Der Imperativ ist nur ein einzelner Fall des Sollens oder vielmehr ein Mittel, durch welches das Sollen in das Sein übergeführt wird.¹¹⁴ Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein.

Innerhalb¹¹⁵ der menschlichen Handlungen allerdings muß nicht jede einzelne zu einer Norm in ein Verhältnis gebracht, als unter der Herrschaft einer bestimmten Norm stehend erkannt werden, vielmehr gibt es zahlreiche vom normativen Standpunkte aus völlig indifferente Handlungen, ein Verhalten, das in keiner Weise als geboten oder verboten erscheint, ohne daß wir darum die normative Gesetzgebung als lückenhaft empfinden und als einer Ergänzung bedürftig erachten würden, während wir vom explikativen Standpunkte aus das Nichtzurückführenkönnen irgend eines tatsächlichen Geschehens auf ein Naturgesetz als eine vorläufige Unzulänglichkeit unserer momentanen Erkenntnis betrachten, die zu beheben als Aufgabe der Wissenschaft gilt. Treffend führt schon Schleiermacher²⁾ ¹¹⁶ als Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz aus, „daß alles

113

¹⁾ a. a. O. S. 9, 11.¹¹⁵

²⁾ Über den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz, gelesen am 6. Januar 1825. Sämtliche Werke. III. Abteilung, 2. Bd. S. 405¹¹⁷

¹¹² «entgegenzusetzen»] Simmel, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 10: «gegenüber zu stellen».
¹¹³ Simmel fasst hier wahrscheinlich mehrere Aussagen Kants zusammen. Zur Rolle der Tugend und Glückseligkeit als höchstes Gut vgl. z. B. Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788, S. AA V 110–119, 124–132.

¹¹⁴ «Allein es kann ... S. 9, 11.» (919–921, 9225] in A₂ eingefügt.

¹¹⁵ Simmel, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 9 f.

¹¹⁶ «wird. ... Innerhalb»] A₁ «wird. Innerhalb»; A₂ «wird. Doch wird im folgenden immer nur von dem Gesolltsein menschlicher Handlungen die Rede sein] Innerhalb».

¹¹⁷ Friedrich Schleiermacher, Ueber den Unterschied zwischen Naturgesetz und Sittengesetz. Gelesen am 6. Januar 1825, in: Friedrich Schleiermacher's sämtliche Werke, Dritte Abteilung. Zur Philosophie, Bd. 2, Berlin 1838, S. 397–417 (405) – im Originalzitat „Gesetz“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A.

¹¹⁸ Friedrich (Daniel Ernst) Schleiermacher (1768–1834), ev. Theologe, Philosoph, Philologe; 1804 a. o. Professor der Theologie und Philosophie in Halle, 1806 Ordinarius, 1810 o. Professor der Theologie in Berlin, 1814 Sekretär der philosophischen Abteilung der Akademie der Wissenschaften. Wichtige Werke: Plato, Werke, aus dem Griechischen übersetzt, 5. Bde., Berlin 1804–1810 (2. Aufl., 6 Bde., Berlin 1817–1828); postum: Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament, Berlin 1838; Dialektik, Berlin 1839.

Kelsen-
Haupttext

Kelsen-
Anmerkungen

Herausgeber-
Anmerkungen

Editionsrichtlinien

I. Präsentationsphilosophie der „Hans Kelsen Werke“	5
II. Aufbau der Edition	6
III. Bandanordnung	8
1. Bandaufbau	8
2. Seitenaufbau	8
IV. Editorische Grundsätze der Textgestaltung	9
1. Kelsen-Text	9
2. Herausgeberrede	11
a) Textentwicklung	11
b) Texteingriffe	14
c) Zitate, Nachweise und Binnenverweise	15
d) Personen- und Sacherläuterungen	16
e) Sonstiges	16
V. Editorischer Bericht	17
VI. Verzeichnisse und Register	17
VII. Fortschreibung der Editionsrichtlinien	18

I. Präsentationsphilosophie der „Hans Kelsen Werke“

Die „Hans Kelsen Werke“ (HKW) verstehen sich als eine Hybridedition. Denn sie sind auf der einen Seite den Anforderungen einer historisch-kritischen Edition verpflichtet, stellen aber auf der anderen Seite eine modernen präsentationstechnischen Standards genügende, auf gute Lesbarkeit zielende Ausgabe sämtlicher wissenschaftlicher Schriften Hans Kelsens dar. Die Werkausgabe ist damit dreierlei in einem:

Erstens enthält sie sämtliche bekannten – veröffentlichten wie unveröffentlichten, monographischen wie unselbständigen – wissenschaftlichen Texte Kelsens. Briefe Kelsens werden nur wiedergegeben, wenn sie wissenschaftlichen Inhalt haben und bereits anderweitig publiziert worden sind. Unveröffentlichte Schriften Kelsens werden hingegen – unbeschadet ihres allfälligen wissenschaftlichen Gehalts – dann nicht in die Edition aufgenommen, wenn Kelsen sie in amtlicher Eigenschaft, insbesondere als Referent des k. u. k. Kriegsministers, als Verfassungsberater des Staatskanzlers oder aber als ständiger Referent am Verfassungsgerichtshof, gefertigt hat. Unfertige Konzepte und Skizzen zu Beiträgen werden zwar gegebenenfalls im editorischen Apparat mitgeteilt und ausgewertet, aber nicht eigens abgedruckt. Ersatzzeugen, d. h. Texte, die nicht von Kelsen selbst verfasst worden

sind, aber doch wie beispielsweise Vorlesungsmitschriften oder Zeitungsberichte über Äußerungen und Stellungnahmen Kelsens berichten, werden grundsätzlich nicht in die HKW aufgenommen. Zu den wissenschaftlichen Schriften werden demgegenüber Kelsens autobiografische, unter anderem auch sein wissenschaftliches Œuvre reflektierenden Zeugnisse gezählt; den übrigen Schriften vorangestellt, werden die beiden Selbstdarstellungen aus den Jahren 1927 und 1947 im ersten Band der HKW veröffentlicht.

Zweitens werden die Schriften Kelsens historisch-kritisch aufbereitet: Wo dies möglich ist, wird ein Abgleich unterschiedlicher Text-Varianten vorgenommen und werden die Text-Veränderungen in ihrer genealogischen Abfolge verzeichnet. Die von Kelsen verwendeten Zitate und gegebenen Nachweise werden autoptisch überprüft und gegebenenfalls richtiggestellt. Zum besseren Verständnis werden Personen- und Sacherläuterungen hinzugefügt. Schließlich werden die Konstitution und die Überlieferung der Texte, deren Entstehung und Duktus sowie deren editorische Bearbeitung im Editorischen Bericht in der letzten Sektion des jeweiligen Bandes dokumentiert.

Drittens werden die Beiträge Kelsens in einer den heutigen Ansprüchen an die Präsentation wissenschaftlicher Editionen entsprechenden Weise dargeboten. Entscheidungsleitend für Gestaltung und Darbietung der Texte ist ein doppelter editorischer Anspruch: nämlich einerseits die authentische Gestalt der Texte soweit möglich zu erhalten, ohne auf eine moderne Präsentation zu verzichten, und andererseits aus Gründen der Benutzerfreundlichkeit alle auf den kelsenschen Text sich beziehenden editorischen Erläuterungen tunlichst seitengleich zu präsentieren, ohne dass die historisch-kritische Editionstechnik die Aufmerksamkeit vom kelsenschen Text mehr als unbedingt nötig ablenkt. Markantester Ausdruck dessen ist ein zweistufiger Anmerkungsapparat, dessen erste, dem kelsenschen Haupttext zugewandte Stufe die Autoren-Anmerkungen enthält und dessen zweite, durch einen Trennstrich abgesetzte Stufe die editorischen (textgenetischen, textkritischen und erläuternden) Anmerkungen zusammenfasst. Heutigen Darstellungsansprüchen geschuldet ist, neben anderem, auch die Vereinheitlichung der Anmerkungsapparate in Kelsens Schriften: so werden insbesondere Endnoten und sonstige dem Haupttext nachgestellte Anmerkungen Kelsens in das heute geläufige und unter Handhabungsgesichtspunkten nutzerfreundlichste Format der Fußnoten überführt.

II. Aufbau der Edition

Die Wiedergabe der Schriften Kelsens folgt einem doppelten Gliederungsschema: der Publikationslage und der Chronologie.

Zunächst werden sämtliche von Kelsen *für die Publikation autorisierten Texte* in der zeitlichen Folge ihrer Drucklegung präsentiert. Maßgebend ist das Erschei-

nungsjahr; bei unselbständigen Publikationen gilt ohne Rücksicht darauf, ob ein allfälliger Separatdruck früher erschienen ist, das Erscheinungsjahr der Sammelpublikation (Zeitschrift, Festschrift u. dgl.). Bei Schriften desselben Erscheinungsjahres entscheidet, soweit nicht die Drucklegung nachweisbar anders verlief, das Alphabet über die Reihung. Bei umfangreicheren Monographien wird, soweit erforderlich, um einen Einzelband nicht zu dick werden zu lassen und eine Aufteilung der Monographie auf zwei Bände zu vermeiden, von der vorstehenden Reihung abgewichen (die Abweichung wird *suo loco* nachgewiesen). Mehrteilige Beiträge werden jeweils als Einheit abgedruckt; über den Standort in der Edition entscheidet das Erscheinungsjahr des ersten Beitragsteils. Die Texte werden in der Sprache ihrer Erstveröffentlichung aufgenommen. (Teil-)Nachdrucke sowie bloße Übersetzungen werden in einer Asteriskus-Fußnote zu Beginn des jeweiligen Werkes mitgeteilt; umfangreichere Angaben zu Nachdrucken und Übersetzungen werden zur Entlastung des beitragsbezogenen Deckblattes gegebenenfalls in den Editorischen Bericht übernommen. Soweit Übersetzungen partielle Fortschreibungen des übersetzten Werkes darstellen, werden diese Schriften wie eigenständige Werke behandelt und der chronologischen Reihung folgend wiedergegeben. Lassen sich Zweifel nicht beheben, ob lediglich eine inhaltlich unselbständige Übersetzung vorliegt oder ob Kelsen bei Gelegenheit der Übertragung in eine andere Sprache den Erstbeitrag fortgeschrieben hat, wird die Schrift als selbständiger Zweitbeitrag behandelt und entsprechend der Erscheinungschronologie abgedruckt. Außerhalb der chronologischen Reihung werden die Selbstzeugnisse Kelsens aus den Jahren 1927 und 1947 in HKW 1 wiedergegeben. Liegen mehrere Fassungen (Autographen, Typoskripte, Fahnen u. Ä.) eines veröffentlichten Textes vor, werden diese in den textkritischen Anmerkungen zu dem erstpublizierten Referenztext in Bezug gesetzt sowie im Editorischen Bericht näher beschrieben.

Die *nachgelassenen Schriften* Kelsens werden, soweit eruierbar, in der Reihenfolge ihrer Entstehung wiedergegeben. Kann der Entstehungszeitpunkt eines nachgelassenen Werkes nicht exakt ermittelt werden, so wird der Text am Ende jenes Bandes eingeordnet, dessen Entstehungsspanne er am ehesten zuzuordnen ist. Im Übrigen gelten dieselben Grundsätze wie für jene Werke, die mit Kelsens Autorisierung publiziert worden sind.

Die Bände werden fortlaufend nummeriert. Beginnend mit Band 1 werden die mit Kelsens Autorisierung publizierten Texte wiedergegeben, im Anschluss daran die nachgelassenen Schriften. Ergänzend zur Bandzahl wird den die nachgelassenen Schriften Kelsens enthaltenden Bänden der Zusatz „Nachlass“ hinzugefügt. Jeder Band trägt unterhalb der Bandzahl eine Jahresangabe, die den Zeitrahmen absteckt, innerhalb dessen die in dem betreffenden Band enthaltenen Schriften Kelsens erstmals publiziert worden respektive in dem die nachgelassenen Werke entstanden sind.

Die die HKW abschließenden Bände enthalten unter anderem eine chronologisch, eine alphabetisch und eine thematisch gegliederte Bibliografie sowie die aus

den Registern und Verzeichnissen der Einzelbände zusammengetragenen Gesamtregister und -verzeichnisse (Abkürzungs- und Siglen-, Gesetzes- und Schrifttumsverzeichnis, Personen- und Sachregister, Quellennachweis der Abbildungen).

III. Bandanordnung

1. Bandaufbau

Jeder Band der HKW enthält, neben Vorwort und Inhaltsverzeichnis, drei Sektionen: Die *I. Sektion* umfasst die Editorischen Hinweise, nämlich die Benutzerhinweise sowie die Editionsrichtlinien der HKW. In der *II. Sektion* werden die edierten Schriften Kelsens in chronologischer Reihung wiedergegeben. Bei von Kelsen veröffentlichten Werken ist das Publikationsjahr, bei nachgelassenen Werken das Entstehungsjahr ausschlaggebend. Besonders richtungweisenden und wirkungsmächtigen Schriften Kelsens wird eine knappe, auf Entstehungskontext, Bedeutung und Wirkungsgeschichte der betreffenden Schrift hinweisende Einleitung aus der Feder eines namhaften Kelsen-Forschers vorangestellt, die grundsätzlich sowohl in deutscher als auch in englischer Sprache abgedruckt wird. Die edierten Kelsen-Texte sind mit einem textkritischen und gegebenenfalls auch textgenetischen Apparat sowie Sach- und Personen-Erläuterungen seitens des Herausgebers versehen. Die *III. Sektion* schließlich enthält Berichte, Verzeichnisse und Register, so die Editorischen Berichte, ein Abkürzungs- und Siglenverzeichnis, ein Gesetzes- und ein Schrifttumsverzeichnis, ein Personen- und ein Sachregister und gegebenenfalls einen Quellennachweis der Abbildungen.

Abweichend von dieser Dreiteilung enthält Band 1 der HKW eine zusätzliche Sektion mit Selbstzeugnissen Kelsens aus den Jahren 1927 und 1947, einer Chronik zu privaten und beruflichen Lebensdaten, einem Stammbaum sowie Abbildungen aus dem Leben Kelsens.

Jedem Band ist als Frontispiz eine aus der entsprechenden Schaffensperiode stammende Abbildung Kelsens vorangestellt. Einzelne Bände enthalten darüber hinaus beitragsbezogene Abbildungen oder faksimilierte Textseiten.

2. Seitenaufbau

Die einzelne Seite besteht bei den edierten Kelsen-Texten aus dem Haupttext, dem Anmerkungsapparat, einer Marginalienspalte sowie einem Kolumnentitel.

Der *Anmerkungsapparat* ist als zweistufiger Fußnotenapparat gestaltet. In der oberen, dem Haupttext zugewandten Stufe sind die Originalanmerkungen Kelsens zu finden. Ihre Zählung wird gegenüber der Erstpublikation nicht verändert, ihre Stellung wird indes zu Fußnoten vereinheitlicht. Die Kennzeichnung des Seitenumbruchs der Originalpublikation in der Marginalienspalte erlaubt es dem Leser, zu erkennen, ob es sich bei einer Anmerkung in der Originalveröffentlichung um

eine Fußnote, eine Endnote oder eine sonstige Anmerkung handelt. Die untere, durch einen Trennstrich optisch abgesetzte Stufe enthält die Herausgeberanmerkungen, die den Korrekturen-, den Varianten- und den Erläuterungsapparat optisch in einem Apparat zusammenfassen. Während die Fußnotenzeichen der Originalanmerkungen mit einer Klammer versehen und ohne besondere Hervorhebung in der Brotschrift gesetzt sind (Bsp.: ³⁾), sind die editorischen Anmerkungen daran zu erkennen, dass deren Fußnotenzeichen halbfett und in einer nonserifen Signaturschrift gesetzt sind (Bsp.: ³⁶⁷⁾). Die editorischen Anmerkungen werden beitragsweise und grundsätzlich fortlaufend nummeriert.

In der *Marginalienspalte* wird – getrennt für Haupttext und Autorenanmerkungen – der Seitenumbruch der Erstpublikation respektive des Originaltextes mit einem senkrechten Strich und der Seitenangabe mitgeteilt (Bsp.: |24). Die Seitenumbruchangabe markiert den Beginn der bezeichneten Seite in der Originalpaginierung. Die genaue Stelle des Seitenumbruchs in Haupt- und Anmerkungstext wird durch einen Seitenumbruchstrich gekennzeichnet (Bsp.: Grund|norm). Wird die Originalpublikation nach Spalten gezählt, wird entsprechend verfahren. Ist die Originalpublikation mehrspaltig gesetzt, aber nach Seiten und nicht nach Spalten paginiert, so wird der Spaltenumbruch durch die entsprechende Seitenangabe unter Zusatz der Spaltenzahl in römischer Ziffer angegeben (Bsp.: |24 II). Fehlt in der Originalpublikation die Paginierung (z. B. bei einer Vorbemerkung), so wird sie in der Marginalienspalte in eckiger Klammer ergänzt. – Soweit bei unselbständigen Beiträgen neben der regulären Erstpublikation auch ein abweichend paginierter Separatdruck oder ein Wiederabdruck in dem bis dato maßgeblichen Referenzwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross“ (hrsg. von Hans Klecatsky / René Marcic / Herbert Schambeck, 2 Bde., Wien u. a. 1968) existiert, werden ebenfalls die dortigen Seitenumbrüche sowohl im Kelsen-Text als auch in der Marginalienspalte wiedergegeben. Um erkennen zu können, auf welche Publikation sich die Seitenangaben in der Marginalienspalte beziehen, wird die Paginierung der regulären Erstpublikation ohne Zusatz, die Paginierung des Separatdruckes mit dem vorangestellten Kürzel SEP und die Paginierung des Wiederabdrucks in „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ mit der vorangestellten Sigel WRS versehen. Die Seitenumbruchstriche werden auch bei mehrfacher Paginierung im Kelsen-(Haupt- wie Anmerkungs-) Text jeweils suo loco platziert. In der Marginalienspalte wird, unbeschadet des Umstandes, ob sich in der dazugehörigen Textzeile mehrere Seitenumbruchstriche befinden, aus Übersichtlichkeits- und Platzgründen pro Zeile nur ein Seitenumbruchstrich wiedergegeben. Aus der Reihenfolge der entsprechend ausgezeichneten Seitenangaben lässt sich ablesen, welche Seitenangabe in der Marginalienspalte zu welchem der Seitenumbruchstriche im Text gehört. Fällt der Originalseitenumbruch des regulären Erstdrucks mit jenem von Separat- oder Nachdruck zusammen, so wird in der Marginalienspalte zunächst die Seitenzahl des Erstdrucks und erst danach jene des Separat- oder des Nachdrucks angegeben. Mehrere Seitenangaben werden durch Komma getrennt (Bsp.: |18, WRS 1516).

Ein laufender *Kolumnentitel* orientiert über Titel und Ort des betreffenden Beitrages in den HKW. Der linke Kolumnentitel nennt die Fundstelle des Beitrages in der Gesamtausgabe unter Angabe des Bandes sowie der Anfangs- und Endseite (Bsp.: HKW 1, 134–300), der rechte Kolumnentitel verzeichnet den (gegebenenfalls gekürzten) Titel des abgedruckten Kelsen-Textes mit Erscheinungsjahr (Bsp.: Die Staatslehre des Dante Alighieri (1905)). Bei editorischen Texten wie den Editorischen Richtlinien oder den Verzeichnissen und Registern erscheint im linken Kolumnentitel, unter Verzicht auf Seitenangaben, lediglich die Bandzahl (Bsp.: HKW 1); der rechte Kolumnentitel gibt den Titel des editorischen Textes wieder (Bsp.: Personenregister).

IV. Editorische Grundsätze der Textgestaltung

Um die Schriften Kelsens auf einen Blick von sämtlichen editorischen Hinzufügungen unterscheiden zu können, sind die Seiten, die neben dem edierten Kelsen-Text auch editorische Anmerkungen umfassen, durch einen Trennstrich zweigeteilt. Oberhalb desselben befinden sich Haupt- und Anmerkungstext der veröffentlichten oder nachgelassenen Kelsen-Schriften. Unterhalb des Trennstriches stehen die editorischen Anmerkungen.

Ergänzende, nicht nur einzelne Textstellen betreffende Besonderheiten eines Beitrags sind darüber hinaus im dazugehörigen Editorischen Bericht in der letzten Sektion eines Bandes vermerkt.

1. Kelsen-Text

- Maßgebende *Textfassung* ist der von Hans Kelsen veröffentlichte Text letzter Hand; dieser wird vollständig und zusammenhängend abgedruckt. Der edierte Text gibt also die jeweils letzte von Kelsen selbst autorisierte Druckfassung wieder (die allfällige Wiedergabe der Seitenumbrüche aus „Die Wiener rechtstheoretische Schule“, dazu vorstehend III.2., dient ausschließlich Konkordanzzwecken; ein Textabgleich findet insoweit also nicht statt). Sofern der betreffende Text nachgelassen ist, folgt der edierte Text grundsätzlich dem letzten überlieferten Textträger, sei es Manuskript, Typoskript oder auch Fahne. Liegen weitere Varianten vor, so werden diese im Editorischen Bericht mitgeteilt und in den editorischen Anmerkungen in Bezug zum edierten Text gesetzt.
- Der ursprüngliche *Lautstand* sowie die ursprüngliche *Orthografie* und *Interpunktion* werden beibehalten. Auch sprachliche, orthografische oder grammatikalische Stileigentümlichkeiten Kelsens bleiben unberührt. Regelwidrige, aber nicht sinnentstellende grammatische Konstruktionen bleiben ebenso erhalten wie nicht sinnentstellende Interpunktionsfehler Kelsens. Im kelsenschen Haupt- wie Anmerkungstext finden die alten, nach der Rechtschreibreform anno 1901

und vor den Reformen der Jahre 1996/2004 sowie 2006 geltenden Trennungsregeln Anwendung (zu den Texteingriffen vgl. ergänzend nachstehend 2.b). Eine Ausnahme gilt nur, wenn es sich bei dem Kelsen-Text um eine eigens im Rahmen dieser Edition gefertigte Übersetzung ins Deutsche handelt; hier finden die heutigen Rechtschreibregeln Anwendung. Unbeschadet des Befundes im Originaldruck werden Zahlen ab vier Ziffern so dargestellt, daß sich nach jeweils drei Ziffern (von rechts gezählt) ein halbes Spatium befindet (Beispiel: 1000 oder 1000 000).

- Sämtliche *Hervorhebungen*, seien sie in der Originalvorlage unterstrichen, fett, kursiv, gesperrt oder sonst in besonderer Weise gesetzt, werden grundsätzlich einheitlich kursiv wiedergegeben, bei Überschriften gegebenenfalls auch (halb)fett. Eine doppelte Hervorhebung im Original wird – zusätzlich zur Kursivierung – durch (Halb-)Fettdruck abgebildet. Sämtliche Personennamen (einschließlich ihrer Flexionen) werden im Kelsen-Text kursiviert; die Hervorhebung orientiert sich nicht am Sachverhalt im Originaldruck. Personennamen in wörtlichen Zitaten werden indes nach dem Befund des Originaldrucks behandelt.
- *Anmerkungen*, Fuß- und Endnoten Kelsens erscheinen einheitlich als Fußnoten. Die ursprüngliche Nummerierung wird ebenso wie die von Kelsen gewählte Zitiertechnik (Bsp.: „a. a. O.“ oder: „op. cit.“) beibehalten. Anhand der Seitennummerierung in der Marginalienspalte wird erkennbar, ob es sich in der Textvorlage um eine Fuß- oder Endnote handelt.
- Allfällige *Inhaltsverzeichnisse* werden, mit den Seitenangaben der HKW versehen, zu Beginn des jeweiligen Beitrages abgedruckt. Die nicht wiedergegebenen Originalseitenangaben lassen sich mit Hilfe der im Text fortlaufend angegebenen Seitenumbruchmarkierungen rekonstruieren. Bei längeren Schriften, die von Kelsen nicht mit einem Inhaltsverzeichnis versehen worden sind, wird eine vom Herausgeber gefertigte Inhaltsübersicht dem Text vorangestellt; sie wird im editorischen Apparat als nichtauthentisch ausgewiesen. Inhaltsverzeichnisse, die im Originaldruck als Fließtext (mit oder ohne Seitenzahlen) dem Haupttext vorangestellt sind, werden der Übersichtlichkeit halber suo loco als tabellarisches Inhaltsverzeichnis gesetzt und mit HKW-Seitenzahlen versehen; der Eingriff wird im editorischen Apparat nachgewiesen.
- *Originalkolumnentitel* werden wegen des mit dem Originalabdruck nicht identischen Seitenumbruchs der Beiträge in den HKW nicht als solche wiedergegeben. Im Hinblick darauf, dass die seitenspezifischen Kolumnentitel, früherer Praxis entsprechend, zumeist auch in den – in der Edition abgedruckten – Inhaltsverzeichnissen auftauchen, lässt sich ihr Original-Standort und -Wortlaut in der Regel mit Hilfe des Inhaltsverzeichnisses und der Seitenumbruchmarkierungen rekonstruieren.
- Die *Originalsach- und -personenregister* gehen in den vom Herausgeber erstellten Sach- und Personenregistern auf. Bei nicht-deutschsprachigen Original-

registern werden im editorischen Sachregister auch die entsprechenden deutschen Stichworte ergänzt. Sonstige Verzeichnisse und Anlagen werden grundsätzlich vollständig und suo loco wiedergegeben.

2. Herausgeberrede

Bearbeitung und Präsentation der Texte folgen der historisch-kritischen Methode und schlagen sich einerseits in den textstellenbezogenen editorischen Anmerkungen sowie andererseits im Editorischen Bericht nieder (zu letzterem nachfolgend V.). Die editorischen Anmerkungen setzen sich aus drei Apparaten zusammen, die, um die kelsenschen Schriften nicht unnötig hinter Editionstechnik zurücktreten zu lassen, in einem einzigen Anmerkungsapparat zusammengeführt sind: dem *Variantenapparat*, der die Textentwicklung nachzuzeichnen bestimmt ist, dem *Korrekturenapparat*, der dem Nachweis der Texteingriffe dient, und schließlich dem *Erläuterungsapparat*, dessen Aufgabe die Ergänzung und/oder Korrektur von Zitaten und Nachweisen sowie die Erläuterung von Begriffen und Entwicklungen, Ereignissen und Personen ist. Die Kombination von textgenetischen und erläuternden Fußnoten wird der Übersichtlichkeit halber tunlichst vermieden.

a) Textentwicklung

Eine editorische Asteriskus-Fußnote an der Überschrift des Beitrags liefert eine kurze Notiz, die über Textbefund und Überlieferung, das heißt insbesondere über die benutzte Textvorlage, eigens gesetzte Separatdrucke, Nachdrucke und Übersetzungen informiert; die Angaben über Nachdrucke und Übersetzungen fußen grundsätzlich auf der vom Hans Kelsen-Institut erstellten Bibliographie der Werke Kelsens. Bei komplexer Sachlage wird die Überlieferungssituation im Editorischen Bericht ausführlicher dargestellt. Die textgenetischen Anmerkungen dienen, wie der Name schon sagt, dem Aufzeigen der Textgenese, nicht hingegen der Darstellung der Fehlergenese. Weisen einzelne Textträger (Autograph, Typoskript, Fahne und Druckfassung respektive unterschiedliche Stufen des Autographen, des Typoskripts und der Fahnen, zu denen auch der Umbruch gerechnet wird) im Sinn unterschiedliche Varianten auf, so werden diese im Text kenntlich gemacht und in den editorischen Anmerkungen mit Lemma dargestellt. Das Lemma, auf das sich die textkritische Anmerkung bezieht, wird in französische Anführungszeichen gesetzt und durch eine offene eckige Klammer begrenzt, um es vom sich anschließenden Anmerkungs-text abzusetzen. Die Varianten, die jeweils durch Siglen (Autograph: A; Typoskript: T; Fahne: F; Kopie: K), bei verschiedenen Textstufen desselben Textträgers darüber hinaus durch Zusatz einer tiefer gestellten Zahl (z. B. erste Stufe des Autographen: A₁; zweite Stufe des Autographen: A₂) bezeichnet werden, folgen in chronologischer Reihenfolge; dabei werden sämtliche Zwischenstufen und die Endstufe angegeben.

Bsp.: «damit ein mögliches Mißverständnis»] A₁ «damit Mißverständnis»; A₂ «damit ein mögliches Mißverständnis».

Bsp.: «der Zusammenhang»] A₁ «der innige Zusammenhang»; A₂ «der allerdings nur materielle und niemals formelle Zusammenhang»; A₃ «der Zusammenhang».

Bei den textgenetischen Fußnoten steht grundsätzlich am Beginn des Lemmas das letzte von der Textvariante noch nicht betroffene, am Ende des Lemmas das erste von der Variante nicht mehr betroffene Wort.

Bsp.: «ein Substrat»] A₁ «ein psychologisches Substrat»; A₂ «ein Substrat».

Weicht der Befund im Autographen oder im Typoskript von der Druckfassung ab, sind aber Fahnen nicht erhalten, so muss davon ausgegangen werden, dass die entsprechende Korrektur im Fahnenstadium vorgenommen worden ist. Um zu kennzeichnen, dass es sich dabei lediglich um eine folgerungsweise erzielte Vermutung handelt, wird die Sigle der angenommenen Endstufe mit einem Asteriskus markiert.

Bsp.: «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete»] A₁ «läßt bedeutete»; A₂ «läßt m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff aufnimmt, bedeutete»; F* «läßt, m. a. W. das Zweckmoment in den Begriff einführt, bedeutete».

Weicht die letzte Handschriftenfassung nur geringfügig vom Drucktext ab, wird in den textgenetischen Anmerkungen keine F*-Variante eingefügt; die letzte Autographenfassung markiert folglich dann die letzte in einer textgenetischen Fußnote wiedergegebene Textstufe, wenn sich die Abweichungen gegenüber dem Drucktext beschränken auf: eine Tempus-Änderung, auf das Fehlen oder die Änderung von Satzzeichen (Komma, Punkt, Semikolon, Doppelpunkt, Ausrufezeichen), Hervorhebungen (Unterstreichung für spätere Kursivierung), die Groß- und Klein- sowie die Zusammen- und Getrennschreibung, die Verwendung bzw. Auflösung von Abkürzungen (z. B. „RO“ für „Rechtsordnung“), Klammern, Füllwörter (z. B. „eben“, „also“), das Hinzufügen und Weglassen des Artikels, den lediglich stilistisch motivierten Wechsel der Präposition (z. B. von „mit“ zu „zu“) sowie sonstige geringfügige stilistische Änderungen (z. B. Wiederholung von „an die“ und „für die“ in Aufzählungen).

Bsp.: «soll, und nicht die Vorgänge selbst. Diese»] A₁ «soll. Diese»; A₂ «soll. und nicht diese Vorgänge selbst Diese».

Wird in der Handschrift der Satz abgebrochen, findet sich, davon abweichend, innerhalb der Fußnote der Hinweis [bricht ab].

Bsp.: «bestimmter äußerer»] A₁ «bestimmte Handlung und deren Erfolg [bricht ab]»; A₂ «bestimmter äußerer».

Soweit Kelsen den Satz mitten in einem Wort abbricht, wird dieses, falls eruierbar, in eckigen Klammern ergänzt; diesfalls wird davon abgesehen, [bricht ab] hinzuzufügen.

Bsp.: «als Glieder des Unrechtstatbestandes»] A₁ «als Bestandteile des objektiven Tat[bestandes]»; A₂ «als Bestandteile des Unrechtstatbestandes»; F* «als Glieder des Unrechtstatbestandes».

Wird nur ein einzelnes Wort (gegebenenfalls mit dazugehörigem Artikel) verändert, steht in der Anmerkung nur das einzelne entsprechende Wort bzw. seine Variante.

Bsp.: «Tod»] A₁ «Mord»; A₂ «Tod».

Erweist sich die Wiedergabe der bezogenen Textstelle wegen deren Länge als unzulässig, wird als Lemma nur deren Anfang und Ende, verbunden durch eine Ellipsis, wiedergegeben.

Bsp.: «die Jurisprudenz ... auf»] A₁ «die Rechtswissenschaft konnte mit Recht auf»; A₂ «die Jurisprudenz ... auf».

Bsp.: «Faßt man ... warum»] A₁ «Faßt man den Grund des Sittengesetzes ins Auge will man zeigen warum»; A₂ «Faßt man ... warum» – am Rand des Manuskriptes die durchgestrichene Notiz «(Zweck! Erklärungsprinzip Teleologie Causalität?)».

Eine Ellipsis wird auch in den – vorstehend näher aufgeführten – Fällen gesetzt, in denen wegen der gegenüber dem Druck marginalen Abweichungen der letzten Handschriftenvariante von der Einfügung einer F*-Variante abgesehen wird.

Absätze innerhalb des Lemmas bzw. innerhalb der Varianten werden durch ein Absatzzeichen (¶) symbolisiert.

Bsp.: «Disziplinen ... [Dieser»] A₁ «Disziplinen. [Dieser»; A₂ «Disziplinen ... [Dieser».

Größere Einschübe im Autographen oder in der Fahne werden, falls es sich nicht um eine Fußnote handelt, mit dem Hinweis „in A_n [oder F, F* etc.] eingefügt“ nachgewiesen. In diesen Fällen steht im Lemma jeweils Beginn und Schluss des Einschubs. Handelt es sich bei dem Einschub um eine Fuß- oder Endnote, findet sich im textgenetischen Apparat der Hinweis: „Anmerkung in A_n [oder F, F* etc.] eingefügt“. Ersetzt der Einschub eine zunächst geschriebene Passage, bietet die textgenetische Fußnote die Abfolge nach dem System A₁, A₂ etc. Bei Einschüben im kelsenschen Haupt- oder Anmerkungstext, die mehr als sieben Druckzeilen umfassen, wird der besseren Orientierung wegen innerhalb des Lemmas mit dem jeweiligen ersten und letzten Wörtern des Einschubs auf die betreffende Passage mit Seiten- und Zeilenzählung hingewiesen; diese bezieht sich – unter Ausschluss der editorischen Anmerkungen – sowohl auf den kelsenschen Haupt- als auch auf den kelsenschen Anmerkungstext.

Bsp.: «Ein vollkommener Gegensatz ... Widerlegung findet.» (861–9029] in A₂ eingefügt.

Sonstige Abweichungen von der Druckfassung wie (nicht sinnverändernde) Satzzeichen-, Wortstellungs- oder Satzstellungsveränderungen sowie Unterschiede in der Klein- und Großschreibung oder im Tempus (z. B. Perfekt statt Plusquam-

perfekt oder Imperfekt) werden grundsätzlich nicht ausgewiesen. Umfangreichere Varianten werden zur Entlastung des editorischen Apparats gegebenenfalls im Editorischen Bericht wiedergegeben.

Findet sich im Autographen eine im Druck nicht realisierte Anmerkung, so wird diese in der textgenetischen Anmerkung mit ^{Fn}Text^{Fn} wiedergegeben.

Bsp.: «ausspricht. Andererseits»] A «ausspricht.^{Fn}Schon Paulus (?) sagt: vgl dazu Unger^{Fn} Andererseits»; F* «ausspricht. Andererseits».

Unlesbare Autographenstellen werden in der textgenetischen Fußnote mit dem nachgestellten [ein/zwei/drei etc. Wort/e unlesbar u. ä.] bzw. durch das nachgestellte [Lesung unsicher] gekennzeichnet.

Bsp.: «macht ... Unendliche»] A₁ «macht beim Willen Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vom Erfolg bis zur Körperbewegung gedrunen [Lesung unsicher] ist [bricht ab]»; A₂ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrunen ist, die ja von Erfolg bis zur Körperbewegung und Seelen [bricht ab]»; A₃ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrunen ist, die ja vom Erfolg bis zur Körperbewegung aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche».

Bsp.: «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines»] A₁ «nicht die hochge[Rest des Wortes unlesbar] altruistischen Tendenzen eines»; A₂ «nicht das ungewöhnliche sittliche Verhalten eines».

Von Kelsen in der Handschrift vorgenommene unvollständige Streichungen, bei denen beispielsweise überflüssige Satzzeichen versehentlich stehen geblieben sind, werden in den Autographenstadien so wiedergegeben, wie es dem Handschriftenbefund entspricht. Hat Kelsen im Autographen eine umfangreiche, mehrere Zeilen, Absätze oder gar Seiten umfassende Streichung vorgenommen, so wird in der textgenetischen Fußnote grundsätzlich nur die letzte Fassung vor dieser Streichung wiedergegeben; frühere Fassungen des großflächig gestrichenen Autographentextes werden nicht erwähnt.

b) *Texteingriffe*

Texteingriffe sind auf das Nötigste beschränkt und werden, vorbehaltlich nachstehend aufgeführter Ausnahmen, entweder im textkritischen Apparat dokumentiert oder aber als Text-Einfügung in eckigen Klammern ausgewiesen. *Ohne Nachweis* im textkritischen Apparat werden nur offensichtliche Satz- bzw. Druckfehler und Verschreibungen korrigiert (Bsp.: „Behödre“ statt „Behörde“, „fitae“ statt „vitae“); von einem sub silentio zu korrigierenden Satzfehler wird namentlich dann ausgegangen, wenn sich im allfälligen Autographen oder Typoskript die korrekte Schreibung findet. Selbst offensichtliche Interpunktionsfehler werden nur dann sub silentio behoben, wenn das Satzzeichen zu sinnentstellenden Zäsuren führt; fehlende Kommata werden nicht ergänzt. Ebenfalls ohne Nachweis werden typografische Vereinheitlichungen bei Überschriften, Zwischentiteln, Gliederungsmerkmalen und sonstigen Hervorhebungen vorgenommen. Ohne gesonder-

ten Nachweis wird schließlich die Verwendung der Anführungszeichen vereinheitlicht: (Einfache) Zitate werden jeweils doppeltem An- und Abführungszeichen gekennzeichnet, Zitate innerhalb von Zitaten nur mehr mit jeweils einfachem An- und Abführungszeichen. Fehlen bei einem Zitat sowohl die An- als auch die Abführungszeichen, so werden sie ohne eckige Klammern ergänzt; die Ergänzung wird in einer suo loco platzierten editorischen Anmerkung dokumentiert. Fehlen indes entweder nur die An- oder aber nur die Abführungszeichen, so werden sie, als offensichtlicher Schreib- oder Satzfehler, *sub silentio* ergänzt.

Editorische Texteingriffe werden in früheren, in den editorischen Anmerkungen wiedergegebenen Varianten grundsätzlich nicht vorgenommen; namentlich werden die Fehler und Schreibeigentümlichkeiten (wie etwa die Verwendung von Abkürzungen) in den unterschiedlichen Autographen- und Typoskript-Stadien so wiedergegeben, wie sie sich in der jeweiligen Textvorlage finden. Editorische Hinzufügungen, die auch hier in eckige Klammern gesetzt sind, beschränken sich auf die Ergänzung andernfalls nicht oder nur schwer verständlicher Abkürzungen, Textauslassungen und dergleichen mehr.

Bsp.: «die Berechtigung der dritten»] A₁ «die dritten»; A₂ «die Berechtig[ung] der dritten».

c) Zitate, Nachweise und Binnenverweise

Die von Kelsen in der Textvorlage verwendeten Zitate werden autoptisch überprüft und gegebenenfalls in den Herausgeberanmerkungen richtiggestellt, es sei denn, es handelt sich um ausschließlich in früheren Varianten, im Erstdruck jedoch nicht (mehr) auftauchende Zitate. Nichtermittelbare Zitatfundstellen werden mit der Sigle „n. e.“ (für: „nicht ermittelt“) ausgewiesen. Zitatnachweise werden nach Möglichkeit anhand der von Kelsen benutzten Auflage geführt; in jedem Fall wird kenntlich gemacht, welche Auflage als Nachweis diente; dass es sich gegebenenfalls um die Erstauflage handelt, wird nur bei Verwechslungsgefahr eigens angegeben. Paraphrasierungen von Werken Dritter und nicht von Kelsen nachgewiesene Zitate werden, soweit als solche erkennbar und belegbar, wie von Kelsen ausgewiesene Zitate gemäß den heutigen Nachweisgepflogenheiten nachgewiesen, andernfalls mit der Sigle „n. e.“ versehen. Sinnentstellende Abweichungen zwischen Originalzitat und Kelsens Wiedergabe werden, *mutatis mutandis*, nach demselben Schema ausgewiesen wie unterschiedliche Textvarianten; an die Stelle der Textstufen-Sigle tritt hier jedoch der Fundstellennachweis des Originalzitats.

Bsp.: «dienende Organe»] *Bekker*, *Mißgriffe* (Anm. 1200), S. 26: «Diener, Organe».

Nicht sinnentstellende Wiedergabefehler von Fremdzitaten werden nicht richtiggestellt. Eigenheiten des Fremdzitat-Verfassers werden in Einzelfällen verbalisiert.

Bsp.: im Originalzitat „Gesez“ anstelle von „Gesetz“, so auch in A.

In Zitate eingefügte Zusätze Kelsens werden im textkritischen Apparat durch den Hinweis „Klammerausdruck von Kelsen eingefügt“ gekennzeichnet. Fügt Kelsen in Zitaten Hervorhebungen ein, wird dies mit der Wendung „Hervorhebung von Kelsen“ nachgewiesen; stammen die Hervorhebungen teils von Kelsen, teils vom zitierten Autor, so wird dies entsprechend verbalisiert; gibt Kelsen die Hervorhebung im zitierten Original nicht wieder, wird dies mit „Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen“ gekennzeichnet.

Die von Kelsen gegebenen Schrifttums- und Rechtsnormennachweise werden autoptisch überprüft und, unbeschadet des Umstandes, ob die Angabe bei Kelsen fehlerhaft ist oder nicht, entsprechend den heutigen Nachweisgepflogenheiten vollständig wiedergegeben. Hat Kelsen den Nachweis im Autographen zwar zutreffend geführt, ist dieser aber im Druck nicht korrekt wiedergegeben worden, wird die zutreffende bibliographische Angabe in der textkritischen Anmerkung durch den Zusatz „Fundstellenangabe Kelsens in A korrekt“ ergänzt. Dagegen wird nicht nachgewiesen, wenn Kelsen selbst zunächst unrichtig wiedergegebene Zitate richtig stellt. Keiner autoptischen Überprüfung unterzogen werden die von Kelsen verwendeten Fremdzitate und Fundstellenangaben, soweit sie nur in einem früheren Textträger auftauchen, aber nicht im letzten Textträger, bei publizierten Schriften also: im Druck, enthalten sind.

Bei der Erstnennung eines zitierten Werkes erscheinen die vollständigen bibliographischen Angaben (in der Reihenfolge: Vorname und Name des Autors, Titel, gegebenenfalls: Herausgeber und Titel des Sammelwerkes, Band, Verlagsort und Erscheinungsjahr, Seitenangabe respektive Anfangs- und Endseite sowie, in Klammern, die Bezugsseite(n); bei Zeitschriften: Vorname und Name des Autors, Titel des Beitrags, Zeitschriftenname, gegebenenfalls Jahrgang oder Band, Erscheinungsjahr, Anfangs- und Endseite des Beitrags sowie, in Klammern, die Bezugsseite(n)); bei allen Folgenennungen werden grundsätzlich nur mehr der Autorenachname, ein Kurztitel, ein Binnenverweis auf die Erstnennung sowie die Bezugsseite(n) genannt.

- Bsp.: – Erstnennung ⁴⁴ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 69.
- Folgenennung ⁷⁶ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 44), S. 8.

Bei Verwechslungsgefahr innerhalb eines Beitrages wird bei der Kurztitelangabe der abgekürzte Vorname mitgeführt (Bsp.: *G. Jellinek* respektive *W. Jellinek*).

Rechtsnormen, vor allem also Gesetze, werden, soweit möglich, bei Erstnennung in der Originalsprache und in der im jeweiligen Rechtskreis üblichen vollständigen Zitierweise wiedergegeben (Folge dessen ist insbesondere eine unterschiedliche Zitiertechnik für österreichische und deutsche Gesetze, Erlasse, Gerichtserkenntnisse usw.). Bei weiteren Nennungen der Norm wird, soweit es die Klarheit und Eindeutigkeit fördert, ein Nachweis mittels eines (mit der Erstnennung mitgeteilten) Kurztitels samt einem Verweis auf die Erstnennung geführt.

- Bsp.: – Erstnennung ⁴ Gesetz von 2. April 1873, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBI 1873/41 (im Folgenden: RWO 1873).
 – Folgenennung ¹⁶⁴ Vgl. § 9 Abs 1 RWO 1873 (Anm. 4).

Der Normtext wird nur dann mitgeteilt, wenn der genaue Wortlaut oder Inhalt für das Textverständnis ausschlaggebende Bedeutung besitzt.

Nimmt Kelsen frühere oder spätere Passagen seines eigenen Werkes im Wege der Binnenverweisung in Bezug, so werden die (Original-)Seiten- oder Gliederungsangaben in HKW-Seitenangaben transkribiert. Soweit er Textstellen in Bezug nimmt, diese aber nicht durch Angabe einer Seitenzahl oder eines Gliederungspunktes konkretisiert, werden diese unausgeführten Binnenverweisungen, soweit möglich, in einer editorischen Anmerkung unter Angabe der entsprechenden HKW-Seiten ausgeführt; davon wird in den Fällen abgesehen, in denen sich die in Bezug genommene Textpassage unmittelbar vor oder nach der bezugnehmenden Stelle befindet.

d) Personen- und Sacherläuterungen

Von Kelsen genannte Personen, Ereignisse, Orte und Begriffe werden, soweit Kelsen sie nicht selbst näher erläutert und soweit deren Kenntnis für das Verständnis des Textes förderlich erscheint, bei Erstnennung im Text in den editorischen Anmerkungen kurz erläutert. Soweit möglich und nötig, werden insbesondere ihre Bezüge zu Kelsen herausgestellt. Art und Umfang der Personenerläuterungen hängen von mehreren Parametern ab, namentlich von der von Kelsen bereits selbst im Text gegebenen Erläuterung; dem Bekanntheitsgrad der Person (je bekannter, desto kürzer die Erläuterung); der Art und Weise der Nennung (soweit es sich im Haupttext nur um ein name dropping oder um eine bloße Nennung der Person in einer Kelsen-Anmerkung handelt, wird die Person nur knapp und unter Weglassung ihrer wichtigen Werke dargestellt); dem Umstand, dass die Person für eine im Haupttext näher behandelte Lehre oder Richtung steht; schließlich der Erreichbarkeit bio- und bibliographischer Informationen. Sachliche Fehler Kelsens werden im Erläuterungsapparat berichtet.

e) Sonstiges

Für Wörter aus nicht-lateinischen Schriftsystemen verwendet der Editor in seinen Erläuterungen die Transliteration nach den heute gültigen Richtlinien. Abweichend von den Texten Kelsens werden in der Herausgeberrede die am 1. August 2006 in Kraft getretenen Regeln der reformierten deutschen Rechtschreibung mit den vom Rat für deutsche Rechtschreibung erarbeiteten Änderungen zugrunde gelegt. In der Herausgeberrede werden Daten mit ausgeschriebenen Monatsnamen angegeben (Bsp.: 11. Oktober 1881, nicht: 11.10.1881).

V. Editorischer Bericht

Grundsätzlich wird für jeden Text ein Editorischer Bericht erstellt und in der letzten Sektion des Bandes wiedergegeben. Er enthält jene Informationen, die zu beitragspezifisch sind, um Eingang in die Editorischen Richtlinien zu finden, aber doch so generell in ihrer Bedeutung für den Beitrag, dass sie nicht als Einzelerläuterung im editorischen Anmerkungsapparat Platz finden. Der Editorische Bericht informiert über die Entstehung, die Entwicklung, die Überlieferung, den Befund und die literarischen Eigentümlichkeiten des Textes sowie über textspezifische editorische Entscheidungen. Sofern mehrere Fassungen eines Textes vorliegen, wird deren Verhältnis zueinander beschrieben. Umfangreiche Varianten ebenso wie den Text als Ganzes betreffende editorische Anmerkungen werden zur Entlastung des editorischen Apparats im Editorischen Bericht mitgeteilt. Sämtliche editorische Entscheidungen bei der Behandlung textspezifischer Eigentümlichkeiten werden begründet. Soweit in einer Anmerkung des Editorischen Berichts auf eine Kelsen-Anmerkung Bezug genommen wird, erfolgt deren Nennung *ohne* Zusatz; die Bezugnahme auf eine editorische Anmerkung wird durch den Zusatz „Hrsg.“ kenntlich gemacht.

Bsp.: ³⁹ Zu Strisower vgl. auch *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (35 Hrsg.-Anm 35).

VI. Verzeichnisse und Register

Jeder Band schließt mit folgenden Nachweisen, Verzeichnissen und Registern:

- einem *Abkürzungs- und Siglenverzeichnis*: Jeder Band enthält ein Verzeichnis, das eine alphabetisch geordnete Liste normierter Abkürzungen und editorischer Siglen enthält. Soweit Kelsen keine abweichende Abkürzungen verwendet, werden für die Abkürzungen des deutschen Rechtskreises *Hildebert Kirchner*/*Cornelie Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin 2008, für die des österreichischen Rechtskreises *Gerhard Friedl*/*Herbert Loebenstein* (Hrsg.), Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen, 6. Aufl., Wien 2008, zugrunde gelegt;
- einem *Quellennachweis der Abbildungen*: Die Herkunft und das Copyright der im Band verwendeten Abbildungen wird mitgeteilt;
- einem *Schrifttumsverzeichnis*: Dieses enthält, nach Einzelbeiträgen geordnet, das sowohl in den Texten Kelsens als auch in der Herausgeberrede zitierte Schrifttum mit vollständigem bibliografischem Nachweis; das lediglich von Kelsen in früheren Varianten verwendete sowie das ausschließlich im editorischen Apparat in Bezug genommene Schrifttum ist besonders gekennzeichnet. Nicht aufgenommen werden die in den Personenerläuterungen genannten „wichtigen Werke“ der erläuterten Personen;

- einem *Gesetzesverzeichnis*: Dieses verzeichnet alle im Band in Bezug genommenen abstrakt(-generell)en Rechtsnormen, besonders wichtige oder häufig zitierte konkrete Rechtsnormen sowie einzelne besonders markante Normentwürfe. Zusätzlich führt es die von Kelsen und/oder dem Editor verwendeten Abkürzungen oder Kurzbezeichnungen auf;
- einem *Personenregister*: Dieses nennt in alphabetischer Reihenfolge alle Namen von Personen, die von Kelsen oder vom Editor erwähnt werden. Nicht aufgenommen werden (Autoren- und Herausgeber-)Namen in Fundstellennachweisen. Wenn eine Person wegen ihrer Bedeutung in den editorischen Anmerkungen eine Erläuterung (wichtige Lebensdaten, berufliche und/oder politische Stellung, wichtige Werke, Bezug zu Kelsen usw.) erfährt, erfolgt diese grundsätzlich mit der Erstnennung der Person innerhalb eines Textes. Halbfett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer allfälligen Personenerläuterung in einem Beitrag. Nicht fett gesetzte Zahlen nennen die übrigen Stellen, an denen die Person genannt wird. Allfällige Originalpersonenregister werden, unter Verwendung der HKW-Paginierung, in das Personenregister integriert. Gegebenenfalls wird das Personenregister mit dem Sachregister zu einem integralen Register zusammengeführt;
- einem *Sachregister*: Dieses enthält in alphabetischer Reihenfolge alle wichtigen Begriffe und Sachbezeichnungen einschließlich geografischer Namen mit Ausnahme der bibliografischen Erscheinungsorte und der Archivorte. Das Sachregister bezieht sich wie das Personenregister sowohl auf die Schriften Kelsens als auch auf die Herausgeberrede. Es markiert ein „denkendes“ Sachregister, kein bloßes Wortregister; es verzeichnet mithin thematisch einschlägige Begriffe auch dann, wenn der Text sie nicht ausdrücklich enthält. Ist ein Begriff für einen Beitrag thematisch, so werden nur zentrale Stellen und besondere Bedeutungen verzeichnet. Allfällige Sachregister von Originalpublikationen Kelsens werden, unter Verwendung der HKW-Paginierung, in das Sachregister integriert.

VII. Fortschreibung der Editionsrichtlinien

Die Erfahrungen bei der Arbeit an weiteren Bänden dienen dem Herausgeber als Grundlage für allfällige Fortschreibungen der Editionsrichtlinien.

II. Sektion

Veröffentlichte Schriften
(1911–1917)

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.

Vortrag

gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien.

Von

Dr. Hans Kelsen.



Tübingen

Verlag von J. C. B. MOHR (Paul Siebeck)

1911.

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.

Vortrag gehalten in der
Soziologischen Gesellschaft zu Wien

(1911)*

* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911.

Nachdrucke:

- Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag, gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911, Aalen 1970.
- in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 3–36. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle *wrs* zu erkennen.)

Übersetzungen:

- *Italienisch*: Tra scienza del diritto e sociologia (übersetzt und eingeleitet von Gaetano Calabrò), Neapel 1974.
- *Japanisch*: 法学的方法と社会学的方法の差異について Hôgakuteki Hôhō to Shakaigakuteki Hôhō no Sai ni tsuite (Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode) (übersetzt von Kanji Morita), in: 法学論 Hôgakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokio 1977, S. 1–52. – Nachdruck in: ハンス・ケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushû IV Hôgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 13–49.
- *Serbokroatisch*: О границама између правничке и социолошке методе – О granicama između pravničke i sociološke metode (Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode) (übersetzt von Slavko Kirschner), Belgrad 1928. – Nachdruck in: Општа теорија права и државе – Opšta teorija prava i cržave (Die allgemeine Theorie des Rechts und des Staates), Belgrad 1998, S. 17–44.
- *Spanisch 1*: Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico (übersetzt von Leandro Azuara), in: Revista de la Facultad de Derecho de México 19 (1969), S. 561–593.
- *Spanisch 2*: Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico, in: Óscar Correas (Hrsg.), El otro Kelsen, Mexiko 1989, S. 283–317.

Teilübersetzung:

- *Englisch*: On the Borders between Legal and Sociological Method (übersetzt von Belinda Cooper), in: Arthur J. Jacobson/Bernhard Schlink (Hrsg.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, Berkeley, Los Angeles und London 2000, S. 57–63.

Die vorliegende Abhandlung ist die etwas erweiterte Wiedergabe eines Vortrages, den ich im Winter 1911¹ in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien² gehalten habe. Sie ist zum großen Teile verschiedenen Partien meines Buches: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, *J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)*, 1911,³ entnommen. Auf dieses Werk, welches das aufgeworfene Methodenproblem in eingehender Weise behandelt, sei hingewiesen, wo der mündliche Vortrag, dessen Form hier prinzipiell beibehalten wurde, einen Gedankengang nur skizzieren konnte und auf die breite Darstellung ergänzender Zusammenhänge verzichten mußte. Dies gilt insbesondere auch für die Literaturnachweise, deren schwerfälligen Apparat in dem Texte mitzuführen keine besondere Veranlassung vorlag.

| 1

| I.

Wenn ich mir erlaube, Ihre Aufmerksamkeit auf die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode zu lenken, so bin ich mir des Schwierigen, ja Bedenklichen eines solchen Unternehmens wohl bewußt. Methodologische Untersuchungen als Selbstzweck zu betreiben, d. h. formal-logische Spekulationen lediglich auf das „Wie“ wissenschaftlichen Denkens ohne Rücksicht auf das „Was“, den konkreten Inhalt zu richten, mag von problematischem Werte sein. Jedenfalls sind derartige Erört[er]ungen auf juristischem und auch soziologischem Gebiete nicht

¹ Am 31. Januar 1911.

² Die „Soziologische Gesellschaft in Wien“ wurde am 5. Februar 1907 von Max Adler (1873–1937), Rudolf Eisler (1873–1926), Rudolf Goldscheid (1870–1931), Michael Hainisch (1858–1940), Ludo (Ludwig Moritz) Hartmann (1865–1924), Bert(h)old Hatschek (1854–1941), Wilhelm Jerusalem (1854–1923), Josef Redlich (1869–1936) und Karl Renner (1870–1950) gegründet. Später traten ihr u. a. Hans Kelsen, Lujo Brentano (1844–1931), Carl Grünberg (1861–1940), Ferdinand Tönnies (1855–1936) und Alfred Vierkant (1867–1953) bei. Ihr Ziel war es, die Soziologie als Studienfach und in den Schulen als Bestandteil der politischen Bildung zu etablieren. In der Zeit bis Ende 1927 wurden über 160 Vortrags- und Diskussionsabende abgehalten. Den Eröffnungsvortrag hielt Georg Simmel (1858–1918), in der Folge referierten u. a. Emil Lederer (1882–1939), Franz Oppenheimer (1864–1943), Joseph Schumpeter (1883–1950) und Max Weber (1864–1920). 1926–1928 erschien die Publikationsreihe der Gesellschaft „Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der Soziologischen Gesellschaft in Wien“, in der sieben Hefte veröffentlicht wurden. Nach dem Tod Goldscheids 1931 kamen die Aktivitäten des Vereins zum Erliegen; auf Initiative Adlers löste er sich am 21. März 1934 auf.

³ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

sehr beliebt und darum auch nicht allzu häufig. Und wenn die Methode in der Wissenschaft so etwas ist, wie die Technik in der Kunst, wird man irgendeinen Spezialforscher, der sich um die Methodologie seiner Disziplin nicht allzusehr kümmert, nicht ohne gewisse Berechtigung mit dem Hinweise darauf rechtfertigen, daß es auch nicht die schlechtesten Künstler sind, die von ihrer Technik keine Ahnung haben. Vielleicht kann man wirklich, von | einem sicheren Instinkte geleitet, richtige Resultate gewinnen, ohne sich dabei immer und immer wieder des Weges zu besinnen, der einzig und allein zum Ziele führen soll; | vielleicht ist es gar nicht ein einziger oder von vornherein bestimmter Weg, der die Gewinnung gewisser wissenschaftlicher Erkenntnisse bedingt; vielleicht ist das Verhältnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher Forschung geradezu ein umgekehrtes, indem es nicht der Weg ist, der zum Ziele führt, sondern das Ziel, das sich irgendeinen Weg bahnt. Vielleicht gilt auch hier *Hamerlings*⁴ tiefes Wort, das der ihren verlorenen Eros suchenden, nach Weg und Steg fragenden Psyche entgegönt: Was dich führt zum Gotte ist der Weg nicht, ist das Wandern!¹⁾⁶

So weit ich mich davon entfernt weiß, das Problem der Methode im allgemeinen zu überschätzen, so sicher bin ich, daß es nach einer bestimmten Richtung hin von größter Bedeutung ist. Ich meine nämlich die Grenzgebiete jener Disziplinen, die in Bezug auf ihren Gegenstand miteinander in Berührung stehen, durch die Verschiedenheit ihrer Betrachtungsweisen aber voneinander getrennt sind. Hier wird man des zuverlässigen Kompasses einer wissenschaftlichen Methode kaum entbehren können, ohne Gefahr zu laufen, den Bereich der eigenen Disziplin unversehens zu verlassen und in ein Nachbargebiet zu geraten, d. h. mit den gewohnten Mitteln der Wissenschaft, deren Boden man verloren hat, eine Frage zu beantworten versuchen, die man – der geänderten Wegrichtung entsprechend – ohne es zu wissen, schon im Sinne einer ganz anderen Disziplin, die | natürlich wiederum mit ihren spezifischen Mitteln arbeitet, gestellt hat. Daß Frage und Antwort nicht zueinander stimmen können, daß dieser Synkretismus der Methoden, von dem ich noch Beispiele zu geben haben werde, zu wissenschaftlich haltbaren Resultaten nicht führen kann, ist selbstverständlich.

¹⁾ Amor und Psyche, 4. Gesang.⁵

| 2, WRS 4

⁴ Robert Hamerling, auch: Rupert Johann Hammerling (1830–1889), Dichter und Schriftsteller. 1853 lehrte er als Gymnasiallehrer in Wien, 1854 in Graz und 1855–1866 in Triest. Ab 1866 krankheitsweise pensioniert, lebte er in Graz. Wichtige Werke: *Ahvaser in Rom*, Hamburg 1866; *Der König von Sion*, Hamburg 1869; *Aspasia. Ein Künstler- und Liebesroman aus Alt-Hellas*, Hamburg 1876.

⁵ *Robert Hamerling, Amor und Psyche. Eine Dichtung in sechs Gesängen* (1882), in: Michael Maria Rabenlechner (Hrsg.), *Hamerlings Werke. Volksausgabe in vier Bänden*, Bd. 2, Hamburg 1900, S. 267–365 (4. Gesang, S. 316).

⁶ «Was dich ... das Wandern!»] *Hamerling, Amor* (Anm. 5), S. 316: «Was dich führt zum Gotte/Ist der Weg nicht, Kind, es ist das Wandern!».

Ganz besonders innerhalb des weiten Kreises der Sozialwissenschaften finden sich Gebiete, auf denen zwei Disziplinen aufeinander stoßen, ineinander übergehen, ohne daß deutliche – vergleichsweise gesprochen – „natürliche“, d. h. eben im Objekt selbst gegebene Grenzen das eine Gebiet vom anderen trennen. Nur „künstliche“ Schranken, deren man oft nur vermittels komplizierter methodologischer Untersuchungen inne wird, können einen hier vor Verirrungen bewahren.

Ein solches Grenzgebiet habe ich nun zum Gegenstand des heutigen Vortrages gewählt. Es liegt zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie.

|WRS 5

| Dabei hatte ich eine Einschränkung meines Themas nach mehreren Richtungen hin vorzunehmen. Zunächst will ich keineswegs alle Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode untersuchen. Nur eine, allerdings – wie ich glaube – sehr wichtige Grenze wird aufzurichten sein.

|4

Dann war zu bedenken, daß methodologische Untersuchungen wegen ihrer höchst abstrakten Natur keineswegs gerade für einen Vortrag geeignet sind! Man müßte über eine ganz ungewöhnliche Dar|stellungsgabe, über eine an lebendigen Bildern und plastischen Vergleichen überreiche Phantasie verfügen, um der Gefahr zu entgehen, die Zuhörer viel früher als das Thema zu erschöpfen. Ich halte es daher für zweckmäßig, die in Betracht kommenden methodologischen Fragen an einem konkreten Falle zu entwickeln, der mir zur Exemplifikation ganz besonders geeignet scheint. Als solchen habe ich das *Willensproblem* gewählt. Der Begriff des Willens spielt in der juristischen Konstruktion keine geringere Rolle als in der Soziologie und zwar hier in der Sozialpsychologie. Nur dieses Gebiet der Soziologie habe ich bei meiner Grenzziehung gegen die Jurisprudenz im Auge. Insbesondere ist es der sogenannte *Gesamtwille*, der im Sozialrecht, vor allem im Staatsrecht von Bedeutung ist und zugleich den Gegenstand soziologischer, d. h. sozialpsychologischer Untersuchungen bildet. Aber auch der *Individualwille* ist ein wichtiges Konstruktionselement der herrschenden Jurisprudenz. Ebenso kann die Sozialpsychologie, sofern sie die seelischen Beziehungen der einzelnen gesellschaftlich miteinander verbundenen Menschen zu erfassen hat, nicht darauf verzichten, auf diesen Individualwillen zurückzugehen, d. h. aber Individualpsychologie zu werden. Und so wird sich die von mir gesuchte Grenze auch gegen die Individualpsychologie richten.

|5

Dabei bitte ich noch hervorheben zu dürfen, daß ich die angekündigte *actio finium regundorum*⁷ von |*juristischer* Seite aus erhebe. Es kommt mir vornehmlich darauf an, die *juristische Begriffsbildung* von gewissen Elementen zu befreien, die soziologischen Charakters sind und nur durch eine falsche Problemstellung hineingezwungen wurden. Positiv wollen daher meine Resultate nur für die Jurisprudenz sein. Für die Soziologie erhoffe ich insofern einen Gewinn, als die spezifisch-juristische Provenienz gewisser Begriffe aufgezeigt wird, mit denen die So-

⁷ Lat.: *actio finium regundorum*; dt.: Klage zur Grenzbereinigung – im übertragenen Sinne: Grenzberichtigung.

ziologie operiert und die hier, eben wegen ihrer auf einer von der soziologischen völlig verschiedenen Betrachtungsweise beruhenden Struktur, zu einer sehr gefährlichen Fehlerquelle werden können.

Der methodologische Gegensatz zwischen Soziologie und Jurisprudenz, von dem die folgenden Erörterungen ausgehen, ist der zwischen Sein und Sollen. Wie ich von etwas behaupte, es ist, so kann ich von eben demselben sagen: es soll sein, und habe in beiden Fällen etwas völlig Verschiedenes ausgesagt. Sein und Sollen sind allgemeine Denkbestimmungen, unter denen wir alle Objekte erfassen können. Treffend bemerkt *Simmel*^{8 11}: „Das Sollen ist eine Kategorie, die zu der sachlichen Bedeutung der Vorstellung hinzutretend, ihr eine bestimmte Rolle¹⁰ für die Praxis anweist, wie sie eine solche auch die¹¹ Begleitvorstellung des Seins, des Nichtseins, des Gewolltwerdens usw. erhält.“ Ebenso wie das Sein ist das Sollen eine ursprüngliche Kategorie und ebensowenig wie man beschreiben kann, was das Sein oder das Denken ist, ebensowenig gibt es eine Definition des Sollens¹. „Das Sollen ist ein Denkmodus wie das Futurum und das Präteritum oder wie der Konjunktiv und der Optativ“²). Die prinzipielle Verschiedenheit beider Denkformen läßt Sein und Sollen als zwei getrennte Welten erscheinen. „Daraus, daß dieses ist, folgt wohl, daß jenes *war* oder jenes *sein* wird, aber nie und nimmer, daß ein anderes sein *soll*. Etwas kann *sollen*, und doch ist es weder früher gewesen, noch ist es jetzt, noch wird es künftig sein“³). Das Soll geht zwar auf ein Sein (sein Zweck ist ein Sein: etwas *soll sein*), aber das Soll ist eben etwas anderes als das Sein.

Der gegenseitigen Unabhängigkeit des Sollens vom Sein kann auch dadurch kein Abbruch geschehen, daß sich von einem besonderen, im folgenden näher zu charakterisierenden Standpunkte aus gewisse Wechselbeziehungen zwischen Sein und Sollen ergeben. Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal logischer und insolange man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt

¹) Einleitung in die Moralwissenschaft, Berlin 1892, S. 8.⁹

¹¹) *Simmel* a. a. O. S. 8.¹²

²) *Simmel* a. a. O. S. 9.¹³

³) *Kitz*, *Seyn und Sollen*, 1869, S. 74.¹⁴

| 5, WRS 6

| 6

⁸ Georg Simmel (1858–1918), Soziologe und Philosoph. Ab 1885 Privatdozent, ab 1901 a. o. Prof. in Berlin, 1914–1918 o. Prof. in Straßburg. Simmel zählt zu den Begründern der Soziologie als eigenständige Wissenschaft. Im Zentrum seiner soziologischen und philosophischen Bemühungen steht die spannungsreiche Korrelation von statischen und dynamischen Elementen, von Form und Inhalt. Wichtige Werke: Einleitung in die Moralwissenschaft, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1892 und 1893; Philosophie des Geldes, Leipzig 1900 (2. Aufl., Berlin und Leipzig 1907); Soziologie, Leipzig 1908.

⁹ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 8.

¹⁰ «Rolle»] *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 9), S. 8: «Stelle».

¹¹ «auch die»] *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 9), S. 8: «auch durch die».

¹² Vgl. *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 9), S. 8.

¹³ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 9), S. 9.

¹⁴ *Arnold Kitz*, *Seyn und Sollen*. Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten- und Rechtsgesetz, Frankfurt a. M. 1864, S. 74 – Hervorhebungen von Kelsen.

|7 kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber. Die Frage nach dem Warum | eines konkreten Sollens kann logisch immer wieder nur zu einem Sollen führen, wie die Frage nach dem Warum eines Seins immer nur ein Sein zur Antwort erhält. Auch hier kann auf die treffende Darstellung *Simmels* hingewiesen werden: „Das Sein überhaupt kann nicht bewiesen, sondern nur erlebt und gefühlt werden und darum läßt es sich nie aus bloßen Begriffen deduzieren, sondern nur aus solchen, |
|WRS 7 in welche irgendwo das Sein schon aufgenommen ist. | Das Sollen verhält sich in gleicher Weise. Daß wir etwas sollen, läßt sich, *wenn es logisch erwiesen werden soll*, immer nur durch Zurückführung auf ein anderes als sicher vorausgesetztes Sollen erweisen; an sich betrachtet ist es eine Urtatsache, über die wir vielleicht *psychologisch, aber nicht mehr logisch* hinausfragen können“¹⁾. Und ganz ebenso kann logisch die Aufhebung eines Solls nur wieder durch ein Soll begründet werden.

Es ist keine formal-logische, sondern eine materiell-historisch-psychologische Betrachtung, die zeigt, daß regelmäßig oder doch sehr häufig der *Inhalt* eines Sollens auch der *Inhalt* eines spezifischen Seins ist, daß als gesollt gilt, was in bestimmter Weise tatsächlich geschieht oder geschehen ist. Was man als „normative Kraft des Faktischen“²⁾ bezeichnet, ist eben jene historisch-psychologische |
|8 Tatsache, daß als gesollt dem einzelnen entgegentritt, was in | der Regel und seit altersher von allen oder den meisten beobachtet wurde. Und die analoge Tatsache liegt vor, wenn ein konkretes Sollen aus dem Bewußtsein der Menschen schwindet, ein bestimmtes Verhalten in der Vorstellung der Subjekte den Charakter des Gesolltseins verliert, wenn es dauernd und von den meisten nicht geübt wird. Wie ein qualifiziertes Sein Inhalt eines Sollens wird, durch ein qualifiziertes Sein ein Sollen *psychologisch* entsteht, so geht der Inhalt eines Sollens durch qualifiziertes Nicht-Sein verloren, wird ein Sollen durch qualifiziertes Nicht-Sein psychologisch zerstört. Allein, dabei muß man sich stets bewußt sein, daß diese Art der Betrachtung, sofern sie das Sollen aus dem Sein ableitet, das Sollen nicht mehr in jenem formal-logischen Sinne als Gegensatz zum Sein erfaßt. Vielmehr erscheint hier tatsächlich von vornherein schon das Sollen als ein Spezialfall des Seins. Denn worauf allein gibt diese Erkenntnis von der normativen Kraft des Faktischen eine Antwort, was allein wird durch sie *erklärt*? Tatsächliche Vorgänge, sei es äußerer oder innerer Art. Erklärt wird, warum gewisse Gebote an die einzelnen gerichtet werden, jener tatsächliche Vorgang, jene besonderen psychischen Willensakte, in denen gewisse Gebote (Normen) an die anderen gerichtet werden; und weiter: die realpsychischen Willensakte jener, die diesen Geboten sich unterwerfen, sie zur Richtschnur ihres eigenen Handelns machen; und endlich: diese norment|
|9 sprechenden Hand-

|7, WRS 7 |¹⁾ a. a. O. S. 12.¹⁵

²⁾ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1905, S. 329 ff.¹⁶

¹⁵ *Simmel*, Moralwissenschaft (Anm. 9), S. 12 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶ Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 329–354.

lungen selbst. All dieses Wollen und Handeln ist aber kein Sollen – im formallogischen Sinn – sondern ein Sein, ein tatsächliches psychologisches oder körperliches Geschehen, ist der Inhalt eines Sollens, | aber nicht dieses Sollen selbst, das nur eine Form ist. Wie man historisch-psychologisch das Soll seinem Inhalte nach aus dem Sein abzuleiten bemüht ist, so versucht man das Sein aus einem Soll zu erklären, wenn man die Welt auf das Werdegebot eines überirdischen Schöpfers zurückführt. Es ist das gleiche psychologische Begrenzungsbedürfnis, das hier die logisch unendliche Kette des Seins mit einem „Soll“ beginnen läßt, und das dort die logisch ebenso unendliche Kette des Soll mit einem Sein abschließt. Es ist außerordentlich bezeichnend, daß man die Frage nach dem Anfange und dem Ende, der Entstehung und Zerstörung des Soll nur insofern beantworten kann, als man aus der Welt des Soll in die des Seins übergeht; und daß man bei derselben Frage in Bezug auf das Sein in die Welt des Soll gerät. Darin zeigt sich deutlich, daß die Frage nach Entstehung und Zerstörung des Seins ebenso außerhalb die¹⁷ Seinsbetrachtung und deren spezifische explikative (kausale) Erkenntnismethode fällt, wie die Frage nach Entstehung und Zerstörung des Soll nicht mehr in der nur auf das Soll gerichteten Beobachtungsebene und innerhalb der normativen Erkenntnismethode liegt. | WRS 8

Faßt man das Sollen in einem streng logischen | Sinne als Form in einem vollständigen Gegensatz zum Sein, dann darf man es mit keinem seiner Inhalte identifizieren, darf kein wie immer geartetes Sein als Sollen ausgeben. Insbesondere darf man nicht, was allerdings häufig geschieht, das Sollen als ein Wollen, also als einen realpsychischen Vorgang gelten lassen. Das Wollen gehört der Welt des Seins an, ist ein psychisches Geschehen und darum etwas Wesensverschiedenes vom Sollen. Ebenso wenig wie das Handeln kann das Wollen ein Sollen sein. Denn Wollen kann wie Handeln Inhalt des Sollens, niemals das Sollen selbst sein. Wie ich handeln soll, kann ich wollen sollen. Ich kann etwas wollen, ohne es zu sollen! Ich kann etwas sollen, ohne es zu wollen. Dabei kann mir der Widerspruch zwischen meinem Wollen und meinem Sollen wohl bewußt sein. Das Bewußtsein, etwas zu sollen, ist prinzipiell zu trennen von dem Wollen. Auch dann noch, wenn ich will, was ich soll; geschweige dann¹⁸, wenn ich will, obgleich ich mir bewußt bin, das Entgegengesetzte zu sollen. Schließlich: Ich kann *wollen* sollen, aber ich kann nicht *sollen* sollen, was logisch ebenso unsinnig wäre wie: *wollen* wollen. | 10

Der Gegensatz von Sein und Sollen ist maßgebend für jene prinzipielle Unterscheidung aller Wissenschaften, deren ich mich im vorhergehenden bereits vorübergehend bedient habe. Auf den Gegensatz zwischen Sein und Sollen gründet sich die Einteilung in *explikative* und *normative* Disziplinen, | in Kausal- und Normwissenschaften. | Während nämlich die einen Disziplinen auf das tatsächliche Gegebene, die Welt des Seins, die *Realität* gerichtet sind, ist die Betrachtung der | 11 | WRS 9

¹⁷ «die»] müsste wohl heißen: «der».

¹⁸ «dann»] müsste wohl heißen: «denn».

anderen, der Welt des Sollens, der *Idealität* zugewendet. Während die ersteren, die explikativen Kausal-Wissenschaften, zur Aufgabe haben, das tatsächliche Verhalten der Dinge in seinem naturnotwendigen Kausalzusammenhange aufzuzeigen, d. h. also das tatsächliche Geschehen *erklären* wollen, bezwecken die letzteren, die sogen. Normwissenschaften oder normativen Disziplinen die Erkenntnis dessen – nicht was wirklich geschieht, sondern geschehen *soll*; sie stellen Regeln auf, die ein Verhalten vorschreiben, ein Sein oder Nicht-Sein fordern, d. h. ein Sollen statuieren. Während die Kausalwissenschaften oder explikativen Disziplinen *Naturgesetze* zu gewinnen bestrebt sind, nach denen die Vorgänge des realen Lebens tatsächlich geschehen und ausnahmslos naturnotwendig geschehen *müssen*, sind Ziel und Gegenstand der normativen Disziplinen, die keineswegs irgendein tatsächliches Geschehen *erklären* wollen, lediglich *Normen*, auf Grund deren etwas geschehen *soll*, aber durchaus nicht geschehen muß, ja vielleicht tatsächlich nicht geschieht¹⁾.

|12 Zu den explikativen oder Kausalwissenschaften gehören vor allem die Naturwissenschaften, ebenso | auch die historischen Wissenschaften; zu den normativen Disziplinen zählt man die Ethik, die Logik, die Grammatik.

Wenn ich nun die Soziologie, als eine Naturwissenschaft der menschlichen Gesellschaft, welche die Naturgesetze des sozialen Zusammenlebens zu gewinnen trachtet, das gesellschaftliche Geschehen, so wie es tatsächlich in der Realität vor sich geht, zu *erklären* bemüht ist – wenn ich diese Soziologie als eine explikative Kausalwissenschaft bezeichne, so glaube ich kaum auf Widerstand zu stoßen. Nicht so, wenn ich die Jurisprudenz den normativen Disziplinen zurechne¹⁾, denn dabei kann leicht ein Mißverständnis unterlaufen, dem ich sofort begegnen möchte. Man könnte nämlich meinen, daß ich damit der Rechtswissenschaft als solcher eine normierende, normsetzende Funktion zugeschrieben habe, die unabhängig von jener des positiven Gesetzes ist; und man müßte dann ganz mit Recht einen normativen Charakter in diesem Sinne der Jurisprudenz absprechen. Dem ist jedoch nicht so.

|WRS 10 | Zwar hat als „normativ“ im ursprünglichen Sinne des Wortes die Tätigkeit zu gelten, welche *autoritär* Normen für ein Verhalten von Subjekten setzt; normativ |13 in diesem ursprünglichen Sinne ist lediglich das auf eine faktische Herrschermacht gestützte Erlassen von bindenden Geboten und Verboten. Da es | sich hierbei um eine *Willens-*, nicht um eine Denkfunktion handelt, kann eine Wissenschaft niemals in diesem ursprünglichen Sinne des Wortes als normativ bezeichnet werden. Nicht die „Ethik“ benannte theoretische Disziplin ist der sittliche Gesetzgeber,

|11, WRS 9 |¹⁾ Vgl. *Wundt*, Ethik 3. Aufl. Stuttgart 1903, S. 1 ff.¹⁹

|12 |¹⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S. 6 ff.²⁰

¹⁹ *Wilhelm Wundt*, Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart 1903, S. 1–10.

²⁰ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 6–33 = HKW 2, S. 21–878 (84–116).

sondern das menschliche Gewissen oder der Wille Gottes oder sonst eine als willensbegabt gedachte Autorität. Nicht die Wissenschaft der Grammatik ist die Sprachbefehle erteilende Macht, sondern die den *Sprachgebrauch* bildende soziale Gemeinschaft. Und so ist auch die Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtsetzenden Gewalt. Vielmehr muß hier, wie in allen Fällen, in denen von *normativen* Disziplinen gesprochen wird, der fragliche Terminus in abgeleiteter Bedeutung gebraucht sein. Er kann nicht eine besondere Art des Wollens, er muß eine bestimmte Form des *Denkens*, eine eigenartige Betrachtungsweise kennzeichnen, die sich von der anderer Wissenschaften durch ihre spezifische Richtung unterscheidet und die darum eine normative genannt werden darf, weil sie der Welt des Sollens zugewendet und ihr Ziel die Erfassung von Normen ist. Wenn insbesondere die Rechtswissenschaft zu den normativen Disziplinen gerechnet wird, so ist dazu noch zu bemerken, daß die Rechtswissenschaft, die keineswegs die Aufgabe hat, irgendein tatsächliches Geschehen kausal zu erklären, den Inhalt der Normen oder des Sollens, auf welches ihre Betrachtung gerichtet ist, nicht etwa, wie es die Naturrechtslehrer |getan haben, aus der Natur der Sache oder der angeborenen Vernunft, sondern ausschließlich und allein aus den positiven Gesetzen holen kann. |14

Selbstverständlich habe ich, wenn ich von der Jurisprudenz als von einer normativen Disziplin spreche, nicht alle methodologisch sehr differierenden Wissenschaften im Auge, die unter dem Sammelnamen Jurisprudenz bezeichnet werden. Natürlich ist die Rechtsgeschichte, als eine historische Disziplin, ausgenommen und den explikativen Disziplinen zuzurechnen. Unter Jurisprudenz im eigentlichen und engeren Sinne kommt hier nur die dogmatische Jurisprudenz in Betracht und auch diese ziehe ich nur soweit heran, als sie sich mit der Stabilisierung der juristischen Grundbegriffe befaßt, soweit sie allgemeine Rechtslehre ist.

Die wichtige Grenze zwischen juristischer und soziologischer Methode, die sich insoferne durch die Verschiedenheit der Betrachtungsweise ergibt, als die eine auf ein bestimmtes Sein, nämlich das soziale Geschehen, die andere auf ein bestimmtes, nämlich rechtliches Sollen gerichtet ist, diese Grenze sind insbesondere die Juristen versucht zu überschreiten, indem sie über eine Erkenntnis des Sollens, der Rechtsnormen hinaus, einer *Erklärung* des von dieser Rechtsnorm zu regelnden tatsächlichen Geschehens zustreben. So begreiflich psychologisch eine solche zur Wirklichkeit drängende Tendenz ist, in der sich ja nur die allgemeine Disposition des | menschlichen Geistes manifestiert, der sich leichter und lieber der Realität als der Idealität, eher dem Materiellen als dem Formalen zuwendet, so |15
 durchaus berechtigt und notwendig eine *Erklärung* der tatsächlichen zwischenmenschlichen Vorgänge ist, so unzulässig ist es, diese *Erklärung* mit Mitteln zu versuchen, die ihrer Natur nach eine solche nicht liefern können, weil sie als Handwerkszeug spezifisch normativer, d. h. aber nicht auf Erklärung des wirklichen Geschehens, sondern auf Erfassung des Sollens gerichteter Betrachtung konstruiert sind.

| 16

| II.

Ein Beispiel solcher unzulässigen Verquickung der normativen mit der explikativen Betrachtungsweise, solchen fehlerhaften Synkretismus der Methoden liefert das Naturrecht. Im Rahmen und mit der Technik einer prinzipiell juristischen Disziplin wird hier die Lösung von Problemen versucht, mit denen sich heute die Soziologie befaßt und man kann es geradezu als ein für das Naturrecht charakteristisches Merkmal erklären, daß auf eine soziologisch gestellte Frage mit einer juristischen Konstruktion geantwortet wird. So findet das Problem der Entstehung des Staates bei allen Naturrechtslehren seine Lösung durch einen *Rechtsbegriff*. Die auf eine Erklärung tatsächlicher soziologischer Vorgänge gerichtete Frage, wie ist der Staat entstanden, beantwortet man bekanntlich: durch einen Vertrag.

| 17

| WRS 12

Nun hat man wohl in neuerer Zeit den Versuch gemacht, den einen oder den anderen Naturrechtslehrer gegen den Vorwurf zu verteidigen, die kausalexplikative Erklärung des Staates mit dessen normativer Rechtfertigung vermengt zu haben. Und bei *Hobbes*²¹ mag dies vielleicht bis zu einem gewissen Grade gelungen sein, insofern dieser Autor bei Anwendung einer spezifisch analytisch-rationalen Methode neben den natürlichen, historisch aus Gewaltverhältnissen | entstandenen, auf Gewaltverhältnissen beruhenden Staaten einen rationalen Staat – die *civitas institutiva* – annimmt; und dieser Schulstaat ist es, den er nicht historisch, sondern gewissermaßen der Idee nach auf einen staatsbegründenden Vertrag zurückführt.²² Ob *Hobbes* – wie insbesondere *Georg Jellinek*²³ behauptet¹⁾ – sich tatsächlich der scharfen Trennung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise, zwischen Erklärung und Rechtfertigung des Staates bewußt war, mag dahin gestellt bleiben. Sicher ist, daß die meisten anderen Naturrechtslehrer, daß

| 17, WRS 12 |¹⁾ Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. S. 200.²⁴

²¹ Thomas Hobbes (1588–1679), englischer Mathematiker, Staatstheoretiker und Philosoph. Er deutete den Staat, den er auf einen gedachten Gesellschaftsvertrag gegründet sah, als den nötigen und zugleich sterblichen Ersatzgott („Leviathan“), um den Naturzustand, den Krieg aller gegen alle („bellum omnium contra omnes“, „homo homini lupus“), zu beenden. Wichtige Werke: *De cive*, Paris 1642; *Tractatus opticus*, Paris 1644; *Leviathan*, London 1651 (engl.), Amsterdam 1668 (lat.); *De corpore*, London 1655; *De homine*, London 1658; *Behemoth*, entstanden 1668 (postum erschienen London 1688).

²² Vgl. *Thomas Hobbes*, *Elementa philosophica de cive*, Amsterdam 1647, chap.V, p.77–88; *Thomas Hobbes*, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civil*, London 1651, chap.XVII, p. 85–88. – Kelsen hat seine Zusammenfassung der Hobbeschen Staatstheorie *Jellinek*, *Staatslehre* (Anm. 16), S. 200, entnommen.

²³ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien 1882; *Gesetz und Verordnung*, Freiburg i.Br. 1887; *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellinek).

²⁴ *Jellinek*, *Staatslehre* (Anm. 16), S. 200.

z. B. *Locke*²⁵ von dieser Isolierung beider Methoden und Problemstellungen keine Ahnung hatten und den Vertrag keineswegs bloß als normative Konstruktion zum Zwecke der Rechtfertigung, sondern durchaus als historische Erklärung der bestehenden Staaten auffaßten. Daher wird der staatenbegründende Vertrag bei den meisten Autoren für eine historische Tatsache ausgegeben, die angeblich zu Beginn jedes Staates stattgefunden habe.

Da eine solche Behauptung empirisch keinerlei Basis hat, ja aus verschiedenen Gründen das Gegenteil wahrscheinlich ist, bedeutet die Vertragstheorie eine *Fiktion*, d. h. die Behauptung eines tatsächlichen Vorganges, einer Realität, im bewußten Widerspruch zur Wirklichkeit. Und diese Fiktion, diese wissenschaftliche Notlüge wurzelt eben in dem verwerflichen Synkretismus der Methoden, in der unzulässigen Verquickung normativer und explikativer Betrachtung. | 18

In der Überwindung des Naturrechts erblickt die moderne positivistische Jurisprudenz ihr stärkstes Verdienst. Allein, dem gerade charakterisierten Fehler der Naturrechtler ist sie nicht entgangen. Auch die moderne Rechtskonstruktion zeigt, nur verdeckt unter einer veränderten Terminologie, die spezifischen Gedankengänge und Irrtümer des Naturrechts. Eines der meisterörterten Probleme der allgemeinen Rechtslehre ist die Frage nach dem Geltungsgrunde des positiven Rechts oder nach dem Grunde der verbindlichen Kraft der Rechtsordnung. Ob eine solche Problemstellung überhaupt noch in den Rahmen einer Rechtslehre fällt und nicht vielleicht metajuristischer Natur, vielleicht ein Problem der Ethik ist – bleibe hier dahingestellt. Tatsächlich halten sich *Juristen* zur Lösung des Problems für verpflichtet. Sicher ist aber, daß die Problemstellung nur eine normative sein kann, d. h. daß hier nur in Frage steht: Warum *sollen* Rechtsnormen befolgt werden? und nicht etwa: warum werden sie tatsächlich befolgt oder nicht befolgt? Die *Geltung*, deren Grund gesucht wird, ist eine Sollens-, keine Seinsgeltung. Denn eine Seinsgeltung, d. h. die Frage, warum irgendwelche Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens tatsächlich von den Menschen befolgt werden, die Frage nach den psychischen Motiven eines gesellschaftlichen Verhaltens ist ausschließlich und allein Gegenstand der Soziologie, der Sozialpsychologie und kann nur mit den spezifischen Mitteln der explikativen Disziplinen beantwortet werden. | wrs 13 | 19

Welche Antwort geben nun die Juristen auf die von ihnen aufgeworfene Frage nach dem Geltungsgrunde des positiven Rechts? Mit einer unter Juristen selten zu beobachtenden Einmütigkeit wird das gestellte Problem durch eine ganz allgemein akzeptierte Formel gelöst, die man als Anerkennungstheorie bezeichnet. Diese besagt: Rechtsnormen gelten nur deshalb und nur insoferne, als sie von denjeni-

²⁵ John Locke (1632–1704), englischer Philosoph und Aufklärer, Vertreter des Empirismus und der Lehre vom Gesellschaftsvertrag, Begründer der Trennung von Legislative und Exekutive. Seine naturrechtlich fundierte politische Philosophie beeinflusste – mittels der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten vom 4. Juli 1776 und der Verfassungen des revolutionären Frankreich – die Mehrzahl freiheitlicher Verfassungen. Wichtige Werke: A Letter Concerning Toleration, London 1689; An Essay Concerning Human Understanding, London 1689/90; Two Treatises of Government, London 1689/90; The Reasonableness of Christianity, London 1695.

gen, an die sie gerichtet sind, als solche *anerkannt* werden. Ich glaube nicht zu weit zu gehen, wenn ich behaupte, daß diese Anerkennungstheorie¹⁾ unserer modernen positivistischen Rechtslehre fast identisch ist mit der verspotteten Vertragstheorie des Naturrechts, daß sie insbesondere den gleichen methodischen Fehler enthält und daher auch notwendig zu der gleichen verwerflichen Fiktion führt wie diese. Vergegenwärtigt man sich, daß die Rechtsordnung, nach deren Geltungsgrund gefragt wird, der Wille oder die Autorität des *Staates* ist, dann ist die Übereinstimmung beider Theorien bis auf den nebensächlichen Umstand hergestellt, daß bei der Vertragstheorie des Naturrechts die Fragestellung von einem explikativen Standpunkte | aus geschieht, die Antwort dagegen in einem normativen Sinn erfolgt, während die moderne Anerkennungstheorie auf eine normative, d. h. auf Rechtfertigung gerichtete Frage mit einer nur Erklärung des tatsächlichen Geschehens bietenden, also explikativen Antwort kommt. Denn was kann die Anerkennung der Rechtsordnung durch die Rechtssubjekte bedeuten? Offenbar irgendeinen real-psychischen Akt des Wollens oder Urteilens, durch welchen die Zustimmung der normunterworfenen Menschen zur Norm ausgedrückt wird. Ein Bejahen der Rechtsordnung. Was ist aber mit diesem real-psychischen Akte der Anerkennung gewonnen? Offenbar nur eine Erklärung der Seinsgeltung der Normen, d. h. eine Erklärung, weshalb die Menschen die Normen tatsächlich befolgen. Wann und unter welchen Umständen findet dieser Akt der Anerkennung in Wirklichkeit statt? Ist er bei allen Rechtssubjekten nachzuweisen, oder nur bei der Majorität, ohne oder mit Unterschied des Alters, Geschlechtes, Verstandesgebrauches usw.?

|20

|WRS 14

|Darauf geben nun die Vertreter der Anerkennungstheorie die kuriosesten Antworten. Denn ein solcher Akt der Anerkennung ist natürlich bei den Menschen ebensowenig nachzuweisen wie der staatsbegründende Vertrag, die Menschen werden ebenso in eine Rechtsordnung hineingeboren, wie in einen Staat und die objektiven, durchaus heteronomen Rechtsnormen „gelten“ für sie ohne Rücksicht auf ihre Zustimmung. Daß die Behauptung irgendeines Vorganges der Anerkennung | seitens der Rechtssubjekte eine offensichtliche Fiktion ist, zeigt die Art und Weise, wie die Anerkennungstheorie näher durchgeführt wird. Man erklärt die Anerkennung nicht als einzelnen Akt, sondern als ein habituelles Verhalten in Bezug auf die Norm, man spricht von unbewußter und ungewollter, von indirekter und erzwungener Anerkennung selbst bei jenen, die durch normwidriges Verhalten deutlich ihren Widerspruch zur Rechtsordnung manifestieren. Man behauptet die Anerkennung bald von einer überwiegenden Mehrheit der Rechtsgenossen, bald gar nur von dem *pater familias*²⁷, den ein moderner und keineswegs

|21

|19, WRS 13 |¹⁾ Vgl. das Nähere darüber in meinen Hauptproblemen der Staatsrechtslehre S.47ff. und 346ff.²⁶

²⁶ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 46–48 und 346–378 = HKW 2, S. 21–878 (131–134 und 474–511).

²⁷ Lat.: *pater familias*; dt.: Familienoberhaupt.

unbedeutender Autor eigens für die Zwecke der Anerkennungstheorie aus dem römischen Rechte wieder auferweckt hat¹⁾. Dabei vergißt man nur, daß ein solcher realpsychischer Akt oder Zustand, von dem, wenn er unbewußt und ungewollt ist, freilich nicht mehr viel übrig bleibt, doch nur im Wege empirischer, sozialpsychologischer Forschung festgestellt werden könnte. Von einer solchen ist allerdings bei den konstruierenden Juristen keine Spur. Sie haben daher keinerlei Recht, eine Anerkennung zu behaupten, die übrigens ebenso unwahrscheinlich ist, wie der Vertrag des Naturrechts. Auch hier liegt die Behauptung eines tatsächlichen Vorganges im bewußten Widerspruche zur Realität vor: d. h. eben eine Fiktion. Da die | Frage nach dem Grunde eines Soll oder einer Norm immer wieder | 22 nur zu einem Soll oder einer Norm führen kann, die der ersteren übergeordnet ist, kann die Anerkennung, die ein faktisches Sein bedeutet, keine Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrund der Rechtsnorm geben. Nur wenn in der Anerkennungstheorie der Gedanke der sittlichen Autonomie zum Ausdruck kommen soll, indem die Geltung der Rechtsnorm auf die Autorität des anerkennenden Subjektes gestellt wird, und die Anerkennungstheorie so viel besagt, wie: Rechtsnormen sollen insofern befolgt werden, als sie vom Indi|viduum anerkannte, d. h. | WRS 15 vom Individuum sich selbst gesetzte, also autonome Normen sind. Das wäre aber die vollständige Verneinung einer selbständigen Rechtsordnung, deren Unterordnung unter die autonome Moral, das völlige Preisgeben des positivistischen Standpunktes, der sich gerade durch die Annahme selbständiger, von den Moralnormen unabhängiger Rechtsnormen charakterisiert. Damit setzte man sich in den krassesten Widerspruch zu der heteronomen Natur des Rechts und stünde mit beiden Beinen in der Auffassung des Naturrechts, dessen Verquickung von Recht und Moral heute als überwunden gilt. Freilich steckt in der Vertragstheorie, soweit sie als Rechtfertigung des Staates aufgefaßt wird, die gleiche autonomistische Tendenz wie in der Anerkennungstheorie in oben entwickeltem Sinne. Die in Wahrheit heteronome Autorität des Staates wird im Wege einer Fiktion in das vertrag- | 23 schließende Individuum verlegt, die Unterwerfung unter die Staatsgewalt zu einer

¹⁾ *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I. S. 136.²⁸ *Bierling*²⁹ ist als der prominenteste Vertreter der Anerkennungstheorie anzusehen. Vgl. auch dessen: Juristische Prinzipienlehre I.³⁰ | 21, WRS 14

²⁸ *Ernst Rudolf Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1, Gotha 1877, S. 136.

²⁹ *Ernst Rudolf Bierling* (1841–1919), Strafrechts- und Kirchenrechtslehrer sowie Rechtstheoretiker. Ab 1871 Privatdozent in Göttingen; 1873–1901 o. Prof. für Kirchen- und Strafrecht in Greifswald. Er war 1881–1885 konservatives Mitglied des preußischen Abgeordnetenhauses und ab 1889 Mitglied des Herrenhauses. Die „Juristische Prinzipienlehre“, in der Bierling neben der Anerkennungstheorie und der Rechtsverhältnislehre eine allgemeine Strukturtheorie des Rechts entwickelt, darf als eine der richtungweisenden Schriften der modernen Rechtstheorie gelten. Wichtige Werke: Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht, Freiburg i. Br. 1876; Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bde., Gotha 1877 und 1883; Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde., Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1894–1917.

³⁰ *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br. und Leipzig 1894.

freiwilligen *Selbstunterwerfung*, zu einer autonomen Selbstverpflichtung des Individuums gemacht. Sofern die Anerkennung einen zustimmenden Willensakt des Rechtssubjektes bedeutet, der mit dem in der Rechtsnorm ausgedrückten Willen des Staates übereinstimmen muß, sind überdies bei der Anerkennungstheorie alle wesentlichen Elemente gegeben, die juristisch zu einem Vertrage erforderlich sind.

|24

| III.

|WRS 16

|25

Viel bedeutsamere Konsequenzen als in den beiden bisher vorgeführten Fällen hat die mangelhafte Scheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtung für die juristische Konstruktion überall dort gehabt, wo sie sich mit dem Begriffe des Willens zu operieren bemüßigt sah. Wer nur einigermaßen die Theorie des öffentlichen und privaten Rechts überblickt, weiß, welche vielgestaltige Rolle dieser Begriff in allen Partien der Rechtslehre spielt. Er ist daher seit jeher Gegenstand eingehender Untersuchungen sowohl im Rahmen privatrechtlicher wie strafrechtlicher wie auch staatsrechtlicher Untersuchungen gewesen. Das ist jedoch insofern keineswegs selbstverständlich, als es sich hierbei um ein Problem handelt, das auf den ersten Blick gar nicht in das Gebiet der Jurisprudenz gehört. Der Wille ist eine Tatsache des Seelenlebens und seine Erforschung Sache der Psychologen. Der Jurist müßte nun, so weit er mit diesem Begriffe des Willens zu operieren hat, sich mit den Resultaten begnügen, die ihm die Psychologie liefert. Wenn jedoch fast alle Juristen, die dem Probleme des Willens im Rechte näher getreten sind, auf eine selbständige Untersuchung der Willenserscheinung nicht verzichten konnten und dabei meist zu Resultaten gekommen sind, die von denen der Psychologen merkwürdig abweichen, so muß diese zweifellose Kompetenzüberschreitung einen besonderen Grund haben. Und dieser Grund liegt einfach darin, daß die Jurisprudenz mit den von der Psychologie gewonnenen Resultaten nichts anzufangen wußte, weil der Begriff des Willens, wie er von der Psychologie festgestellt wird, für die spezifischen Zwecke der Jurisprudenz unbrauchbar ist. Diese Tatsache allein hätte schon zu dem Zweifel führen können, ob Juristen und Psychologen wirklich das *gleiche* Objekt im Auge haben, wenn sie von „Willen“ sprechen. Und diesen Zweifel möchte ich hier zur Gewißheit machen, indem ich kurz zu zeigen versuche, in welchem Sinne sich die Jurisprudenz des Terminus „Wille“ bedient.

In erster Linie ist es hier, wo die Grenzen zur Sozialpsychologie gesucht werden, das *Sozialrecht*, das unser Interesse in Anspruch nimmt.

Der Grund- und Eckstein aller staatsrechtlichen Konstruktion ist, um mit den Worten des großen Staatsrechtslehrers *Jellinek* zu sprechen, die Auffassung des Staates als Person, d. h. als Subjekt von Rechten und Pflichten.³¹ Die Grundlage dieser Staatspersönlichkeit aber, das vereinheitlichende Substrat erkennt die mo-

³¹ Z. B. *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 28.

derne Staatsrechtslehre in dem einheitlichen Staatswillen. Die Existenz eines solchen einheitlichen Staatswillens wird von beiden Richtungen, in | die sich die |26
 neuere Staatstheorie spaltet, als notwendige Voraussetzung angenommen. Was ist nun dieser einheitliche Staatswille? Diese Frage beantwortet die sogenannte *organische* Staatstheorie – und diese allein sei hier in Betracht gezogen, weil sie die zu kritisierende Konstruktionsmethode am reinsten und extremsten entwickelt hat¹⁾ – in der Weise, daß sie den Staatswillen anknüpfend an die Resultate der Sozialpsychologie als einen Gesamtwillen im sozialpsychologischen Sinne, als eine *reale*, wirkliche psychische Tatsache erklärt, die sich durch das Zusammenleben der Menschen in der staatlichen Organisation ergibt.

Nun operiert die moderne Sozialpsychologie tatsächlich mit dem Begriffe eines Gesamtwillens ebenso wie mit dem eines Gesamtbe|wußtseins. Daß unter solchem |WRS 17
 Gesamtwillen nicht eine von dem Individualwillen verschiedene, im Verhältnis zu diesem selbständige, metaphysische Substanz, sondern nichts anderes als ein Ausdruck für eine tatsächliche, durch das Zusammenleben hervorgerufene Übereinstimmung der Willensrichtungen in den Einzelindividuen zu verstehen ist, hat schon *Wundt*^{32 3)} treffend hervorgehoben. Daß dieser Gesamtwille darum doch ein wirklicher, „realer“ ist, sofern er eine Relation zwischen wirklichen realen Seelenvorgängen bezeichnet, ist selbstverständlich.

| Kann aber – so muß weiter gefragt werden – der von der Soziologie bei einer |27
 sozialen Gemeinschaft erkannte Gesamtwille dasjenige sein, was die Jurisprudenz unter „Staatswille“ versteht?

Dahingestellt sei hier, ob der Staat, und auf welche Weise er überhaupt als soziologische Einheit zu gelten hat, ob sich nicht der soziologischen Betrachtung der innerhalb der juristischen Staatsgrenzen sich abspielenden sozialen Prozesse eine Vielheit und keine Einheit bietet, m.a.W. ob nicht vielleicht der Staat ausschließlich eine juristische Einheit, lediglich ein Rechtsbegriff ist. Hier genügt es, festzustellen, daß es jedenfalls nicht das Willensmoment, der Gesamtwille ist, der ein hinreichendes Kriterium liefert, um zu jener Einheit „Staat“ zu gelangen, als welche das auf einem bestimmten Gebiete, unter einer einheitlichen Rechtsordnung lebende Volk, diese Gebietskörperschaft, der Rechtswissenschaft erscheint.

¹⁾ Eine Kritik des Staats- und Willensbegriffes der anorganischen Staatstheorie geben meine Hauptprobleme S. 172 ff.³² |26, WRS 16

²⁾ Grundriß der Psychologie, 7. Aufl. S. 384.³⁴ |WRS 17

³² *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 172–188 = HKW 2, S. 21–878 (282–300).

³³ Wilhelm Wundt (1832–1920), Psychologe und Philosoph. 1857 Habilitation in Heidelberg, dort 1864 a. o. Prof., ab 1874 o. Prof. in Zürich, ab 1875 in Leipzig (1889–1890 Rektor), dort Leiter des Instituts für experimentelle Psychologie. Er gilt als Begründer der Psychologie als eigenständiges Fach. Wichtige Werke: Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2 Bde., Leipzig 1863 (7./8. Aufl., Leipzig 1922); Logik, 2 Bde., Stuttgart 1880 und 1883 (4. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1919–1921; 5. Aufl., nur 1. Bd., Stuttgart 1924, mehr nicht erschienen); Ethik, Stuttgart 1886 (5. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1923–1924).

³⁴ *Wilhelm Wundt*, Grundriß der Psychologie, 7. Aufl., Leipzig 1905, S. 384.

Denn schon die oberflächliche Beobachtung der Wirklichkeit drängt einem die Erkenntnis auf, daß das juristisch als Einheit zu erfassende Staatsvolk unmöglich jene intensive geistige Gemeinschaft ist, die zu einer Übereinstimmung der Willensrichtung in allen Individuen, d. h. zu jener sozialpsychischen Tatsache des Gesamtwillens führt. Ein Gesamtwille im sozialpsychologischen Sinne besteht nur insofern, als durch tatsächliche geistige Wechselbeziehungen ein reales geistiges Band gegeben ist und keine bloß rechtliche Einheit, die einen seelischen Zusammenhang und Zusammenklang der Individuen weder zur Voraussetzung noch zur Wirkung hat. Die geistige Gemeinschaft, die im Sinne der Soziologie einen Gesamtwillen darstellt, kann sich gerade nur auf jene Individuen erstrecken, bei denen die geistige Wechselwirkung tatsächlich die gleiche Willensrichtung erzeugt hat. Auch nicht ein *einzig*er, der nicht dieselbe psychische Willensqualität aufweist, kann dieser Gemeinschaft zugerechnet werden, geschweige denn eine Vielheit als zu vernachlässigende Minorität der Majorität. Denn das Majoritätsprinzip ist ein juristisches und zwar – wie ich hier nicht näher ausführen kann – spezifisch normatives Konstruktionsmittel, das in der explikativen Methode einer Naturwissenschaft oder der Soziologie keinen Platz hat.

Hält man sich wirklich an die realen psychischen Tatsachen, und zwar an die Übereinstimmung in der Willensrichtung, dann muß das innerhalb der Staatsgrenze lebende Volk in eine Vielheit von Gruppen zerfallen; und weil die Bildung geistiger Gemeinschaft keineswegs an den juristischen Staatsgrenzen Halt macht, so müssen sich zwischen den im innigsten wirtschaftlichen und sonstigen Verkehre lebenden Bewohnern der Grenzgebiete zweier völlig verschiedener Staaten ebenso Willenskonglomerate bilden können, wie innerhalb der *Staatsgrenzen*; diese Grenzen sind für eine soziologische, d. h. auf die Realität des Seins und nicht auf die Idealität irgend welcher Normen gerichtete Betrachtung, wenn nicht in konkreten Seelenvorgängen von Menschen, so überhaupt nicht gegeben. Man muß kein Marxist sein, um angesichts der tiefen Klassegegensätze, die das juristisch eine Einheit bildende Staatsvolk zerklüften, einen das ganze Volk seelisch einigenden Gesamtwillen für ein Phantom zu halten. Und schließlich ist noch eines zu bedenken. Was ist nach juristischer Auffassung der Inhalt jenes Staatswillens, auf dessen Einheit sich die Staatspersönlichkeit gründet? Der Inhalt des Staatswillens ist die Rechtsordnung, d. h. das Recht ist der Wille des Staates. Ja, nur insoferne die Rechtsordnung – d. i. die staatliche Organisation – eine einheitliche ist, ist eine einheitliche Staatsperson denkbar, und was man einen einheitlichen Staatswillen nennt, ist vielleicht nur eine Formel für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, der Organisation. Doch damit greife ich schon vor. Einstweilen genügt es, sich klar zu machen, zu welchem haarsträubendem Resultat es führen muß, wenn man jenen sogenannten Willen, dessen Inhalt die ganze, aus tausenden von Rechtsnormen bestehende Rechtsordnung ist, als eine reale, sozialpsychische Tatsache, als einen Gesamtwillen des Staatsvolkes ausgibt! Auf Grund dieser Anschauung müßte jeder Staatsbürger die gesamte Rechtsordnung zum Inhalt seines

psychischen Willens haben – und das noch dazu permanent, denn die Permanenz der den Willen des Staates bildenden Rechtsordnung ist eine für die juristische Konstruktion unentbehrliche Vorstellung.

| Wie diese ganze Theorie, die den Staatswillen als eine realpsychische Tatsache, | 30
als einen Gesamtwillen ausgibt, methodologisch zu qualifizieren ist, kann nach dem bisher Gesagten kein Zweifel sein: Es ist das Schulbeispiel einer Fiktion: die Behauptung einer Realität | im bewußten Widerspruche zur Wirklichkeit! Und die | WRS 19
Fiktion zeigt wie eine Warnungstafel immer die Stelle an, wo die juristische Konstruktion verunglückt ist! Daß und wie auch diese Fiktion aus der Vermengung explikativer und normativer Betrachtungsweise hervorgeht, ist aus dem bisher Gesagten vielleicht schon zu erraten. Um dies aber vollends klar zu legen, muß dem Wesen des Willens im juristischen Sinne weiter nachgegangen werden. Zu diesem Zwecke sei kurz vorgeführt, in welchem Sinne und zu welchem Zwecke die juristische Terminologie den Willensbegriff nicht nur im Staatsrecht, sondern auch im Privat- und Strafrecht gebraucht und welche Differenzen sich auch in den beiden letzteren Gebieten zum psychologischen Willensbegriffe ergeben. Es wird dabei vornehmlich einer merkwürdigen Tendenz der juristischen Terminologie nachzuforschen sein, die auf die Spur zu einem besonderen, von dem psychologischen verschiedenen Willensbegriffe führt. In der Rechtssprache hat sich jener Ausdruck gleichsam petrifiziert – wie ein Baum in der Kohlschicht – erhalten. Wem die tiefen Zusammenhänge zwischen Wort und Begriff, zwischen Sprechen und Denken nicht unbekannt sind, dem³⁵ wird eine solche Erkenntnismethode nicht befremden.

| IV. |

| 31

In seiner spezifisch privatrechtlichen Bedeutung erscheint der Wille in der Lehre vom Rechtsgeschäft. Nach herrschender Meinung ist das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung. „Es wird der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung *deswegen* eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist.“ So charakterisiert Windscheid^{36 1)} das Willensdogma. Die Bedeutung dieses zivilistischen Willens-

[1) Pandekten I. 9. Aufl. S. 310/311.³⁷

| 31, WRS 19

³⁵ «dem»] recte: «den».

³⁶ Bernhard (Joseph Hubert) Windscheid (1817–1892), der wohl wirkmächtigste Privatrechtslehrer seiner Zeit. 1840 Habilitation in Bonn, 1847 a. o. Prof. ebendort, ab 1847 o. Prof. in Basel, ab 1852 in Greifswald, ab 1857 in München, ab 1871 in Heidelberg und zuletzt 1874–1892 in Leipzig. Er war 1874–1883 an der Abfassung eines Entwurfes für das BGB beteiligt. Windscheid gilt als der bedeutendste Protagonist der sog. Begriffsjurisprudenz. Wichtige Werke: Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856; Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde., Düsseldorf 1862–1870 (9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906).

dogmas tritt noch schärfer in der negativen Formulierung desselben zutage: Das Rechtsgeschäft ist nichtig, d. h. die als gewollt bezeichnete Wirkung wird durch die Erklärung nicht erzeugt, „wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich *gewollt* ist“²⁾.

| WRS 20 Gleich jetzt muß konstatiert werden, daß sich in neuerer Zeit innerhalb der
 | 32 zivilistischen Literatur eine gewisse Opposition gegen das herrschende Willens-
 | dogma bemerkbar gemacht hat, die im großen und ganzen auf die Erkenntnis
 | hinausläuft, daß auch der den wirklichen Willen im psychologischen Sinne nicht
 | ausdrückenden Erklärung rechtliche Wirkung zukomme, so zwar, daß die recht-
 | liche Wirkung mehr oder weniger von der Existenz eines real-psychischen Wollens
 | der Wirkung emanzipiert erscheint. An dieser Stelle ist es natürlich nicht möglich,
 | eine vollständige Kritik des Willensdogmas zu geben. Den Zwecken, die ich hier
 | verfolge, genügt es zunächst, zu zeigen, daß das Willensdogma, sofern man es auf
 | einen Willen im psychologischen Sinne bezieht, eine arge Fiktion darstellt.

Es kann zunächst stark bezweifelt werden, ob der Wille der Parteien tatsächlich
 – so wie es das Willensdogma besagt – auf jene rechtlichen Wirkungen gerichtet
 sein muß, welche die Rechtsordnung an bestimmte Erklärungen anknüpft. Denn
 ganz abgesehen von zahlreichen anderen Gründen, auf die ich hier nicht eingehen
 kann, sind die häufig sehr komplizierten Bestimmungen der Rechtsordnung den
 Parteien regelmäßig gar nicht bekannt. Das Arbeiterweib, das ein Hausgerät zum
 Pfandverleiher trägt, hat keine Ahnung von den rechtlichen Wirkungen, die an
 ihre stillschweigende Erklärung durch die Rechtsordnung geknüpft werden. Die
 Entstehung und der Untergang von Eigentums-, Forderungs- und Pfandrechten,
 diese spezifischen Rechtswirkungen, sind von den erklärenden Parteien schon des-
 halb nicht gewollt, weil sie nicht gewußt sind, weil ihnen der Unterschied zwischen
 Eigentums-, Forderungs- und Pfandrechten gar nicht bekannt ist. Die gelehrten
 | 33 Juristen gehen doch ein wenig zu weit, wenn sie nicht bloß wie der „Gesetzgeber“
 | Gesetzeskenntnis, wenn sie auch Kenntnis der Rechtsbegriffe präsumieren, d. h.
 | natürlich *fingieren*.

Noch auffallender ist die Differenz zwischen dem, was die Psychologie, und
 dem, was die Jurisprudenz Willen nennt, und die damit verbundene Fiktion bei
 der sogenannten *reservatio mentalis*. Wenn nämlich jemand bewußterweise das
 Gegenteil dessen will, was er als seine Rechtsabsicht erklärt, z. B. wenn jemand
 einem andern einen Gegenstand zu schenken verspricht, obgleich er innerlich fest
 entschlossen ist, *nicht* zu schenken, so ist ein solcher innerer Vorbehalt für die
 Gültigkeit des Rechtsgeschäfts völlig irrelevant. Das Schenkungsversprechen ist

²⁾ Windscheid, Wille und Willenserklärung. Leipzig 1878. S. 8.³⁸

³⁷ Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, hrsg. von Theodor Kipp, S. 310f. – Hervorhebung von Kelsen.

³⁸ Bernhard Windscheid, Wille und Willenserklärung. Eine Studie, Leipzig 1878, S. 3 – Hervorhebung von Kelsen.

nach juristischer Beurteilung gültig, die Schenkung *rechtlich gewollt*, obgleich psychologisch keine Rede davon sein kann. Das methodologische Mittel, dessen sich die Jurisprudenz bedient, um das Willensdogma auch im Falle der Mentalreservation aufrecht zu erhalten, ist die sogenannte *praesumptio iuris et de jure*³⁹. Der Wille wird, obgleich seine Existenz nicht bewiesen, ja sein Fehlen sogar behauptet wird, kraft Rechtsens präsumiert, d. h. fingiert. Allein, diese Präsumtion des Willens bedeutet nicht etwa, daß die Jurisprudenz von der Existenz eines wirklichen Willens im psychologischen Sinne in gewissen *Ausnahmefällen* absieht, sondern daß es eben für die rechtliche Gewolltheit eines Rechtsgeschäftes auf den psychischen Willen gar nicht ankommt¹⁾. | WRS 21 | 34

Das zivilistische Willensdogma stellt eine Gleichung auf zwischen der Qualität der Rechtsgültigkeit und der Gewolltheit eines Rechtsgeschäftes. Und wirklich läßt sich trotz aller Opposition, die das Willensdogma in neuerer Zeit erfahren hat, die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die juristische Terminologie eine unüberwindbare und unausrottbare Tendenz aufweist, jedes gültige Rechtsgeschäft als gewollt aufzuzeigen. Der Nachweis, daß in zahlreichen Fällen *gültiger* Rechtsgeschäfte offenkundig ein entsprechender Wille im psychologischen Sinne fehlt, daß die Feststellung eines solchen Willens der Jurisprudenz mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln schlechterdings unmöglich ist, hat nicht den Erfolg gehabt, das Willensdogma, das jedes gültige Rechtsgeschäft als ein gewolltes erklärt, zu vernichten. Und tatsächlich wohnt dem Willensdogma eine tiefere, von aller psychologischen Argumentation unanfechtbare Bedeutung inne. Wenn der *Jurist* überall dort, wo ihm der *Psychologe* dies Fehlen eines die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beinhaltenden Willens oder doch die Unbeweisbarkeit eines solchen unwiderleglich dargetan hat, die Existenz eines Willens *fingieren* zu müssen glaubt (und de facto nicht nur in diesen, sondern in *allen* Fällen fingiert), wenn die das Willensdogma | aufrecht erhaltende zivilistische Jurisprudenz zu dem Satze gelangt: „Es gibt jedoch auch Fälle, in denen ungeachtet des mangelnden Willens das Geschäft gilt, *indem dessen Existenz kraft Gesetzes fingiert wird*“¹⁾, so zeigt dies deutlich, in welcher Richtung die Lösung des Dilemmas zwischen Jurisprudenz und Psychologie zu suchen ist. Es wäre verfehlt, dem Willensdogma jede Bedeutung abzusprechen; der zähe Widerstand, den es den Argumenten der Psychologie leistet, verrät, daß es einem begründeten theoretischen Bedürfnisse entspringen muß. Nur das eine ist gewiß: daß dem Willensdogma eine *psychologische* Bedeu-

¹⁾ Über die Bedeutung des Willensbegriffes in der Irrtumslehre, vgl. meine Hauptprobleme S. 129f.⁴⁰ | 34, WRS 21

¹⁾ *Krainz*, System des österreichischen Privatrechts. 4. Aufl. 1905, Seite 277.⁴¹ | 35

³⁹ Lat.: *praesumptio iuris et de iure*; dt.: unwiderlegliche Rechtsvermutung.

⁴⁰ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 129–131 = HKW 2, S. 21–878 (231–234).

⁴¹ *Josef Krainz*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1: Der allgemeine Teil und das Sachenrecht, 4. Aufl., Wien 1905, hrsg. von Leopold Pfaff, S. 277 – Hervorhebung teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

|WRS 22 | tung nicht zukommen kann, daß der Wille, von dem dieses Dogma spricht, ein anderer sein muß, als jener, mit dem die Psychologie operiert: keine realpsychische Tat|sache, kein wirklicher Vorgang des Seelenlebens, sondern ein Gebilde spezifisch juristischen Denkens, eine juristische Konstruktion. Nur weil die Erkenntnis dieser Tatsache fehlte, weil man mangels genügender Einsicht in die Methode juristischer Begriffsbildung es unterließ, sich des wahren Wesens jener Konstruktion zu besinnen, sich über die Struktur dessen, was man juristisch „Willen“ oder „gewollt“ nannte, Rechenschaft zu geben, verirrte man sich zur *Fiktion*, dieser Behauptung einer realen Tatsache im Widerspruch zur Realität²⁾.

|36 | | Wenn das der juristischen Begriffsbildung immanente Streben, das in der Formulierung des Willensdogmas seinen Ausdruck findet, einen tieferen Grund und die Gleichung zwischen der Qualität der Gültigkeit und Gewolltheit des Rechtsgeschäftes einen unanfechtbaren Sinn haben soll, wird man sich auch entschließen müssen, nicht mehr, wie die in der Annahme eines psychologischen Willensbegriffes verstrickten Theoretiker, zu schließen: Ein Geschäft ist gültig, weil und sofern es (psychologisch) gewollt ist, sondern man wird umgekehrt schließen: Ein Geschäft ist gewollt, sofern oder weil es gültig ist, wobei die Qualität der Gültigkeit der Erkenntnisgrund für die Qualität der Gewolltheit ist. In dieser Relation zeigt sich der „Wille“ schon auf den ersten Blick nicht als die sogenannte psychische Tatsache. Es wird mit dem „Gewollt“ sein ebenso wenig eine reale psychische oder physische Tatsache behauptet, wie mit dem „Rechtsgültig“ sein. Daß aber das zivilistische Willensdogma auch in dieser Umkehrung, ja gerade in dieser Umkehrung seinen eigentlich juristischen Sinn hat und nicht bloß tautologisch gültige Geschäfte für gültig erklärt, das muß die positiv zu entwickelnde Bedeutung des juristischen Willensbegriffs ergeben.

|37 | | V.

|WRS 23 | Wie das Privatrecht, so hat auch das Strafrecht sein Willensdogma. Es besagt, daß die äußeren Tatbestände, auf welche von der Rechtsordnung Strafe gesetzt ist, als von den strafbaren Subjekten gewollt zu betrachten sind, daß, weil ohne Schuld keine Strafe, jede Schuld Willensschuld sei. Auffallend ist, daß das kriminalistische Willens|dogma, ganz so wie das zivilistische, in neuerer Zeit Opposition gefunden hat, die analog der Opposition im Bereiche des Privatrechts eine Einschränkung des Willensdogmas bezweckt, indem auch andere psychische Tatbestände als gerade Willensakte als Schuldformen anerkannt werden.

|WRS 22 | ²⁾ Über die Bedeutung der Fiktion im Rahmen juristischer Methode u. d. Unterschied derselben z. Konstruktion vgl. meine Hauptprobleme S. 177 ff.⁴²

⁴² Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 177–183 = HKW 2, S. 21–878 (288–293).

Daran hat man allerdings prinzipiell festgehalten, daß die Schuld ein *psychischer Tatbestand* ist. Man hat nur neben denjenigen Schuldfällen, in denen der Erfolg *gewollt* war, auch solche unterschieden, bei denen der strafbare Erfolg zwar nicht *gewollt*, aber doch *vorausgesehen* war, das Schuldmoment nicht in einem *Wollen*, sondern in einem *Wissen* besteht. Und man hat neben Absicht und *Wissentlichkeit* noch als eine dritte Schuldform die *Fahrlässigkeit* erkannt, die sich dadurch charakterisiert, daß der Erfolg weder *gewollt* noch *vorausgesehen* ist, | aber doch hätte *vorausgesehen* und *vermieden* werden *sollen*. Auf dieses *Sollen*, | 38 das sich nach herrschender Lehre ausdrücklich wenigstens *nur im Tatbestande* jener Schuld findet, die man als *Fahrlässigkeit* bezeichnet, bitte ich Sie schon jetzt Ihr Augenmerk zu richten¹⁾.

So sehr auch der in der neueren Strafrechtstheorie herrschenden Tendenz nach einer Einschränkung des Willensmomentes im Schuldbegriffe zuzustimmen ist, so richtig die Erkenntnis ist, daß es zahlreiche schuld bare, vom Gesetz mit Strafe bedrohte Tatbestände gibt, denen das *psychologische* Willensmoment gänzlich fehlt, so kann doch – ähnlich wie beim zivilistischen Willensdogma – gefragt werden, ob die für das Strafrecht charakteristische Gleichung zwischen Schuld und Wille auch dann noch falsch sein muß, wenn man den Willensbegriff nicht in einem psychologischen, sondern in einem spezifisch juristischen Sinne zu verstehen sich bemüht, in eben jenem Sinne, den die deutlich erkennbare, von der Psychologie gänzlich abweichende Tendenz der juristischen Terminologie zu ver raten hat. Ja, ob nicht der Fehler des strafrechtlichen Willensdogmas lediglich in dem Versuche *psychologischer* Interpretation desselben zu suchen ist.

Solche Fragestellung muß offenbar zu einer prinzipiellen Revision unseres heute üblichen strafrecht|lichen Schuldbegriffes führen. Diese Revision halte ich | 39 allerdings für dringend notwendig, doch bin ich nicht in der Lage, sie Ihnen hier kurzerhand zu entwickeln. Ich begnüge mich mit den folgenden Feststellungen.

| Weil eine Reihe von Tatbeständen, die man aus irgend welchen Gründen ge | WRS 24 nötigt war als schuld hafte anzuerkennen, keine Spur eines Willens zum strafbaren Erfolge aufwiesen, hat die neuere Strafrechtstheorie den Begriff Schuld nicht mehr auf die engen Grenzen des Willensbegriffes beschränkt, sondern auch andere See lenvorgänge als Schuld gelten lassen. Jedenfalls hat man aber prinzipiell daran festgehalten, *die Schuld als irgendeinen psychischen Tatbestand zu erkennen, der zu dem strafbaren Erfolge in irgendeiner Relation steht*. Diesen Schuldbegriff hält man für weit genug, um alle Fälle, die man als „Schuld“ anerkennt, zu erfassen. Auch die *Fahrlässigkeit*! Allein, an diesem Falle muß der moderne Schuldbegriff zu

¹⁾ Vgl. *Loeffler*, Die Schuldformen des Strafrechts. Leipzig 1895. Seite 8 und 9.⁴³

| 38, WRS 23

⁴³ *Alexander Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1: Die Entwicklung des geltenden Rechts, 1. Abt.: Deutschland und Österreich, Leipzig 1895, S. 8 f.

Schanden werden! Denn hier ist nach den von der Strafrechtstheorie selbst angenommenen Voraussetzungen weder von einem Wollen noch von einem Wissen des strafbaren Tatbestandes, noch überhaupt von irgendeinem psychischen Vorgange die Spur, der eine Beziehung zwischen dem Schuldsubjekte und dem Schuldobjekte, d. i. dem strafbaren Tatbestande aufweist. Denn wie charakterisiert sich die Fahrlässigkeit nach herrschender Lehre: Der Erfolg ist weder gewollt noch auch |vorhergesehen, hätte aber vorhergesehen und vermieden werden sollen. Um durch ein Beispiel das Gesagte zu illustrieren: Ein Eisenbahnwärter, der ein wenig zu viel getrunken hat, schläft im Dienste ein. Die Weiche, die er hätte stellen sollen bleibt unberührt. Dadurch entsteht ein Eisenbahnzusammenstoß, der vielen Menschen das Leben kostet. An diesem Unglück ist rechtlich wie sittlich der Eisenbahnwärter *schuld*. Seine Schuld ist Fahrlässigkeit. Aber er hat das Unglück weder gewollt noch vorhergesehen. Hätte er an die Möglichkeit gedacht, wäre er nicht eingeschlafen. Die auf sein tatsächliches, wirkliches Seelenleben gerichtete Beobachtung zeigt, daß in ihm weder ein Wille noch eine Vorstellung des Zusammenstoßes gewesen ist. Aber er hätte vorhersehen *sollen*! Zugegeben, allein dieses *Sollen* ist der *psychologischen*, d. h. auf das Sein, die seelischen Vorgänge gerichteten Betrachtung nicht sichtbar, ist nicht im schuldhaften Bahnwärter, sondern nur im Bewußtsein des den Fall beurteilenden Richters, Juristen gegeben. Für die psychologische Betrachtung ist der Tatbestand der Fahrlässigkeit ganz und gar negativ, fehlt es doch, der Annahme nach, an jedem der beiden Seelenakte, die überhaupt in eine relevante Relation zu dem strafbaren Tatbestand treten können; denn dieser ist weder gewollt, noch vorausgedacht; vorausfühlen kann man aber nicht ohne nicht auch vorauszusehen. Alle Versuche der neuern Theorie, die Fahrlässigkeit irgendwie als psy|chischen Tatbestand – wie die Absicht und |die Wissentlichkeit – nachzuweisen, müssen, weil gegen die eigenen Voraussetzungen gerichtet, scheitern. Wenn man die Fahrlässigkeit als Mangel an Aufmerksamkeit, als Mangel des gehörigen Interesses u. a. charakterisiert, so hat man sie eben psychologisch *negativ* bestimmt, man hat nur konstatiert – was man ja auf Grund der Annahme konstatieren mußte – daß psychisch *nichts* vorgeht, was in eine Beziehung zu dem strafbaren Tatbestande gebracht werden kann, daß eben jene psychische Tätigkeit *fehlt*, die hätte vorhanden sein *sollen*. Dennoch ist die Fahrlässigkeit eine Schuldform. Wodurch wird sie aber gekennzeichnet, was ist ihr Wesen? In diesem *Sollen* steckt die Lösung. Sie ist nicht im Wege einer *Seins*betrachtung, nicht von einem explikativen, sondern ausschließlich von einem normativen Standpunkte aus zu erfassen. Sie ist nicht psychologischer, sondern rein juristisch-ethischer Natur. Denn wenn man aus der Definition der Fahrlässigkeit das wegläßt, was deshalb weggelassen werden muß, weil es nur aussagt, was die Fahrlässigkeit *nicht* ist, nämlich daß der Erfolg nicht gewollt ist – die Fahrlässigkeit also keine Absicht ist; weiter, daß der Erfolg auch nicht vorausgesehen ist, die Fahrlässigkeit also auch nicht Wissentlichkeit ist – dann bleibt zur Charakterisierung der Fahrlässigkeit gar nichts anderes übrig, als daß das Schuldsubjekt irgend

|40

|41, WRS 25

etwas hätte *sollen*: daß der Schuldige Subjekt einer verletzten *Norm* ist. Deutlich tritt hier der rein normative Charakter des Schuldbegriffes hervor. |42

Das Wörtchen „Sollen“ findet sich nach herrschender Lehre nur in der Definition der Fahrlässigkeit. Bei der Begriffsbestimmung der Absicht und Wissentlichkeit glaubte man darauf verzichten zu können. Offenbar bedeutet aber nicht *jeder* gewollte und nicht jeder vorausgesehene Erfolg eine Schuld; er muß doch *verboten* sein. Das setzt man als selbstverständlich voraus. Aber gerade nur in diesem Verbotensein, in diesem Sollen liegt das allen Schuldformen gemeinsame und somit das für den Schuldbegriff einzig Wesentliche. Denn was für die Schuldform der Fahrlässigkeit gilt, nämlich daß sie nicht psychologischer, sondern juristischer Natur ist, daß der Begriff dieser Schuld nicht im Wege explikativer Seins-, sondern normativer Sollens-Betrachtung ermittelt wird, das muß sich auch für die übrigen Schuldformen erweisen lassen, wenn anders der Schuldbegriff seiner methodischen Struktur nach ein einheitlicher ist, wenn man sich nicht damit zufrieden geben will, daß unter „Schuld“ das eine Mal ein psychologischer Tatbestand, ein real-psychischer Vorgang, das andere Mal eine ethisch-juristische Konstruktion verstanden wird. Damit ist man aber nur zu der im Grunde selbstverständlichen Erkenntnis vorgedrungen, daß der Schuldbegriff überhaupt normativer und nicht explikativer Natur ist. Wenn man zugeben muß, daß ein Urteil, welches eine „Schuld“ behauptet, niemals vom Standpunkte einer auf *Erklärung* des tatsächlichen Geschehens gerichteten, nur dem Kausalgesetz unterworfenen Betrachtung möglich ist, wenn man nicht bezweifeln darf, daß der Zoologe oder der Psychologe bei seinen Untersuchungen mit seinen spezifischen Erkenntnismethoden auf keine Weise zu einem *Schuldbegriff* gelangt; wenn feststeht, daß von Schuld nur in Beziehung auf *Normen* die Rede sein kann, zum Wesen der Schuld die Normverletzung, wie zum Verdienst die Normerfüllung gehört, dann wird die Behauptung nicht mehr paradox erscheinen, daß es mit dem rein normativen Charakter des Schuldbegriffes methodologisch unvereinbar ist, sein Wesen in *psychologischen*, also methodisch explikativen Untersuchungen zu erfassen. Das Urteil, das einer *Person* an irgendeinem äußeren Ereignisse die Schuld zuschreibt, sagt als solches über einen psychischen Tatbestand innerhalb des *Menschen* gar nichts aus, sondern lediglich, daß eine Norm das äußere Ereignis der Person verbietet, daß zwischen beiden das Verhältnis von Normobjekt und Normsubjekt besteht. Es ist methodologisch von der größten Bedeutung, sich klar zu machen, daß jemand nicht deshalb an etwas „schuld“ ist, weil er dies Etwas gewollt oder gewußt (vorausgesehen) hat, sondern deshalb, und nur deshalb, weil er dieses Etwas nicht hätte tun oder verhindern *sollen*. So sehr es auch gegen die herrschenden Anschauungen im Strafrecht verstoßen mag, so muß doch mit allem Nachdrucke hervorgehoben werden, daß das Schuldmoment niemals in einem Wollen oder Wissen oder sonst einem psychischen Vorgange besteht, daß der Mörder nicht deshalb an dem Tode des Ermordeten Schuld trägt, weil er diesen Tod beabsichtigt hat, sondern lediglich deshalb, weil die absichtliche Tötung eines Menschen normwidrig ist. |43 |44

Damit ist im Grunde schon angedeutet, welche Stellung den psychologischen Tatbeständen wie Absicht und Wissentlichkeit im Verhältnisse zum Schuldbegriffe zukommt. Es hieße diese Ausführungen ganz und gar mißverstehen, wollte man ihnen den Gedanken einer vollständigen Eliminierung dieser Momente aus der Strafrechtstheorie imputieren. Es ist ein Postulat verfeinerten Rechtsempfindens, daß wegen sozialschädlicher Erfolge, die durch die Rechtsordnung verhindert werden sollen, womöglich nur solche Menschen bestraft werden, bei denen gewisse Willens- oder Vorstellungsakte in Bezug auf den schädlichen Erfolg vor sich gehen, und daß sich die Größe der Strafe auch nach diesen psychischen Akten richte. Es ist | dies ein kriminalpolitisches Postulat, das die heutigen Strafgesetze innerhalb gewisser Grenzen erfüllen. Die Grenzen, die der Realisierung der bezeichneten Forderung gezogen sind, bestehen einerseits in der Natur der Rechtsanwendung, der niemals eine sichere Feststellung psychischer Tatsachen, sondern stets nur eine Berücksichtigung äußerer Momente möglich ist, die gewisse Wahrscheinlichkeits- | 45 schlüsse auf innere Vorgänge zulassen, andererseits in der sozialpräventiven Funktion des Strafgesetzes, die eine starke Einbuße erlitt, wenn alles fahrlässige Verhalten, d. h. der ungewollte und unvorhergesehene Erfolg straflos bliebe, da ja gerade die Strafandrohung auch für ungewollte und unvorhergesehene Erfolge geeignet ist, die Aufmerksamkeit der Menschen zu steigern. Wer weiß, daß er auch im Falle bloßen Leichtsinnes, einfacher Unachtsamkeit bestraft wird, hat genügenden Anlaß, seine geistigen Kräfte anzuspannen, Voraussicht und Wille zu betätigen. Sind aber in der Rechtsordnung bei gewissen Fällen Willens- oder Wissensakte berücksichtigt, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß diese psychischen Vorgänge in jenen Tatbestand aufgenommen werden, an den der Rechtssatz eine Strafe knüpft. Während ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit Strafe bedrohen, knüpfen die neueren nur an die *absichtliche Tötung* eine Unrechtsfolge. Zum Unrechtstatbestande des Rechtssatzes gehört jetzt nicht bloß der äußere Vorgang des Tötens, sondern auch der innere, psychische der Absicht (resp. andere äußere Momente, die auf eine Absicht schließen lassen). Wenn nun psychische Momente wie Wille oder Vorstellung in den Unrechtstatbestand aufgenommen sind, dann müssen diese inneren Momente ebenso gegeben sein wie die äußeren Faktoren des sozialschädlichen Erfolges, damit überhaupt ein Un|recht vorliege; dann ist keine „Schuld“ vorhanden, wenn diese psychischen | 46 Momente fehlen, doch nur ganz ebenso wie keine Schuld vorhanden wäre, wenn die äußeren Elemente des Unrechtstatbestandes fehlten. Man könnte mit demselben Rechte behaupten, daß beim Morde der Tod des Ermordeten das *Schuld*moment sei, mit dem man dies lediglich von der Absicht behauptet. Denn die psychischen Momente sind formal-juristisch nichts anderes, als Glieder des Unrechtstatbestandes. Man hat jede Berechtigung verloren, irgendwelche psychische Vorgänge (die in Beziehung zu den äußeren Elementen des Unrechtstatbestandes stehen) allein als Schuld Momente gelten zu lassen, wenn es erweislich eine Schuldform gibt, die keinerlei psychische Elemente solcher Art zeigt.

Erkennt man, daß eine generelle Erfassung der Schuldfälle auf psychologischer Basis nicht möglich ist, und hält man an dem streng | normativen Charakter des Schuldbegriffes fest, dann bleibt als Charakteristikum des Schuldmomentes nur das eine bestehen, daß das Subjekt einer Schuld eben jener ist, der als Subjekt einer verletzten Norm erscheint. Denn nichts anderes kann als das gemeinsame Element der drei möglichen Schuldformen erkannt werden. | WRS 28

Was bedeutet nun aber die uralte Gleichung zwischen Schuld und Wille?

Hier muß ich eine Gedankenreihe einmünden lassen, deren Quellen keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt sind, sondern auch aus dem Bereiche der Moral sowie überhaupt aus allen Bezirken normativer Betrachtung entspringen. | 47
Der Begriff der *Zurechnung* ist es, der hier von Bedeutung wird.

| VI.

| 48

Jener besondere Denkprozeß, auf Grund dessen irgendein Tatbestand irgendeiner Person *zugerechnet* wird, vollzieht sich auf Grund von *Normen*, d. h. Sollvorschriften, sei es rechtlicher, sei es sittlicher Natur. Zwei Bestandteile sind es nämlich, die im Inhalte jeder Norm zu unterscheiden sind: Das Sollsubjekt, das ist dasjenige, das soll, die Person, der das Soll gilt, an die die Norm gerichtet ist, und das Sollobjekt, das ist dasjenige, was gesollt wird. Die Anwendung der Norm auf die Tatsachen der Seinswelt kann nun ein doppeltes ergeben: Entweder die Übereinstimmung eines Seinstatbestandes mit der Norm, d. h. die Existenz eines Geschehens, das inhaltlich der Norm entspricht, oder einen Seinstatbestand, der inhaltlich der Norm widerspricht. Ist aber von irgendeinem Tatbestande durch den Vergleich mit einer Norm Übereinstimmung oder Widerspruch zum Objekt des Norminhaltes festgestellt, dann erhebt sich sofort die Frage nach dem Soll- oder Norm-Subjekte. Wer ist schuld daran lautet die Frage bei einem normwidrigen Tatbestande; wer hat das Verdienst daran bei einem normentsprechenden. Die Antwort auf beide Fragen liefert die Norm, die ja als | einen ihrer beiden Bestandteile die Bezeichnung des Normsubjektes enthält. Die auf Grund einer Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Tatbestande (dem Normobjekte) und einer Person (dem Normsubjekte) ist die *Zurechnung*. Es ist von größter Bedeutung, sich klar zu machen, daß diese als *Zurechnung* bezeichnete, auf Grund von Normen vorgenommene Verknüpfung weder eine kausale, noch eine teleologische, sondern eine Verbindung ganz besonderer Art ist, die, weil sie eben auf | Grund von Normen erfolgt, eine normative genannt werden darf. Denn Normen werden von Menschen geschaffen und die Verbindung zwischen Normsubjekt und Normobjekt ist daher eine völlig willkürliche. | WRS 29

Gerade die rechtliche *Zurechnung*, das ist die *Zurechnung* auf Grund von Rechtsnormen, zeigt deutlich, daß zwischen Normobjekt und Normsubjekt die größte Distanz, daß weder ein kausaler noch ein teleologischer, d. h. für die ex-

plikative Betrachtung überhaupt kein Zusammenhang gegeben sein muß. Um auf dem Gebiete des Strafrechtes zu bleiben, so ist das Sollsujet der Rechtsnorm dadurch zu eruieren, daß es in der Strafrechtsnorm für den Fall eines normwidrigen Tatbestandes mit Strafe bedroht ist. Nun bestimmt z. B. ein Rechtssatz des römischen Rechtes, daß mit einer hohen Geldstrafe der Eigentümer jenes Hauses zu belegen ist, von dessen Dach ein Gegenstand herabgefallen ist und beim Herabfallen einen Menschen getötet hat.⁴⁴ Der Tod des | Passanten wird dem Eigentümer des Hauses zugerechnet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß zwischen dem Tode des Passanten und der Person des Eigentümers kein wie immer gearterter kausaler oder teleologischer Zusammenhang besteht oder doch bestehen muß. Weder ist der Eigentümer die Ursache vom Tode des Passanten, noch der Tod sein Zweck gewesen. Der Eigentümer ist möglicherweise vom Hause weit entfernt, weiß vielleicht nicht einmal etwas von seinem Eigentum. Nichtsdestoweniger besteht zwischen ihm und dem Tod des Passanten eine durch die Rechtsnorm hergestellte, spezifische Verknüpfung: die Zurechnung.

Es mag ja ein an die Gesetzgebung, an die normerzeugenden Menschen gerichtetes ideales Postulat sein, die Zurechnung stets auch einen Kausalnexus oder eine teleologische Verbindung sein zu lassen. Allein, diesem Postulate müssen die Normen keineswegs immer entsprechen; und entsprechen gerade die Rechtsnormen sehr häufig *nicht*.

Gewiß gibt es auch zahlreiche Fälle, in denen die Zurechnung längs einer Kausalreihe läuft, in denen es zwei kausal miteinander verknüpfte Glieder sind, die auch durch die Zurechnung miteinander verbunden werden. Z. B. der Tod des Gemordeten mit dem Mörder. Allein, es wäre irrig zu glauben, das Zurechnungsprinzip sei hier die Kausalität, der Erfolg werde dem Täter zugerechnet, weil er vom Täter kausal herbeigeführt worden sei. Gerade hier zeigt | sich deutlich, daß das Kausalprinzip keinerlei Kriterium dafür bietet, aus der nach allen Seiten unendlichen Kette kausal verbundener Glieder gerade diese *beiden* herauszuheben, die ja kausal allen anderen vö||lig gleich stehen. Nur die Norm liefert hier das entscheidende Selektionsprinzip.

Völlig verfehlt ist es auch, das Wesen der Zurechnung in einer teleologischen Verknüpfung zwischen dem Zurechnungssubjekte und dem Zurechnungsobjekte zu suchen, zu behaupten, der zuzurechnende Tatbestand müsse immer vom Subjekte bezweckt oder m. a. W. gewollt sein. Denn es ist Tatsache, daß man auf Grund positiver Normen in vielen Fällen zurechnen muß, was keineswegs gewollt, bezweckt oder beabsichtigt war. Die Fahrlässigkeitsdelikte sind ein treffendes Beispiel. Man kann ja die Forderung aufstellen, daß nur wirklich gewollte Tatbestände durch Normen verboten, resp. mit Strafe bedroht werden sollen. Allein, diese Forderung ist weder auf sittlichem noch auf rechtlichem Gebiete erfüllt und über-

⁴⁴ Kelsen meint die sog. *actio deposito vel suspensio* (Klage wegen etwas Aufgestelltem oder Aufgehängtem). Sie gewährte Ansprüche aus (quasi)deliktischer, verschuldensunabhängiger Haftung (vgl. D.44.7.5.5f. Gaius libro tertio aureorum).

haupt gar nicht erfüllbar. Es hieße dem Leichtsinn Tür und Tor öffnen, auf die Fahrlässigkeit eine Prämie setzen. Die Normen können ja nicht nur einen äußeren Tatbestand fordern, sie können und müssen auch ein inneres Verhalten postulieren, ein Wollen, ein Voraussehen. Der *Mangel* eines solchen kann dann die Zurechnung ebensowenig aufheben, wie der Nichteintritt eines äußeren Tatbestandes, der durch eine Norm geboten ist, nicht | von der Strafe befreit, sondern diese |52 doch geradezu herbeiführt.

Dazu kommt noch, daß das eine der beiden Elemente, die durch Zurechnung miteinander verknüpft werden, nämlich das Zurechnungssubjekt oder die Person vermöge ihrer besonderen Natur gar nicht fähig ist als Ursache in einer Kausalkette zu stehen oder eine Willensfunktion auszuüben und so eine teleologische Verbindung herzustellen. Sowohl in der Jurisprudenz wie in der Ethik ist man gewohnt, die Person streng vom Menschen zu unterscheiden. Nicht die biologisch-physiologische Einheit Mensch, nicht diese organisch verbundene Summe von Lebensprozessen ist es, die mit der spezifisch ethisch-juristischen Einheit „Person“, diesem Subjekte der Zurechnung identisch ist. Person sein und Mensch sein heißt keineswegs das gleiche. Als *Ursache* kann aber gerade nur die biologisch-physiologische Einheit Mensch, können nur die zu einer Einheit verbundenen physischen oder psychischen Lebensprozesse gelten, nicht aber die nur für eine normative Betrachtungsweise gegebene Einheit: Person. Aber auch wollen, Zwecke setzen, kann nur der Mensch, nicht die Person.

Tatsächlich besteht aber in der herrschenden Terminologie die Tendenz, als das Wesen der Persönlichkeit den *Willen* zu bezeichnen, ja Wille und Persönlichkeit geradezu zu identifizieren. Nicht nur in | der Jurisprudenz, sondern insbesondere |WRS 31 auch in der |Ethik ist man bestrebt, die Zurechnung zu einem *Willen* zu führen. Ja, |53 man bezeichnet als Zurechnung geradezu das Urteil, das einen Tatbestand als von einem Subjekte gewollt gelten läßt. Es ist zweifellos, daß man es hier mit einer Bedeutung des Wortes Willen zu tun haben muß, die von jener des psychologischen Begriffes völlig verschieden ist. Auch ist offenkundig, daß die in der Terminologie der normativen, ethisch-juristischen Disziplinen herrschende Tendenz, die Zurechnung stets bis zu einem Willen zu führen, das Zugerechnete stets als gewollt gelten zu lassen, auf dem speziellen Gebiete des Strafrechtes in jenem Dogma zum Ausdrucke gelangt, das alle Schuld als Willensschuld erklärt, d. h. jeden mit Strafe bedrohten, d. i. rechtlich verbotenen Tatbestand als „gewollt“ gelten läßt. Und wenn es richtig ist, daß das Urteil, das irgendeiner Person *Schuld* an irgendeinem Tatbestande behauptet, soviel bedeutet, daß diese Person Subjekt einer verletzten Norm ist, dann muß dieses Urteil identisch sein mit jenem, das die Zurechnung eines Tatbestandes zu einer Person vornimmt. Jemand ist an irgendeinem Erfolge *schuld*, heißt nichts anderes als: jemandem wird ein Erfolg *zugerechnet*.

Es ist natürlich, daß für die Disziplinen, innerhalb deren sich dieser Prozeß der Zurechnung vollzieht, das Bedürfnis besteht, jene eigenartige Fähigkeit, Subjekt

|54 der Zurechnung, Person, d. i. ethisch-juristische Einheit in einem andern als dem zoologisch-|psychologischen Sinne der Einheit „Mensch“ zu sein, besonders zu bezeichnen. Die Zurechnung, der die einzelne normgemäße oder normwidrige Handlung oder Unterlassung nur Durchgangspunkte sind, sucht sich – figürlich gesprochen – im Innern des Menschen einen Endpunkt: *Diese, im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion – und nichts anderes – ist es, was die Terminologie der Ethik und Jurisprudenz als „Wille“ bezeichnet.*

Die Lokalisierung des Zurechnungsendpunktes „Wille“ muß keineswegs notwendig in das Innere des „Menschen“ erfolgen; die ethisch-juristische Einheit der Person muß durchaus nicht immer mit der zoologisch-psychologischen zusammenfallen. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß es ganz im Belieben der Norm liegt, auch etwas anderem als dem Einzelmenschen die Personen- oder Willensqualität zu verleihen, so wie es ja auch nur von ihr abhängt, ob überhaupt der Mensch und insbesondere welcher Mensch Person, d. h. willensfähig wird. Zur Illustration des Gesagten diene die bekannte Tatsache, daß mitunter menschliche Wesen von einer Rechtsordnung nicht als Subjekte von Pflichten oder Rechten aner|kannt sind, man denke an die Stellung der Sklaven im älteren Rechte; und weiter; daß es auf Grund der Gesetze Pflicht- und Rechtssubjekte gibt, |WRS 32 die nicht Menschen sind – man vergegen|wärtige sich den Gegensatz von *physischen* und juristischen Personen. |55

Dieser Wille der Ethik und Jurisprudenz ist aber etwas völlig anderes als dasjenige, was die Psychologie mit diesem Terminus heute bezeichnet. Was die Psychologie im Auge hat, ist *eine* der psychischen Tätigkeiten des Menschen neben Denken und Fühlen. Der Wille im ethisch-juristischen Sinne ist identisch mit der Gesamt-Einheit, als die das Individuum für Ethik und Jurisprudenz in Betracht kommt. Willensfähigkeit und Fähigkeit, Person, d. h. Subjekt der rechtlichen und ethischen Zurechnung zu sein – Zurechnungsfähigkeit – sind eins. Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende *Tatsache*, die der Welt des *Seins* angehört, – der Wille der Ethik und Jurisprudenz ist eine unter dem Gesichtspunkte der Norm, des *Sollens* vollzogene *Konstruktion*, der im realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht.

Erkennt man, daß der Wille der ethisch-juristischen Terminologie etwas wesentlich anderes ist, als die gleichfalls so benannte psychische Tatsache, dann sind die Schwierigkeiten und Fiktionen, die mit einer psychologischen Interpretation des zivilistischen wie des kriminalistischen Willensdogmas verbunden sind mit einem Schlage aus dem Wege geschafft. Dann ist aber auch die Bahn frei gemacht, |56 die zu der richtigen Erkenntnis dessen führt, was man als Willen | des Staates bezeichnet. Denn auch der Staatswille stellt sich als ein Endpunkt der Zurechnung dar. Wenn gewisse Handlungen bestimmter Menschen nicht als Handlungen dieser Personen, sondern als solche einer anderen, von ihnen verschiedenen Person, eines von ihrem verschiedenen Willen, nämlich als Handlungen des Staates gelten,

so ist darin der gleiche Gedankenprozeß zu erblicken, der auch zum Willen und zur Persönlichkeit aller übrigen Subjekte führt; es liegt nur ein besonderer Fall der Zurechnung vor. Der Zurechnungspunkt fällt hier aber nicht etwa in einen anderen Menschen, die Zurechnung geht gleichsam durch die physisch Handelnden und deren psychischen Willensakt durch, macht aber nicht in einer anderen physischen Person Halt, wie dies z. B. der Fall ist bei der Haftung für den Schaden, der durch Kinder oder Angestellte begangen und dem Vater, resp. dem Dienstherrn zugerechnet wird. Vielmehr vereinigen sich alle Zurechnungslinien in einem gemeinsamen außerhalb jedes Menschen gedachten Punkte. Die Individuen, deren Handlungen einer derartigen Zurechnung unterzogen werden, sind die Staatsorgane, der gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlungen qualifizierten Tatbeständen ausgehen, ist der Staatswille oder die Staatsperson.

| WRS 33

Da alle Zurechnung nur auf Grund von Normen vor sich geht, ist das Kriterium dafür, wann und unter welchen Umständen eine menschliche Handlung nicht dem handelnden Menschen, sondern einem hinter diesem gedachten gemeinsamen Subjekte: dem Staate zuzurechnen ist, aus den Rechtsnormen zu holen. Damit ist die Aufgabe gestellt, die gesamte Rechtsordnung als eine Summe von Zurechnungsregeln zu erkennen. Wenn in den Gesetzen bestimmt wird, daß jemand, der stiehlt, durch das Gericht des Tatortes bestraft werden soll, daß jemand, der ein empfangenes Darlehen nicht zurückzahlt, über Klage des Gläubigers exequiert werden soll, daß ein Armer unter bestimmten Umständen von der politischen Behörde eine Geldunterstützung zu erhalten hat, so sind in der betreffenden Strafe, Exekution, Armenunterstützung usw. jene Tatbestände fixiert, die nicht den physisch handelnden Menschen – den Organen – sondern dem Staate zugerechnet werden. Die Feststellung dieser Tatbestände des Strafens, Exequierens usw. und ihrer näheren Bedingungen ist der Inhalt der Rechtssätze, durch welche die Pflichten der Untertanen und des Staates normiert werden. Wenn man sagt, daß das Gesetz den Willen des Staates enthält, so bedeutet das nichts anderes, als daß es die Tatbestände feststellt, die als Handlungen des Staates zu gelten haben, die der Staat „will“, d. h. die dem Staate und nicht den physisch Handelnden – den Organen – zuzurechnen sind. Die Vorstellung eines einheitlichen Staatswillens oder einer einheitlichen Staatsperson ist nur ein Ausdruck für die Einheitlichkeit der Organisation, für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, für die logische Geschlossenheit und notwendige innere Widerspruchslosigkeit der rechtlichen Normen, der Welt des rechtlichen Sollens. Das ist das Wesen des Staatswillens: Eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene normative Konstruktion – nichts was mit einem sozialpsychologischen Gesamtwillen auch nur das geringste zu tun hätte.

| 57

| 58

Es gehört zu den größten Irrtümern der Jurisprudenz, den Unterschied zwischen dem psychologischen und juristischen Willensbegriffe nicht erkannt zu haben. Das Bestreben, dort eine real-psychische Tatsache nachzuweisen, wo nur ein idealer Konstruktionspunkt normativer Betrachtungsweise vorlag, mußte zu den

beschämenden Fiktionen führen, die für den heutigen Stand der juristischen Theorie so bezeichnend sind.

| 59, WRS 34

| VII.

Die große, weit über die Grenzen der juristischen Konstruktion hinausgehende Bedeutung, die der Erkenntnis von der Doppelbedeutung des Willensbegriffes zukommt, zeigt sich unter anderem auch darin, daß das zu einer wahren Kalamität der Theorie gewordene Problem der Willensfreiheit durch diese Erkenntnis seine einfachste Lösung erfährt.

Daß der Wille des Psychologen ein kausal bestimmter sein muß ist selbstverständlich, denn die Psychologie kann, als ein Teil der *erklärenden* Naturwissenschaften, zu keinem *freien* Willen kommen, ohne ihre eigene Erkenntnisbasis, das Kausalgesetz, in Frage zu stellen. Dieses Kausalgesetz ist ja gar nichts anderes als ein Ausdruck für das Postulat der *Erklärung*, nichts anderes als das Axiom der Begreiflichkeit des tatsächlichen Geschehens (*Windelband*⁴⁵).⁴⁶ Allein, ebenso gewiß wie der Wille des Psychologen – dieser faktische Seelenvorgang – ein kausal gebundener sein muß, ebenso sehr ist der *freie* Wille die notwendige Voraussetzung aller ethischen und aller juristischen Spekulation. Freier Wille und Zurechnung sind in Wahrheit eins. Solange man in dem Glauben befangen ist, daß der Wille der Psychologie | und der der Ethik und Jurisprudenz das gleiche Phänomen sind, schließen sich die Resultate der Psychologie und die der Ethik und Jurisprudenz gegenseitig logisch aus. Dieser wissenschaftlich unhaltbare Widerspruch löst sich sofort, sobald man begreift, daß der Wille der explikativen, das Sein *erklärenden* Psychologie, etwas wesentlich anderes sein muß als der Wille der normativen, nicht der Erklärung des Seins, sondern der Statuierung des Sollens dienenden Ethik und Jurisprudenz. Wenn Ethik und Jurisprudenz ihren Willen einen freien nennen, heißt dies soviel, daß er außerhalb jedes Kausalnexus steht. Und das

| 60

⁴⁵ Wilhelm Windelband (1848–1915), Philosoph. Er studierte Medizin, Naturwissenschaften, Geschichte und Philosophie in Jena, Berlin und Göttingen. 1876–1877 o. Prof. in Zürich, 1877–1882 in Freiburg i. Br., 1882–1903 in Straßburg und 1903–1915 in Heidelberg. Er ist der Begründer der um 1890–1930 in Freiburg i. Br., Straßburg und Heidelberg wirkenden Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus. Ihr gehörten neben Heinrich Rickert (1863–1936) u. a. Hermann Lotze (1817–1881), Jonas Cohn (1869–1947), Emil Lask (1875–1915), Bruno Bauch (1877–1942), Hans Pichler (1882–1958), Richard Kroner (1884–1947) und Eugen Herriegel (1884–1955) an. Sie vertrat eine Wertphilosophie auf dem Boden der kantischen Philosophie. Namentlich Windelband schrieb Werten ein vom Sein der realen Dinge zu unterscheidendes Sein zu. Diese besondere Existenzform der Werte nannte er – wie später auch Kelsen – das „Gelten“ als Sollen. Wichtige Werke: Präludien, Freiburg i. Br. und Tübingen 1884; Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, Tübingen 1892; Prinzipien der Logik, Tübingen 1912; Einleitung in die Philosophie, Tübingen 1914.

⁴⁶ Vgl. *Wilhelm Windelband*, Normen und Naturgesetze, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Präludien. Aufsätze und Reden zur Einleitung in die Philosophie, Freiburg i. Br. und Tübingen 1884, S. 211–246 (211f.).

ist selbstverständlich, denn dieser Begriff beinhaltet gar keinen tatsächlichen Vorgang, welcher der Welt des Seins angehört, und um begriffen zu werden, als notwendige Wirkung einer Ursache erkannt werden muß. Dieser Wille bietet sich überhaupt nicht einer nach dem Kausalgesetze orientierten, Erklärung des Geschehens suchenden Seinsbetrachtung dar. Denn er ist eine lediglich von einem normativen Standpunkte für die Zwecke der Sollensbetrachtung vollzogene Hilfskonstruktion. Wenn die Fähigkeit des Menschen, Subjekt der Zurechnung, Person im Sinne der Ethik und Jurisprudenz zu sein, als Wille bezeichnet und für „frei“ erklärt wird, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß der gleichsam in das Innere des Menschen gedachte, weil nicht mit seinem Körper, dem physischen Menschen, sondern einer die Person im ethisch-juristischen Sinne darstellenden Einheit identische Wille Endpunkt – vom Standpunkte der verantwortlichen Person aus: Anfangspunkt der Zurechnung ist. Bei der Person oder dem Willen macht die Zurechnung Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja vom verpönten Erfolge bis zur Körperbewegung des normwidrig handelnden Menschen, aber durch den Menschen hindurch ins Unendliche weiterläuft. Hier reißt die Zurechnung den Menschen als Person aus der unendlichen Kette von Ursache und Wirkung heraus und setzt im „Willen“ einen festen Anfangs- und Endpunkt. Allein, sie findet auch ohne Kausalreihe ihren Weg zum Menschen. Z. B. wenn sie den durch andere Ursachen bewirkten Erfolg mit demjenigen verknüpft, der ihn zu verhindern verpflichtet war, aber nicht verhindert hat. Auch hier ist der Wille Anfangs- und Endpunkt der Zurechnung, von allem Kausalzusammenhange frei.

|wrs 35

|61

Noch eine kurze Schlußbemerkung.

Die Behauptung, daß dem Willen im ethisch-juristischen Sinne und dem Willen im psychologischen Sinne zwei völlig verschiedene Bedeutungen zukommen, legt die Frage nahe, was der Grund dieser gleichen und leicht irreführenden Terminologie ist. Und es muß wohl angenommen werden, daß beide Begriffe nicht unabhängig voneinander entwickelt wurden. Welches aber ist der Zusammenhang? Nur eine Vermutung kann ich hier aussprechen. Es ist nicht unmöglich, daß die ethisch-juristische Konstruktion des Willens, der mit der ethisch-juristischen Einheit der Person identisch ist, der ursprünglichere Begriff war. Wie der Begriff des Gesetzes bekanntlich im Bereiche politisch-juristischer Vorstellungen entstand, ursprünglich ein Sollgebot, eine Norm bedeutete und erst von hier aus in das Gebiet der explikativen Naturwissenschaften eindrang, wo er dann die Metamorphose zum Begriffe des Naturgesetzes durchmachte, so ist es nicht ausgeschlossen, daß auch der Terminus Wille von der historisch viel jüngeren psychologischen Forschung erst übernommen und vielleicht in nicht genügend scharfer Erfassung der Verschiedenheit des Erkenntnisobjektes und der Betrachtungsrichtung für irgendwelche spezifische Seelenprozesse im Menschen verwendet wurde, die man von der als Wille bezeichneten ethisch-juristischen Qualität, Subjekt oder Endpunkt der Zurechnung zu sein, nicht auseinanderhielt. Die Lokalisation des als

|62

Endpunkt der Zurechnung erkannten Willens im Innern des Menschen mag es dem allgemeinen Streben der Anschauung nach Realität hier besonders leicht gemacht haben, das was ur|sprünglich als idealer Konstruktionspunkt gedacht war, als realpsychischen Vorgang gelten zu lassen. So daß auf solche Weise der Wille, ein Hilfsbegriff normativer Struktur, in das Gebiet explikativer Seinsbetrachtung gelangte. Gerade die Tatsache, daß der Wille auch in der Psychologie von vornherein immer nur als „freier“ Wille oder doch als das gleiche, was die Ethik als Willen und freien Willen im Auge hatte, auftrat, legt die|Vermutung nahe, daß die Psychologie bemüht war, eine ethisch-juristische Konstruktion als psychischen Vorgang nachzuweisen.

Und diese Annahme erhält durch gewisse Resultate der neueren Psychologie eine überraschende Bestätigung! Es mehren sich nämlich in neuerer Zeit die Stimmen, die einer selbständigen, vom Vorstellen und Empfinden verschiedenen Seelentätigkeit des Wollens entschieden jede Existenzberechtigung absprechen. Ich kann mich hier auf diese sehr interessanten Untersuchungen nicht einlassen. Hervorheben möchte ich nur, daß schon *Münsterberg*⁴⁷ (Die Willenshandlung. 1888)⁴⁸ – einer der wichtigsten Vertreter dieser psychologischen Richtung – auf die merkwürdige Tatsache hingewiesen hat, daß der Willensbegriff eine viel größere Rolle bei den Ethikern und Juristen spielt, als bei den Psychologen, daß es viel mehr Ethiker und Juristen als Psychologen sind, die sich mit der Untersuchung und Bestimmung dieses Begriffes befassen. Die von mir vertretene Anschauung würde freilich diese scheinbare Kompetenzüberschreitung leicht erklären, aber auch begreiflich machen, warum die Resultate der Psychologie für die Ethik und Jurisprudenz so unbrauchbar sind⁴⁹.

Die völlige Eliminierung des Willensbegriffes aus der Psychologie wäre wohl die glänzendste Bestätigung jener Gedankenreihe, die ich mir erlaubt habe, |Ihnen hier zu entwickeln. Wie bei einem von zwei verschiedenen Seiten unternommenen Tunnelbau die beiden Arbeitergruppen an der Durchbruchstelle sich begegnen, so stießen hier die psychologischen und die ethisch-juristischen Argumentationen

|63, WRS 36 |¹⁾ Nähere Literaturangaben enthalten meine Hauptprobleme S. 161 f.⁴⁹

⁴⁷ Hugo Münsterberg (1863–1916), Psychologe und Philosoph, Mitbegründer der Angewandten Psychologie. 1885 Dr. phil. (Doktorvater Wilhelm Wundt, vgl. Anm. 33), 1887 Dr. med.; 1888–1892 Privatdozent in Freiburg i.Br., seit 1892 a.o.Prof. für Philosophie ebendort, 1892–1894 Gastprof. an der Harvard University, 1895–1897 (wieder) a.o.Prof. in Freiburg i.Br., seit 1897 bis zu seinem Tod Prof. für Psychologie in Harvard, 1910–1911 Austauschprof. an der Universität zu Berlin. Wichtige Werke: Die Lehre von der natürlichen Anpassung in ihrer Entwicklung, Anwendung und Bedeutung, Leipzig 1885; Die Willenshandlung. Ein Beitrag zur Physiologischen Psychologie, Freiburg i.Br. 1888; Beiträge zur experimentellen Psychologie, 4 Bde., Freiburg i.Br. 1889–1892; The Photoplay. A Psychological Study, New York und London 1916.

⁴⁸ Bei *Hugo Münsterberg*, Die Willenshandlung. Ein Beitrag zur Physiologischen Psychologie, Freiburg i.Br. 1888, findet sich dieser Gedanke nicht.

⁴⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 160 = HKW 2, S. 21–878 (269).

aufeinander, um durch ein lästiges Hindernis der Theorie, das die unfruchtbarsten wissenschaftlichen Kämpfe verschuldet hat, durch den zweideutigen Willensbegriff, einen Weg zu bahnen. Vielleicht irre ich mich nicht, wenn ich in den früher erwähnten Versuchen der neueren Psychologie schon die ersten immer näher rückenden Hammerschläge zu hören vermeine!

Buchbesprechung

Wilhelm Coermann, Die Reichsverfassung und
Reichsverwaltung. Ein Führer durch die
Einrichtungen des Deutschen Reiches und
seine Gesetzgebung, Kempten und München 1908
(1912)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 299f.

| 299 | *Coermann, W.*¹: *Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung*. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Kösel'sche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–²

| 300 | In geschmackvoller Ausstattung bringt die bewährte Kösel'sche Sammlung eine knappe, alles Wesentliche berücksichtigende Darstellung der gesamten Reichsverfassung und überdies auch – wodurch sich dieses preiswerte Büchlein sehr vorteilhaft von zahlreichen ähnlichen Publikationen unterscheidet – der Reichsverwaltung. Vornehmlich für Laien berechnet, zeichnet sich die Arbeit durch Uebersichtlichkeit der Stoffanordnung und Faßlichkeit des Stils aus. Das Werkchen kann bestens empfohlen werden.

¹ Wilhelm Coermann (1864–1959), Jurist. 1886–1919 war Coermann als Amtsgerichtsrat im Justizdienst Elsass-Lothringen tätig, danach wechselte er für fünf Jahre in den Justizdienst Württembergs. Wichtige Werke: Lebensmittelgesetz vom 5. Juli 1927 (kommentierte Ausgabe), Gießen 1928; Deutsches Ärzterecht, Stuttgart und Leipzig 1938; Die Rassegesetzgebung des nationalsozialistischen Staates, Eisenach 1939.

² *Wilhelm Coermann*, *Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung*. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung, Kempten und München 1908.

Buchbesprechung

Paul Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien,
Tübingen 1909 – *Ernst Freund*, Das öffentliche Recht
der Vereinigten Staaten von Amerika,
Tübingen 1911 – *Walther Schücking*, Das Staatsrecht
des Großherzogtums Oldenburg, Tübingen 1911
(1912)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 300f.

| 300

| *Errera, Professor Dr. Paul: Das Staatsrecht des Königreichs Belgien.* Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.–.¹

Freund, Professor Dr. Ernst: Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.–.²

Schücking, Professor Dr. Walter: Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–.³

Die Vorbildlichkeit der belgischen Verfassung⁴ für die Konstitutionen gewisser kontinentaler Staaten – z. B. des österreichischen – rechtfertigt zur Genüge das Bedürfnis nach einer umfassenden Darstellung der staatsrechtlichen Verhältnisse des belgischen Königreichs. Diesem Bedürfnis entspricht in jeder Beziehung die vorzügliche Arbeit, die *Dr. Paul Errera*⁵, ord. Professor an der Universität Brüssel, für das große Sammelwerk: „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ geliefert hat. Auf eine selbständige Schilderung der historischen Entwicklung, deren Kenntnis gerade für die belgische Verfassung besonders wichtig wäre, glaubt *Errera* mit Rücksicht auf die notwendige Lückenhaftigkeit kurzer historischer Einleitungen verzichten zu sollen. Er begnügt sich, im Zusammenhange der systematischen Darstellung bei den einzelnen Institutionen, wo es für das Verständnis erforderlich ist, eine geschichtliche Skizze derselben zu geben. In einer kurzen Einleitung behandelt *Errera* die Quellen des öffentlichen Rechtes in Belgien und im 1. Buche speziell das Verfassungsgesetz von 1831 mit seinen Abänderungen, die bis zum Jahre 1903 reichen. Die dogmatische Bearbeitung des Rechtsstoffes setzt ein mit dem 2. Buche, das die Staatselemente: Gebiet und Volk behandelt. Die Darstellung der Organisation des Staates, die im 3. Buche erfolgt, gliedert sich nach dem Schema: Regierungsform, gesetzgebende, exekutive und richterliche Gewalt. Ein 4. Buch befaßt sich mit dem Finanzwesen, ein 5. mit der bewaffneten Macht. Die Organisation der Provinzen und Gemeinden ist im 6. Buche geschildert. Der inneren Verwaltung ist das umfangreiche 7. Buch gewidmet, während die Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten im 8. Buche abgehandelt wird. Das 9. Buch

¹ *Paul Errera*, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, Tübingen 1909.

² *Ernst Freund*, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1911.

³ *Walther Schücking*, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg, Tübingen 1911.

⁴ Constitution du Royaume de Belgique du 7 février 1831, Bull. off. décr. Congr. Nat. Belge nr. 14; Pasin. 1830/31 p. 182.

⁵ Paul (Joseph) Errera (1860–1922), belgischer Staatsrechtslehrer und Politiker. 1908–1911 war er Prof. für Öffentliches Recht an der Freien Universität Brüssel, 1911–1921 Bürgermeister von Uccle, einer Gemeinde der Hauptstadtregion Brüssel. Errera war Mitglied der Royal Academy of Archaeology. Wichtiges Werk: *Traité de droit public belge: Droit constitutionnel, droit administratif*, Paris 1909.

ist den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen des belgischen Kongo gewidmet. – So lohnend es wäre, auf Prof. *Freunds*⁶ interessante Bearbeitung des *nordamerikanischen Staatsrechtes* im einzelnen einzugehen, so muß sich doch ein auf beschränkten Raum gewiesenes Referat begnügen, von dem reichen Material, das hier systematisch zusammengefaßt ist, ein Bild zu geben. *Freunds* Arbeit zerfällt in zwei Teile, von denen der erste die staatlichen Grundlagen und Organe, der zweite die staatlichen Funktionen behandelt. In diesem Rahmen wird das öffent[liche] Recht nicht bloß des Bundesstaates sondern auch der einzelnen Gliedstaaten in sehr gelungener Anordnung vorgeführt. *Freund* bespricht zunächst die rechtliche Konstituierung der Bestandteile der Union, um sodann das juristische Verhältnis zwischen dem Bundestaat und den einzelnen Gliedstaaten aufzuzeigen. Dem Staatsvolke und den Volksrechten ist ein besonderer, sehr instruktiver Abschnitt gewidmet. Die größere Hälfte des 1. Teiles befaßt sich mit der Organisation der Regierungsgewalt. Das Prinzip der Teilung der Gewalten ist an die Spitze gestellt. Dann finden die gesetzgebende, die exekutive und die richterliche Gewalt ihre Einzeldarstellungen. Eine Abhandlung über die regionale Verwaltung bildet den Schluß des 1. Teiles. Der 2. Teil behandelt in 16 Kapiteln das Zivil- und Strafrecht der Union, ihre auswärtigen Beziehungen und ihre bewaffnete Macht. Eine eingehende Untersuchung finden die Finanzen des Bundesstaates, der Gliedstaaten und Gemeinden. Von den speziellen Verwaltungszweigen gewidmeten Kapiteln verdienen besondere Hervorhebung die über Post und Handelsverwaltung, Arbeitergesetzgebung, Sicherheitspolizei, Armenpflege, Schul- und Unterrichtswesen, Staat und Kirche. Den Anhang bilden gelungene Uebersetzungen der Verfassungskonvention der Vereinigten Staaten, sowie jener des Staates New-York und eines Städteordnungsprogramms, das der nationale Verband für städtische Interessen im Jahre 1899 beschlossen hat. | 301

In einem umfangreichen Werke hat Professor *Dr. Walther Schücking*⁷ das Staatsrecht des *Großherzogtums Oldenburg* bearbeitet. An der fundamentalen, den Stoff allseitig erschöpfenden Arbeit ist besonders das klare und übersichtliche System zu rühmen, in dem das reiche Material angeordnet ist. Auf der geschichtlichen Einleitung eines ersten Teiles baut sich als zweiter Teil das System der

⁶ Ernst Freund (1864–1932), US-amerikanischer Rechts- und Politikwissenschaftler. 1886–1892 Anwalt in New York, 1892–1893 Dozent an der Columbia University New York. 1894–1902 Prof. für Politik und 1903–1932 Prof. für Rechtswissenschaft an der University of Chicago. Wichtige Werke: *The Legal Nature of Corporations*, Chicago 1897; *The Police Power*, Chicago 1904; *Standards of American Legislation*, Chicago 1917.

⁷ Walther (Max Adrian) Schücking (1875–1935), Staats- und Völkerrechtslehrer sowie Politiker (Deutsche Demokratische Partei). 1899 Habilitation für Rechtsgeschichte und Staatsrecht in Göttingen, ab 1900 a.o. Prof. in Breslau, ab 1902 a.o. Prof. in Marburg, ab 1903 o. Prof. für Öffentliches Recht ebendort. Wichtige Werke: *Der Regierungsantritt. Rechtsgeschichtliche und staatsrechtliche Untersuchung*, Leipzig 1899; *Quellensammlung zum preußischen Staatsrecht*, Leipzig 1906 (Hrsg.); *Internationale Rechtsgarantien*, Hamburg 1918 (2. Aufl., Hamburg 1919); *Die Satzung des Völkerbundes*, Berlin 1921 (gemeinsam mit Hans Wehberg; 3. Aufl., 1 Bd., Berlin 1931, mehr nicht erschienen); *Der Schutz der wohlverworbenen Rechte im Völkerrecht*, Zürich 1934.

Staatsverfassung auf. Deren Darstellung gliedert sich, den Elementen des Staatsbegriffes entsprechend, nach Staatsgebiet, Staatsvolk und Organisation der Staatsgewalt: das Staatsoberhaupt, der Landtag und die Provinzialräte, die Behörden. Die Gesetzgebung und die mit ihr zusammenhängenden Fragen finden am Schlusse dieses zweiten Teiles ihren Platz. Im dritten Teile wird ein klares Bild von der Verwaltung des Großherzogtums gezeichnet. Schema: Auswärtige Angelegenheiten, Militärwesen, Finanzwesen, innere Verwaltung. Mit diesem von juristischem Standpunkte aus musterhaft gearbeiteten Werke hat sich Prof. *Schücking* das Verdienst erworben, die erste umfassende, allen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechende Darstellung des oldenburgischen Staatsrechtes geliefert zu haben. Man muß dem Autor bestätigen, daß sein Buch sich den bisher erschienenen Bearbeitungen anderer Bundesstaatsrechte würdig anschließt.

Buchbesprechung

Paulino Llambi Campbell, Abriß des Staats-
und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik,
Hannover 1911

(1912)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 301f.

| 301 | *Glambi-Campbell*¹, Dr. P., Advokat: *Abriß des Staats- und Verwaltungsrechtes der Argentinischen Republik*. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80., geb. M. 6.20.²

| 302 | Die dürftigen Kenntnisse, die man im Bereiche der deutschen juristischen Literatur von den öffentlich rechtlichen Verhältnissen der südamerikanischen Republiken hat, erfahren durch diese Veröffentlichung der Jäneckeschen Bibliothek eine dankenswerte Erweiterung. In einer für wissenschaftliche Anforderungen wohl etwas zu knappen Darstellung führt der Verfasser das Staats- und Verwaltungsrecht des Bundesstaates der argentinischen Republik vor. Ein reiches Tatsachenmaterial, das noch einer gründlichen juristischen Durcharbeitung bedarf.

¹ Paulino Llambi Campbell (1850–1912), argentinischer Jurist und Politiker (Partido Autonomista Nacional). 1878 schloss er das Jurastudium an der Universität von Buenos Aires ab. 1886 wurde er Direktor der Bank Crédito Territorial y Agrícola und kam im Namen des Unternehmens nach Europa. In Würdigung seiner politischen Arbeit wurde 1887 eine Gemeinde in der argentinischen Provinz Santa Fe nach ihm benannt.

² *Paulino Llambi Campbell*, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechtes der Argentinischen Republik, Hannover 1911.

Industrieförderung in Rumänien (1912)*

* Das Handelsmuseum 27 (1912), S. 87f.

| Industrieförderung in Rumänien.

Die rumänische Regierung hat kürzlich den seit längerer Zeit erwarteten neuen Gesetzentwurf, betreffend die Industrieförderung,¹ der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt.

Der Motivenbericht² rechtfertigt das Festhalten an der seit 1887 in Rumänien verfolgten kräftigen Schutzpolitik mit einer Statistik,³ der einige interessante Ziffern entnommen werden mögen. Das Reinertragnis des in der staatlich geschützten Industrie angelegten Kapitals von 566 901 751 Francs (nach dem Stande von 1910) betrug nach Abzug aller Steuern und Abgaben 66 Prozent. Dieses an sich nicht unbefriedigende Resultat erfährt jedoch eine wesentliche Korrektur, wenn man die unter besonders günstigen Bedingungen arbeitende Bier- und Zuckerindustrie ausschaltet, in der ca. 50 Millionen Francs investiert sind. Der Reingewinn, mit dem die übrigen staatlich geschützten Industrien arbeiten, beläuft sich im Durchschnitt nur auf 5,3 Prozent. Die größere Rentabilität der Zuckerfabriken veranlaßte daher auch den neuen Gesetzentwurf, diesem Zweige der heimischen Industrie alle Begünstigungen zu entziehen.⁴ Auch die Alkohol- und Biererzeugung soll nach dem projektierten Gesetze keineswegs an allen, sondern nur an ganz bestimmten Begünstigungen partizipieren.

Eine durchschnittliche Rentabilität von 5,3 Prozent ist mit Rücksicht auf die weitgehenden Erleichterungen, die der Industrie durch das bisher in Geltung stehende Industrieförderungsgesetz von 1887⁵ zu gute kamen, kein sonderliches Symptom für eine kräftige Entwicklung, die, auf sich selbst gestellt, ohne staatliche Hilfe weiterschreiten könnte. Darum erscheint für das Bestreben der Regierung, die rumänische Industrie in ihrem gegenwärtigen Stande zu erhalten und womöglich zu heben, kein anderer Weg offen, als der heimischen Produktion durch die Gesetzgebung möglichst günstige Bedingungen zu schaffen.

¹ Lege pentru încurajarea industriei naționale (Gesetz über die Förderung der nationalen Industrie vom 14. Februar 1912), nach: *Demetrius Leontieș*, Die Industrieförderung Rumäniens bis zum Zweiten Weltkrieg, München 1971 (im Folgenden: Industrieförderungsg 1912).

² Welcher Motivenbericht Kelsen vorlag, ist n. e.

³ Es ist unklar, auf welche Statistik sich Kelsen hier bezieht.

⁴ *Leontieș*, Industrieförderung (Anm. 1), S. 245. Als erste landwirtschaftliche Veredelungsindustrie erhielt die Zuckerindustrie schon seit 1873 eine Produktionsprämie in Höhe von 16 Bani pro kg Rohrzucker, die ab 1906 auf 11 Bani herabgesetzt wurde. Ab 1885 gewährte man ihr einen Schutzzoll in Höhe von 35 Bani pro kg raffinierter Zucker und Kandiszucker sowie 25 Bani für Rohrzucker. – Hundert Bani sind ein Leu (Singular von Lei).

⁵ Lege de măsură generale pentru a veni în ajutorul industriei naționale (Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie vom 12. Mai 1887), nach: *Leontieș*, Industrieförderung (Anm. 1) (im Folgenden: Industrieförderungsg 1887).

Das war allerdings schon die Tendenz des alten Industrieförderungsgesetzes von 1887. Dieses Gesetz enthielt jedoch einige Bestimmungen, die sich in der Praxis nicht bewährt hatten, und erschien somit einer gründlichen Reform bedürftig. Der gegenwärtig dem rumänischen Parlament vorgelegte Gesetzentwurf soll diese Reform bringen.⁶

Die wichtigste Änderung, die durch das neue Gesetz getroffen werden soll, betrifft den Kreis der begünstigten Unternehmungen. Das alte Gesetz erteilt seine Begünstigungen nur an industrielle Anlagen, die folgende Bedingungen erfüllen: ein Kapital von mindestens 50 000 Francs, einen täglichen Personalstand von mindestens 25 Arbeitern, von denen – fünf Jahre nach Gründung der Fabrik – mindestens zwei Drittel Rumänen sein müssen;⁷ Verwendung vervollkommener Maschinen, ein vervollkommenes technisches Verfahren unter der Leitung von Fachmännern.⁸ Einer der Hauptnachteile des alten Gesetzes war der, daß sich die mittlere und kleinere Industrie, das Handwerk und die Hausindustrie keinerlei Unterstützung erfreuten und durch die einseitige Förderung der Großindustrie in der Konkurrenz mit dieser seitens des Staates geradezu zurückgedrängt wurden, während sie doch – da sie an und für sich unter ungünstigeren Bedingungen zu arbeiten haben als die kapitalkräftige Großindustrie – einer Unterstützung durch den Staat dringender bedürftig erschienen als diese.

An diesem Punkte setzt der neue Gesetzentwurf ein. Er schränkt einerseits den Kreis der Begünstigten bezüglich der großen Industrie ein, indem er, wie bereits oben bemerkt, die ohnedies gut prosperierenden, mit großem Kapital arbeitenden Zuckerfabriken von allen Vorteilen des Gesetzes ausschließt⁹ und den in ähnlicher Lage befindlichen Alkohol- und Bierindustriellen nur einen Teil der Begünstigungen zuerkennt (Zollnachlaß für Maschinen und Maschinenbestandteile).¹⁰ Im übrigen | bedeutet das neue Gesetz eine wesentliche Erweiterung des Kreises der begünstigten Unternehmungen.¹¹ Vor allem wird von der Bedingung einer bestimmten Kapitalsinvestition bei Fabriken gänzlich abgesehen;¹² dann wird hier die Zahl von 20 Arbeitern als genügend erachtet und die Voraussetzung des maschinellen Betriebes auf eine untere Grenze: einen Motor von 5 H.P.,¹³ fixiert.¹⁴

| 87 II

⁶ *Leontieș*, Industrieförderung (Anm. 1), S. 308. Der Gesetzentwurf wurde vom Minister für Industrie und Handel, Dimitrie S. Nenițescu, ins Parlament eingebracht. Nenițescu war 1910–1912 Minister der konservativen Regierung unter der Führung von Petre Carp. Die Unterstützer der Partei waren überwiegend Großgrundbesitzer, die wegen ihrer Interessen an der Ausfuhr landwirtschaftlicher Rohprodukte für einen Freihandel eintraten.

⁷ Vgl. Nr. 1 Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5): „sechs Jahre nach der Gründung“.

⁸ Vgl. Nr. 2 Abs. 1 Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5).

⁹ Art. 4 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

¹⁰ Vgl. Art. 5 und Art. 3 lit. c Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

¹¹ Art. 1 und Art. 2 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

¹² Vgl. Nr. 1 Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5) mit Art. 1 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

¹³ Engl.: horse power; dt.: Pferdestärken.

¹⁴ Vgl. Nr. 1 Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5) mit Art. 2 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

Aber die Begünstigungen des Gesetzes bleiben nicht auf „Fabriken“ beschränkt, sondern werden auch auf die folgenden Unternehmungen ausgedehnt: Handwerker, die wenigstens vier Gesellen oder Meister verwenden sowie kooperative Handwerkervereine mit einem Kapital von mindestens 2000 Lei, wenn sie gesetzlich konstituiert sind und wenigstens zehn Arbeiter oder Vereinsmitglieder beschäftigen; ferner auf ländliche Kooperativgesellschaften sowie Unternehmungen der Hausindustrie mit wenigstens 20 Arbeitern.¹⁵

Um zumindest indirekt auch die heimische Landwirtschaft zu fördern, unterscheidet der neue Gesetzentwurf – zum Unterschied vom alten Gesetze – zwischen Industrien, die ihr Rohmaterial von der eigenen Urproduktion beziehen, und solchen, die für ihre Erzeugnisse den größten Teil der Rohstoffe importieren.¹⁶ Die ersteren genießen weitergehende Begünstigungen als die letzteren, insbesondere läuft das Privilegium jener durch 30 Jahre,¹⁷ dieser nur durch 21 Jahre.¹⁸

An Begünstigungen für Unternehmungen der ersten Kategorie sieht der neue Gesetzentwurf, ähnlich wie das alte Gesetz, gewisse Erleichterungen im Erwerb von Grund und Boden durch industrielle Unternehmungen seitens des Staates, der Distrikte und der Gemeinden vor.¹⁹ Doch wurde die nach dem alten Gesetze gebotene Möglichkeit, Grund und Boden von den öffentlich-rechtlichen Korporationen unentgeltlich zu erhalten, im neuen Gesetzesvorschlag fallen gelassen.²⁰ Dagegen eröffnet dieser die Aussicht auf gänzlich oder teilweise unentgeltliche Benützung der Wasserkräfte öffentlicher Gewässer.²¹

Die schon vom früheren Gesetze gestattete zollfreie Einfuhr von Maschinen, Maschinenbestandteilen und deren Zugehör²² wird im neuen Gesetzentwurf aufrechterhalten.²³ Neu ist der sozialpolitisch sehr interessante Passus, daß die Zollfreiheit der Maschinen, Maschinenbestandteile etc. an die Bedingung geknüpft ist, daß sie mit Apparaten zur Verhütung von Arbeitsunfällen versehen sind.²⁴

Die auch im alten Gesetze gewährten Frachtermäßigungen²⁵ sollen in Hinkunft in der Weise geregelt werden, daß von den normalen Taxen der Klassentarife der rumänischen Eisenbahnen folgende Importheraussetzungen gewährt werden: 20

¹⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 1–2 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1). Laut Art. 21 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1) müssen in begünstigten Unternehmen mindestens 75% der Arbeiter und des Verwaltungspersonals sowie 25% bzw. 60% des technischen Personals (2. bzw. 3. Begünstigungsperiode) Rumänen sein.

¹⁶ Vgl. Art. 8–9, 11 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

¹⁷ Vgl. Art. 8–9, 3 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

¹⁸ Vgl. Art. 11 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

¹⁹ Vgl. Art. 3 lit. a IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²⁰ Vgl. Nr. 3 Abs. 2 IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5).

²¹ Vgl. Art. 3 lit. b IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²² Vgl. Nr. 4 lit. b IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5). – Zugehör entspricht im österreichischen bürgerlichen Recht dem Zubehör des deutschen Rechts.

²³ Vgl. Art. 3 lit. c IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²⁴ Vgl. Art. 3 lit. c Abs. 2 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²⁵ Vgl. Nr. 4 lit. d, f IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5).

Prozent für die Materialien, Maschinen, Zubehöre, Maschinenbestandteile und Apparate, die für den Bau und die Einrichtung der Fabriken, die sich der Begünstigungen des Gesetzes erfreuen, notwendig sind. 30 Prozent für die inländischen oder zollfrei eingeführten Rohstoffe, die den Fabriken zugesendet werden, die sich der Begünstigungen des Gesetzes erfreuen. Das Getreide für die Mühlen ist von dieser Begünstigung ausgeschlossen. 45 Prozent für die fabrizierten Erzeugnisse.²⁶ Ferner werden Ausnahmstarife für jene Erzeugnisse gewährt, für welche bei der Einsetzung der direkten Tarife für ähnliche ausländische Erzeugnisse herabgesetzte Einheitstaxen eingeräumt wurden. Die Einheitstaxen dieser Ausnahmstarife sollen um 20 Prozent niedriger sein als die herabgesetzten, zur Verfügung der direkten Tarife bestellten Einheitstaxen.²⁷

Das vom alten Gesetze den industriellen Unternehmungen eingeräumte Recht, auf eigene Kosten Anschlüsse an die Eisenbahnlinien des Staates etc. zu erlangen,²⁸ ist auch in der neuen Regierungsvorlage statuiert.²⁹

Wie das bisherige Gesetz, so enthält auch die neue Vorlage die Bestimmung, daß die Posttaxen für den Transport der inländischen Fabrikate in keinem Falle größer sein sollen als die von der internationalen Postunion festgesetzten Taxen, soferne sich die Absender den für den Umfang und das Gewicht der Pakete festgesetzten Vorschriften anpassen.³⁰ | 88 1

In der Frage der Steuerbegünstigung ist insofern eine Änderung geplant, als an Stelle der vom alten Gesetze durch 15 Jahre gewährten gänzlichen Befreiung von Staats-, Distrikts- und Kommunalsteuern³¹ die Verpflichtung tritt, vom jährlichen Nettogewinne zu bezahlen: 3 Prozent in den ersten 10 Jahren, 4 Prozent in der zweiten Periode von 10 Jahren, 5 Prozent in der letzten Periode von 10 Jahren. Die Weizenmühlen sind während der ersten 20 Jahre auch von der 3-, respektive 4prozentigen Einkommensteuer befreit und sollen bloß für die letzten 10 Jahre 3 Prozent vom Nettogewinn bezahlen.³²

Die bedeutsamste Änderung des Gesetzentwurfes bezieht sich auf die Zollbegünstigungen. Das alte Gesetz bewilligt die zollfreie Einfuhr von allen bei der Fabrikation zur Verwendung gelangenden Rohstoffen, falls diese Stoffe nicht in

²⁶ Vgl. Art. 3 lit. d IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²⁷ Vgl. Art. 3 lit. e IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

²⁸ Es ist nicht klar, auf welche Norm sich Kelsen bezieht. Nr. 3 Abs. 2 IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5) besagt, dass vom Staat, den Gemeinden oder den königlichen Domänen für den Bau von Verkehrsmitteln, die das Ziel haben, die Fabrik mit einer Landstraße, Eisenbahnstation, Fluß oder schiffbarem Kanal zu verbinden, keine Entschädigung verlangt wird.

²⁹ Vgl. Art. 3 lit. g IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1), nach dem die Kosten der Anschlußgleise zu den Bahnlinien des Staates der Industrielle trägt.

³⁰ Vgl. Nr. 3 lit. d Abs. 2 IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5); Art. 3 lit. f IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

³¹ Vgl. Nr. 4 lit. a IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5).

³² Vgl. Art. 3 lit. i IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

genügendem Maße im Lande vorhanden sind.³³ Dabei wurde keine Rücksicht darauf genommen, ob eine spezielle Rohstoffe verarbeitende Industrie im Lande festen Boden fassen kann oder nicht. Die zollfreie Einfuhr von Rohstoffen bedeutete nun für den Staat einen sehr namhaften Entgang von Zolleinnahmen (von 1894 bis 1910 24 265 091 Lei). Der neue Gesetzentwurf sieht von einer allgemeinen Zollfreiheit auf Rohstoffe mit einer unwesentlichen Ausnahme prinzipiell ab.³⁴ Gewährt wird nur eine Herabsetzung um 50 Prozent³⁵ der Zolltaxe für die Fabrikate oder Halbfabrikate, die für die sofortige Emballage, die Versendung und den Verkauf der Fabrikserzeugnisse notwendig sind, wenn diese Fabrikate oder Halbfabrikate nicht im Lande erzeugt werden. Außerdem wird bestimmt, daß die Nebensubstanzen, deren die mit inländischen Rohstoffen arbeitenden Fabriken für die Fertigstellung ihres Fabrikates bedürfen, zollfrei einzuführen sind, wenn diese Substanzen im Lande rechtzeitig in der geforderten Menge und Beschaffenheit nicht erzeugt werden.³⁶

Innerhalb der Kategorie jener Unternehmungen, die mit Rohstoffen der heimischen Urproduktion arbeiten, werden für jene Fabriken, die alljährlich ein Viertel ihrer Produkte *exportieren*, außer den vorgenannten noch die folgenden Begünstigungen vorgeschlagen: eine weitere Herabsetzung der Einkommensteuer, indem sie bloß 2 Prozent jährlich während der ersten 20 Jahre und 3 Prozent jährlich während der letzten 10 Jahre bezahlen sollen;³⁷ ferner gewisse, über das Normale hinausgehende Frachtermäßigungen.³⁸ Diese Fabriken sollen auch das Recht erhalten, die proportionelle Rückerstattung der für die Rohstoffe bezahlten Zolltaxen zu verlangen, wenn die Rohstoffe für die exportierten Erzeugnisse verwendet wurden.³⁹

Den Unternehmungen der zweiten Hauptkategorie, das ist jenen, die vornehmlich mit ausländischen Rohstoffen arbeiten, werden die Begünstigungen der nicht exportierenden Firmen erster Kategorie eingeräumt mit Ausnahme der Transportermäßigung von 30 Prozent;⁴⁰ auch bezüglich der Besteuerung sind sie schlechter gestellt, insofern sie vom Nettogewinne jährlich bezahlen sollen: 4 Prozent in den ersten 5 Jahren, 5 Prozent in der zweiten Periode von 5 Jahren, 6 Prozent in der letzten Periode.⁴¹

³³ Vgl. Nr. 4 lit. b IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5).

³⁴ Vgl. Art. 3 lit. c IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

³⁵ Es ist unklar, auf welche Norm sich Kelsen hier bezieht.

³⁶ Vgl. Nr. 4 lit. c IndustrieförderungsG 1887 (Anm. 5).

³⁷ Art. 3 lit. i IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1), auf den Art. 6 lit. a verweist, spricht von „jeder anderen direkten Steuer an den Staat, den Landbezirk oder die Gemeinde“.

³⁸ Vgl. Art. 6 lit. b, Art. 3 lit. d IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

³⁹ Vgl. Art. 14, Art. 11 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

⁴⁰ Vgl. Art. 11 lit. a, Art. 3 lit. d Abs. 2 IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1).

⁴¹ Kelsen meinte wohl Art. 11 lit. b IndustrieförderungsG 1912 (Anm. 1): „4% in den ersten 7 Jahren, 4% jährlich in der zweiten Periode von 7 Jahren und 6% in der letzten Periode von 7 Jahren“.

Besondere Begünstigungen sollen auch den elektrischen Werken eingeräumt werden, die vornehmlich elektrische Kraft für die Industrie erzeugen, mit Ausnahme jener, die bereits bestehen oder die speziell für die Beleuchtung der Stadtgemeinden und der Privatwohnungen errichtet werden. Für diese Unternehmungen wird eine Einkommensteuer von 2 Prozent während der ersten 20 Jahre und 3 Prozent jährlich während der letzten 10 Jahre fixiert.⁴² Sie sollen auch das Recht erhalten, für die Übermittlung des elektrischen Stroms unentgeltlich Drähte, sei es unter- oder oberirdisch, längs der Landesstraßen, Distrikts- und Gemeindestraßen anzulegen.⁴³ Analoge Begünstigungen sollen auch den Schiffswerften, den Waggon- und Lokomotivfabriken, den Kriegsmunitionsfabriken und jenen Unternehmungen zu teil werden, deren Erzeugnisse der Landesverteidigung dienen.⁴⁴ Dieser Gruppe ist ausnahmsweise die *zollfreie Einfuhr* der für ihre Fabrikation erforderlichen *Rohstoffe* eingeräumt.⁴⁵

| 88 II

Von den sonstigen Bestimmungen des Gesetzesvorschlages verdienen besondere Hervorhebung die Grundsätze über die Heranziehung der inländischen Industrie zu öffentlichen Lieferungen. Während nämlich das alte Gesetz das Prinzip ausspricht, daß die im Lande hergestellten Erzeugnisse bei gleicher Beschaffenheit der fremden Konkurrenz *unter allen Umständen* für die Bedürfnisse des Staates, der Distrikte und der Gemeinden zu bevorzugen seien,⁴⁶ sagt der neue Gesetzentwurf, daß bei allen Lizitationen,⁴⁷ sei es für Bauten, sei es für Lieferungen für den Staat, die Gemeinden oder öffentlichen Wohlfahrtsanstalten die inländischen Fabrikanten jenen des Auslandes vorgezogen werden sollen, selbst wenn ihre Offerten *um 5 Prozent teurer* sind. Bei gleichen Bedingungen genießen die Hausindustrien, die ländlichen Kooperativgenossenschaften, die Handwerker und Handwerkervereine den Vorzug.⁴⁸

Unter der Herrschaft des alten Industriegesetzes wurde es unangenehm empfunden, daß im Lauf der gleichen Begünstigungsperiode einige Fabriken der Industrieförderung teilhaftig waren, andere dagegen nicht.⁴⁹ Dieser Unzukömmlichkeit zu begegnen, hat die neue Regierungsvorlage die Bestimmung aufgenommen, daß jede Fabrik, zu welcher Zeit immer im Laufe der Anwendung des neuen

⁴² Vgl. Art. 7 Abs. 1, Art. 6 lit. a Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁴³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁴⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁴⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁴⁶ Die Inlanderzeugnisse werden unter Voraussetzung der gleichen Qualitäts- und Preisbedingungen vorgezogen, vgl. Art. 5 Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5).

⁴⁷ Eine Lizitation ist eine Versteigerung.

⁴⁸ Vgl. Art. 15 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁴⁹ So nennt das Industrieförderungsg 1887 (Anm. 5) nur die zu erfüllenden Voraussetzungen für Industriebetriebe, das Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1) führt darüber hinaus die Voraussetzungen für z. B. Zuckerfabriken (Art. 4), Brauereien (Art. 5), Elektrizitätswerke (Art. 7) und Schiffswerften (Art. 8) auf.

Gesetzes sie ihren Betrieb beginnen sollte, sich nur so lange der Begünstigungen des Gesetzes erfreuen dürfe als die anderen Fabriken der gleichen Kategorie.⁵⁰

Da seitens der Interessentenkreise der Wunsch nach einer zweckmäßigen Organisation des Bankkredites geäußert wurde, hat die Regierung eine erst kürzlich gegründete Bank,⁵¹ die sich speziell der Industrieförderung widmen soll, mit besonderen Begünstigungen (Einlage staatlicher Gelder) bedacht.

⁵⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 2 Industrieförderungsg 1912 (Anm. 1).

⁵¹ Um welche Bank es sich handelte, ist n. e.

Buchbesprechung
Arnold Krasny, Die Aufgaben der
Elektrizitätsgesetzgebung.
Mit dem Entwurfe eines allgemeinen
Elektrizitätsgesetzes, Wien 1910
(1912)*

* Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung 21 (1912), S. 151–153.

- | 151 | *Krasny Arnold*, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung, mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes. Wien, 1910. Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

| 152 | Diese Schrift¹ bedeutet den ersten Versuch, ein allgemeines Elektrizitätsrecht in Gestalt eines konkreten Gesetzentwurfes theoretisch zu | schaffen. Doch bildet der Gesetzentwurf nur den Kern der wertvollen Arbeit. Der erste Teil des Werkes erörtert in systematischer Darstellung die wirtschaftspolitischen Ziele und Mittel der Elektrizitätsgesetzgebung. Wenn man dem Staate überhaupt die Kompetenz einräumt, in ein bisher freies Gebiet technischer und wirtschaftlicher Kraftentfaltung mit seinen Gesetzen einzugreifen, dann erhebt sich sofort die wichtige Frage, wie die Grenzen dieser Kompetenz am zweckmäßigsten zu bestimmen sind. Die Beantwortung wird letzten Endes von der Stellung abhängen, die man überhaupt zu dem Problem einnimmt, das sich aus dem Antagonismus zwischen Individuum und freier Gesellschaft auf der einen Seite und dem Staate, respektive den öffentlichen Zwangsverbänden auf der anderen Seite ergibt. *Krasny*² hält sich von den beiden hier möglichen Extremen gleich fern und bewegt sich auf einer mittleren Linie in der Richtung einer Ausgleichung zwischen individualistischer und organischer Staats- und Gesellschaftsauffassung.

An wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten, die für eine rechtliche Regelung der Starkstromverwertung in Betracht kommen, hebt der Verfasser hervor: die Universalität der Verwertung der Elektrizität, die dank der hohen technischen Entwicklung der letzten Jahre für Landwirtschaft, gewerbliche und industrielle Gütererzeugung, das Verkehrs- und Beleuchtungswesen, in Verwendung kommt.³ Da man jedoch in Österreich noch nicht den Höhepunkt der Verwertungsmöglichkeit elektrischer Energie erreicht hat, ist hier die wichtigste wirtschaftspolitische Aufgabe, die Ausnützung der Elektrizität nach Kräften zu fördern. Ein anderes für Wirtschaftspolitik und Gesetzgebung richtunggebendes Prinzip ist die zunehmende technische und kommerzielle Zentralisierung in der Elektrizitätsindustrie, eine Tendenz, die immer näher zur Etablierung eines nationalen, ja internationalen Elektrizitätsmonopoles führt. Um so dringender ist das Postulat nach einer

¹ *Arnold Krasny*, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung. Mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes, Wien 1910.

² *Arnold O. Krasny von Ergen* (1869–1937), Beamter und Nationalökonom. 1894 Dr. iur. sub auspiciis imperatoris; 1894–1896 Dienstzeit bei der Finanzprokuratur und im Handelsministerium; 1896 in das Eisenbahnministerium berufen, ab 1910 Ministerialrat; 1917–1919 Sektionschef im Ministerium für öffentliche Arbeiten; 1898–1926 Prof. für Politische Ökonomie an der Wiener Konsularakademie. Als einflussreicher Befürworter eines planmäßigen Ausbaus der Stromversorgungsanlagen und einer Elektrifizierung der Staatsbahnen leistete er wichtige legislatorische Vorarbeiten. Wichtige Werke: Das Bau- und Enteignungsrecht in seiner Anwendung auf die österreichischen Wasserstraßen, Berlin-Grunewald 1904; Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung, Wien 1910; Wirtschaftliche und rechtliche Grundzüge einer rationellen Elektrizitätsversorgung mit besonderer Berücksichtigung Böhmens, Berlin, Wien und London 1913.

³ Vgl. *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 8–14.

präzisen Stellungnahme des Staates.⁴ Eine Verstaatlichung der Elektrizitätserzeugung und -verwertung lehnt *Krasny* ab.⁵ Das öffentliche Elektrizitätsmonopol muß für die Starkstromnutzung vorläufig ausgeschaltet werden. Doch soll die Gesetzgebung und Verwaltung der Gefahr einer monopolistischen Beherrschung des elektrotechnischen Arbeits- und Wirtschaftsgebietes durch Privatunternehmungen entgegen treten.

Was die Ziele eines Elektrizitätsgesetzes im einzelnen betrifft, so soll die Förderung der Elektrizitätsunternehmungen durch Gewährung besonderer Rechte von dem Nachweise der Gemeinnützigkeit der fraglichen Unternehmung abhängig gemacht werden. Diese besonderen Rechte beinhalten Eingriffe in fremde Rechtskreise, wie Wegerechte, Enteignungsrechte für Leitungsanlagen, Einschränkung der im Elektrizitätswesen wie im Eisenbahnwesen oft schädlichen Konkurrenz von Kraftwerken und Leitungsnetzen. Andere Sonderbegünstigungen liegen in der Zuführung materieller Hilfsmittel, der Elektrizitätsförderung im engeren Sinne. Diese Privilegierung der Elektrizitätsunternehmungen erfordert | aber eine dauernde und eindringliche Aufsicht der öffentlichen Gewalt, die ihren Einfluß für eine einheitliche und rationelle Ausgestaltung des Netzes, eine allgemeine und gleichmäßige Zuwendung der Leistungen der Unternehmung an die Gesamtheit der Bevölkerung, Einschränkung der Monopole und ähnliches geltend zu machen und für die Möglichkeit einer künftigen Eigentätigkeit des Staates Vorsorge zu treffen hat.⁶

In der juristisch wichtigsten Frage nach der Rechtsform, in der das Verhältnis des Staates zu den Unternehmungen praktisch in die Erscheinung treten soll, entscheidet sich *Krasny* für die „Konzession im eigentlichen strengen Sinne des Wortes“,⁷ durch die der Unternehmung ein subjektives öffentliches Recht verliehen aber gleichzeitig gewisse – in der Konzessionsurkunde zu präzisierende – Pflichten im öffentlichen Interesse auferlegt werden.

In der Umschreibung und Abgrenzung des Rechts- und Pflichtkreises der Starkstromunternehmungen liegt auch der Schwerpunkt des technisch äußerst gelungenen Entwurfes zu einem Gesetze über elektrische Anlagen, der zusammen mit einer eingehenden Begründung den zweiten und dritten Teil der *Krasnyschen* Schrift bildet.⁸

Diese Arbeit des in der Theorie wie in der Praxis bewährten Autors ist als ein wertvoller Beitrag zur verwaltungsrechtlichen Spezialliteratur wärmstens zu begrüßen.

⁴ Vgl. *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 21–26.

⁵ Vgl. *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 27.

⁶ Vgl. *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 32–36.

⁷ *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 38.

⁸ *Krasny*, Elektrizitätsgesetzgebung (Anm. 1), S. 41–138.

Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen (1912)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614.

Nachdruck:

– in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992, Text Nr. 3 (S. 601–614).

Übersetzung:

– *Italienisch*: Sulla sociologia del diritto, in: Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 177–196. – Nachdruck: Sulla sociologia del diritto. Considerazioni critiche, in: Sociologia della democrazia (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1991, S. 85–102.

| Zur Soziologie des Rechtes.

Kritische Betrachtungen

I.

Sehr zum Vorteil der wissenschaftlichen Debatte ist in letzter Zeit der unfruchtbare Streit um Inhalt und Methode der Soziologie zurückgedrängt worden, der ihre Gegner vorwerfen, daß sie zwar einen *Namen* habe, aber kein fester *Begriff* sei – als ob nicht für alles geistige Werden gelte: Im Anfang war das Wort.¹ Man hat das Problem, welche Grenzen der Soziologie zu geben seien, als ein systematisch-ökonomisches, der Frage hintangestellt, was die einzelnen Sozialwissenschaften von der Soziologie zu erwarten oder der Soziologie zu geben haben. Und diese Auseinandersetzung der Soziologie mit ihren Grenzwissenschaften ist noch am ehesten geeignet, eine Rechtfertigung der um ihre Existenzberechtigung kämpfenden jungen Disziplin zu liefern.

Eine solche Auseinandersetzung mit der Soziologie vollzieht sich derzeit auch in der Rechtswissenschaft. Zwei Gruppen von Theoretikern stehen sich dabei in scharfem Kontraste gegenüber. Die einen fordern strenge Isolierung der eigentlichen Rechtstheorie von der Soziologie. Sie stützen sich dabei auf die Erkenntnis, daß die Rechtswissenschaft ihrem Gegenstand, ihrer Betrachtungsweise und ihrer Methode nach von der Soziologie prinzipiell verschieden ist, da sie sich keineswegs der Wirklichkeit eines tatsächlichen sozialen Geschehens – dem faktischen Rechtsleben – keineswegs einer Welt des *Seins*, sondern einer Welt des *Sollens* zuwendet, nicht, wie die Soziologie, *Naturgesetze*, sondern *Normen* (Sollvorschriften) zu erfassen hat, daher nicht wie die Soziologie fragt: was geschieht? und nicht erklärt, warum es so und nicht anders geschehen *muß*, sondern lediglich fragt, was geschehen *soll*; mit anderen Worten, keine erklärende (explikative) Seins- oder Kausal-Wissenschaft, sondern eine normative Disziplin oder Normwissenschaft ist. Diese Richtung fordert die vollständige Reinigung der Rechtslehre von soziologischen Elementen, da in der Verquickung beider Methoden eine arge Begriffsverwirrung, eine heillose Destruktion und Verfälschung beider Wissenschaften gelegen ist. Eine andere Richtung innerhalb der Rechtswissenschaft setzt sich über alle diese methodologischen Bedenken hinweg und verlangt, daß man die Grenzen der neuen Wissenschaft weit öffnen möge; ja, diese Juristen gehen in einem merk-

¹ Joh 1,1.

würdigen Selbstvernichtungstrieb so weit, daß sie die vollständige Ersetzung der Rechtswissenschaft durch die Soziologie für möglich und wünschenswert halten.

Die methodologische Intransigenz der ersteren Richtung ist nun nicht so zu verstehen, daß der Jurist die Resultate der Soziologie ignorieren dürfe oder solle. Die spezifisch juristische, normative Betrachtungsweise erfaßt eben nur eine Seite der Rechtserscheinung. Die Rechtsnormen können auch als Seinstatsachen begriffen werden; sie haben ihre Ursachen in der Gesellschaft, in der sie entstehen, und vor allem ihre Wirkungen auf die Gesellschaft, für die sie geschaffen werden. Die Erkenntnis dieser Zusammenhänge ist die Aufgabe einer Soziologie des Rechtes. Diese ist von größter Wichtigkeit für den Juristen, in erster Linie für den an der Erzeugung der Normen beteiligten, den Gesetzgeber, den Rechtspolitiker und infolge dessen auch für den, dem die Anwendung der Rechtsnormen obliegt, dem Richter und Verwaltungsbeamten. Aber die Konstruktion der Rechtsbegriffe darf durch die soziologische Problemstellung nicht getrübt werden. Man kann dies auch so ausdrücken, daß die Rechtssoziologie den Inhalt der Rechtserscheinung betrifft, während die Rechtswissenschaft sich nur mit ihrer Form zu befassen hat. Der Jurist kann, ja soll *auch* Soziologe sein, so wie etwa der Künstler auch Technologe sein muß, um das Material mit dem er arbeitet, zu beherrschen. Aber er muß sich stets bewußt bleiben, daß er als Jurist eine andere Methode anzuwenden hat als der Soziologe. Die Soziologie ist eine Voraussetzung der Jurisprudenz, aber von ihr wesentlich verschieden.

Die Frage, welchen Gewinn die Rechtswissenschaft von der Soziologie haben kann, beantwortet neuestens der bekannte Rechtsphilosoph der Freiburger Universität *Hermann U. Kantorowicz*² in einer Schrift: „Rechtswissenschaft und Soziologie“ (Tübingen, J. C. B. Mohr 1911).³ Er beginnt dankenswerterweise mit einem Bekenntnis, was *er* unter Soziologie versteht. Eine strikte Definition des Begriffes gibt *Kantorowicz* allerdings nicht. Er spricht zunächst von „soziologischen Beziehungen“ und bezeichnet als solche die Beziehungen mehrerer Sozialgebiete untereinander. Als „soziale Gebiete“ führt er an: Wirtschaft, Technik, Sitte, Kunst,

² Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940), Strafrechtswissenschaftler, Rechtssoziologe, Rechtshistoriker und Rechtsphilosoph. 1908 Habilitation in Freiburg i.Br., ab 1913 a.o.Prof. ebendorf, 1924 Gastprofessur an der Universität in London, 1927 an der Columbia-Universität in New York, 1929–1933 o.Prof. in Kiel. 1933 aus politischen Gründen seines Amtes enthoben, setzte er seine Forschungs- und Lehrtätigkeit in den USA 1933–1934 (New School for Social Research in New York) und in Großbritannien 1934–1940 (London School of Economics, Cambridge, Oxford) fort. Unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius verfasste Kantorowicz 1906 die die Freirechtswissenschaft mitbegründende Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“. Er gilt neben Eugen Ehrlich (1862–1922), Émile Durkheim (1858–1917) und Max Weber (1864–1920) als Wegbereiter der Rechtssoziologie. Wichtige Werke: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906; *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig 1909; *Tat und Schuld*, Zürich und Leipzig 1933; *Some Rationalism about Realism*, in: *Yale Law Journal* 43 (1934), S. 1239–1253; *The Definition of Law* (hrsg. von Archibald Hunter Campbell), London und Cambridge 1958.

³ *Hermann Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in: *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen 1911*, S. 275–309.

Religion, aber auch die „biologisch-psychologischen Grundlagen“ und das Recht. Soziologie ist nach *Kantorowicz* – im Gegensatz zu der Betrachtung dieser „Einzelgebiete des sozialen Lebens“ an sich – die Betrachtung von |Beziehungen mehrerer solcher Sozialgebiete untereinander.⁴ Von Rechtssoziologie spricht *Kantorowicz* dann, „wenn das soziale Leben speziell auf seine Beziehungen zu den Rechtsnormen hin untersucht wird“.⁵ Diese Definition der Rechtssoziologie paßt mit seiner allgemeinen Bestimmung der Soziologie nicht recht zusammen. Denn bei der Rechtssoziologie handelt es sich gar nicht um die Beziehung zwischen zwei „Einzelgebieten des sozialen Lebens“; weder das „soziale Leben“ noch „Rechtsnormen“, deren Beziehung den Gegenstand der Rechtssoziologie bildet, können als „Einzelgebiete des sozialen Lebens“ gelten. Dieser letztere Begriff scheint mir überhaupt recht unbestimmt zu sein. Im übrigen kann die *K.sche* Auffassung der Rechtssoziologie an und für sich und ohne Rücksicht auf seinen keineswegs einwandfreien allgemeinen Begriff der Soziologie akzeptiert werden.

K. behauptet nun, daß die Frage, ob die Rechtssoziologie für die Jurisprudenz nutzbar gemacht werden könne und solle, von der herrschenden Auffassung der Rechtswissenschaft verneint werde.⁶ Diese herrschende Auffassung von der Rechtswissenschaft – *K.* hat dabei nur die Wissenschaft der Rechtsanwendung, die interpretierende Jurisprudenz im Auge – charakterisiert *K.*: „Es wird gelehrt, daß der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumption unter das Gesetz entscheiden könne, und eben deshalb auch allein aus ihm entscheiden müsse.“⁷ Diese Auffassung führe zur Methode einer starren Buchstaben-Interpretation, die keinen Ausblick auf das soziale Leben zulasse, zu dessen Regelung die Gesetze ergehen.⁸ Einer solchen Interpretation stellt *K.* jene gegenüber, welche in erster Linie nach dem „Zwecke“ oder dem „Sinne“ des Gesetzes fragt. Diese Zweckforschung im Rechtssinne setzt aber – da der Zweck eines Gesetzes aus seinen möglichen Wirkungen im sozialen Leben erkannt werde – eine Tätigkeit auf dem Gebiete der Rechtssoziologie voraus.⁹ Das Postulat der Zweckforschung im Rechtssinne und die damit verbundene Aufgabe einer Pflege der Rechtssoziologie erfülle nur die modern realistische Auffassung von der Rechtswissenschaft, die von der *freirechtlichen* Bewegung¹⁰ vertreten werde.¹¹ Dieser Auffassung – die *K.* unter dem Pseud-

⁴ Alle vier Zitate: *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 276 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 276 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 279.

⁷ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 279.

⁸ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 279f.

⁹ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 280f.

¹⁰ Die Freirechtbewegung (auch Freirechtsschule) war eine Denkrichtung innerhalb der deutschsprachigen Rechtswissenschaft an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, deren Hauptvertreter neben *Kantorowicz* Ernst Stampe (1856–1942), Ernst Fuchs (1859–1929) und Eugen Ehrlich (1862–1922) waren. Sie polemisierte gegen die herrschende anwendungspositivistische Lehre, wonach alles Recht bereits in dem vom Richter anzuwendenden Gesetz enthalten und nur mehr durch begriffslogische Operationen zu gewinnen sei.

¹¹ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 284f.

onym *Gnaeus Flavius* schon in seiner temperamentvollen Schrift: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“¹² propagiert hat – bedeutet das Gesetz einerseits einen Wegweiser, das heißt: die vom Gesetze verfolgten Zwecke sind es, die unverweigerlich und in erster Linie verwirklicht werden müssen; andererseits eine Schranke, das heißt: „diejenigen Aufgaben, deren Lösung dem Gesetze nicht entnommen werden können – und die unvermeidliche Lückenhaftigkeit des Gesetzes wie die Vielgestaltigkeit und Veränderlichkeit des Lebens sorgen dafür, daß solcher Aufgaben zahllose sind – dürfen nicht in einer den Zwecken des Gesetzes zuwiderlaufenden Weise gelöst werden.“¹³ Aus der freirechtlichen Methode ergebe sich nicht, wie eine mißverständliche Auffassung dieser Richtung behauptete, ein Judizieren contra legem sondern im Gegenteil, die Ablehnung eines solchen; für das Judizieren ex lege die Ueberwindung der Buchstaben- und Begriffs-Jurisprudenz und die Etablierung der Zweckforschung auf soziologischer Basis. Die bedeutsamste Konsequenz der freirechtlichen Auffassung aber ist die Möglichkeit eines Judizierens sine lege; – es handelt sich dabei um jene Fälle, in denen die Rechtsanwendung berufen ist, „Lücken“ im Gesetze auszufüllen.¹⁴ Da hier der Richter gleichsam in Stellvertretung des Gesetzgebers tätig ist, muß er sich wie dieser über die kausalen Beziehungen der von ihm anzuwendenden Normen des „freien“ (weil nicht im Gesetze gegebenen) Rechtes Rechenschaft geben, das heißt eben Rechtssoziologie betreiben.¹⁵

| 604

Diesen Ausführungen *K.s* kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Zunächst muß die „alte“ Auffassung der Rechtswissenschaft (das heißt der Wissenschaft von der Rechtsanwendung) gegen die neue freirechtliche Bewegung in Schutz genommen werden. Es ist ja begreiflich, daß einer neuen Richtung der Gegensatz zur alten nicht scharf genug sein kann, da doch ihr Sieg durch nichts so sehr gefährdet wird als durch den Nachweis, daß ein Gegensatz gar nicht besteht. Aber es scheint mir wirklich so, als ob die freirechtliche Bewegung mit all ihrem Ungestüm gegen einen eingebildeten, künstlich konstruierten Gegner kämpft. Die herrschende Auffassung vom Wesen der Rechtswissenschaft ist nämlich von der neuen, die *K.* predigt, gar nicht so verschieden und kann ihren jungen Gegnern leider auch nicht den Gefallen machen, auf die von *K.* aufgeworfene Prüfungsfrage: soll und kann die Rechtssoziologie für die Jurisprudenz nutzbar gemacht werden? mit Nein zu antworten. Denn die Möglichkeit und Notwendigkeit, die Rechtssoziologie als Hilfswissenschaft heranzuziehen, ist für die alte Auffassung im selben Maße gegeben wie für die neue. Was führt denn zur Heranziehung der Rechtssoziologie? Die Zweckforschung. Die Frage nach dem „Zweck des Gesetzes“ ist aber zu allen Zeiten als ein notwendiges Interpretationsmittel anerkannt worden. Ob nun dieser Zweck des Gesetzes als „Absicht des Gesetzgebers“, als „Sinn“ oder „Verstand“ des

¹² *Gnaeus Flavius*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.

¹³ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 287.

¹⁴ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 287.

¹⁵ Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 289.

|605

Gesetzes erscheint, ist gleichgültig. Die von der alten Schule gelehrte extensive und restriktive Interpretation bedeutet gar nichts anderes als eine dem *Wortlaute* des Gesetzes gegenüber erweiternde oder verengende Regulierung der Gesetzesanwendung nach dem *Zwecke* des Gesetzes. Das kann in jedem, auch dem ältesten Pandektenlehrbuche nachgelesen werden. Eine nicht nach dem Zwecke des Gesetzes orientierte Rechtsanwendung ist auch nach der alten Auffassung fehlerhaft, da doch der Sinn eines Rechtssatzes nur nach seinem Zwecke erfaßt werden kann. Fraglich kann bloß sein, wie der Zweck des Gesetzes zu eruieren ist. Jedes Gesetz gewährt seiner Anwendung eine gewisse Freiheit und muß keineswegs nur der Realisierung jener Zwecke dienen, die der „Gesetzgeber“, das heißt die Generation und Gesellschaftsklasse im Auge hatte, die es *geschaffen* hat. Die Generation und Gesellschaftsklasse, die ein Gesetz *anzuwenden* hat, wird bald eine andere, und andere Zwecke scheinen ihr erstrebenswert. Niemals aber hat sie sich von irgendeiner Juristenschule verhindern lassen, mit dem ihr anvertrauten Gesetze jene Zwecke zu verfolgen, die sie jeweils für wertvoll hält, soweit sich dies nur irgend mit dem Wortlaute des Gesetzes logisch vereinbaren läßt. Oder glaubt wirklich jemand, daß z. B. das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch heute im selben Geiste gehandhabt wird wie anno 1811, und das Strafgesetzbuch wie anno 1803?¹⁶ Was die alte Anschauung von der Rechtsanwendung verlangt ist nicht, wie *K.* ihr in die Schuhe schiebt, daß jede Entscheidung aus dem Wortlaute des Gesetzes „herausgeholt“ werde, sondern nur, daß jede Entscheidung mit dem Gesetze „vereinbar“ sei, aus dem Gesetze heraus gerechtfertigt werden könne. Nichts anderes aber postuliert *K.* im Namen der neuen Schule. Auch unter der Herrschaft der alten Rechtswissenschaft läuft der psychologische Prozeß des Judizierens nicht in der Weise ab, daß der Gedanke von der Erkenntnis des zu entscheidenden Falles zu dem im Bewußtsein ruhenden Gesetze geht, um hier zu subsummieren und nach gelungener Subsumption zu entscheiden; sondern in der Regel der Fälle wird erst aus dem Rechtsgefühl eine Entscheidung geholt und diese innerlich fertige Entscheidung dann aus dem Gesetze zu rechtfertigen versucht, indem ihre Vereinbarkeit mit diesem nachgewiesen wird. Zumal wenn nach dem Gesetze nicht eine einzige Entscheidung, sondern mehrere möglich sind. Keine, auch nicht die modernste Rechtsauffassung kann aber auf das Postulat verzichten, daß zwischen Rechtsanwendung und Rechtsordnung eine logische Relation besteht, der zufolge die Einzel-Entscheidung sich als ein Schluß darstellt, dessen Obersatz ein allgemeiner im Gesetze enthaltener Rechtssatz ist. Diese *statische* Relation gilt ohne Rücksicht darauf, ob nach der *Dynamik* der Urteilsfindung die Entscheidung aus dem Gesetze herausgeholt oder in das Gesetz hineingepaßt wird. Das fragliche logische Band zwischen Rechtsordnung und richterlicher oder sonstiger staatlicher Tätigkeit ist deshalb notwendig, weil es das einzige Kriterium dafür ist, daß eine

¹⁶ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946; Strafgesetz über Verbrechen, in: Patent vom 3ten September 1803, JGS 1803/626.

staatliche, das heißt dem Staate *zuzurechnende* Tätigkeit und keine Willkürhandlung einzelner Menschen vorliegt. Nur der in der Einzelentscheidung realisierte *Rechtssatz* ist die *Zurechnungsregel*, welche die Strafe oder Exekution der Gerichte, die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden als Organhandlungen, als Staatsakte oder – was dasselbe ist – als Funktionen des Rechtsapparates erkennen läßt.

Darum müssen auch die Konsequenzen der Freirechtsschule für ein angebliches Judizieren *sine lege* mit größter Vorsicht geprüft werden. Es gibt im modernen Rechtsstaate kein Judizieren und überhaupt keine Staatstätigkeit, die im wahren Sinne des Wortes „*sine lege*“ wäre, das heißt sich nicht als Realisierung eines Rechtssatzes – sei es im Gesetze oder nur gewohnheitsrechtlich fixierten Rechtssatzes – darstellt. Auch gibt es keine „Lücken“ in der Rechtsordnung auszufüllen. Man vergegenwärtige sich doch nur die Situation! Der A behauptet eine Rechtspflicht des B, die unerfüllt blieb. Der Richter hat zu entscheiden. Läßt sich mit einer vernünftigen und zweckmäßigen Interpretation der bestehenden Rechtssätze die | behauptete Rechtspflicht des B nicht feststellen, kann kein Richter der Welt und keine juristische Methode den Rechtsapparat zur Durchsetzung einer solchen Pflicht zur Verfügung stellen. Der Interessent ist abzuweisen, wenn auch der Bestand der fraglichen Rechtspflicht vom Standpunkte der Gerechtigkeit oder Wirtschaftlichkeit sehr erwünscht wäre. Ein Judizieren *sine lege* ist hier wie in allen Fällen in Wahrheit ein Judizieren *contra legem*, denn es ist ganz dasselbe: ob über jemanden eine Unrechtsfolge verhängt wird, obgleich er keine durch einen Rechtssatz statuierte Rechtspflicht verletzt hat, oder ob keine Unrechtsfolge verhängt wird, obgleich eine Rechtspflicht verletzt wurde. *Contra legem* fungiert ein Staatsorgan nur weil und insofern es *sine lege* tätig ist. Es gibt streng genommen keinen relevanten Unterschied zwischen „*contra legem*“ und „*sine lege*“.

| 606

Allerdings sind auch die Fälle, die *Kantorowicz* anführt keineswegs als wirkliche „Lücken“ im Gesetze anzusehen. Es liegt hier ein Judizieren *sine lege* im wahren Sinne des Wortes gar nicht vor. Wenn zum Beispiel im Rechtssatze der Diebstahl mit einer Strafe von 1 Tag bis zu 5 Jahren bedroht ist, dann ist die konkrete Entscheidung, die nach richterlichem Ermessen einen bestimmten Diebstahl mit 3 Monaten Gefängnis bestraft, keineswegs – wie *K.* annimmt – *sine lege*, das heißt ohne Gesetz erfolgt. Denn im Gesetze sind eben alle Strafen von 1 Tag bis zu 5 Jahren enthalten und der Richter kann – was *K.* merkwürdigerweise leugnet – die ihm angemessen erscheinende 3 monatliche Gefängnisstrafe ganz ebenso aus dem Gesetze „herausholen“ oder „logisch ableiten“, wie irgend eine andere, bei der ihm keine Ermessensfreiheit in bezug auf [das] Strafausmaß gegeben ist. Denn wenn auf irgendeinen Tatbestand im Gesetze nicht eine einzige feste Strafe gesetzt, sondern nur eine obere und untere Strafgrenze fixiert ist, so bedeutet dies bloß eine sprachliche Zusammenfassung, eine Abbeviatur zahlreicher und zwar ebensoviele Rechtssätze als konkrete Strafausmaße innerhalb der beiden Grenzen möglich sind. Jeder dieser Rechtssätze enthält aber zum Tatbestande die Zusatzklausel, daß der Richter jenes Strafausmaß für angemessen hält, das dann als Unrechtsfolge im

Rechtssatz als staatlicher Wille ausgesprochen ist. Zum Beispiel: Wenn ein Diebstahl vorliegt und der Richter eine Strafe von 1 Tag für angemessen hält, will der Staat eine Strafe von 1 Tag verhängen. Wenn ein Diebstahl vorliegt und der Richter eine Strafe von 2 Tagen für angemessen hält will der Staat eine Strafe von 2 Tagen verhängen usw. bis sowohl in der Zusatzklausel zum Tatbestand wie in der Fixierung der staatlichen Unrechtsfolge das Ausmaß von 5 Jahren erscheint. Nur die Zusammenfassung aller dieser Rechtssätze ist der Rechtssatz: den Diebstahl will der Staat nach richterlichem Ermessen mit Gefängnis von 1 Tag bis zu 5 Jahren bestrafen. Die logische Subsumption des strafbaren Tatbestandes unter das Gesetz kann somit erst erfolgen, wenn auch das richterliche Ermessen fixiert ist. Dann aber ist die konkrete Entscheidung im Gesetze vollkommen logisch determiniert. Allein es kommt – wie bereits früher bemerkt¹⁷ – gar nicht darauf an, daß eine konkrete Entscheidung dynamisch aus dem Gesetze abgeleitet werden kann, sondern lediglich darauf, daß sie statisch mit ihr vereinbar ist. Letzteren Falles aber ist die Entscheidung *ex lege* und nicht mehr *sine lege*.

|607

Ganz analog liegen die Verhältnisse beim zweiten von *Kantorowicz* angeführten Fall eines angeblichen Judizierens *sine lege*, nämlich bei den Urteilen nach Art. I des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. XII. 1907, dem zufolge der Richter, wenn die Entscheidung des Falles weder dem Gesetze noch dem Gewohnheits-Rechte entnommen werden kann, „entscheiden soll, nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“.¹⁸ Diese Formel bedeutet nur einen Blankettrechtssatz, indem von vornherein als Wille des Staates erklärt wird, was der Richter unter den gegebenen Umständen für angemessen hält. Diese Formel bildet den Rahmen, in den die vom Richter im konkreten Fall angewendete Regel als Rechtssatz zu verlegen ist. Der betreffende Richter judiziert ebensowenig *sine lege*, wie ein in bianco Bevollmächtigter ohne Ermächtigung handelt. Daß diese Art des Judizierens, die dem Richter einen größeren Spielraum für sein freies Ermessen einräumt, soziologische Erwägungen erfordert, wird von *K.* durchaus zutreffend nachgewiesen. Nur gilt dies nicht bloß für die neue Rechtsauffassung, wie *K.* meint, sondern ebenso auch für die alte, welche die vielgerühmten Methoden der Freirechtsschule längst, wenn auch unter weniger tönenden Namen, beobachtet.

Der Gegensatz zwischen der alten und der freirechtlichen Auffassung kann in Wahrheit nicht auf dem Boden der Rechtsanwendung, sondern muß offenbar auf dem der Rechtserzeugung liegen. Es handelt sich um ein rechtspolitisch-legislatorisches Problem. Weitgehende Gebundenheit durch das Gesetz oder richterliche Freiheit (natürlich nur im Gesetze eingeräumte Ermessensfreiheit) das ist die Frage. Sie ist keine juristische und die Antwort darauf ist letztlich nur aus der Totalität der Weltanschauung zu holen.

¹⁷ Vgl. oben S. 80f.

¹⁸ Art. I Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, BBl 1907 VI 589.

Bei der Fixierung der wissenschaftstheoretischen Stellung der Rechtssoziologie stellt sich *Kantorowicz* auf den Boden der *Rickertschen*¹⁹ Wissenschaftslehre. Er erklärt die Rechtssoziologie als „eine theoretische, die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszweckes generalisierend bearbeitende Wissenschaft“.²⁰ Die dogmatische Jurisprudenz dagegen ist nach *K.* als „Lehre vom Inhalt und Systeme der Rechtsnormen“²¹ eine Normwissenschaft. Konsequenterweise weist *K.* auf das energischste die Ansicht zurück, die Jurisprudenz könne je durch Soziologie ersetzt werden.²² Er anerkennt somit die prinzipielle methodologische Verschiedenheit von Soziologie und Jurisprudenz.

II.

Die deutliche Festlegung der Grenze zwischen Jurisprudenz und Soziologie ist umso notwendiger, als gerade in letzter Zeit eine aller methodologischer Schulung bare Richtung, deren bereits eingangs | Erwähnung getan wurde, die Ersetzung der dogmatischen Jurisprudenz durch die Soziologie als das Heil der Wissenschaft ausruft. Zu dieser Richtung gehört auch die größere Arbeit eines Wiener Rechtsanwaltes *Dr. Kornfeld*²³, die ihren recht allgemein gehaltenen Titel: „Soziale Machtverhältnisse“ durch den Untertitel: „Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage“ näher präzisiert (Wien, Manz, 1911).²⁴ Als die Aufgabe des Buches bezeichnet der Autor, das Dogma von dem normativen Wesen des positiven Rechtes zu bekämpfen und darzulegen, daß *positives Recht als ein System tatsächlicher Regeln des gesellschaftlichen Lebens begriffen werden muß*.²⁵ Dieser Gedanke bildet den Kern des ziemlich umfangreichen Werkes. Mit ihm steht und fällt das ganze Buch. Man bleibt darum der *Kornfeldschen* Arbeit nichts schuldig, wenn sich die Kritik auf diesen Punkt beschränkt.

¹⁹ Heinrich Rickert (1863–1936), Philosoph. 1891 Habilitation in Freiburg i.Br., ab 1894 a.o. Prof., ab 1896 o. Prof. ebendort, 1915–1934 o. Prof. in Heidelberg. Er gehörte zu den Exponenten der Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus, die in Freiburg i.Br., Straßburg und Heidelberg beheimatet war. Im Anschluss an Kant vertritt diese philosophische Richtung eine Wertlehre, die insbesondere durch die Unterscheidung von Sein und Sollen gekennzeichnet ist. Rickert erzielte mit seiner Gegenüberstellung von Wertbeziehung und Werturteil prägende Wirkung. Wichtige Werke: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, Freiburg i.Br. 1899 (6. und 7. Aufl., Tübingen 1926); Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Tübingen 1902 (5. Aufl., Tübingen 1929); Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen 1921.

²⁰ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 297.

²¹ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 297.

²² Vgl. *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 3), S. 297.

²³ Ignatz Kornfeld (1846–1921), Rechtsanwalt und Prüfungskommissär bei den juristischen Staatsprüfungen. Kornfeld verfasste zahlreiche zivilprozessuale und rechtsphilosophische Arbeiten. Wichtige Werke: Soziale Machtverhältnisse, Wien 1911; Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, Berlin 1920.

²⁴ *Ignatz Kornfeld*, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, Wien 1911.

²⁵ Vgl. *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 3.

Kornfeld meint, daß nur die von ihm postulierte Auffassung des Rechtes als einer Summe von Regeln tatsächlichen Geschehens eine „Wissenschaft“ vom Rechte möglich mache, da nur Seiendes nicht aber Seinsollendes Gegenstand einer Erfahrungs-Wissenschaft sein könne. Die Lehre vom positiven Rechte müsse denselben logischen Methoden unterworfen werden, die auf allen anderen Gebieten theoretischen Wissens befolgt werden.²⁶ Hiemit begeht *Kornfeld* schon in seinen logischen Voraussetzungen den Fehler, als „Wissenschaft“ nur die Kausalwissenschaften, die auf Erklärung des tatsächlichen Geschehens gerichtet sind, der Seinswelt zugewendeten Disziplinen zu verstehen. Er scheint einfach zu ignorieren, daß es neben diesen Disziplinen auch Normwissenschaften gibt, die nicht kausal erklären was ist und sein muß, sondern statuieren was sein soll, daß es neben den *Wirklichkeits*-Wissenschaften auch *Wertwissenschaften* gibt und geben muß, weil der Wert eben nicht durch eine kausale Betrachtung der Wirklichkeit erfaßbar ist und nur unter der Voraussetzung von Normen besteht. Darum sind ja die Einwände, die *Kornfeld* gegen die Auffassung des Rechtes als einer Summe von Normen macht, so überaus gegenstandslos. Sie gipfeln nämlich in der an sich richtigen Behauptung, daß die Normentheorie nicht imstande sei, die *realen Erscheinungen des Rechtslebens zu erklären*. Natürlich kann sie das nicht, soll es aber auch gar nicht können und solches von ihr verlangen, hieße denselben Irrtum begehen, wie wenn man etwa in einem System der Logik kausale Erklärung des tatsächlichen menschlichen Denkens suchte, statt in der Psychologie. Wenn *Kornfeld* der Normentheorie ihre „Irrealität“ vorwirft, so ist das etwa so, wie wenn man die Geometrie für falsch und überflüssig erklären wollte, weil es in der Wirklichkeit gar keine Quadrate, Kreise, Ellipsen, Kugeln etc. gibt. Die Normentheorie will ja gar nicht die Welt des Seins, der Realität, sondern ausschließlich eine Welt des Sollens, der Idealität begreifen. Darum ist es schlechterdings unsinnig, zu behaupten, daß die Auffassung des Rechtes als einer Summe von Normen unvereinbar sei mit der Gewinnung reiner | Erfahrungsbegriffe vom rechtsgesellschaftlichen Zusammenleben. Denn die empirische, das heißt kausal-explikative Erfassung der Wirklichkeit des „Rechtslebens“ wäre von vornherein durchaus neben einer rein normativen Betrachtungsweise möglich, da es sich hierbei um zwei von einander prinzipiell verschiedene Erkenntnisrichtungen handelt, die sich gegenseitig nicht im Wege stehen. Fraglich scheint mir allerdings, ob es überhaupt ein Forschungsobjekt „Rechtsleben“ gibt, das sich ohne Relation zu gewissen Normen fixieren läßt. Welches sind die Regeln tatsächlichen Geschehens, die als „Recht“ im Sinne *Kornfelds* aus der Menge von Regeln gesellschaftlichen Verhaltens herausgehoben werden sollen, wenn von der Beziehung zu den Rechtsnormen ganz abstrahiert wird? Unterscheidet sich doch das tatsächliche und regelmäßige Verhalten der Menschen das man als Sitte, Moral, Recht bezeichnet und das inhaltlich vielfach übereinstimmt offenbar nur formal durch eine Beziehung zu gewissen von einander

|609

²⁶ Vgl. *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 2 f.

verschiedenen *Normen*. Die Regel, daß man auf einem Ball eine weiße Kravatte trägt, daß man beim Baden sich mit einem Schwimmgewand bekleidet, daß das Staatsorgan im Dienst in Uniform erscheint – diese Bekleidungsregeln sich²⁷ ihrer Natur nach für eine bloß auf die Tatsächlichkeit gerichtete Betrachtung nicht zu unterscheiden. Und doch ist die eine eine Regel der Sitte, die andere eine solche der Moral und die dritte eine Rechtsregel. Daß man ein empfangenes Darlehen zurückgibt kann als Regel der Sitte, aber auch als solche der Moral und ebenso als eine Rechtsregel angesehen werden. Wenn dasselbe Verhalten hier dreifach qualifizierbar ist, so ergibt sich dies nicht aus seiner eigenen Tatsächlichkeit, sondern ausschließlich durch die Beziehungsmöglichkeit zu drei voneinander verschiedenen Normgruppen. Es gibt gar kein „Rechtsleben“, das heißt eine Summe von Regeln tatsächlichen rechtsgesellschaftlichen Verhaltens ohne die Beziehung zu den Rechtsnormen. Der Versuch *Kornfelds* bedeutet somit eine *petitio principii*, da er den Begriff des „Rechtslebens“ nur aus dem der Rechtsnormen gewinnen kann und dann unter Verdrängung dieses Entstehungsprozesses von dem Normbegriffe abstrahieren zu dürfen glaubt.

Es ist daher auch *Kornfeld* nicht gelungen, seine Rechtsregeln von den Regeln der Moral und Sitte abzugrenzen. Gerade jene Partie seiner Arbeit, die sich mit der Grenzziehung zwischen Moral- und Rechtsregeln befaßt, ist voll von inneren Widersprüchen. *Kornfeld* behandelt das fragliche Problem im Zusammenhange mit dem Begriffe der Rechtspflicht. Nun ist jede Pflicht nur ein Reflex, eine subjektive Erscheinungsform einer Norm. Wenn man von Pflichten spricht, spricht man nur von Normen im subjektiven Sinne. Und wenn man zwischen Recht und Moral prinzipiell scheidet, dann muß man konsequenterweise auch Rechtspflichten und Moralpflichten voneinander trennen. Nun ist aber nach *Kornfeld* die Rechtspflicht tatsächlich nur eine moralische Pflicht. *Kornfeld* bezeichnet die von den Rechtsregeln ausgehende Verbindlichkeit ausdrücklich als eine „an jedes Mitglied der Rechtsgesellschaft gerichtete *ethische* | *Aufforderung*, sich ihnen (den Rechtsregeln) anzuschließen“ (S. 57),²⁸ identifiziert die Rechtspflicht mit den „von den Rechtsregeln²⁹ ausgehenden *ethischen* Verpflichtungen“ (S. 58)³⁰ und definiert die Rechtspflichten geradezu als die „*ethischen* Bildungen³¹ der Willkür“, „welche jedem Einzelnen gegenüber allen anderen Rechtsgenossen im Bereiche des rechtsgesellschaftlichen Lebens obliegen“ (S. 60).³² Rechtspflichten sind somit nach *Kornfeld*

²⁷ «sich»] recte: «sind».

²⁸ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 57 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

²⁹ «den Rechtsregeln»] *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 58: «den tatsächlich geltenden Rechtsregeln».

³⁰ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 58 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³¹ «Bildungen»] *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 60: «Bindungen».

³² *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 60 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

nur besondere Arten von sittlichen Pflichten. Es gibt im Grunde nur *eine* Rechtspflicht, nämlich die sittliche Pflicht, sich den Rechtsregeln entsprechend zu verhalten. Den Bestand einer derartigen sittlichen Pflicht kann *Kornfeld* natürlich nur im Wege einer Fiktion aufrecht erhalten. Eine allgemeine Moralpflicht, die Rechtsregeln zu beobachten, ist nur möglich, wenn der Inhalt der Rechtsordnung mit den Vorschriften der Moral übereinstimmt. *Kornfeld* schreckt tatsächlich nicht vor einer solchen Behauptung zurück und erklärt, „daß die positiven Rechtsregeln und die ihnen innewohnenden Rechtszwecke *in ihrer Gänze* der Selbstbehauptung eines gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen dienen und daß ein gesellschaftliches Zusammenleben³³ der Menschen als notwendige Voraussetzung aller geistigen und physischen Vervollkommnung und allen Kulturfortschrittes eines der höchsten ethischen Güter bildet“ (S. 58).³⁴ Darin steckt nicht nur eine Fiktion sondern auch ein Trugschluß. Daß *ein* gesellschaftliches Zusammenleben Voraussetzung für die Kultur ist, mag vielleicht richtig sein. Aber deswegen muß nicht *jedes* gesellschaftliche Zusammenleben diese Qualität haben und nicht jede beliebige Rechtsordnung in allen ihren Teilen – bloß weil sie überhaupt ein Zusammenleben bewirkt – kulturfördernd und daher ethisch gerechtfertigt sei. Ein großer Teil der Menschen hat zum Beispiel von der Rechtsordnung des modernen kapitalistischen Staates, die eine Ausbeutung der Masse wenn schon nicht geradezu bezweckt, so doch ermöglicht, eine ganz andere Ansicht als nach der *Kornfeldschen* Formel notwendig wäre. Die nicht abzuweisende Konsequenz dieser Formel ist nun, daß alles rechtliche, das heißt den Rechtsregeln entsprechende oder rechtsgesellschaftliche Verhalten zugleich ein moralisches (weil einer Moralnorm entsprechendes), das heißt moralgesellschaftliches Verhalten ist. Von diesem Gesichtspunkte aus ist Recht der engere, Moral der weitere Begriff der den ersteren in sich einschließt.

In auffallendem Widerspruch zu seiner eigenen Voraussetzung sucht nun *Kornfeld* einen Unterschied zwischen Moralpflicht und Rechtspflicht zu konstruieren. Er sagt: „Durch die Bedingtheit von einer tatsächlichen Rechtsordnung³⁵ unterscheidet sich die positive Rechtspflicht von den moralischen Pflichten (er sollte richtiger sagen: von den anderen moralischen Pflichten), welche dem einzelnen nicht als Rechtsgenossen, sondern als Menschen obliegen.“³⁶ Das letztere aber ist falsch, denn nach *Kornfelds* eigenen Prämissen ist die Rechtspflicht nur eine ethische Pflicht und man ist daher überhaupt „verpflichtet“ nur als Mensch nicht als Rechtsgenosse. Nicht weil man | Rechtsgenosse ist hat man (nach *Kornfelds* ursprünglicher Konstruktion) Rechtspflichten, sondern weil man als Rechtsgenosse Mensch ist, das heißt ein sittliches Wesen, hat man überhaupt Pflichten

|611

³³ «Zusammenleben»] *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 58: «Leben».

³⁴ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 58 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁵ «einer tatsächlichen Rechtsordnung»] *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 60: «einer tatsächlich geltenden Rechtsordnung».

³⁶ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 60 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

und daher auch die besondere sittliche Pflicht, den Rechtsregeln zu entsprechen, das heißt die Rechtspflicht. *Kornfeld* scheint vergessen zu haben, daß er auf eine besondere, von aller Moral unabhängige Rechtspflicht verzichtet und das verpflichtende Prinzip auch bei den sogenannten Rechtspflichten aus dem allgemein sittlichen, das heißt menschlich-sittlichen Prinzip abgeleitet hat. Schlechterdings unverständlich aber ist, wenn *Kornfeld* im weiteren Verlaufe seiner Argumentationen den Unterschied zwischen Rechtspflichten und sittlichen Pflichten und damit einen Unterschied zwischen Rechtsregeln und Moralgesetzen darin sieht, daß die in den Rechtspflichten (resp. in den Rechtsregeln) gesetzten Zwecke „nur durch ein regelmäßiges Zusammenwirken sämtlicher Rechtsgenossen verwirklicht werden können, während die moralischen Zwecke jeder einzelne für sich realisieren kann“.³⁷ Es ist zunächst höchst unklar, was sich *Kornfeld* unter diesem „Zusammenwirken aller Rechtsgenossen“ denkt. Wer ein empfangenes Darlehen zurückerstattet, wer einen Diebstahl unterläßt, erfüllt ebenso eine Rechtspflicht, resp. realisiert einen Rechtszweck wie er eine sittliche Pflicht erfüllt, resp. einen moralischen Zweck verwirklicht. Eine Unterscheidung zwischen Rechtspflicht und Moralpflicht nach der Art der Realisierung durch den Verpflichteten ist daher schon deshalb unmöglich, weil zahlreiche Rechts- und Moralpflichten inhaltlich übereinstimmen und besonders nach *Kornfeld* überhaupt immer zusammenfallen müssen. Wie übrigens ein Zusammenwirken sämtlicher Rechtsgenossen zur Realisierung eines Rechtszweckes notwendig sein soll, hat auch *Kornfeld* nicht näher dargelegt. Die Rückzahlung eines Darlehens kann sich ohne jede Mitwirkung anderer Rechtsgenossen als des Schuldners und des Gläubigers vollziehen. Vollends Unterlassungspflichten werden überhaupt immer von dem Verpflichteten für sich allein realisiert. Wenn *Kornfeld* aber meint, daß Rechtszwecke insofern durch das Zusammenwirken aller Rechtsgenossen realisiert werden müssen, als „eine rechtliche Verpflichtung zur Leistung eines Versprochenen für den Promittenten nur daraus erwächst, daß diese Leistung einem rechtsgesellschaftlichen, das ist tatsächlich geltenden Rechtsregeln innewohnendem Zwecke entspricht“³⁸ so heißt das gar nichts anderes, als daß eine Rechtspflicht nur auf Grund von Rechtsregeln bestehen kann, die Rechtsregel aber nach *Kornfeld* eine Regel tatsächlichen Geschehens, nur durch das tatsächliche Verhalten aller Rechtsgenossen (der Rechtsgesellschaft) konstituiert wird. Damit ist aber nicht der geringste Unterschied zu den sittlichen Pflichten, resp. zu den Moralregeln gewonnen, die konsequenterweise von *Kornfeld* ebenso nur als Regeln tatsächlichen Verhaltens und daher als durch das Zusammenwirken der Gesellschaft konstituiert, angesehen werden dürfen. Der isolierte Mensch ist ebenso moral- wie rechtlos.

Den Höhepunkt aber erreicht die *Kornfeldsche* Argumentation, wenn er in seinem Bestreben, die Moralpflicht von der Rechtspflicht, | die Moralgesetze von |612

³⁷ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 60 – Kelsen paraphrasiert.

³⁸ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 61.

den Rechtsregeln zu unterscheiden, schließlich sogar behauptet die Erfüllung einer Rechtspflicht könne zugleich die Verletzung einer sittlichen sein und umgekehrt. Er meint (S. 62)³⁹ die Rechtsregeln entsprächen ja im allgemeinen den Sittengeboten (S. 58⁴⁰ hat er allerdings erklärt, die Rechtsregeln dienen *in ihrer Gänze* sittlichen Zwecken), immerhin seien Ausnahmen möglich. Statuiert also eine mit der Moral inkongruente Rechtsregel keine Rechtspflicht? Dann wäre sie ja gar keine Rechtsregel. Statuiert sie aber eine Pflicht, dann führt *Kornfelds* Konstruktion unabwendbar zu der Konsequenz einer sittlichen Pflicht zu unsittlichem Verhalten.

Der Versuch *Kornfelds*, die Rechtsregeln von den Regeln der konventionellen Sitte abzugrenzen, ist kurz abzutun. Wenn *Kornfeld* behauptet, die Rechtsregeln schaffen soziale Machtverhältnisse, deren die konventionellen Sitten völlig entbehren, die Verletzung einer Anstandssitte habe keinen regelmäßigen Widerstand seitens der Gesellschaftsmitglieder zu gewärtigen, so ist dies einfach unrichtig. Die soziale Macht der Sitte ist häufig viel stärker als die des Rechtes und auf Verletzungen der Konventionalregeln reagiert die Gesellschaft meist aufs kräftigste. Versuche einer auf einem Ball im Sportkostüm zu erscheinen! Die Gesellschaft würde ihn einfach hinausdrängen. Oder ein Duell verweigern! Die sehr empfindliche Reaktion wäre gesellschaftliche Aechtung, so ziemlich die schwerste Strafe die eine soziale Ordnung überhaupt zur Verfügung hat.

Es ist nicht nur unmöglich das Recht als Regel tatsächlichen Geschehens, das Rechtsleben, von anderen Regeln menschlichen Verhaltens abzugrenzen und begrifflich zu fixieren ohne dabei auf Rechtsnormen Bezug zu nehmen; ein großer, vielleicht sogar der größte Teil dessen, was man als „Rechtsleben“ bezeichnet, ist für eine bloß auf die Realität ohne Rücksicht auf die Normen gerichtete Anschauung überhaupt nicht erfaßbar, weil für eine Wirklichkeitsbetrachtung gar nicht gegeben. Faßt man unter „Rechtsleben“ das rechtmäßige Verhalten der Menschen zusammen, dann ist darunter nicht nur ein gewisses regelmäßiges positives *Handeln* zu verstehen, sondern vor allem auch ein bestimmtes *Unterlassen*. Ein großer Teil der Rechtsnormen statuiert Unterlassungspflichten und das diesem Teile der Rechtsordnung korrespondierende tatsächliche Verhalten der Menschen ist lediglich negativ determiniert. Daß die Menschen regelmäßig nicht stehlen, nicht morden, nicht brandstiften, das gehört ebenso zu dem mit „Rechtsleben“ bezeichneten rechtsgesellschaftlichen Verhalten, wie daß sie regelmäßig die Steuern abführen und Darlehen zurückerstatten. Wenn man nun selbst zugeben wollte, daß es für das rechtsgesellschaftliche *Handeln* irgend ein Kriterium gibt, das von jeder Beziehung zu Rechtsnormen unabhängig ist (was allerdings falsch wäre) so ist es doch schlechterdings schon logisch unmöglich, dieses rechtsgesellschaftliche *Unterlassen* anders als durch den Vergleich mit den Unterlassungsnormen des Rech-

³⁹ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 62.

⁴⁰ *Kornfeld*, Machtverhältnisse (Anm. 24), S. 58.

tes zu gewinnen. Eine auf die Welt des tatsächlichen Geschehens gerichtete, die Kette von Ursache und Wirkungen verfolgende reine Wirklichkeitsbetrachtung findet überhaupt keine „Unterlassung“; für eine solche Anschauung gibt es nur positive Vorgänge; in der Welt der Wirklichkeit gibt es kein Geschehen mit negativem Vorzeichen. Der Biologe, der einen Organismus beschreibt und erklärt, wird nicht feststellen, welche Funktionen dieser Organismus regelmäßig *nicht* ausübt; ihre Zahl ist Legion, sie sind von vornherein gar nicht ausdenkbar. Es fehlt ihm jedes Kriterium, aus der Unmenge der möglichen Unterlassungen irgendeine als für den Organismus wesentlich herauszuheben. Daß eine bestimmte Bewegung *nicht* eintritt, daß sie fehlt, unterlassen wird, zu einem solchen Urteil kann man nur kommen, wenn man schon mit der Vorstellung der fraglichen Bewegung – also nicht mehr voraussetzungslos – an das zu beschreibende und zu erklärende System herantritt, wenn man die fragliche Bewegung *erwartet*; das heißt aber, wenn man einen Vorgang der Wirklichkeit, einen Seinstatbestand mit einem anderen von ihm in gewissen Punkten differierenden als Maß, Richtschnur oder *Norm* vorgestellten vergleicht. Ein Fehlen in der Realität ergibt sich nur durch die Gegenüberstellung mit einer Idealität. Nur mit der (irgendwoher stammenden) Vorstellung, daß etwas bestimmtes sein *solle*, komme ich zu der Erkenntnis, daß etwas nicht ist, fehlt, unterlassen wurde. Der ganze Begriff der „Unterlassung“ scheint normativer Struktur. Es ist daher eine Selbsttäuschung, wenn man von Unterlassungsregeln als von Regeln tatsächlichen Geschehens ohne Beziehung zu Unterlassungsnormen sprechen zu können glaubt. Enthält doch die Unterlassung die Negation des tatsächlichen Geschehens in sich. Der explikativen Betrachtung des „Rechtslebens“ oder der „Wirklichkeit des Rechtes“ (im Gegensatz zu den Rechtsnormen) fehlt somit dieser große, vielleicht sogar größte Teil der normativen Seite des Rechtes.

Für eine wahrhaft soziologische Forschung aber dürfte der Begriff der Rechtswirklichkeit, des Rechtslebens, noch stärker zusammenschrumpfen. Eine Soziologie des Rechtes wird nämlich nicht auf die Weise begründet, daß irgendein gesellschaftliches Verhalten der Menschen unter Abstraktion von allen Normen untersucht wird, sondern indem die Rechtsnormen selbst als Seins-Tatsachen, das heißt im Bewußtsein der Menschen lebende Vorstellungskomplexe auf ihre Ursachen und Wirkungen hin geprüft werden. Von diesem – meiner Ansicht nach für die Rechtssoziologie einzig möglichen – Standpunkte aus wird nur das durch die Rechtsordnung, das heißt durch das Bewußtsein von Rechtsnormen motivierte Verhalten der Menschen als Rechtsleben oder Rechtswirklichkeit erfaßt werden können. Eine derartige psychologische Untersuchung – ihre wissenschaftliche Methode und praktische Durchführbarkeit wäre noch festzustellen – würde höchstwahrscheinlich zutage fördern, daß nur ein kleiner Teil der dem Rechte entsprechenden Handlungen der Menschen wirklich kausal auf die Rechtsordnung als Motiv zurückzuführen ist, daß zahlreiche äußerlich rechtmäßige Handlungen ihre Motive ausschließlich aus dem Bewußtsein der Moral und der Sitte

holen. Diese wird man aber richtigerweise nicht der Wirklichkeit des Rechtes, sondern jener der Moral und der Sitte zuzurechnen haben. Mit ihnen hat sich nicht die Soziologie des Rechtes, sondern die der Moral und der Sitte zu befassen. Freilich wird man gerade von diesem Standpunkte aus wieder gewisse „Unterlassungen“ für das Rechtsleben gewinnen, jene nämlich, die sich für die psychologische Analyse als durch die Vorstellung der Rechtsordnung motivierte Verdrängungen oder Unterdrückungen von Impulsen zu rechtsnormwidrigen Handlungen darstellen, somit nur für die Körperwelt als Unterlassungen, für die psychische Seinswelt dagegen als echte Handlungen, positive Geschehnisse zu gelten haben.

Daß eine derartige Soziologie des Rechtes, die, den obigen Richtlinien entsprechend, keineswegs auf die Untersuchungen der Wirkungen beschränkt ist, die das Bewußtsein der Rechtsnormen auf das Verhalten der Menschen hat, sondern auch den Ursachen der Entstehung der Rechtsnormen nachzugehen hätte, für die Rechtspolitik von größter Bedeutung wäre, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Nur ein genauer Einblick in den psychologischen Mechanismus des Rechtsapparates kann das Material liefern, das für die wissenschaftliche Kritik und zweckmäßige Reform der Gesetzgebung erforderlich ist. Eine exakte Rechtssoziologie, die uns über die Wirkungsmöglichkeiten der Rechtsmaschine Aufschluß gäbe, würde vielleicht dartun, daß zahlreiche Rechtsnormen überflüssig, andere wieder abänderungsbedürftig sind. Wie kann zum Beispiel der Streit über die Todesstrafe entschieden werden, solange man nicht festgestellt hat, wie die Androhung der Todesstrafe wirkt. Die Frage, welchen Zweck die Strafe überhaupt hat oder haben kann und soll, diese wissenschaftliche Voraussetzung aller Strafrechtspolitik, kann präzise nicht beantwortet werden ohne die Feststellung, welche Wirkungen die verschiedenen Strafnormen zu den verschiedenen Zeiten in den verschiedenen Kulturstufen und Gesellschaftsschichten tatsächlich haben. Das ist aber eine Aufgabe der Rechtssoziologie. Daß sie heute von diesem idealen Ziele noch weit entfernt ist, kann freilich nicht geleugnet werden. Derzeit steckt sie in ihren Anfängen und hat noch um ihre Grundlagen, ihre Ziele und Methoden zu kämpfen. Sie begnügt sich noch, die *möglichen* Wirkungen und Ursachen der Rechtsnormen zu fixieren und über die *tatsächlichen* Vermutungen aufzustellen. Ob es der Rechtssoziologie einmal gelingen wird, ihre Materie ebenso exakt zu behandeln, wie es zum Beispiel der modernen Biologie gelungen ist, das hängt nicht von ihr allein ab, noch hat es für sie allein Bedeutung. Es ist das Problem der gesamten Soziologie und überhaupt aller Gesellschaftswissenschaften.

Der Buchforderungskont und die
inakzeptable deckungsberechtigte Tratte
(1913)*

* Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 289–292. – Separatdruck (neu gesetzt): Wien 1913. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle SEP zu erkennen.)

| Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte.

Kreditnot und eine beispiellose Verschlechterung der Zahlungssitten haben in *Österreich* eine neue Kreditform entstehen lassen, die sich in kaum zwei Dezennien in ungeahnter Weise ausgebreitet hat: den Eskont¹ offener Buchforderungen. Er beherrscht heute, von mehr als 80 Eskontstellen betrieben, einen großen Teil des Kreditverkehrs der kleineren und mittleren Unternehmungen mit einem stetig steigenden Jahresumsatz, der bald eine Milliarde Kronen erreichen dürfte. Und es ist beinahe eine Ironie der Wirtschaftsgeschichte, daß *Österreich* gerade mit diesem aus seiner ökonomischen Zwangslage entstandenen Notbehelf den anderen Ländern ausnahmsweise einmal vorbildlich vorangegangen ist. Denn trotz der abfälligen Beurteilung, der die neue Kreditform ganz allgemein im Ausland – besonders in Deutschland – begegnete, fand sie dennoch auch hier Eingang, wenn auch im Verhältnis zu *Österreich* nur mäßige Verbreitung. Allein auch die außerordentliche Entwicklung des Institutes in *Österreich* und seine damit verbundene stetige Vervollkommnung war nicht im stande, den Stempel moralisch-ökonomischer Minderwertigkeit, der dem Eskont offener Buchforderungen von Anbeginn an aufgeprägt war, ganz zu verwischen. Und so kommt es, daß ein so gewaltiger, für die Volkswirtschaft lebensnotwendiger Kreditverkehr sich in Formen abwickelt, denen heute – sei es nun berechtigt oder unberechtigt – das Vorurteil anhaftet, nicht ganz einwandfrei zu sein. Die Folge davon ist, daß zu den vielleicht nur eingebildeten oder doch sanierbaren Mängeln des Institutes ein zweifellos schwerer und – wie sich gezeigt hat – unausrottbarer Nachteil hinzugetreten ist: die *Heimlichkeit* des Kredites. Denn eben wegen des unangenehmen Beigeschmackes, den diese Art des Kreditgebrauches nicht los werden konnte, war es schlechterdings unmöglich, den Eskont offener Buchforderungen allgemein und ausnahmslos mit jener Kautel zu versehen, die manche seiner Defekte paralisieren könnte: die Verständigung des Drittschuldners. Nach wie vor wehrt sich der größte Teil der Warengläubiger, die ihre Außenstände durch Eskont mobilisieren, dagegen, daß ihre Warenschuldner von der erfolgten Zession der Buchforderung verständigt werden. Aus diesem Grunde bedeutet der Buchforderungskont keine wirkliche Verbesserung jener argen Zahlungslässigkeit der Warenschuldner, aus

¹ Als Eskont, auch Eskompt (veraltet für: Diskont) wurde der Betrag bezeichnet, der beim Ankauf einer Forderung vor dem Fälligkeitstermin zum Ausgleich des Zinsverlustes vom Forderungskaufpreis abgezogen wird, vor allem beim Ankauf von Wechseln (Eskontierung).

der heraus er entstanden ist, sondern er leistet eher der Verschlechterung der Zahlungssitten Vorschub, indem dem Warengläubiger mit der Honorierung der Forderung durch das Eskontinstitut der stärkste, ja einzig wirksame Anreiz genommen wird, die allzulangen Zahlungsfristen allmählig einzuschränken oder einen säumigen Schuldner zur Zahlung zu drängen. Diesem steht eben – so lange er von der erfolgten Zession nicht verständigt werden darf – niemand anderer gegenüber als der von vornherein wirtschaftlich schwächere und nunmehr sofort nach Lieferung der Ware befriedigte | Warengläubiger, der wirtschaftlich – und was noch viel wichtiger ist: *psychologisch* eigentlich gar nicht mehr *Gläubiger* ist. Die Interessenspannung zwischen beiden, die allein ein promptes Funktionieren des Austausches von Geld und Ware garantiert, ist | durch den Eskont der Buchforderung eliminiert und durch nichts ersetzt. Denn der wahre Gläubiger – das Eskontinstitut als Zessionar – hat überhaupt keinen unmittelbaren Einfluß auf den Schuldner und ist eher an längeren als an kürzeren Zahlungsfristen interessiert, da seine Existenz mehr durch die ersteren als die letzteren gerechtfertigt ist. Die anderen Nachteile, die² die Klandestinität³ des Buchforderungskontes im Gefolge hat, sind so allgemein bekannt, daß es hier genügt, sie bloß in Erinnerung zu bringen: Was speziell die Klandestinität gegenüber dem Drittschuldner betrifft, so bietet sie die Möglichkeit zahlreicher unlauterer Manipulationen, wie Zession fiktiver Posten, mehrfache Zessionen derselben Forderung an mehrere Eskonteuere, Veruntreuung der beim Zedenten und nicht beim Zessionar eingehenden Valuta etc.

Diesen Gefahren wird – freilich nur zum Teil mit Erfolg – durch den bekannten sehr komplizierten und kostspieligen Kontrollapparat begegnet, den die Eskontinstitute organisiert haben. Dieser Kontrollapparat erhöht aber die Kosten des Kredites in erheblicher Weise. Und dies ist neben der Heimlichkeit des Kredites offenbar das stärkste Bedenken gegen die fragliche Kreditform. Daß der Buchforderungskont höher ist als der | normale Bankzinsfuß, ist zweifellos aus der Eigenart seiner Unterlage gerechtfertigt. Allein die tatsächliche Höhe des Zinsfußes, mit dem die Buchforderungskontinstitute arbeiten, steht zweifellos in keinem Verhältnis mehr zu dem Grade der Sicherheit, die der wirtschaftlichen Basis dieses Kredites zukommt. Die Gründe dieser angesichts des enormen Umfanges des Buchforderungskontkredites volkswirtschaftlich höchst bedenklichen Tatsache sind verschiedene. Abgesehen von den Kontrollspesen, Provisionen, Manipulationsgebühren etc. darf nicht vergessen werden, daß der Kredit mittels Buchforderungskont meist genossenschaftlich organisiert wird. Voraussetzung der Krediterlangung ist die Mitgliedschaft bei einer Kreditgenossenschaft. Der Kredit,

² «die»] SEP «welche»; E «die».

³ Klandestinität bedeutet Verheimlichung. Kelsen meint einen Buchforderungskont ohne Verständigung des Buchschuldners (stille Zession). Daneben gibt es den Buchforderungskont mit Verständigung der Buchschuldner sowie den Fakturierungskredit (Abtretung zukünftiger Forderungen).

der dem einzelnen Mitglied eingeräumt wird, ist von vornherein mit jenem relativen Zinsenverlust belastet, der dem Kreditwerber dadurch erwächst, daß er Anteilscheine in der Höhe von 5 bis 10 Prozent der Kreditsumme zeichnen muß, welches Kapital sich höchstens mit 4 Prozent verzinsen kann. Wo die Buchforderungen nicht von einer Genossenschaft, sondern von Privaten oder Aktienbanken direkt eskontiert werden, da gehen wieder die steuer- und gebührenrechtlichen Vorteile verloren, die das Gesetz vom 21. Mai 1873, R.-G.-Bl. Nr. 87 (betreffend Gebührenbegünstigungen für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften),⁴ gewährt. Hier muß der Kreditnehmer insbesondere die für das *Zessionsgeschäft* vorgeschriebene Gebühr tragen,⁵ die bei der genossenschaftlichen Eskontierung von Buchforderungen, welche | die Regel bildet, tatsächlich entfällt.⁶ Da die Kreditgenossenschaften über das zur Kreditgewährung erforderliche Kapital nicht aus Eigenem verfügen, sind sie angewiesen, sich dasselbe bei einer Großbank zu verschaffen. Dies geschieht in der Weise, daß sie die Deckungsakzpte,⁷ die sie auf ihre Debitoren ziehen, im Reeskontwege an die Bank begeben. Damit ist aber eine neuerliche Verteuerung des Kredites verbunden. Einerseits sind die Kosten des Wechselstempels⁸ zu tragen; anderseits – und das ist bisher nicht genügend betont worden – bedeutet das Eskontinstitut in diesem Kreditverkehr zwischen der Großbank und dem kreditsuchenden Publikum eine Art *Zwischenhändler*, der dabei seinen, wenn auch beschränkten Gewinn sucht und wie Zwischenhandel überhaupt verteuern wirkt. Denn, wenn auch der Konsument des Kredites – sofern er zugleich ein am Gewinn beteiligtes Mitglied der Genossenschaft ist – *formell* zwar mit dem Zwischenhändler des Kredites zusammenfällt, so kann doch die mit der Zwischenorganisation verbundene Verteuerung des Kredites durch die Gewinnbeteiligung nicht ganz ausgeglichen werden. | Zum Greifen deutlich tritt die verteuernde Wirkung dieses Kreditzwischenhandels in einer Darstellung hervor, die jüngst von einer dem Buchforderungskont

|SEP 7

|290 II

⁴ Gesetz vom 21. Mai 1873, in Betreff der den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften zukommenden Begünstigungen in Ansehung der Stempel- und der unmittelbaren Gebühren, RGBl 1873/87 (im Folgenden: BegünstigungsG).

⁵ §§ 3–4 BegünstigungsG (Anm. 4).

⁶ § 8 Abs 1 BegünstigungsG (Anm. 4).

⁷ Ein Akzept ist ein Zahlungsverprechen für einen fixen Termin.

⁸ Als Wechselstempel wurde die Gebühr bezeichnet, die im Wechselverkehr nach dem Gebührengesetz und der Gebührenkala erhoben wurde: Provisorisches Gesetz. Ueber die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen, in: Kaiserliches Patent vom 9. Februar 1850, wodurch an die Stelle des ersten Theiles dieses Gesetzes, des im Großherzogthume Krakau gültigen Stempel-Gesetzes vom 16. September 1833 und der Vorschriften über die Gerichts- und Grundbuchstaxen ein neues provisorisches Gesetz über die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1850/50; idF RGBl 1862/89 (im Folgenden: GebG 1850 idF RGBl 1862/89), und Gebührenkala in der Fassung des Gesetzes vom 8. März 1876, wodurch einige Bestimmungen der Verordnung vom 6. April 1856 (R.G.Bl. Nr. 50), dann der Gesetze vom 13. December 1862 (R.G.Bl. Nr. 89) und vom 29. Februar 1864 (R.G.Bl. Nr. 20), über die Stempel- und unmittelbaren Gebühren abgeändert werden, RGBl 1876/26.

nahestehenden Seite gegeben wurde. In einer sehr instruktiven Broschüre über „Die Technik des Buchforderungskontes“¹¹ schreibt Direktor *Robert Hacker*: „Die Wechsel der Eskontstellen wurden anfänglich zum Bankzinsfuß her|eingenommen und zum Privateskontsatz¹⁰ auf den Markt gebracht. Als sich die Ertr|agnisse der Genossenschaften über alle Erwartung vermehrten, *erhöhten die finanzierenden Banken ihre Sätze bis zu 1 Prozent über die Bankrate*,¹¹ *was die Eskontstellen durch Erhöhung ihrer Konditionen von ursprünglich insgesamt ½ Prozent über, auf 2–3 ½ Prozent alles in allem über die Bankrate beantworteten.*“ |SEP 8

Der Eskont offener Buchforderungen verdankt seine beispiellose Entwicklung dem Umstande einer sehr empfindlichen Bresche des österreichischen Kreditsystems. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die Rimesse, das ist eine von dem Warengläubiger auf den Warenschuldner gezogene und von diesem akzeptierte Tratte,¹² infolge der Akzeptscheu des Schuldners immer mehr verschwunden ist. Dadurch ist den mittleren und kleineren Unternehmungen, die keinen Anspruch auf Blankokredit machen können, das wichtigste Instrument entzogen, um sich Bankunterstützung unmittelbar zu beschaffen. Durch die vermittelnde Funktion der Buchforderungsinstitute wird die unumgänglich notwendige Verbindung zwischen Kreditquelle und Kreditkonsument zwar wieder hergestellt, allein das juristische Kreditinstrument erfährt dabei eine eigenartige Modifikation. Denn der nunmehr durch Vermittlung der Eskontinstitute realisierte Bankkredit erfolgt auf Grund von Wechseln, in denen der Kredit beanspruchende Warengläubiger nicht, wie es dem materiellen Verhältnisse entsprechen sollte, als Aus|steller, sondern als Akzeptant auftritt, während der Warenschuldner, der bei einem gesunden Kreditverkehr als Akzeptant zu erscheinen hätte, in der von dem Eskontinstitute ausgestellten Tratte überhaupt nicht ersichtlich gemacht ist. Der Deckungswechsel des Eskontinstitutes ist ein Finanzwechsel mit allen zur Genüge bekannten Nachteilen und seine Honorierung durch die Bank mangels der Sichtlichkeit des dem Kreditgeschäfte zu grunde liegenden Güterumschlagprozesses nicht ohne ernste Bedenken. Es ist daher nur selbstverständlich, daß gerade von seiten der Banken das |SEP 9

|¹¹ Wien, Manz, 1913. S. 2.⁹

|290 II, SEP 7

⁹ *Robert Hacker*, Die Technik des Buchforderungskontes, Wien 1913, S. 2 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁰ Der Privateskontsatz wird auch als Diskontsatz bzw. Bankdiskont bezeichnet. Zu diesem Satz kaufen die Banken Handelswechsel und Bankakzepte (vgl. Anm. 7) vor Fälligkeit und damit unter Zinsverlust ein (vgl. Anm. 1).

¹¹ Der Bankrate (auch Diskontsatz) liegt die Situation zugrunde, dass eine Bank einen Wechsel vor Fälligkeit kauft und diskontiert bzw. eskontiert (vgl. Anm. 1). Die Bank hat nun ihrerseits bei bestimmten Wechseln die Möglichkeit, diese vor Fälligkeit bei der Österreichischen Nationalbank zur Rediskontierung einzureichen. Den Zinssatz, den die Österreichische Nationalbank hierbei verrechnet, bezeichnet man als Bankrate.

¹² Nach der Person des zur Zahlung Verpflichteten unterscheidet man die Tratte (gezogener Wechsel) und den selteneren Solawechsel (Eigenwechsel, d. h. der Aussteller verpflichtet sich selbst).

Bedürfnis empfunden wird, den Kreditverkehr der großen Masse der kleineren und mittleren Unternehmungen wieder in normale Bahnen zu bringen und das Mittel, durch welches dieses Ziel, zugleich aber auch eine Verbilligung des Kredites, vor allem aber eine wirkliche Verbesserung der Zahlungssitten bewirkt werden sollen, ist die Einführung der inakzeptablen Tratte,¹³ die mit dem Rechte auf Deckung ausgestattet ist.

Das Wesen dieses neuen, von Professor *Landesberger*¹⁴ vorgeschlagenen Institutes kann hier als bekannt vorausgesetzt werden, zumal an dieser Stelle schon zwei sehr instruktive Artikel über das gleiche Thema erschienen sind.¹⁵ Es kann sich nur darum handeln, einige¹⁶ neue Gesichtspunkte zur Beurteilung der inakzeptablen und deckungsberechtigenden Tratte vorzubringen, da die beiden vorerwähnten Artikel dem *Landesbergerschen* Vorschlag gegenüber sich durchaus ablehnend verhalten haben. Da muß denn zunächst bemerkt werden, daß der Wert einer von dem Warengläubiger auf den Warenschuldner gezogenen, durch einen rechtswirksamen Vermerk inakzeptabel gemachten Tratte, mit deren Eigentum

¹³ Ein Wechsel mit Vorlegungsverbot (auch inakzeptable Tratte genannt; näher dazu nachfolgend Anm. 16) kann dennoch zur Annahme vorgelegt werden. Verweigert aber der Bezogene die Annahme, so gibt es für den Wechselinhaber mangels Annahme keinen Rückgriff.

¹⁴ Adolf Landesberger (1858–1912), Bankier. Er wirkte nach dem Studium der Mathematik als Prof. für Politische Mathematik und Kaufmännische Arithmetik an der Wiener Handelsakademie, trat aber in den 1870er Jahren in das Bankfach über und eröffnete ein Bankhaus, welches 1906 von der Anglo-Österreichischen Bank übernommen wurde. Landesberger leitete deren Geschäfte, wurde in der Folgezeit zum Börsenrat gewählt und war Mitbegründer des Verbandes der Wiener Banken- und Kommissionsfirmen.

¹⁵ *Rudolf Pollak*, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 213–215; *Max Sokal*, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 265–267.

¹⁶ «Institutes ... einige» | SEP «Institutes, das heute in lebhafter Diskussion steht, sei hier der Deutlichkeit wegen kurz charakterisiert. Nach § 22 der auch in Österreich einzuführenden einheitlichen Wechselordnung wird im strikten Gegensatz zu unserem derzeit geltenden Rechtszustand dem Aussteller einer Tratte die Möglichkeit gegeben, durch eine geeignete Klausel („nicht zum Akzept“, „ohne Akzept“) die Präsentation zum Akzept rechtsverbindlich auszuschließen. Um nun diese inakzeptable | Tratte, bei welcher der Aussteller einem Regreß mangels Akzeptation nicht ausgesetzt ist, zu einem wirksamen Mittel für die Befriedigung des Kreditbedürfnisses auszugestalten, muß der Mangel des Akzeptes und der Akzeptfähigkeit dadurch ausgeglichen werden, daß mit der inakzeptablen Tratte durch einen Vermerk im Kontexte des Wechsels die der Ausstellung desselben zu grunde liegende, aus einem Warengeschäfte des Ausstellers stammende Forderung rechtswirksam auf den Wechselinhaber übertragen werden kann. Mit der inakzeptablen Tratte soll man das Recht auf Deckung erwerben. Das ist der Sinn des Landesbergerschen Antrages, in das Einführungsgesetz zur neuen einheitlichen Wechselordnung die Bestimmung aufzunehmen: „Wenn der Aussteller eines gezogenen Wechsels dessen Vorlegung zur Annahme verboten und durch einen Vermerk im Texte des Wechsels dessen Wert mit Hinweis auf eine dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehende Forderung als verrechnet bezeichnet hat und die Faktura, in der diese Forderung beurkundet ist, mit Ausstellungsort und Datum angegeben ist (z. B. Wert in Faktura vom ... u. dgl.), so gilt mit Begebung des Wechsels die Forderung dem rechtmäßigen Inhaber des Wechsels als abgetreten. Wird der Bezogene von dieser Abtretung durch den Aussteller benachrichtigt, so ist er nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zur Zahlung verpflichtet.“ | Nun kann es sich im folgenden nicht darum handeln, die weidlich erörterte Frage erschöpfend darzustellen. Nur weil in der Öffentlichkeit der Landesbergersche Vorschlag | bisher recht einseitig beurteilt wurde, soll der Versuch gemacht werden, einige»; E «Institutes ... einige».

| SEP 10

| SEP 11

zugleich die der Trassierung zu grunde liegende Forderung an den Warenschuldner übertragen wird, in erster Linie von dem *Avisorechte*¹⁷ des Ausstellers, respektive des Tratteninhabers abhängig ist. Man hat vielfach übersehen oder doch nicht genügend berücksichtigt, daß | *Landesberger* mit seinem Vorschlag der inakzeptablen und deckungsberechtigenden Tratte auch eine Regelung des Avisorechtes verbunden hat. |291 I

Nur in Verbindung mit der Avisierung des Warenschuldners kann die neue Tratte alle jene Nachteile vermeiden, die der Buchforderungskont im Gefolge hat, und als bessere Kreditform eine schlechtere verdrängen. Denn darin haben die Gegner der inakzeptablen Tratte recht: Ohne Aviso, d. h. ohne Verständigung des Drittschuldners, sind der ganze umständliche Kontrollapparat und alle übrigen Nachteile der Klandestinität unvermeidlich, die zu der so berechtigten Kritik des Buchforderungskontes geführt haben. Allein darin liegt ja gerade der besondere Vorteil der unserer Gesetzgebung vorgeschlagenen neuen Rechtsform, daß sie eine | solche Verständigung des Drittschuldners ermöglicht oder doch unter den einmal gegebenen Verhältnissen leichter möglich macht, als dies bei dem Eskont offener Buchforderungen tatsächlich der Fall ist. Es ist eben eine sozialpsychologische Tatsache, über deren sachliche Berechtigung jede Erörterung müßig ist, daß der Eskont einer offenen Buchforderung als etwas Peinliches und womöglich zu Verheimlichendes gilt, und es ist ebenso Tatsache, daß die dem gleichen Zwecke dienende Trassierung auf den Warenschuldner *vom Standpunkte der kaufmännischen Moral und Bonität* nicht den geringsten Einwand erfährt. Man unterläßt heute die Trassierung auf seinen Warenschuldner nicht deshalb, weil man dadurch eine Einbuße an kaufmännischem Ansehen befürchtet, so wie man die Benachrichtigung des Drittschuldners von einer erfolgten Eskontierung scheut, sondern man unterläßt die Trassierung, weil sie auf den Widerstand des Bezogenen stößt, die Tratte zu akzeptieren. Auch mit diesem Widerstand muß man als mit einer Tatsache rechnen, und darum ist es nur logisch, nicht auf die vom Warengläubiger auf den Warenschuldner gezogene Tratte als die einzige reelle Kreditbasis zu verzichten, sondern nur so weit zurückzuweichen, als dies durch die Erfahrung unumgänglich geboten erscheint: Verzicht auf das *Akzept*. Der Avisierung der *inakzeptablen* Tratte wird aber aus dem Titel der *Moral oder Bonität* ebensowenig eine Gegnerschaft erwachsen wie der gewöhnlichen Tratte. Zumal sich der Aussteller der inakzeptablen Tratte dabei eines | im Gesetze selbst vorgesehenen, für den Zweck der Kreditbeschaffung ausdrücklich bestimmten Rechtsmittels bedient.¹⁸ |SEP 12 |SEP 13

¹⁷ Aviso (österreichisch für: Avis) bezeichnet die Benachrichtigung von der Ausstellung eines Wechsels.

¹⁸ Art 10, 18, 23 Kaiserliches Patent vom 25. Jänner 1850, wodurch für den ganzen Umfang des österreichischen Kaiserthumes eine allgemeine Wechselordnung erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1850/51 (im Folgenden: WechselO). Art 18 WechselO wurde geändert durch: Verordnung des Justizministeriums vom 2. November 1858, wodurch die Bestimmungen des § 18 der Verordnung vom 25. Jänner 1850, Nr. 52, und des § 17 der Verordnung vom 31. März 1850, Nr. 125 des Reichs-Gesetz-Blattes, in Betreff der wechselrechtlichen Execution abgeändert werden, RGBl 1858/199.

Gerade dadurch erhält die inakzeptable Tratte dem Buchforderungskont gegenüber im Bewußtsein des Publikums einen gewaltigen Vorsprung, daß sie von allem Anfang an gleichsam im hellsten Tageslichte auftritt. Der Buchforderungskont ist vom Augenblick seiner Geburt an mit dem Makel der Heimlichkeit behaftet. Es wäre vergeblich, ihn heute davon befreien zu wollen. Das ist ja das Geheimnis der neuen Form, daß sie, selbst wenn der Inhalt ganz der alte bleibt (was bei der inakzeptablen Tratte übrigens gar nicht der Fall ist), dennoch neue Kräfte weckt.

Es soll gewiß nicht behauptet werden, daß ausschließlich die Furcht, zu einer schiefen Beurteilung der eigenen Verhältnisse Anlaß zu geben, von der Verständigung des Drittschuldners abhält. Nur ist dieses Moment bei dem Eskont offener Buchforderungen eben nicht zu vermeiden und steht bei der inakzeptablen und deckungsberechtigenden Tratte nicht hindernd im Weg. Und mit dem Eintreten für die inakzeptable deckungsberechtigende Tratte, die naturgemäß, wie jede Tratte, dem Bezogenen nach guter kaufmännischer Gepflogenheit zu avisieren ist, leistet man nicht zum geringsten ein Stück Aufklärungsarbeit im Interesse der Verbesserung der Zahlungsverhältnisse.

Und solche ist dringend nötig in einem Lande, wo man unter Kassazahlung noch eine Zahlung nach 30 Tagen versteht und bei solcher Zahlung überdies einen Kassa|skonto bewilligt. Und das ist einer der wichtigsten Vor|teile der neuen Tratte, daß sie, ganz im Gegensatz zum Buchforderungskont, tatsächlich einen günstigen Einfluß auf unsere desolaten Zahlungsverhältnisse nehmen kann. Denn wenn der Warengläubiger seine Ausstände durch eine deckungsberechtigende und avisierte Tratte mobilisiert, wird das *psychologische Gläubigermoment* nicht wie beim Buchforderungskont ohne Verständigung des Drittschuldners gänzlich eliminiert; bei dieser Form der Forderungszession tritt der wirtschaftlich starke Zessionar nicht nur unterstützend an die Seite des bisher zu schwachen Gläubigers und Zedenten, sondern erhöht auch wegen der wechselfähigen Haftung des Trassanten dessen Interesse an dem rechtzeitigen Begleich der Forderung durch den Trassanten, der freilich noch außerhalb der strengen Wechselverbindung bleibt. Der trassierende Warengläubiger wird sich seinem Schuldner gegenüber stets auf die Strenge seiner Haftung dem Zessionar gegenüber berufen können. Der Kredit erfüllt auch nach dieser Richtung seinen eigentlichen Zweck: die Position des Warengläubigers zu stärken und nicht die Lässigkeit des Warenschuldners zu begünstigen. Nicht zum geringsten ein Kampfmittel gegen Lässigkeit soll die neue Tratte sein. Und darum müssen alle Einwände, wie etwa der, der Bezogene werde sich, wenn schon eine Trassierung, so doch jedenfalls keinen Protest mangels Zahlung gefallen lassen, und andere, die alle auf der selbstverständlichen Voraussetzung beruhen, daß der Schuldner seine Pflicht nicht gehörig erfüllt, abgelehnt werden. | Daß der neue Warengläubiger, respektive dessen Nachmänner wechselfähig haften, daß man den Bezogenen aus der strengen Wechselverbindlichkeit läßt und seine Lage so nach der Trassierung keine schlechtere wird, darin liegt ein genügendes Entgegenkommen. Wer die Lage unseres Kreditmarktes kennt, muß

|SEP 14,
291 II

|SEP 15

einsehen, daß jede weitere Nachsicht dem Warenschuldner gegenüber von Gefahr ist, weil sie ihn geradezu zur Zahlungssäumigkeit erzieht.

Daß das Avisieren der Tratte ein geeignetes und vor allem billiges Mittel ist, um gewisse Mißbräuche, z. B. Doppelzessionen, Zession fiktiver Posten, zu verhindern, ist offenkundig. Ein Kaufmann wird sich hüten, auf ein und denselben Kunden bezüglich derselben Forderung zweimal oder auf einen Nichtschuldner zu ziehen, wenn er zugleich mit der Tratte einen Avisobrief geben muß. Im übrigen sind gewisse Betrügereien auch bei akzeptierten Tratten unvermeidlich, und es hieße wirklich zu viel von dem neuen Institute verlangen, wenn man von ihm auch eine wirksame Bekämpfung von Reit- und Kellerwechseln¹⁹ erwartete.

Die außerordentliche Bedeutung des Avisos für die Brauchbarkeit der Tratte legt die Erwägung nahe, ob es nicht zweckmäßig wäre, eine Avisopflicht gesetzlich zu statuieren, etwa in der Weise, daß die Rechtswirkung der mit der Tratte verbundenen Zession vom erfolgten Aviso abhängig gemacht wird. Allein eine solche die Verkehrsfreiheit des neuen Instrumentes gefährdende Bestimmung ist, weil unnötig, eher abzulehnen, da sich das Aviso²⁰ recht leichter ganz von selbst durchsetzen dürfte; kein Aussteller wird die vom Kreditgeber geforderte Ausführung ernstlich verweigern können, da diese ja auch bei zu akzeptierenden Tratten das kaufmännisch Übliche ist.

| SEP 16

Die *avisierte* Tratte wird jedenfalls den kostspieligen und schwerfälligen Apparat überflüssig machen, den der heutige Buchforderungskont mangels Verständigung des Drittschuldners erfordert; und damit ist der erste Schritt zu einer wirksamen Verbilligung des Kredites für weite Kreise getan. Es ist nicht einzusehen, warum die inakzeptable Tratte, bei nur einiger Gewöhnung des Publikums an diese Form, mehr Kontrolle erfordern sollte als die akzeptierte Rimesse. Was die Gebührenfrage betrifft, so ist zu konstatieren, daß diese für die inakzeptable Tratte günstiger steht als beim Buchforderungskont, sofern bei diesem der Zessionsstempel²⁰ zu entrichten ist. Wo dies aber nicht der Fall ist, stellt sich die Vergütung bei Buchforderungskont zumindest nicht wesentlich besser. Denn bei diesem belastet der Stempel des für den Gesamtkredit ausgestellten Deckungswechsels²¹ das Geschäft, dessen Höhe nicht nennenswert hinter der Summe der Stempel zurückbleibt, die für die kleineren Wechsel zu entrichten sind, in die beim

| 292 I

¹⁹ Reit- oder Rittwechsel bezeichnen gegenseitige Wechsel, welche die Beteiligten einander mit der Verpflichtung und im Vertrauen darauf geben, dass jeder seine Wechsel selbst einlöse. Demgegenüber werden als Kellerwechsel gezogene Wechsel bezeichnet, die als Sicherheit oder Erfüllungshalber gegeben werden, aber die als Bezogenen eine Person ausweisen, die tatsächlich nicht existent ist, oder die zwar echte, aber wirtschaftlich wertlose Unterschriften vermögensloser Leute enthalten.

²⁰ Der Zessionsstempel war die Bezeichnung für die im Finanzverkehr erhobene Gebühr aufgrund des GebG 1850 idF RGBl 1862/89 (Anm. 8).

²¹ Ein Deckungswechsel (auch Depot- oder Kautionswechsel) dient der Hinterlegung bei dem Kreditgeber zu dessen Sicherung und ist in der Regel nicht zur Weitergabe bestimmt, solange die Forderung besteht. Der Kreditgeber macht von dem Deckungswechsel nur dann Gebrauch, wenn der Aussteller seiner Hauptverbindlichkeit nicht nachkommt.

Verkehr mittels inakzeptabler Tratten die gesamte Kreditsumme zerlegt wird. Es hat keinen Sinn, auf dieses ganz bedeutungslose Gebührenmoment irgend ein Gewicht zu legen.

|SEP 17 Die für die Verbilligungsmöglichkeit des Kredits weitaus wichtigste Tatsache ist die, daß die inakzeptable Tratte durch | das mit ihr verbundene Recht auf Deckung *bankfähig* wird. Die inakzeptable Tratte unterscheidet sich sehr zu ihrem Vorteile von den Deckungswechseln der Eskontinstitute dadurch, daß sie, als ein echter Geschäftswechsel, ihre wirtschaftliche Basis deutlich zu erkennen gibt. Die dadurch ermöglichte Ausdehnung des Bankkredits, die Möglichkeit für die Großbanken, in ein unmittelbares Kreditverhältnis zu den kreditbedürftigen Unternehmungen kleineren und mittleren Kalibers zu treten, und die damit verbundene Ausschaltung einer unter allen Umständen verteuernenden Zwischenorganisation kann nur günstig auf die Höhe des künftigen Trattenskonts wirken. Ebenso auch der Umstand, daß durch die Einführung der deckungsberechtigenden Tratte die heutige – auf der Notwendigkeit der Kontrolle beruhende – faktische Monopolstellung der Eskontinstitute gebrochen wird, indem der Kreis der Kreditgeber sich wesentlich erweitern kann. Bestünde diese Möglichkeit nicht, wie anders wäre sonst der heftige Kampf der Eskontstellen gegen die Einführung der Tratte zu verstehen.

|SEP 18 Neben der Verbesserung der Zahlungssitten und Verbilligung des Kredits sei von allen übrigen Vorteilen der inakzeptablen Tratte noch darauf hingewiesen, daß sich mit ihr nicht nur durch die leichtere Avisomöglichkeit die Klandestinität der Zession gegenüber dem Drittschuldner, sondern auch durch die *Zirkulationsfähigkeit der Tratte* die Heimlichkeit der Forderungsentäußerung gegenüber den Gläubigern des Zedenten ebenso wie bei der akzeptierten Tratte vermeiden läßt. In der Zirkulationsmöglichkeit der Tratte liegt eine nicht unbedeutende Garantie gegen gewisse Mißbräuche; dadurch, daß die inakzeptablen Tratten wie die Rismessen an einem dritten Orte (etwa der Österreichisch-ungarischen Bank²²) zusammenströmen, können sie hier wie akzeptierte Tratten wirksam kontrolliert werden. Im übrigen lassen sich mit der inakzeptablen Tratte alle jene Kautelen verbinden, die zum Schutze der Gläubiger des Zedenten gegen fraudulose²³ Veräußerung von Außenständen schon beim Buchforderungskont vorgeschlagen wurden: so z. B. die Anfechtungsmöglichkeit gegenüber Zessionen, die eine bestimmte Zeit vor der Zahlungseinstellung erfolgt sind u. a.

Ein *ideales* Kreditinstrument ist die inakzeptable und deckungsberechtigende Tratte trotz aller ihrer Vorteile gegenüber dem Buchforderungskont keineswegs. Strengen Normen des Kreditverkehrs entspricht nach wie vor nur die akzeptierte

²² Im Jahre 1878 wurde die Nationalbank in die „Oesterreichisch-ungarische Bank“ überführt, an der Österreich und Ungarn gleichermaßen beteiligt waren. Sie sollte die Aufgaben einer Notenbank beider Reichshälften erfüllen. Der Friedensvertrag von St. Germain von 1919 bestimmte die vollständige Liquidation der Bank für das Jahr 1922.

²³ Lat.: frau; dt.: Betrug.

Tratte. Allein die inakzeptable Tratte entfernt sich von dem Kreditideal gerade nur so weit, als dies die Not der Umstände fordert. Der Eskont offener Buchforderungen aber geht noch zwei gefährliche Schritte weiter, indem er den Kredit durch Heimlichkeit und Verteuerung verschlechtert. In dem Streit: Tratte oder Buchforderungskont, handelt es sich nur darum, zwischen zwei Übeln das kleinere zu wählen.

Zum Schlusse nur noch eine Bemerkung zu jenen Einwänden, die gegen die inakzeptable Tratte, die zugleich eine gemeinrechtliche Zession ist, unter dem | Gesichtspunkte der „Denaturierung“ des Wechsels gemacht werden. Es ist richtig, daß die Tratte, mit der | zugleich die ihr wirtschaftlich zu grunde liegende Forde- | SEP 19
| 292 II
rung des Ausstellers an den Bezogenen übertragen wird, eine Mischform, ein Bindeglied zwischen Wechselrecht und allgemeinem bürgerlichen Rechte darstellt. Allein die Besorgnis, die deckungsberechtigte Tratte könne irgendwie das Fundament unserer altbewährten Wechselordnung erschüttern oder das strenge formale Gefüge dieses Normsystems stören, scheint tatsächlich ganz unbegründet zu sein. Die Rechtsformen, die das heutige Wechselrecht den wirtschaftenden Menschen bietet, bleiben völlig unberührt. Nach wie vor wird man sich, wenn das Bedürfnis es fordert, der streng abstrakten akzeptierten oder akzeptfähigen Tratte bedienen, und nur wo diese unbrauchbar, wird man zu der neuen Rechtsform greifen, wenn sie sich ihrerseits als brauchbar erweist. Keine andere juristische Aufgabe kann doch dem Gesetzgeber zugesprochen werden, als dem Wirtschaftsleben alle jene Formen zur Verfügung zu stellen, die es irgendwie benötigt. Durch die beantragte Reform²⁴ wird unsere Rechtsordnung um eine Form reicher. Eine Besorgnis wäre nur am Platze, wenn dadurch unser Bestand an Rechtsformen verringert würde.

²⁴ Kelsen bezieht sich hier auf den Landesbergerschen Antrag zum Einführungsgesetz zur neuen einheitlichen Wechselordnung, zu welchem er im Separatabdruck Ausführungen macht (vgl. Anm. 16). Dem ging die allgemeine Wechselordnung (vgl. Anm. 18) voraus, welche in größtmöglicher Übereinstimmung mit der 1908 als Reichsgesetz für Deutschland verkündeten Wechselordnung erlassen wurde und auf den internationalen Wechselrechtskonferenzen von 1910 und 1912 in Den Haag als Vorlage diente. Aufgrund dieser Konferenzen und der während der Genfer Wechselrechtskonferenz von 1930 getroffenen Vereinbarungen, insbesondere dem Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz (BGBl I 1934/106), trat das Bundesgesetz vom 18. August 1932 zur Einführung des Wechselgesetzes zum 1. Januar 1934 in Kraft (BGBl 1932/291).

Die böhmische Verwaltungskommission
vor dem Verwaltungsgerichtshof
(1913)*

* Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3.

| Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof

Nach Artikel 7 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, Nr. 144 R.G.Bl., über die richterliche Gewalt¹ steht den Gerichten die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze nicht zu. „Dagegen haben die Gerichte über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzug zu entscheiden.“² Der Unterschied, den die Verfassung hier zwischen Gesetz und Verordnung macht, besteht vor allem und in erster Linie in der Verschiedenheit der in Betracht kommenden normsetzenden Autorität: das Gesetz – der Begriff ist hier im formellen Sinne gebraucht – geht von der Legislative aus, vom Parlament in Verbindung mit dem Monarchen, die Verordnung dagegen von der Exekutive, speziell von der Verwaltung. Das Prinzip der Trennung der Gewalten, das unserer Verfassung von 1867³ zugrunde liegt, führt mit notwendiger Konsequenz zu dem Postulat, daß die richterliche Gewalt eine Anordnung der Verwaltungsbehörde auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfen habe. Wäre dies nicht der Fall, stünde die richterliche Gewalt unter der Verwaltung, deren Verordnungen sie ungeprüft und blindlings anzuwenden hätte. Die Gültigkeit einer Verordnung ist aber identisch mit ihrer Gesetzmäßigkeit. Eine Verordnung ist ungültig, wenn sie einem Gesetze, das heißt einem

¹ Art 7 Satz 1 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144 (im Folgenden: StGG richterliche Gewalt 1867).

² Art 7 Satz 2 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 1).

³ Was Kelsen hier als „Verfassung“ anspricht, ist rechtstechnisch eine Vielheit von Verfassungsgesetzen, die heute zusammenfassend als „Dezemberverfassung“ bezeichnet werden: Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (im Folgenden: StGG Reichsvertretung 1867); Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145 (im Folgenden: StGG Regierungsgewalt 1867); Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146; Gesetz vom 21. December 1867, womit der Zeitpunkt bestimmt wird, mit welchem das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, endlich das Gesetz, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, in Wirksamkeit zu treten haben, RGBl 1867/147.

vom Kaiser sanktionierten und gehörig kundgemachten Parlamentsbeschluß widerspricht. Gelangt das Gericht zur Ueberzeugung, daß eine Verordnung ungültig sei, ist es verpflichtet, die Anwendung dieser Verordnung auf den konkreten Fall zu verweigern. Die Verordnung als solche außer Kraft zu setzen, ist das Gericht nicht imstande. Daß es an einer gerichtlichen Instanz fehlt, ungültige Verordnungen zu kassieren, ist eine bedauerliche Lücke unserer Verfassung.

Der Verwaltungsgerichtshof ist nunmehr in die Lage gekommen, die Gültigkeit des kaiserlichen Patents vom 26. Juli 1913, betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen,⁴ jenes Patents, mit welchem die Landesverwaltungskommission an Stelle des Landesausschusses gesetzt wurde, zu überprüfen.⁵ Der äußere Anlaß, der das oberste, zur Rechtskontrolle über die Verwaltung eingesetzte Gericht zu einer Stellungnahme in dieser wichtigen Frage zwang, ist ein ziemlich unbedeutender und gleichgültiger, die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes dagegen von allergrößter, heute in allen ihren Konsequenzen noch gar nicht übersehbarer Bedeutung.

Daß das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 der Verfassung widerspricht, aus der Verfassung in keiner Weise gerechtfertigt werden kann, bedarf keiner ernstlichen Erörterung. Die Verfassung kennt keine vom Kaiser zu ernennende Landesverwaltungskommission, sondern ausschließlich nur einen aus dem Landtag zu wählenden Landesausschuß. Die Regierung hat überdies in ihrem Motivenbericht mit aner kennenswerter Aufrichtigkeit bekannt, daß sie mit dem kaiserlichen Patent den Boden der Verfassung verlassen habe.⁶ Die Maßnahmen vom 26. Juli 1913 sind in ebendemselben Sinne ein Rechtsbruch wie eine Revolution, sie bedeuten eine Revolution von oben, eine Revolution der Regierung, nicht des Volkes. Nun mögen Revolutionen politisch und moralisch gerechtfertigt sein, darum bleiben sie aber vom Standpunkt der geltenden und formell nicht aufgehobenen Rechtsordnung ein Unrecht und sind als solches positiv rechtlich nicht zu rechtfertigen! Die Regierung berief sich auf einen Notstand,⁷ aber hat nicht jede Revolution sich auf einen Notstand berufen? Und wenn die Regierung ein Notrecht proklamierte, so handelt es sich dabei eben nur um eine der vielen Bedeutungen des vieldeutigen und vielmißbrauchten Wortes Recht, die mit Recht im positiven Sinne einer von den staatlichen Gerichten anzuwendenden Norm nicht das entfernteste zu tun hat.

⁴ Kaiserliches Patent vom 26. Juli 1913, betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen, LGBl Böhmen 1913/36.

⁵ Es handelt sich um den Beschluss VwGH 6. 10. 1913, Z 9709, auf den im – nach der Publikation des gegenständlichen Zeitungsartikels ergangenen – Erk VwGH 27. 6. 1914, Z 6656, B 10402 verwiesen wird, der aber nicht publiziert wurde. Der Akt ist im Österreichischen Haus-, Hof- und Staatsarchiv nicht ermittelbar.

⁶ Vgl. Motivenbericht der Regierung zum Kaiserlichen Patent (Anm. 4), abgedruckt in: Wiener Zeitung Nr. 173 vom 27. Juli 1913, S. 5–7 (im Folgenden: Motivenbericht LVw 1913), insb. S. 7: „Die Regierung verhehlt sich nicht, daß sie einen Weg gegangen ist, der bisher nicht beschritten wurde, und daß die getroffenen Maßnahmen sich auf einer Linie bewegen, die nicht innerhalb, sondern neben der Landesverfassung verläuft.“

⁷ Vgl. Motivenbericht LVw 1913 (Anm. 6), S. 7.

Recht im moralischen, politischen, nur nicht im juristischen Sinne! Das Eingreifen der Regierung ist politisch mit den Tatsachen gerechtfertigt, daß die Verfassung keine Vorsorge trifft für den faktisch eingetretenen Fall eines vollständigen Versagens von Landtag und Landesausschuß. Allein es wäre töricht, daraus der Verfassung einen Vorwurf zu machen, von einer „Lücke“ in der Verfassung zu sprechen. Welche Mittel stehen denn einer Verfassung angesichts des Versagens ihrer obersten Organe zur Verfügung? Offenbar nur die Einsetzung anderer „Ersatz“organe; und wenn diese nun wieder versagen? Das tatsächliche Funktionieren irgendwelcher, nämlich der letzten und obersten Organe muß eben jede Verfassung voraussetzen.

Welche Stellung hat nun der Verwaltungsgerichtshof zu dem von der Regierung selbst nicht für gesetzmäßig erklärten kaiserlichen Patent eingenommen? Er hat erklärt, das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 sei keine Verordnung, sondern ein Gesetz, es steht daher dem Gerichtshof ein Prüfungsrecht nicht zu. Diese Motivierung steht im vollsten Widerspruch nicht nur zu dem in unserer Verfassung niedergelegten Sinn der Begriffe „Gesetz“ und „Verordnung“, sondern zu dem in Praxis und Theorie ganz allgemein akzeptierten Sprachgebrauch. Welches sind aber nun die einzelnen Argumente, mit denen der Verwaltungsgerichtshof sich der unangenehmen Frage nach der Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit des kaiserlichen Patents vom 26. Juli 1913 entzieht? Zunächst wird erklärt, das kaiserliche Patent sei keine Verordnung, denn es sei nicht von irgend einer Staatsbehörde sondern vom Kaiser selbst erlassen. Allein es ist für das Wesen der Verordnung ganz gleichgültig, ob sie vom obersten Chef der Verwaltung, dem Kaiser, oder einer ihm unterstellten Behörde ausgeht. Nur eine einzige kaiserliche Verordnung bildet eine Ausnahme: die kaiserliche Verordnung mit provisorischer Gesetzeskraft, die auf Grund des § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung⁸ erlassen wird. | Diese kann möglicherweise bezüglich des richterlichen Prüfungs-

| 3 II

⁸ § 14 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 3).

⁹ Art 2 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 3).

waltungsbehörde zulässige Unterschrift des Kaisers einholte? Das ganze richterliche Verwaltungsprüfungsrecht und damit die Unabhängigkeit der Gerichte von der Verwaltung wäre mit der Anschauung des Verwaltungsgerichtshofes illusorisch gemacht. Des weiteren erklärt der Verwaltungsgerichtshof, die fragliche Norm sei keine Verordnung, denn sie bezeichne sich nicht als solche, sondern als kaiserliches Patent. Ja, wann ist jemals in Theorie oder Praxis die Behauptung ernstlich aufgestellt worden, eine Verordnung müsse sich als „Verordnung“ bezeichnen um als solche zu gelten? In der Verfassung findet sich auch nicht die Spur eines Anhaltspunktes für diese ganz und gar willkürliche Aufstellung. Und was soll denn „Patent“ anderes bedeuten als „Verordnung“? Das Wort „Patent“ stammt aus vorkonstitutioneller Zeit und hat jeden spezifischen Sinn mit Einführung der Verfassung vollständig verloren. Da es kein Gesetz ist, kann es nur eine Verordnung sein, sofern es eben eine von der Exekutive und nicht von der Legislative ausgehende Norm ist. Ganz merkwürdig aber wirkt das letzte Argument des Verwaltungsgerichtshofes. Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 ist keine Verordnung, denn es dient seinem Inhalte nach „nicht zur Durchführung oder Ergänzung eines Gesetzes, sondern schafft eine neue bisher noch nicht vorgesehene Institution“.¹⁰ Damit ist jede Verordnung die *contra legem* erlassen wird, keine Verordnung, denn sie dient nicht der Durchführung oder Ergänzung eines Gesetzes, sondern dessen Beseitigung; da sie aber keine Verordnung ist, kann sie das Gericht nicht überprüfen. Folglich kann das Gericht überhaupt niemals die Ungültigkeit einer Verordnung aussprechen.

Da nun das kaiserliche Patent keine Verordnung ist – folgt der Verwaltungsgerichtshof – so muß es eben ein Gesetz sein; und damit begeht der Verwaltungsgerichtshof eine viel ärgere und gefährlichere Verfassungswidrigkeit, als die Regierung mit dem kaiserlichen Patent vom 26. Juli 1913. Denn mit dieser Argumentierung rennt er das wichtigste Prinzip des Konstitutionalismus, sozusagen das Allerheiligste der Verfassung, über den Haufen: den Begriff des formellen Gesetzes, so wie er durch das Oktoberdiplom¹¹ und Februarpatent¹² und in der Folge durch die siebenundsechziger Verfassungsgesetze¹³ geschaffen wurde; Gesetz im formellen Sinn – und von nichts anderem ist im Artikel 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt¹⁴ bei Regelung des richterlichen Prüfungsrechtes die Rede – ist ausschließlich und allein ein vom Kaiser sanktionierter, gehörig kundgemachter Beschluß eines Parlamentes (Reichsrat oder Landtag). Mit diesem Gesetzesbegriff steht und fällt das konstitutionelle Prinzip. Wenn noch etwas anderes „Gesetz“ sein kann, dann ist die ganze Terminologie unserer Verfassungsgesetze sinnlos,

¹⁰ Zitat wohl aus VwGH Z 9709 (Anm. 5).

¹¹ Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226.

¹² Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20.

¹³ Vgl. oben Anm. 3.

¹⁴ Art 7 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 1).

dann ist das in so heißen Kämpfen erstrittene, im Oktoberdiplom und Februarpatent feierlich ausgesprochene Prinzip, daß der Monarch in Hinkunft das Recht, „Gesetze“ zu geben, abzuändern und aufzuheben nur unter Mitwirkung des gesetzlich versammelten Landtages, beziehungsweise des Reichsrates, ausüben werde, illusorisch!

Nachdem der Verwaltungsgerichtshof das kaiserliche Patent als „Gesetz“ erklärt, braucht er, um die Anwendung desselben zu rechtfertigen, lediglich den Beweis zu erbringen, daß es „gehörig kundgemacht“ sei.

Es muß für jedes juristische Gewissen geradezu eine Folter bedeuten, den Argumentationen zu folgen, die das Erkenntnis produziert, um den Nachweis zu führen, daß die vom Artikel 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt¹⁵ für die Gesetzespublikation geforderte Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper, die bei der Publizierung des kaiserlichen Patents vom 26. Juli 1913 naturgemäß fehlen mußte, nicht wesentlich sei. Es sei zwar ein „prinzipielles Postulat eines Gesetzes“,¹⁶ doch könne es ein gültiges Gesetz auch ohne dieses Erfordernis geben. Hier hat überhaupt jede Kritik einen Sinn verloren! Die Berufung darauf, daß die § 14-Verordnung ohne Mitwirkung eines Parlaments zustande komme und daher ohne Berufung auf eine Zustimmung eines Parlaments gehörig publiziert werde, ist gegenstandslos, weil die § 14-Verordnung eben kein Gesetz, sondern eine Verordnung ist. Wenn man sie bezüglich des Prüfungsrechtes einem Gesetze gleichstellt – was übrigens keineswegs unbestreitbar ist – so kann dies, wie früher schon betont, eben nur deshalb geschehen, weil ihr von der Verfassung ausdrücklich und ausnahmsweise provisorische Gesetzeskraft zugesprochen wird. Die Berufung auf die § 14-Verordnung leistet dem Verwaltungsgerichtshof schlechte Dienste, denn gerade die § 14-Verordnung beweist, daß es einer ausdrücklichen Bestimmung in der Verfassung bedarf, um eine Ausnahme von der Regel zu machen, daß nur einem vom Kaiser sanktionierten und gehörig publizierten Parlamentsbeschluß gegenüber kein richterliches Prüfungsrecht gilt. Die vom Verwaltungsgerichtshof versuchte Konstruktion eines allgemeinen ungeschriebenen Staatsnotrechtes gehört ins Reich der Naturrechtstheorie. Mit demselben Rechte, mit dem man dem Monarchen eine Rechtspflicht zuschreibt, bei Versagen des Gesetzgebungsapparates das Zweckmäßige vorzusorgen, könnte man dem Volke, das ja auch ein Staatsorgan ist, ein solches natürliches ungeschriebenes Recht zusprechen. Die Naturrechtslehrer, die auf dem Standpunkte der Volkssouveränität standen, haben dies auch getan. Das *Jus resistendi*, das Recht auf Widerstand und Revolution, wird in ganz ähnlicher Weise begründet, wie das Staatsnotrecht vom Verwaltungsgerichtshof.

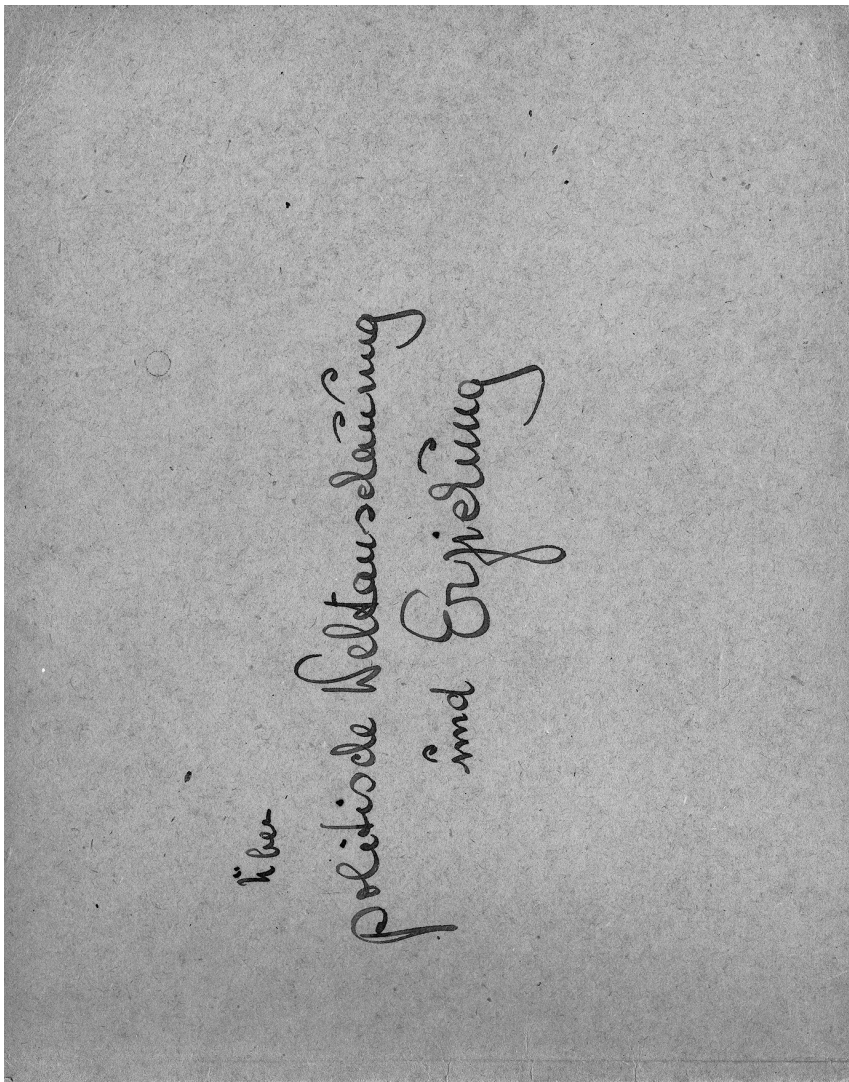
| 3 III

¹⁵ Art 10 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 3).

¹⁶ Zitat wohl aus VwGH Z 9709 (Anm. 5).

Nun wäre es ungerecht, die außerordentlich schwierige Lage zu übersehen, in der sich der Verwaltungsgerichtshof gegenüber dem kaiserlichen Patent vom 26. Juli 1913 befindet. Wenn sich aber der Verwaltungsgerichtshof aus vielleicht begreiflichen Bedenken heraus nicht entschließen konnte, durch seine¹⁷ Erkenntnis die politische Behörde in die Zwangslage zu versetzen, die Verfolgung ihrer Befehle in Böhmen gegen die Autorität des obersten Verwaltungsgerichtes zu erzwingen, so war er doch nicht genötigt, päpstlicher zu sein als die Regierung, welche die Verfassungswidrigkeit ihrer Maßnahmen offen einbekennte; der Verwaltungsgerichtshof hätte es nicht nötig gehabt, dem aus der Verfassung fallenden Vorgange ein juristisches Mäntelchen umzuhängen, das seinen Zweck verfehlt, weil es nicht Blößen deckt, sondern Blößen nur noch deutlicher macht. Der Verwaltungsgerichtshof hätte kraft seiner Autorität als oberstes Verwaltungsgericht unter Verzicht auf alle juristischen Verdrehungskünste das kaiserliche Patent trotz seiner Verfassungswidrigkeit anwenden sollen mit dem offenen Einbekenntnis, daß er sich in einer politischen Notlage ausnahmsweise über das Gesetz, daß er sich als oberster Richter an Stelle des Gesetzgebers gestellt habe, indem er durch seinen inappellablen und in Rechtskraft erwachsenden Befehl zu Recht macht, was vor dem noch kein Recht war. Die Regierung hat mit ihren Maßnahmen vom 26. Juli 1913 die Verfassung einmal und an einer einzigen Stelle durchbrochen. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber mit seinem Versuche, diesen Verfassungsbruch juristisch zu rechtfertigen, unsere ganze Verfassung auf den Kopf gestellt, deren wichtigste Schranken verschoben, deren klarste Bestimmungen verwirrt. Vielleicht nicht die Anwendung des kaiserlichen Patents vom 26. Juli 1913, aber sicher deren verhängnisvollere juristische Rechtfertigung war zu vermeiden und eine Grenze zu wahren, deren Verwischung immer von den bösesten Folgen begleitet war: die Grenze zwischen Recht und Politik.

¹⁷ «seine»] müsste wohl heißen: «sein».



Titelblatt des Autographen

Politische Weltanschauung und Erziehung (1913)*

* Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung 2 (1913), S. 1–26.

Nachdruck:

– in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1501–1524. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle WRS zu erkennen.)

Übersetzung:

– *Italienisch*: Concezione politica del mondo ed educazione, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 45–71.

| Politische Weltanschauung und¹ Erziehung.

Seit in neuerer Zeit der Ruf nach politischer Bildung und Erziehung immer lauter und allgemeiner geworden ist, beginnt man sich auch eines auffallenden Mangels zu besinnen, den das Geistesleben des 19. Jahrhunderts aufweist. Dieses Jahrhundert, das auf philosophischem und naturwissenschaftlichem Gebiete nicht nur die vollendetsten Einzelleistungen gereift, sondern auch das geistige Interesse für diese Leistungen in der breiten Masse der Intellektuellen gewaltig ausgedehnt, das eine technische Kultur beinahe aus dem Nichts zu fast unübertrefflicher Höhe entwickelt hat, dieses Jahrhundert ist an politischer Kultur merkwürdig² arm geblieben. Nicht etwa, daß politische Ereignisse ausgeblieben wären. Fast³ alle größeren Staaten des europäischen Kulturkreises haben während des 19. Jahrhunderts politische Fakten⁴ erster Ordnung zu verzeichnen; ja dem deutschen Reiche und der habsburgischen Monarchie brachte⁵ die politische Entwicklung dieses Jahrhunderts ihre größten Männer und bedeutsamsten Ereignisse der neuzeitlichen Epoche. Für beide Staaten liegen auf dieser Wegstrecke weithin sichtbare Höhepunkte. Aber die politischen Leistungen haben nicht⁶ annähernd jenen Widerhall im Geistesleben der Nationen gefunden, wie die naturwissenschaftlichen und technischen Produktionen. Während die Popularisierung dieser reißenden Fortschrittsnahme, mehrten sich in auffallendem Maße die Symptome politischer Interessenlosigkeit in den weiteren Kreisen jener⁷, an deren intellektuellem Habitus man die Durchschnittshöhe des geistigen Niveaus abzulesen pflegt. Man konnte – und man kann auch jetzt noch – sich ohne Widerrede zu den „Gebildeten“ zählen, ohne auch nur die primitivsten politischen Kenntnisse zu besitzen. Der normale Bildungsphilister⁸, der sich für verpflichtet hält, über die Grundfragen der Deszen-

¹ «Politische Weltanschauung und»] A₁ «Über politische Bildung und»; A₂ «Über politische Weltanschauung und»; F* «Politische Weltanschauung und».

² «an politischer Kultur merkwürdig»] A₁ «an *politischer Kultur* ärmer [bricht ab]»; A₂ «an *politischer Kultur* merkwürdig».

³ «daß politische Ereignisse ausgeblieben wären. Fast»] A₁ «daß es an politischen Taten [bricht ab]»; A₂ «daß es an politischen Ereignissen, an politischen Taten gefehlt habe. Fast»; A₃ «daß politische Ereignisse ausgeblieben wären. Fast».

⁴ «Fakten»] A₁ «Taten»; A₂ «Fakten».

⁵ «verzeichnen ... brachte»] A₁ «verzeichnen; Deutschland und Österreich politische [bricht ab]»; A₂ «verzeichnen; ja Deutschlands und Österreichs brachte»; A₃ «verzeichnen; ja Deutschland und Österreich brachte»; F* «verzeichnen ... brachte».

⁶ «haben nicht»] A₁ «haben – ganz im Gegensatz zu den naturwissenschaftlichen und technischen – nicht»; A₂ «haben nicht».

⁷ «den weiteren Kreisen jener»] A₁ «den Kreisen der Gebildeten [bricht ab]»; A₂ «den weiteren Kreisen der sog Gebildeten [bricht ab]»; A₃ «den weiteren Kreise jener».

denztheorie⁹ Bescheid zu wissen, die „höhere Tochter“, die tief be|schämt wäre, |2
über irgendein kunsthistorisches Detail in Unkenntnis zu sein, sie dürfen ruhig
und ohne Schädigung ihres Prestiges eingestehen, daß ihnen die wichtigsten Tat-
sachen der Verfassung ihres Landes unbekannt sind, daß sie ihre | politischen |wrs 1502
Rechte und Pflichten ignorieren. Wird die Unkenntnis politischer Tatsachen ohne
weiteres geduldet, weil gar nicht gefordert, so wird politische Überzeugung und
politische Betätigung seitens der Gebildeten oft direkt oder indirekt abgelehnt;
nicht zuletzt mit dem Hinweise darauf, daß es gerade nicht die Gebildetsten sind,
die heute im politischen Leben den Ton angeben. Die Flucht vor der Politik ist ein
allgemeines Schlagwort. Dem Bildungstypus, wie ihn das 19. Jahrhundert ge-
schaffen hat, fehlt das politische Element. Ja, wer feineres Gefühl für die nur leise
mitschwingenden Obertöne gewisser allgemeingültiger aber nicht scharf abgrenz-
barer Begriffe hat, der wird sich des Eindrucks nicht ganz erwehren können, daß
das Bildungsideal des 19. Jahrhunderts, das man ein naturwissenschaftlich-tech-
nisches Jahrhundert genannt hat, das politische Element nicht postuliert, sondern
daß es ihm sogar ein wenig feindlich gegenüber steht.

Verwunderlich ist diese Tatsache nicht bloß deshalb, weil der Tiefstand poli-
tischen Interesses in einem Widerspruch zu dem Hochstand der politischen Tat-
sachen steht, weil das deutsche Volk zur selben Zeit, da es *Bismarck*¹⁰ hervorge-
bracht und die politische Sehnsucht von Jahrhunderten verwirklicht hat, mit vol-
lem Recht das unpolitischste Volk gescholten wird. Verwunderlich nicht bloß
deshalb, weil man nicht verstehen kann, daß gewisse naturwissenschaftliche Theo-
rien – ja es handelt sich oft nur um strittige Hypothesen –, die eine Erklärung
objektiver den einzelnen nicht direkt berührender Naturvorgänge bezwecken, dem
individuellen Interesse näher zu liegen scheinen als die wichtigsten politischen
Tatsachen, die für das Wohl und Wehe des nach Bildung Strebenden täglich von
unmittelbarster Bedeutung sind und dennoch von ihm ignoriert werden¹¹¹¹. Wie
viele, die in ihrem Bildungsvorrat – den sie nicht etwa für ihren Beruf benötigen –
die Ätherhypothese und Theorie der | Spektralanalyse finden, werden vergeblich |3
darin Aufschlüsse über das Wesen der indirekten Steuern suchen, die sie doch
dauernd zu tragen haben.

¹¹ Vergl. die berühmte Rektoratsrede *Adolf Exners*: Über politische Bildung, 3. Ausgabe, Leipzig |2, wrs 1502
1892.¹²

⁸ «Der normale Bildungsphilister»] A₁ «Der Bildungsphilister»; A₂ «Der normale Bildungsphi-
lister».

⁹ Nach der Abstammungslehre von Charles Darwin (Anm. 59) kann die Herkunft aller Arten auf
eine Stammart zurückgeführt werden.

¹⁰ Otto (Eduard Leopold) von Bismarck(-Schönhausen) (1815–1898). 1862–1871 preußischer
Ministerpräsident, 1871–1890 erster Reichskanzler des Deutschen (Kaiser-)Reichs.

¹¹ Anmerkung in F* eingefügt.

¹² *Adolf Exner*, Über politische Bildung. Rede gehalten bei Übernahme der Rektorswürde an der
Wiener Universität, 3. Aufl., Leipzig 1892.

Am verwunderlichsten aber ist dieser Zustand wohl deshalb, weil die unpolitische Bildung¹³ des naturwissenschaftlichen 19. Jahrhunderts sich rühmt, eine klassische zu sein, auf der Kultur der Antike zu ruhen behauptet, die doch in ihrem innersten¹⁴ Wesen eine politische Kultur war. Im Staate wurzeln und im Staate gipfeln alle geistigen Werte der Griechen. Von Staates wegen ist die Religion, nur für den Staat und durch den Staat die Kunst. Und Religion und Kunst und Philosophie und Wissenschaft sind so innig mit dem staatlichen Leben verwachsen, so¹⁵ intensiv ist das allgemeine Bewußtsein des organischen Zusammenhanges aller dieser geistigen Produktionen mit dem Staate, daß auch diese für uns höchst individuellen Äußerungen der Persönlichkeit von jenem eigenartigen, spezifisch-politischen Gedankenprozeß ergriffen zu werden scheinen, der¹⁶ die Tätigkeit, den Wert und das Verdienst des einzelnen von diesem gleichsam loslöst und auf das Symbol der¹⁷ Gesamtheit, die Person des Staates überträgt, dem Staate *zurechnet*; sowie¹⁸ er die Tätigkeiten des Richters und Verwalters auf den Staat rückbezieht, und auf solchem Wege aus der Zufälligkeit von Individualhandlungen zu Organfunktionen des Staates erhebt.

Es¹⁹ ist ein Ausdruck dieser eminent politischen Kultur, deren Produkte alle gleichsam nur als²⁰ Säulen den Tempel des griechischen Staates²¹ stützen, wenn der²² größte Denker der Hellenen und ihr eigentlichster Repräsentant sein ganzes religiöses und künstlerisches, sein philosophisches und wissenschaftliches Kapital in einem politischen System investiert²³, wenn *Plato*²⁴ sein gewaltiges Geistesgebäude mit der Konstruktion eines Staatsideals krönt. Vielleicht²⁵ hat der Philosoph des 19. Jahrhunderts, vielleicht hat *Friedrich Nietzsche*²⁶, dieser vollkommenste

¹³ «die unpolitische Bildung»] A₁ «die Bildung»; A₂ «diese unpolitische Bildung»; F* «die unpolitische Bildung».

¹⁴ «innersten»] A «tiefsten»; F* «innersten».

¹⁵ «verwachsen, so»] A₁ «verwachsen, daß der größte Denker der Hellenen [bricht ab]»; A₂ «verwachsen, so».

¹⁶ «Persönlichkeit ... scheinen, der»] A «Persönlichkeit jener eigenartige, spezifisch politische Gedankenprozeß zu ergreifen scheint, der»; F* «Persönlichkeit ... scheinen, der».

¹⁷ «auf das Symbol der»] A «auf den Repräsentanten der»; F* «auf das Symbol der».

¹⁸ «sowie»] A «so wie»; F* «sowie».

¹⁹ «Wege aus ... erhebt.]Es»] A₁ «Wege zur Organfunktion des Staates macht. Es»; A₂ «Wege aus der Zufälligkeit u ... der Individualhdlg zur Organfunktion des Staates erfolgt. Es»; F* «Wege aus ... erhebt.]Es».

²⁰ «Kultur, deren Produkte alle gleichsam nur als»] A₁ «Kultur, die alle ihre Produkte als»; A₂ «Kultur, deren Produkte alle gleichsam nur als».

²¹ «des griechischen Staates»] A₁ «des Staates»; A₂ «des griechischen Staates».

²² «wenn der»] A₁ «wenn Plato [bricht ab]»; A₂ «wenn der».

²³ «investiert»] A₁ «entwickelt»; A₂ «investiert».

²⁴ Platon (427–347 v. Chr.), neben Aristoteles bedeutendster griechischer Philosoph der Antike.

²⁵ «Geistesgebäude ... Vielleicht»] A «Geistesgebäude in einem Staatsideal gipfeln läßt. Vielleicht»; F* «Geistesgebäude ... Vielleicht».

²⁶ Friedrich (Wilhelm) Nietzsche (1844–1900), Philosoph und Klassischer Philologe. 1869 auf den Lehrstuhl für Griechische Sprache und Literatur an der Universität Basel berufen, 1879 Aufgabe der Professur wegen zunehmender Kopf- und Augenbeschwerden, 1889 psychischer Zusammenbruch. In seiner antiromantischen, nihilistischen, immoralistischen und ideologie-

Widerpart und gerade darum auch kongenialste Versteher²⁷ *Platos* den geheimen Sinn²⁸ des *Politeia*-Dialoges²⁹ richtig erfaßt, wenn er – nur in äußerlichem, psychologisch erklärbarem Widerspruch³⁰ zum Wortlaute einiger Stellen – als das eigentliche Ziel des platonischen Staates erkannt hat, was allein der Zweck aller³¹ Kultur ist: „Die olympische Existenz und immer erneute Zeugung und Vorbereitung des *Genius*, dem gegenüber alles andere nur | Werkzeuge, Hilfsmittel und Ermö- | 4
glichenungen sind.“³² Vielleicht ist der politische Charakter der griechischen Kultur nie intuitiver erkannt worden, als von diesem anti-politischen Geiste, der „in der Gesamtkonzeption des platonischen Staates die wunderbar große Hieroglyphe einer tiefsinnigen und ewig zu deutenden Geheimlehre, vom Zusammenhang zwischen Staat und Genius“ erblickt¹⁾. Freilich, wenn der Staat, der bei *Plato* selbst Endzweck und oberstes Ziel aller Kultur ist, nun nur um ihrer höchsten Blüte, um des Genies willen da ist, dann packt eben *Nietzsche* den platonischen Gedanken in jener rätselhaften Tiefe des Begreifens, wo³⁴ der Sinn in sein Gegenteil umzuschlagen scheint, wo der Spiegel der Erkenntnis als ein | wahres Bild das | WRS 1504
Gegenbild zurückwirft. Und hier schimmert schon im Dämmerlichte die erste Spur jenes Weges, der zur Überwindung des Staates führt, dorthin, wo die Gottheit *Platos* zum „Götzen“ *Nietzsches* wird und der Genius zum „Übermenschen“. „Staat, was ist das? Wohlan! Jetzt tut mir die Ohren auf, denn jetzt sage ich euch ein³⁵ Wort vom Tode der Völker.³⁶ – Für die Überflüssigen ward der Staat erfunden.³⁷ – Dort wo der Staat aufhört, da beginnt erst der Mensch, der nicht über-

|¹⁾ *Nietzsches* Werke, Band I, Seite 221/222.³³

| 4, WRS 1503

kritischen Haltung übte er radikale Erkenntniskritik an der (christlichen) Moral, Religion, Philosophie und Kunst. Wichtige Werke: Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik, Leipzig 1872; Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister, Chemnitz 1878–1879; Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen, Chemnitz 1883–1885; Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft, Leipzig 1886.

²⁷ «Widerpart ... Versteher»] A₁ «Widerpart *Platos* [bricht ab]»; A₂ «Widerpart und darum auch tiefste Versteher»; A₃ «Widerpart und gerade darum zugleich auch tiefste Versteher»; F* «Widerpart ... Versteher».

²⁸ «den geheimen Sinn»] A₁ «den Sinn»; A₂ «den geheimen Sinn».

²⁹ „*Politeia*“, entstanden nach 387 v. Chr., gilt als Hauptwerk *Platons*.

³⁰ «er ... Widerspruch»] A₁ «er fast in [?] direktem Widerspruch»; A₂ «er nur in äußerlichem psychologisch erklärlichen Widerspruch»; F* «er ... Widerspruch».

³¹ «Staates ... aller»] A₁ «Staates, was das Ergebnis aller»; A₂ «Staates erkannt hat, was allein das Ergebnis aller»; F* «Staates ... aller».

³² *Nietzsches* Werke, Taschen-Ausgabe, Bd. 1: Die Geburt der Tragödie. Aus dem Nachlaß 1869–1873, Leipzig 1906, S. 221 – Hervorhebung von Kelsen.

³³ *Nietzsche*, Tragödie (Anm. 32), S. 222.

³⁴ «jener rätselhaften Tiefe des Begreifens, wo»] A₁ «jener rätselhaften Tiefe der Erkenntnis, wo»; A₂ «jener (rätselhaften Tiefe) des Begreifens, wo»; F* «jener rätselhaften Tiefe des Begreifens, wo».

³⁵ «ein»] *Nietzsches* Werke, Taschen-Ausgabe, Bd. 7: Also sprach Zarathustra. Aus dem Nachlaß 1882/85, Leipzig 1906, S. 69: «mein», so auch in A.

³⁶ *Nietzsche*, Zarathustra (Anm. 35), S. 69.

³⁷ *Nietzsche*, Zarathustra (Anm. 35), S. 70.

flüssig ist, da beginnt das Lied des Notwendigen, die einmalige und unersetzliche Weise. Dort wo der Staat aufhört, – so seht mir doch hin, meine Brüder! Seht ihr ihn nicht, den Regenbogen und die Brücken des Übermenschen? –⁽²⁾.³⁸

Wenn ich *Friedrich Nietzsche* den Philosophen des *unpolitischen* 19. Jahrhunderts genannt habe, so hat diese Bezeichnung noch⁴⁰ einen anderen Sinn als jenen, der aus seinem staatsfeindlichen Kultus des staatsbefreiten Übermenschen entspringt. *Nietzsche* hat die *Lamarck-Darwinsche* Entwicklungslehre⁴¹ philosophisch erklärt, hat eine naturwissenschaftliche Theorie zur Weltanschauung erhoben. Sein den Menschen überwindender Übermensch ist nur die Fortsetzung, die Steigerung des den Affen überwindenden Menschen. Er⁴² ist darum auch der Philosoph des *naturwissenschaftlichen* 19. Jahrhunderts. Und gerade das Vorherrschen der naturwissenschaftlichen Geistesrichtung steht im innigsten Zusammenhange mit dem unpolitischen, | ja antipolitischen Charakter des 19. Jahrhunderts. Das⁴³ hat man ja oft genug schon festgestellt und mit Nachdruck hervorgehoben, daß die Abkehr von der Politik parallel läuft mit der Zuneigung zu den Naturwissenschaften. Ob aber zwischen beiden Tatsachen auch eine innere Beziehung besteht, hat man niemals zu untersuchen gewagt. Selbst ein so geistreicher und gründlicher Kopf wie *Exner*⁴⁴, der die einseitige Betonung der naturwissenschaftlichen Bildung auf Kosten der politischen im 19. Jahrhundert arg beklagt, läßt es dabei bewenden, in diesem Manko den „Zopf des 19. Jahrhunderts“⁴⁵ zu erblicken, und glaubt auf eine tiefere Begründung dieser aus mehr als einem Grunde auffallenden Erscheinung verzichten zu müssen.

|WRS 1504 |²⁾ *Nietzsches Werke*, Band VII, Seite 69 ff.³⁹

³⁸ *Nietzsche*, Zarathustra (Anm. 35), S. 72 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁹ «Werke ... 69 ff.»] A «Werke, Bd 7. Also sprach Zarathustra I. Vom neuen Götzen. S. 69 ff.»; F* «Werke ... 69 ff.».

⁴⁰ «diese Bezeichnung noch»] A «diese ... noch»; F* «diese Bezeichnung noch».

⁴¹ Jean-Baptiste (Pierre Antoine de Monet, Chevalier) de Lamarck (1744–1829), französischer Botaniker und Zoologe. Er entwickelte in seinem Werk „*Système des animaux sans vertèbres, ou Tableau général des classes, des ordres et des genres de ces animaux [...]*“ (Paris 1801) eine noch heute gültige Evolutionstheorie, nach der Organismen Eigenschaften an ihre Nachkommen vererben können, die sie während ihres Lebens erworben haben. Ähnliche Überlegungen formulierte Erasmus Darwin (1731–1802), der Großvater von Charles Darwin (Anm. 59), in seiner Darstellung „*Zoonomia, or, The Laws of Organic Life*“ (London 1794–1796).

⁴² «erhoben. ... Er»] A₁ «erhoben. Er»; A₂ «erhoben. ... Er».

⁴³ «Geistesrichtung ... Das»] A «Geistesrichtung ist der Hauptgrund für den unpolitischen, ja antipolitischen Charakter des 19Jhdts zu erblicken. Das»; F* «Geistesrichtung ... Das».

⁴⁴ Adolf Exner (1841–1894), Romanist. 1866 Habilitation in Wien, 1868–1872 Prof. für Römisches Recht in Zürich, ab 1872 in Wien (1891–1892 Rektor). Er war Mitglied des Herrenhauses und des Reichsgerichts. Wichtige Werke: *Das oesterreichische Hypothekenrecht*, Leipzig 1876; *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien 1883; *Über politische Bildung*, Prag 1891 (3. Aufl., Leipzig 1892).

⁴⁵ *Exner*, *Bildung* (Anm. 12), S. 20.

|WRS 1505 Begnügt man sich, das Weltgeschehen nach der einfachen Formel der materialistischen Geschichtsauffassung zu begreifen, dann wird eine Erklärung nicht allzuschwer zu finden sein. Die herrschende Klasse, richtiger, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts auf revolutionärem Wege zur Herrschaft gelangte Klasse ist politisch saturiert, da sich die vom liberalen Programme der bürgerlichen Parteien geforderte Rechts- und Staatsordnung im großen und ganzen verwirklicht hat: Die erkämpfte politische⁴⁶ Freiheit gibt der herrschenden Bourgeoisie die Möglichkeit, sich wirtschaftlich auszuleben, der zu Beginn des 19. Jahrhunderts anwachsende Kapitalismus hat die ihm erforderlichen politischen⁴⁷ Garantien erreicht. Der einzige Anreiz zur politischen Aktion: der wirtschaftliche Gewinn, ist nicht mehr gegeben; politische Aktion geht nicht mehr von der herrschenden, sondern von der beherrschten Klasse aus; die herrschende ist nur mehr Trägerin politischer Reaktion, im doppelten Sinne einer Verteidigung gegen⁴⁸ die Angriffe des politisch erwachten Proletariates und eines Festhaltens und Konservierens des bestehenden Zustandes. Politische Reaktion, konservative Tendenzen haben ihrer⁴⁹ inneren Natur nach keine Eignung in weitere Kreise zu dringen. Die politische Indifferenz des überwiegenden Teiles der⁵⁰ herrschenden Klasse ist nur ein Symptom dafür, daß der Liberalismus als⁵¹ politisches Mittel zu einem wirtschaftlichen Zwecke sich mit Erreichung desselben überflüssig gemacht hat. Die herrschende Klasse ist unpolitisch, denn sie ist wirtschaftlich gesättigt und ihre Intelligenzen wenden sich nun ganz und gar den unpolitischen Disziplinen zu. Das⁵² Aufblühen der Naturwissenschaft und Philosophie!

|6 |Zweifellos deckt diese Erklärung einen guten Teil der gesuchten Ursachen⁵³ auf. Allein wem die ökonomischen Verhältnisse nicht die einzigen oder letzten Determinanten der sozialen Erscheinungen sind, ist die Möglichkeit, ja Notwendigkeit gegeben, noch eine Schicht weiter zu dringen und die tieferen psychologischen Beziehungen aufzudecken, die dem Erklärungsbedürfnis vieler mehr Befriedigung bieten, als der Einblick in die bloß wirtschaftliche Kausalreihe.

Der Aufschwung der spezifisch naturwissenschaftlichen Geistesrichtung geht Hand in Hand mit der liberalen Weltanschauung⁵⁴. *Lamarcks* „Philosophie zoo-

⁴⁶ «Die erkämpfte politische»] A₁ «Die politische»; A₂ «Die erkämpfte politische».

⁴⁷ «ihm erforderlichen politischen»] A₁ «ihm adäquate rechtliche politische»; A₂ «ihm adäquate politische»; F* «ihm erforderlichen politischen».

⁴⁸ «einer Verteidigung gegen»] A₁ «einer Verteidigung des bestehenden Zustandes und [bricht ab]»; A₂ «einer gegen»; A₃ «einer Verteidigung gegen».

⁴⁹ «Reaktion, konservative Tendenzen haben ihrer»] A «Reaktion hat ihrer»; F* «Reaktion, konservative Tendenzen haben ihrer».

⁵⁰ «Indifferenz des überwiegenden Teiles der»] A₁ «Indifferenz der»; A₂ «Indifferenz des überwiegenden Teiles der».

⁵¹ «Liberalismus als»] A «Liberalismus, das Glaubensbekenntnis der herrschenden Klasse, als»; F* «Liberalismus als».

⁵² «zu. Das»] A «zu: Das»; F* «zu. Das».

⁵³ «der gesuchten Ursachen»] A₁ «der Ursachen»; A₂ «der gesuchten Ursachen».

⁵⁴ «der liberalen Weltanschauung»] A «der Entwicklung der liberalen Weltanschauung»; F* «der liberalen Weltanschauung».

logique⁵⁵ und W. v. Humboldts⁵⁶ „Ideen zu einem Versuche die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“⁵⁷ stehen beide an der Schwelle des 19. Jahrhunderts, wie zwei Quellen, die anfangs getrennt und scheinbar unabhängig voneinander, später zu jenem mächtigen Strome zusammenfließen, als welcher sich dem auf höherer Warte Stehenden das individualistisch-naturwissenschaftliche Geistesleben⁵⁸ des 19. Jahrhunderts darstellt. Er geht über Darwin⁵⁹ und Stirner⁶⁰ zu Nietzsche. Der bildet gleichsam den Zusammenfluß des in seiner logischen Entwicklung zum Anarchismus entarteten⁶¹ Liberalismus mit der auf die Auslese-, Zuchtwahl- und Anpassungs-Hypothese gestützten, bis zum Übermensch-Ideal gesteigerten Entwicklungslehre. Es ist die Eigenart des politischen Programmes der liberalen Weltanschauung, daß es sich durch seine eigene Entwicklung⁶² auflöst. Von vornherein nicht auf positive Ziele gerichtet, sondern im Grunde nur negativ gegen die dem Individuum gesetzten staatlichen Schranken kämpfend, muß es konsequenterweise schließlich zur Negierung des Staates überhaupt kommen. Von dem „notwendigen Übel“⁶³ Humboldts bis zu dem „überflüssigen“⁶⁴ Götzen Nietzsches ist nur ein kurzer Schritt. Negiert man aber den Staat, oder begnügt man sich, ihn zu ignorieren, dann hat man aller Politik überhaupt den Boden entzogen. So paradox es klingen mag, ist es doch nur logisch, daß die Politik

|WRS 1506

⁵⁵ Jean-Baptiste Pierre-Antoine de Lamarck, Philosophie zoologique, ou Exposition Des considérations relatives à l'histoire naturelle des Animaux [...], 2 Bde., Paris 1809.

⁵⁶ (Friedrich) Wilhelm (Christian Karl) von Humboldt (1767–1835), Sprachforscher, Philosoph und Politiker. Trat 1790 in den preußischen Staatsdienst ein und war u. a. 1808–1810 Sektionschef für Kultus, öffentlichen Unterricht und die Medizinal-Anstalten im Ministerium des Innern und in dieser Tätigkeit 1809 Gründer der Universität Berlin, 1810–1815 Gesandter in Wien und 1814/1815 Vertreter Preußens auf dem Wiener Kongress sowie 1819 Minister des Innern in Berlin, trat nach den Karlsbader Beschlüssen zurück. Wichtige Werke: Über Goethe's Hermann und Dorothea, Braunschweig 1799; Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaus und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts, Berlin 1836; Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Breslau 1851.

⁵⁷ Wilhelm von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1851, entstanden 1792), in: Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1. Abteilung: Werke I, Bd. 1: 1785–1795 (hrsg. v. Albert Leitzmann), Berlin 1903, S. 97–254.

⁵⁸ «individualistisch-naturwissenschaftliche Geistesleben»] A₁ «individualistisch-naturwissenschaftlich-technische Geistesleben»; A₂ «individualistisch-naturwissenschaftliche Geistesleben».

⁵⁹ Charles (Robert) Darwin (1809–1882), britischer Naturforscher, Evolutionstheoretiker und Begründer der modernen Evolutionstheorie. Wichtige Werke: On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life, London 1859; The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex, London 1871; The Expression of the Emotions in Man and Animals, London 1872.

⁶⁰ Max Stirner (Pseudonym von Johann Caspar Schmidt, 1806–1856), Philosoph und Journalist. Wichtiges Werk: Der Einzige und sein Eigentum, Stuttgart 1844.

⁶¹ «Anarchismus entarteten»] A «Anarchismus und extremem Individualismus entarteten»; F* «Anarchismus entarteten».

⁶² «eigene Entwicklung»] A «eigene logische Entwicklung»; F* «eigene Entwicklung».

⁶³ Humboldt, Ideen (Anm. 57), S. 236.

⁶⁴ Anspielung auf die „Götzendienerei der Überflüssigen“ in: Nietzsche, Zarathustra (Anm. 35), S. 59.

des Liberalismus, das ist die Politik der Befreiung, letztlich zur Befreiung von der Politik führt.

Und dieser unpolitische, weil im Grunde staatsfeindliche oder doch staatsfremde Charakter des Liberalismus, der nur eine praktische Erscheinungsform der individualistischen Weltanschauung ist, steht durchaus mit deren psychologischer Grundstruktur | im Einklang. Das Individuum ist ihm das einzig Gegebene, die Realität des Kollektivums ist er unfähig zu begreifen, und deshalb stets gedrängt, dessen Existenzberechtigung zu leugnen. Denn seine spezifische Erkenntnis-
 | 7 methode ist eine durchaus analytische. Die Atomisierungstendenz kann es beim Zusammengesetzten, aus mehreren Einheiten Bestehenden, als einem höheren Ganzen nicht bewenden lassen. Sie dringt zersetzend weiter und findet nicht eher Ruhe, als bis beim Unteilbaren: d. i. beim Individuum, bei der letzten Einheit, über die es kein Hinaus gibt, bis beim Ich angelangt ist. Ganz im Gegensatz zur kollektivistischen oder universalistischen Anschauung, die, von einer Kraft der Synthese getrieben, nur das zusammengesetzte Ganze als Einheit⁶⁵ begreift, demgegenüber das Individuum als mehr oder weniger zufälliger Teil vernachlässigt wird¹⁾ ⁶⁶. Dabei steht das atomisierende oder, wenn man will, das mechanisierende Erkenntnisprinzip des Individualismus durchaus unter dem Banne einer ausschließlich kausalen Betrachtungsweise. Das bedeutet aber, daß es nur die Beziehung von Ursache und Wirkung der einzelnen einander im Kausalnexus gleich geordneten Elemente oder Individuen sieht, daß ihm der Sinn für Über- und Unterordnung fehlt, der Sinn für Wert und Autorität, der nur einer spezifisch normativen Betrachtungs-
 | WRS 1507 weise eigen ist²⁾ ⁶⁸. Der Individualismus führt in seiner letzten Konsequenz, | wie zum politischen Anarchismus, zum ethischen Nihilismus; wiederum ganz im Gegensatz zum Universalismus, der in seiner positiv aufbauenden Tendenz, in seiner Anerkennung des über den Einzelnen stehenden Ganzen, des Kollektivums, Wert⁷⁰ und Autorität schafft. Und darum kann nur der Kollektivismus dem Wesen des Organismus gerecht werden, oder⁷¹ richtiger, weil objektiver ausgedrückt, das Organische neben dem Mechanischen als gegeben gelten lassen (weshalb man den

| 7, WRS 1506 |¹⁾ Über den Gegensatz von Individualismus und Kollektivismus. Vgl. die jüngst erschienene Schrift: *Karl Pribram*, Die Entstehung der individualistischen Sozialphilosophie. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1912.⁶⁷

²⁾ Über den methodologischen Gegensatz zwischen kausaler und normativer Methode vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, S. 3 ff.⁶⁹

⁶⁵ «als Einheit»] A «als höhere Einheit»; F* «als Einheit».

⁶⁶ Anmerkung in F* eingefügt.

⁶⁷ *Karl Pribram*, Die Entstehung der individualistischen Sozialphilosophie, Leipzig 1912.

⁶⁸ Anmerkung in F* eingefügt.

⁶⁹ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 3–94 = HKW 2, S. 21–878 (80–188).

⁷⁰ «Ganzen, des Kollektivums, Wert»] A «Ganzen Wert»; F* «Ganzen, des Kollektivums, Wert».

⁷¹ «Organismus gerecht werden, oder»] A «Organismus begreifen, oder»; F* «Organismus gerecht werden, oder».

Kollektivismus mit Recht auch als organische Theorie bezeichnen kann), während⁷² dem rationalen, weil nur logisch-analytisch operierenden Individualismus das alogische solcher Synthese ewig Rätsel bleibt.

Deutlich läßt diese Psychologie der individualistischen Anschauung deren innere Verwandtschaft mit dem modernen naturwissenschaftlichen⁷³ Denken hervortreten. Folgt dieses nicht, wie die individualistische Betrachtungsweise, ganz dem Kausalprinzip? Muß es nicht, will es seiner besonderen Methode treu bleiben, peinlichst alle Wertung meiden, und, ohne Gut oder Böse zu sehen, nach Ursache und Wirkung forschen? Nach Naturgesetzen sucht es sich zu orientieren und kann in seinem Bereiche keine Normen anerkennen⁷⁴: Es ist so autoritätsscheu wie der Individualismus. Wie für den Individualisten die soziale Welt nur in eine Menge von tätigen Einzelmenschen zerfällt, so löst sich für die moderne, ihrem innersten Wesen nach mechanistische und atomisierende Naturwissenschaft auch ihre Welt in eine Summe bewegter Atome. Die Reduzierung des Organischen auf das Anorganische ist ihr Ideal und darum kann sie ebensowenig das Rätsel des Organismus begreifen, *will* es ebensowenig begreifen, wie der Individualismus auf sozialem Gebiete.

Jede Weltanschauung (d. i. das Verhältnis zum Universum) wurzelt⁷⁵ letztlich in der Besonderheit eines Charakters und ist darum auch einer bestimmten Lebensanschauung (d. i. das Verhältnis zum Nebenmenschen) zugeordnet⁷⁶, weil auch diese durch den Charakter determiniert ist. Wenn der Universalismus nur einer Seelenverfassung adäquat ist, deren metaphysisches Ich-Bewußtsein verhältnismäßig schwach betont ist, so daß die Beziehung von Ich und Welt, Ich und Gesellschaft oder Ich und Staat nicht als Gegensatz, sondern als höhere harmonische Einheit⁷⁷ in die Erscheinung tritt, so daß der Universalist zu Staat und Gesellschaft sagt, was der indische Weise zu allem Belebten und Unbelebten der Natur: *Tat wam asi*,⁷⁸ das bist du, d. h. sich selbst nur als Bestandteil und organisches Glied von Staat, Gesellschaft und Welt empfindet, dann muß solcher Weltanschauung sich von selbst ein Altruismus als Lebensanschauung beigesellen. Nur ein Symbol der Welt, nur ein Repräsentant der Menschheit, der Gesellschaft, des Staates tritt das Du dem Ich entgegen und wird wie Weltall, Menschheit, Gesell-

|wrs 1508

⁷² «lassen ... während»] A₁ «lassen, während»; A₂ «lassen ... während».

⁷³ «dem modernen naturwissenschaftlichen»] A₁ «dem naturwissenschaftlichen»; A₂ «dem modernen naturwissenschaftlichen».

⁷⁴ «Naturgesetzen ... anerkennen»] A₁ «Naturgesetzen ist es orientiert und in seinem Bereiche kann es ebensowenig Normen anerkennen»; A₂ «Naturgesetzen ... anerkennen».

⁷⁵ «Weltanschauung ... wurzelt»] A₁ «Weltanschauung wurzelt»; A₂ «Weltanschauung ... wurzelt».

⁷⁶ «Lebensanschauung ... zugeordnet»] A₁ «Lebensanschauung zugeordnet»; A₂ «Lebensanschauung ... zugeordnet».

⁷⁷ «als höhere harmonische Einheit»] A₁ «als harm[onische]»; A₂ «als höhere harmonische Einheit».

⁷⁸ Sechzig Upanishad's des Veda. Aus dem Sanskrit übersetzt und mit Einleitungen und Anmerkungen versehen von Paul Deussen, Leipzig 1897, S. 166.

19 schaft und Staat freudig bejaht. Wo aber, wie beim Individualisten, das Faktum Ich von solcher Stärke und Besonderheit⁷⁹ ist, daß eine⁸⁰ Relation zu Welt und Staat nur als feindlicher Gegensatz ins Bewußtsein tritt, wo das Ich zur einzigen Einheit und zum Zentrum des Seins | gemacht wird, dort muß es auch zum Mittelpunkt der Lebensanschauung werden. Wie die höheren Einheiten der Menschheit oder Gesellschaft, des Staates oder sonst eines Kollektivums dem individualistischen Bewußtsein logisch, d. h. verstandesmäßig, unbegreiflich, weil dem Ich wesensfremd, durch das Ich nicht meßbar sind⁸¹, so sind sie ihm gefühlsmäßig feindlich; das Andere oder der Andere ist gleichbedeutend mit Gegner. Der⁸² Individualist negiert den Staat, weil er ihn nicht begreift. Und wie das Kollektivum ist auch das Du dem individualistischen Ich ein ewiges Rätsel. Denn verstandesmäßig kann das Ich-Erlebnis nicht im Anderen gedacht werden, und doch tritt dieser Andere mit dem Anspruch auf, ein Ich zu sein: Das Du ist so unbegreiflich wie feindlich und darum ist der Egoismus die Lebensanschauung des unsozialen und darum unpolitischen Individualismus⁸³. Individualismus und Kollektivismus: im Grunde nur Ich-Anschauung und Du-Anschauung!

Und auch in diesem zuletzt erkannten Wesenszuge des Individualismus zeigt sich deutlich eine Affinität mit dem Geiste der modernen Naturwissenschaft, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die durch die Deszendenztheorie gewonnene Erkenntnis des asozialen Tier- und Pflanzenreiches den rücksichtslosen Kampf ums Dasein und das Überleben des Stärkeren gezeigt hat. Das Recht des Stärkeren über den Schwachen, ist das nicht die Herrenmoral *Nietzsches* und, ins Wirtschaftliche und Politische übertragen, die Konsequenz oder das Ideal des Liberalismus?

10 | WRS 1509 Politischer, d. h. auf das Kollektivum als die⁸⁴ höhere soziale Einheit gerichteter, aus dem Solidaritätsgeföhle und dem mit diesem verwandten Autoritätsbewußtsein entspringender Sinn und daher auch politische Bildung gehört⁸⁵ ebenso sehr zum Inventar des Universalismus wie sie dem Individualismus fehlen, dem eine naturwissenschaftliche Bildung wesensverwandt ist. So stehen sich politische und naturwissenschaftliche Bildung als Gegensätze der Weltanschauung, der Charaktere und der Methoden gegenüber. Gerade die methodologische Gegensätzlichkeit zwischen naturwissenschaftlich-kausaler und politisch-normativer Denkweise wird oft übersehen und das mit | der Vorherrschaft des Individualismus verbundene Prävalieren der naturwissenschaftlichen Bildung während des 19. Jahrhunderts und | deren maßlose Überschätzung hat zu schweren wissenschaftlichen Ex-

⁷⁹ «Besonderheit»] A₁ «Eigenart»; A₂ «Besonderheit».

⁸⁰ «eine»] A «seine»; F* «eine».

⁸¹ «logisch ... sind»] A₁ «logisch unbegreiflich sind»; A₂ «logisch ... sind».

⁸² «Gegner. Der»] A₁ «Gegner. Der Egoismus ist die Leb [bricht ab]»; A₂ «Gegner. Der».

⁸³ «des unsozialen und darum unpolitischen Individualismus»] A₁ «des Individualismus»; A₂ «des unsozialen u darum unpolitischen Individualismus».

⁸⁴ «auf das Kollektivum als die»] A₁ «auf die»; A₂ «auf das Kollektivum als die».

⁸⁵ «Sinn und daher auch politische Bildung gehört»] A₁ «Sinn gehört»; A₂ «Sinn u daher auch pol Bildung gehört».

weil die Welt nicht nur aus einem Teil besteht, sondern aus der Welt als Ganzem. ^{10.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{11.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{12.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{13.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{14.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{15.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{16.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{17.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{18.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{19.}
 Die Welt ist nicht nur ein Teil der Welt, sondern die Welt ist die Welt. ^{20.}

Seite aus dem Autographen (1246-12421)

zessen geführt, die eine ernstliche Gefahr für die Theorie mancher Disziplin bedeuten. Schon *Exner* hat lebhaft beklagt, daß in fast allen Zweigen der Geisteswissenschaft eine widernatürliche – weil der Natur ihres Stoffes zuwiderlaufende – Invasion naturwissenschaftlicher Denkformen Platz gegriffen und in vielen⁸⁶ Fällen diese Disziplinen gänzlich auf Abwege geführt habe¹⁾. Er verweist u. a. mit Recht auf das Unzulässige der neueren Kriminalistenschulen, die Strafrechtswissenschaft in Psychiatrie auflösen. Wie ja überhaupt gerade die normative Jurisprudenz⁸⁹ und insbesondere die Staatsrechtslehre unter dieser Expansion⁹⁰ der naturwissenschaftlich-kausalen Betrachtungsweise leidet. In⁹¹ neuester Zeit wird immer wieder der törichte, aller Methodologie spottende Versuch gemacht, die Rechtslehre durch Soziologie zu ersetzen, d. h. das logische Monstrum verwirklichen, in normativem Sinne gestellte Probleme auf explikativem Wege zu lösen²⁾. Und⁹³ die Soziologie selbst? Sollte sie, zu deren wichtigster Aufgabe es doch gehört, die⁹⁴ über dem Individuum stehenden höheren sozialen Einheiten zu begreifen, sollte sie jetzt wirklich auf dem richtigen Wege sein, da sie sich bemüht, die spezifischen Methoden der exakten Naturwissenschaften für ihre besonderen Zwecke zu adaptieren, „Naturgesetze“ des sozialen Geschehens zu gewinnen? Sollte nicht schon die Unfähigkeit der Naturwissenschaft, das Wesen des lebendigen Organismus zu erfassen, Zweifel darüber erwecken, ob von dort her die richtigen Mittel⁹⁵ zu holen sind, um den *sozialen* Organismus zu verstehen? Muß nicht die explikativ-kausale Methode in ihrer analytischen Tendenz, wie in der Naturwissenschaft zum Atom, so in der Soziologie zum Individuum, und immer nur zum Individuum führen? Ist nicht vielleicht der ganze Bankerott der Sozialwissenschaften, den man heute nur noch nicht einzugestehen wagt, vielleicht bloß eine Folge dieser Imitation der Naturwissenschaften?

Der Hochflut individualistisch-naturwissenschaftlicher Geistesströmung, die im 19. Jahrhundert auch die politischen Disziplinen zu überschwemmen und zu

[10, |¹⁾ a. a. O. S. 24f., freilich ohne methodologische⁸⁷ Begründung.⁸⁸

wrs 1509 ²⁾ Vgl. dazu meine Schrift: Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911.⁹²

⁸⁶ «vielen»] A₁ «gewissen»; A₂ «vielen».

⁸⁷ «ohne methodologische»] A₁ «ohne tiefere methodologische»; A₂ «ohne methodologische».

⁸⁸ *Exner*, Bildung (Anm. 12), S. 24f.

⁸⁹ «die normative Jurisprudenz»] A₁ «die Jurisprudenz»; A₂ «die normative Jurisprudenz».

⁹⁰ «Staatsrechtslehre unter dieser Expansion»] A₁ «Staatsrechtstheorie ganz besonders unter dieser durchaus unpolitischen [bricht ab]»; A₂ «Staatsrechtslehre ganz besonders unter dieser Expansion»; F* «Staatsrechtslehre unter dieser Expansion».

⁹¹ «leidet. In»] A «leidet. Gerade in»; F* «leidet. In».

⁹² *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55.

⁹³ «lösen. Und»] A₁ «lösen versuchen.^{Fn}Vgl dazu meine Schrift: Grenzen etz...^{Fn} Und»; A₂ «lösen. Und».

⁹⁴ «sie ... die»] A₁ «sie, deren Aufgabe es doch ist, die»; A₂ «sie ... die».

⁹⁵ «die richtigen Mittel»] A₁ «die Mittel»; A₂ «die richtigen Mittel».

vernichten drohte, ist jene | im 18. Jahrhundert durchaus kollektivistische Periode | 11
 vorangegangen, die sich | durch die Weltanschauung des Merkantilismus und des | WRS 1510
 Polizeistaats-Ideals charakterisiert. Glaubt man an eine Periodizität im Geistesleben der Menschen, wenn auch nicht als exaktes Gesetz, so doch als treffliches heuristisches Prinzip, dann wird man jene ewige Wellenbewegung, bei⁹⁶ der Universalismus und Individualismus im steten Kampfe miteinander, wie⁹⁷ Wellenberg und Wellental in der Vorherrschaft über die Geister einander ablösen⁹⁸, leicht nach rückwärts bis ins Mittelalter und die Antike hinein⁹⁹ verfolgen können. Und findet man die nicht weiter ableitbare Quelle der Weltanschauung in den menschlichen Charakteren, dann wird nicht die Periodizität der Weltanschauungen, sondern eine Periodizität der Charaktere die letzte Antwort auf die Frage sein, wie so¹⁰⁰ es kommt, daß große Gruppen von Menschen, ja ganze Menschheitsperioden für gewisse Probleme blind sind, und andere nur unter einem starr fixierten Winkel sehen können. Dem auf die Gegenwart- und Zukunftsentwicklung gerichteten Blick aber zeigt sich deutlich, daß der das 19. Jahrhundert beherrschende Individualismus von einer immer mächtiger anschwellenden kollektivistischen Bewegung zurückgedrängt wird. Der Sozialismus, der die großen Massen des Proletariates gewonnen hat, influenziert auch die Anschauungen¹⁰¹ der herrschenden Schichte; der Staatssozialismus ist die Frucht dieser sozialen Physik. Und wie ein elektrischer Strom, einem unelektrischen Leiter genähert, in diesem elektrische Bewegung¹⁰² erzeugt, so beginnt die durch die jahrzehntelange Arbeit der sozialistischen Partei mit¹⁰³ politischer Energie geladene Masse der wirtschaftlich Beherrschten in der Schichte des bisher unpolitischen Bürgertums einen Gegenstrom zu wecken. Man darf sich nicht verhehlen, daß das allmähliche politische¹⁰⁴ Erwachen der Bourgeoisie, für das jetzt immer zahlreichere Symptome sprechen, in erster Linie eine Reflexerscheinung ist, hervorgerufen durch die gewaltige politische Bewegung des Proletariates, und daß dieser Aufstieg des politischen Lebens im innigsten Zusammenhange steht mit dem Vordringen einer kollektivistischen Weltanschauung¹⁰⁵, die der Entfesselung des politischen Triebes Raum gibt¹⁾. Es ist

| 1) Die kollektivistische Geistesrichtung ist schon so weit gediehen, daß sich bereits ein Neoliberalismus als Opposition der Zukunft vorbereitet.¹⁰⁶ | 11, WRS 1510

⁹⁶ «jene ewige Wellenbewegung, bei»] A₁ «jene große ewige Welle, bei»; A₂ «jene ewige Wellenbewegung, bei».

⁹⁷ «Individualismus ... wie»] A₁ «Individualismus wie»; A₂ «Individualismus ... wie».

⁹⁸ «ablösen»] A₁ «folgen»; A₂ «abwechself»; F* «ablösen».

⁹⁹ «Mittelalter und die Antike hinein»] A₁ «Mittelalter hinein»; A₂ «Mittelalter und die Antike hinein».

¹⁰⁰ «wie so»] recte: «wieso».

¹⁰¹ «die Anschauungen»] A₁ «die politischen Anschauungen»; A₂ «die Anschauungen».

¹⁰² «Bewegung»] A₁ «Energie»; A₂ «Strom»; F* «Bewegung».

¹⁰³ «so ... mit»] A₁ «so hat die mit»; A₂ «so ... mit».

¹⁰⁴ «daß das allmähliche politische»] A₁ «daß die zahlreichen Syntome [sic], die jetzt das politische»; A₂ «daß nur politische»; A₃ «daß das allmähliche politische».

¹⁰⁵ «kollektivistischen Weltanschauung»] A₁ «kollektivistischen Anschauung»; A₂ «kollektivistischen Weltanschauung».

|12 kein Zufall, daß gerade in | dieser Zeit erstarkenden politischen Sinnes auch das Bedürfnis nach politischer Bildung sich bemerkbar macht und das Problem der politischen Erziehung in den Vordergrund gerückt wird. Nur heißt es Ursache und Wirkung miteinander vertauschen, wenn man, was so häufig geschieht, meint, daß durch politische Er|ziehung und Bildung politischer Sinn, daß durch politisches Wissen¹⁰⁷ politisches Wollen erzeugt werden könne! Gerade umgekehrt ist es: Das allenthalben sich regende politische Wollen fordert nun auch politisches Wissen, ruft nach politischer Bildung und Erziehung!

|WRS 1511

Das scheint mir überhaupt der Kern des Problems einer politischen Erziehung zu sein: Was kann und soll durch politische Erziehung bewirkt werden? Damit ist man aber ganz nahe an das Grundproblem¹⁰⁸ der Pädagogik überhaupt gelangt. Und stellt man die Frage nach den Möglichkeiten einer Erziehung im allgemeinen, dann zeigt sich einem dieser Komplex in seltsamer Verflechtung mit jener Gedankenreihe, die ich soeben über politische oder unpolitische Weltanschauung entwickelt habe. Denn die Erziehung richtet sich an den Charakter und der Charakter ist die Wurzel der Weltanschauung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden Charaktertypen, die ich früher als die Träger der beiden entgegengesetzten Weltanschauungen geschildert habe, auf die Erziehung im allgemeinen und die politische Erziehung im besonderen ganz verschieden reagieren werden, sofern eben dort, wo das pädagogische Bestreben auf Autoritätsbewußtsein und Anerkennung des Kollektivums, auf natürliche Staatsachtung stößt, ganz andere Resultate zu erzielen sein werden, als bei einem Charakter individualistischen Gepräges. Allerdings¹⁰⁹ wird es wesentlich darauf ankommen, was man als Inhalt der politischen Erziehung begreift, wie weit man die Grenzen dieses Begriffes zu ziehen geneigt ist. Nur mit einer Verschiedenheit des ursprünglichen Interesses, der Lerngeneigtheit und der Intensität der Aufnahmefähigkeit wird man zu rechnen haben, wenn man sich mit der Vermittlung politischen Wissens, mit der Verbreitung gewisser Tatsachenkenntnisse aus dem Gebiete der Staats- und Gesellschaftslehre – einer Politik im weitesten Sinne des Wortes – begnügt. Freilich ist man gerade heute weit davon entfernt, den Begriff der politischen oder staatsbürgerlichen Erziehung so |eng abzustecken. Wenn man als Ziel derselben politische¹¹⁰ Bildung anstrebt, so ist man sich wohl bewußt, daß man viel mehr als eine bloße Bereicherung des Wissens, daß man eine bestimmte Gestaltung des Fühlens und Wol-

|13

¹⁰⁶ «Die kollektivistische ... vorbereitet.»] A «Anmerkng betr Neoliberalismus.»; F* «Die kollektivistische ... vorbereitet.».

¹⁰⁷ «Wissen»] A₁ «Interesse»; A₂ «Wissen».

¹⁰⁸ «das Grundproblem»] A₁ «das Problem»; A₂ «das GrundProblem».

¹⁰⁹ «Gepräges. Allerdings»] A₁ «Gepräges. Allerdings»; A₂ «Gepräges. In gleicher Weise wird das Wort pol Erz je nach der kollektivistischen individualistischen Grundanschauung beurteilt werden. Nur das Zurückgreifen auf prinzipielle Weltansch. Gegensätze läßt begrifflich erscheinen daß [bricht ab] Allerdings»; F* «Gepräges. Allerdings».

¹¹⁰ «derselben politische»] A «derselben (dieses Gebietes Pädagogischer Betätigung) politische»; F* «derselben politische».

lens zu bereiten bestrebt ist. Politische Bildung soll nicht bloß im Intellekt des Einzelnen beschlossen sein, sie soll das Interesse und die Freude am Staate, ja die Liebe und Opferbereitschaft für das Gemeinwesen bedeuten, dem man angehört. Nicht der Verstand, sondern das Gefühl ist das Band, das den Menschen mit¹¹¹ dem Nebenmenschen und mit der Gesamtheit verbindet. Die Verstärkung und Vertiefung des Gemeinschafts- oder Staatsgeföhles soll die Frucht | politischer Erziehung sein. Und nicht nur die Liebe zum Staate, auch der bewußte Wille zum Staate soll durch politische Erziehung geweckt werden. Seinen Staat nicht nur lieben, sondern auch wollen, heißt für ihn nicht nur leiden und Opfer bringen, heißt für ihn auch aktiv handeln können, ihn gegen Angriffe von außen und innen verteidigen, an der Verwirklichung seiner¹¹² Zwecke durch eigenes zielbewußtes Tun mitwirken. *Patriotismus* – wenn auch in einem über den gewöhnlichen, d. i. engeren Bereich dieses Begriffes hinausgehenden¹¹³ Sinne – ist das Ziel der großen bürgerlichen Bewegung¹¹⁴, die neustens politische Erziehung durch die Schule propagiert¹¹⁶.

| WRS 1512

Indem ich¹¹⁷ die Erörterung dieses Postulates aufnehme, trete ich aus der Ebene einer Seinserklärung und kausalen Wirklichkeitsbeschreibung in¹¹⁸ ein Gebiet der Soll-Betrachtung. Während ich bisher nur objektiv gegebene Tatsachen aufzuzeigen und durch ihre kausalen Beziehungen zu verstehen bemüht war, versuche ich nunmehr, da ich bestimmen will, nicht was ist, sondern was sein soll, Werte zu prüfen, das Sozial-Nützliche vom Sozial-Schädlichen, das¹¹⁹ Sittliche vom Unsittlichen zu unterscheiden¹²⁰. Es ist eine politische Überlegung, die zur Beantwortung

¹¹ Vgl. insbesondere: *Rühlmann*, Politische Bildung, ihr Wesen und ihre Bedeutung, eine Grundfrage unseres öffentlichen Lebens. Leipzig, Quelle und Meyer, 1908, S. 51.¹¹⁵ | 13, WRS 1512

¹¹¹ «das den Menschen mit»] A₁ «das das Individuum mit»; A₂ «das den Menschen mit».

¹¹² «verteidigen, an der Verwirklichung seiner»] A₁ «verteidigen, seiner»; A₂ «verteidigen, an der Verwirklichung seiner».

¹¹³ «einem ... hinausgehenden»] A₁ «einem höheren, über den engeren Bereich bloßen dynastischen Geföhls hinausgehenden»; A₂ «einem über den engeren Bereich bloß dynastischen Geföhls hinausgehenden»; F* «einem ... hinausgehenden».

¹¹⁴ «großen bürgerlichen Bewegung»] A₁ «großen Bewegung»; A₂ «großen bürgerlichen Bewegung».

¹¹⁵ *Paul Rühlmann*, Politische Bildung. Ihr Wesen und ihre Bedeutung eine Grundfrage unseres öffentlichen Lebens, Leipzig 1908, S. 51.

¹¹⁶ Anmerkung in F* eingefügt.

¹¹⁷ «propagiert. [Indem ich»] A «propagiert. [Die staatliche *Schule* soll das Organ politischer Erziehung sein! Das gilt bei allen Vertretern der neuen Bewegung als ausgemachte Sache; und kaum ein Zweifel wird laut, ob die Schule auch wirklich das geeignete Werkzeug ist, politische Bildung in dem oben entwickelten Sinne zu vermitteln. [Wenn ich»]; F* «propagiert. [Indem ich»].

¹¹⁸ «einer Seinserklärung und kausalen Wirklichkeitsbeschreibung in»] A₁ «einer objektiven *Seinsbetrachtung* und Wirklichkeitsbeschreibung oder kausalen Wirklichkeitserklärung in»; A₂ «einer *Seinserklärung*, (einer [ein Wort unlesbar] Tatsachenbeschreibung u [ein Wort unlesbar] kausalen Wirklichkeitserklärung) in»; A₃ «einer *Seinserklärung*, (einer nicht wertenden Tatsachenbeschreibung); F* «einer Seinserklärung und kausalen Wirklichkeitsbeschreibung in».

¹¹⁹ «zu prüfen ... das»] A₁ «zu unterscheiden, das nützliche vom schädlichen, das»; A₂ «zu unterscheiden, das sozialnützliche vom sozialschädlichen, das»; F* «zu prüfen ... das».

¹²⁰ «unterscheiden»] A «sondern»; F* «unterscheiden».

|14

der Frage führt, ob und inwieweit die Schule zur politischen Erziehung herangezogen werden soll, und da ist es denn unvermeidlich, daß selbst die objektivste Argumentation mit ihren letzten, oft unbewußten, stets¹²¹ unableitbaren Voraussetzungen in der eigenen politischen Überzeugung, schließlich in der Weltanschauung wurzelt.¹²²

|WRS 1513

Sofern politische Erziehung eine Erziehung zum Patriotismus, d. h. aber Erziehung zu politischer Tugend sein soll, steht man vor dem alten sokratischen Problem, ob Tugend überhaupt lehrbar¹²³ sei. Es entspricht ganz und gar der kollektivistischen, gegen den Individualismus der Sophistik gerichteten Tendenz der¹²⁴ sokratischen Philosophie, daß sie diese Frage bejaht. Neigt man jedoch der – vielleicht individualistischen – Ansicht zu, daß durch Erziehung nur vorhandene Keime entfaltet werden können, dann¹²⁵ wird man die Möglichkeiten einer Erziehung zu politischer Tugend zumindest als relative¹²⁶ bezeichnen müssen. Nur bei dem schon durch seine ganze Charakteranlage von vornherein Prädestinierten¹²⁷ wird der Appell des Lehrers den gewünschten Widerhall finden, und da ist es noch fraglich, ob es solchen ausdrücklichen Anstoßes gerade seitens der Schule bedarf, um den politischen Trieb zu¹²⁸ wecken, ob nicht das politische Leben selbst hierzu genügende Gelegenheit bietet.¹²⁹

Nicht nur genügende, auch geeignetere Gelegenheit! Zwar gilt es bei allen, die heute politische¹³⁰ Bildung fordern, als ausgemachte Sache, daß die staatliche Schule das Organ staatsbürgerlicher Erziehung sein solle und kaum ein Zweifel wird laut, ob sie auch wirklich das passendste Werkzeug sei, politische Bildung in dem weiten Sinne politischer Tugend zu vermitteln.

Um diese Frage beantworten zu können, muß man sich vor allem klar machen, daß politische Erziehung, sofern sie nicht bloß politisches Wissen, sondern auch politisches Wollen hervorzubringen bestrebt ist, niemals auf den Staat als solchen, auf die abstrakte Idee des Staates schlechthin, sondern stets auf einen ganz be-

¹²¹ «stets»] A «und»; F* «stets».

¹²² «der eigenen ... wurzelt.»] A₁ «der politischen oder unpolitischen Weltanschauung wurzelte.»; A₂ «der politischen oder unpolitischen Überzeugung wurzelte.»; F* «der eigenen ... wurzelt.».

¹²³ «Tugend überhaupt lehrbar»] A₁ «Tugend lehrbar»; A₂ «Tugend überhaupt lehrbar».

¹²⁴ «entspricht ... der»] A₁ «entspricht durchaus der antiindividualistischen Richtig der»; A₂ «entspricht ganz und gar dem antiindividualistischen gegen den Individualismus der Sophistik gerichteten Tendenz der»; A₃ «entspricht ganz und gar dem kollektivistischen gegen den Individualismus der Sophistik gerichteten Tendenz der»; F* «entspricht ... der».

¹²⁵ «Keime ... dann»] A₁ «Keime entwickelt werden, dann»; A₂ «Keime entwickelt werden können, dann»; F* «Keime ... dann».

¹²⁶ «als relative»] A «als sehr relative»; F* «als relative».

¹²⁷ «dem schon ... Prädestinierten»] A₁ «dem durch seine ganze Charakteranlage schon prädestinierten»; A₂ «dem schon durch seine Charakteranlage schon von vornherein prädestinierten»; F* «dem schon ... Prädestinierten».

¹²⁸ «den politischen Trieb zu»] A₁ «den Patriotismus zu»; A₂ «den politischen Trieb zu».

¹²⁹ «genügende Gelegenheit bietet.»] A₁ «genügenden und vielleicht auch geeigneteren Anlaß bietet.»; A₂ «genügenden Anlaß bietet.»; F* «genügende Gelegenheit bietet.».

¹³⁰ «heute politische»] A₁ «heute nach staatsbürgerlicher [bricht ab]»; A₂ «heute politische».

stimmten Staat gerichtet sein muß. Jeder Wille bedarf eines höchst konkreten Zieles und politischer Wille ist sinnlos, wenn er nicht einen speziellen, historisch gewordenen und von allen anderen Staaten historisch differenzierten Staat zum Inhalte hat. Ein Patriot – im besten Sinne des Wortes – ist nicht schon, wer, etwa im Gegensatz zum Anarchismus, den Staat als allgemeine Institution der menschlichen Gesellschaft bejaht, sondern nur, wer auch seinen eigenen Staat für gerecht fertigt hält, den¹³¹ Staat, dem er kraft seiner Nation oder seiner Rechtsstellung angehört. Diesen Staat in seiner besonderen Erscheinungsform im Fühlen und Wollen bejahen, das ist¹³² das Wesen jenes Patriotismus, der das Ergebnis politischer Erziehung sein soll.

Wenn durch die Autorität der Schule¹³³ – die ja die Autorität des Staates ist – die Jugend des ganzen Volkes zu solchem Ziele geführt werden soll, so hat dies zur Voraussetzung, daß der Staat, der in der Schule das Denken, Fühlen und Wollen, die ganze Seele der Jugend für sich fordert, wirklich die Gesamtheit des ganzen Volkes repräsentiert, das gemeine Wesen aller unter seiner rechtlichen Herrschaft¹³⁴ innerhalb seiner Grenzen lebenden Menschen darstellt, als welches die juristische Konstruktion ihn erscheinen läßt.

Nicht beantwortet, sondern nur aufgeworfen sei hier die ernste Frage nach der soziologischen Einheit der bisher nur juristisch, d. h. in einem Rechtsbegriffe¹³⁵ geeinten Staatspersönlichkeit als einer mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestatteten Gebietskorporation¹⁾ ¹³⁷. Wenn sich die staatliche Einheit für eine soziale Wirklichkeitsbetrachtung nicht erkennen läßt, wenn der Staat nicht auch im sozialen Sinne eine Einheit der ihm rechtlich zugehörigen Menschen ist, wenn die juristische Konstruktion der einheitlichen Staatsperson sich als politische Fiktion erweist, weil die wirtschaftlichen Klassengegensätze, weil nationale oder religiöse Differenzen das nur juristische Ganze des Staatsvolkes in zahlreiche feindliche Gruppen zerreißen, die kein anderes gemeinsames Band umschlingt, als die Sollgeltung einer Rechtsordnung, die selbst wieder nur das Diktat einer einzelnen Gruppe [o]der Klasse¹³⁸ ist? – dann erhebt sich die Frage, ob solcher Staat das

¹⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 162 ff.¹³⁶

¹³¹ «wer auch ... hält, den»] A₁ «wer seinen eigenen Staat bejaht, den»; A₂ «wer auch ... hält, den».

¹³² «besonderen ... das ist»] A₁ «besonderen, von allen anderen Staaten verschiedenen Erscheinungsform mit seinem Fühlen und Wollen zu bejahen, das kann allein das Ziel sein, ist»; A₂ «besonderen, von allen anderen Staaten verschiedenen Erscheinungsform im Fühlen und Wollen bejahen, das kann allein das pädagogische Ziel sein, ist»; F* «besonderen ... das ist».

¹³³ «Wenn durch die Autorität der Schule»] A₁ «Wenn die Schule»; A₂ «Wenn durch die Autorität Schule»; F* «Wenn durch die Autorität der Schule».

¹³⁴ «seiner rechtlichen Herrschaft»] A₁ «seiner Herrschaft»; A₂ «seiner rechtlichen Herrschaft».

¹³⁵ «nur juristisch, d. h. in einem Rechtsbegriffe»] A₁ «nur juristischen Begriffe»; A₂ «nur juristisch dh in einem RechtsBegriffe».

¹³⁶ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 69), S. 162–169 = HKW 2, S. 21–878 (272–280).

¹³⁷ Anmerkung in F* eingefügt.

¹³⁸ «einer einzelnen Gruppe [o]der Klasse»] A₁ «einer Gruppe oder Klasse»; A₂ «einer einzelnen Gruppe oder Klasse».

| 15

| WRS 1514

| 15, WRS 1513

höhere sittliche Recht, ja ob er überhaupt die psychologische Möglichkeit hat, all die von ihm Beherrschten nicht bloß ihn denken, ihn auch lieben und wollen zu lassen. Man muß die Klassenkampftheorie der materialistischen Geschichtsauffassung nicht für richtig halten, aber man kann die Augen nicht vor der Tatsache verschließen, daß der Staat seine Güter sehr ungleich an die Seinen verteilt, daß die großen wirtschaftlichen Vorteile¹³⁹ der staatlichen Organisation nur | verhältnismäßig wenigen zugute kommen, während die Lasten des Staates alle und gerade jene am härtesten treffen, die kaum mehr als die Sicherheit der Rechtsordnung genießen, die sie überdies noch als ungerecht empfinden. Man kann in der Theorie, die den modernen Staat für nichts als¹⁴⁰ eine Ausbeuterorganisation der herrschenden Klasse ausgibt, eine arge Übertreibung erkennen, aber¹⁴¹ man muß mit der Tatsache rechnen, daß heute Millionen von Menschen, gerade jene, deren politisches Interesse am stärksten ist, sich vom Staate, dem sie angehören, für ausgebeutet halten. Soll die Schule wirklich diese gewaltigen Gegensätze ausgleichen, mit einer theoretisch zweifellos nicht unanfechtbaren Lehre von der Einheit des Staates die¹⁴² tiefen Risse in der sozial-psychologischen Struktur überbrücken können? Und wo zu den wirtschaftlichen Differenzen die seelisch noch viel einschneidenderen nationalen dazukommen?¹⁴³ Glaubt man wirklich, daß die Schule zwei sich bis aufs Messer bekämpfende Nationalitäten in gemeinsamer Liebe und Arbeit¹⁴⁴ für einen Staat einigen kann, der beide sehr gegen ihren Willen rechtlich umklammert? Wer zweifelt heute, daß Nationalgefühl stärker ist als Staatspatriotismus, da es sich stärker erwiesen hat¹⁴⁵ als das wirtschaftliche Klassenbewußtsein?

Die¹⁴⁶ Schule ist das Organ des Staates, einer Machtorganisation im jeweiligen Zustande des Gleichgewichtes der politischen Kräfte. Es ist nur selbstverständlich, denn es ist nur eine Äußerung des politischen Selbsterhaltungstriebes, daß der Staat, wenn er durch sein eigenes Organ, die Schule, auf seine Bürger politisch einwirken will, dies nur im Sinne einer Aufrechterhaltung des gegenwärtigen politischen Gleichgewichtszustandes tun kann, der ihm seine politische | Physiognomie verleiht. Es ist nicht anders möglich, als daß dies im parteipolitischen Sinne geschieht, denn es gibt keine andere als Parteipolitik, sofern Politik nicht

|WRS 1515

¹³⁹ «großen wirtschaftlichen Vorteile»] A₁ «großen Vorteile»; A₂ «großen wirtschaftlichen Vorteile».

¹⁴⁰ «Staat für nichts als»] A₁ «Staat als»; A₂ «Staat für nichts als».

¹⁴¹ «ausgibt, eine arge Übertreibung erkennen, aber»] A «ausgibt für eine arge Übertreibung, ja demagogische Lüge halten, aber»; F* «ausgibt, eine arge Übertreibung erkennen, aber».

¹⁴² «Lehre von der Einheit des Staates die»] A₁ «Lehre, die»; A₂ «Lehre von der Einheit des Staates, die».

¹⁴³ «dazukommen?»] A «dazukommen!»; F* «dazukommen?».

¹⁴⁴ «Liebe und Arbeit»] A₁ «Liebe u tätiger Arbeit»; A₂ «Liebe und Arbeit».

¹⁴⁵ «sich stärker erwiesen hat»] A «sich als stärker bewiesen hat»; F* «sich stärker erwiesen hat».

¹⁴⁶ «Klassenbewußtsein? » Die»] A «Klassenbewußtsein? Liebe zum Staat! Wenn das nicht wirtschaftliche Interessengemeinschaft, gemeinschaft [sic] der Sprache, Nation, Rasse, wahre nicht bloß fiktive Kulturgemeinschaft ist, die sich gegen feindliche wirtschaftliche Interessen, gegen androhende Sprach-Nation-Rassen oder Kulturgemeinschaft richtet, ist es ein leeres Wort, hinter dem keine realen Kräfte stehen. » Die»; F* «Klassenbewußtsein? » Die».

bloß wissens-, sondern auch willens- und handlungsrichtend sein soll. Man muß zwischen Republik und Monarchie, zwischen Demokratie und Aristokratie, Parlamentarismus oder Absolutismus, man muß zwischen hunderten von Gegensätzen entscheiden – die stets auch Parteigegegensätze sind – wenn¹⁴⁷ man politisch handeln will. Jedes, auch das scheinbar gerechteste, auf weisester Berücksichtigung aller möglicher Interessen begründete politische Programm, wird sofort zum | Parteiprogramm, wenn sich ein anderes ihm entgegenstellt. Es¹⁴⁸ soll ja nicht |17 gesagt sein, daß politische Erziehung durch die staatliche Schule alle gegebenen Zustände für unantastbar erklären muß, aber darüber darf man sich keiner Illusion¹⁴⁹ hingeben, daß die prinzipiellen Grundlagen des jeweiligen Staates als die einzig richtigen gelehrt werden müssen, daß die Verwerfung der einen oder andern oder gar ihre Bekämpfung als unpatriotisch, weil revolutionär, unterdrückt¹⁵⁰ werden muß. Es sei dahingestellt, ob es pädagogisch ist, die¹⁵¹ Autorität der Schule mit Werturteilen zu verbinden, deren Bestand ein gar hinfälliger ist, und deren Richtigkeit keine wissenschaftliche Rechtfertigung erfahren kann. Sicher ist, daß sich die Schule damit in den Dienst der Parteipolitik stellt, wenn auch der herrschenden Politik, die nach Auffassung vieler nur die Politik der herrschenden, den Staatsapparat okkupierenden Partei ist. Kann¹⁵² in den Schulen der französischen Republik beim politischen Unterrichte eine andere als die republikanische Staatsform als die beste für Frankreich gelehrt werden, wenn die Schule republikanische Überzeugung verbreiten soll? Und ist das nicht einseitigste Parteipolitik, sobald man sich auf den Standpunkt der in Frankreich zu Herrschaft strebenden Monarchisten stellt? Die gleiche politische Fiktion, die in der Annahme steckt, daß der Staat, der möglicherweise nur die Organisation¹⁵³ der herrschenden Klasse ist, das ganze Volk bedeute, daß Staatsinteresse, das naturgemäß immer nur mehr oder weniger Klasseninteresse¹⁵⁴, Gruppeninteresse sein kann, Gesamtinteresse sei, kehrt in dem naiven Glauben wieder, daß die Politik der herrschenden Partei, der herrschenden Gruppe oder Klasse nicht mehr Partei-, Gruppen- oder Klassenpolitik, sondern Politik schlechweg sei, und daher in den Schulen gelehrt werden könne, ohne daß dadurch die Schulen in den Dienst der Parteien gezogen würden.

¹⁴⁷ «entscheiden ... wenn»] A₁ «entscheiden, wenn»; A₂ «entscheiden ... wenn».

¹⁴⁸ «will. Jedes ... entgegenstellt. Es»] A «will. Es»; F* «will. Jedes ... entgegenstellt. Es».

¹⁴⁹ «Illusion»] A₁ «Hoffnu[ng]»; A₂ «Illusion».

¹⁵⁰ «unpatriotisch, weil revolutionär, unterdrückt»] A «unpatriotisch unterdrückt»; F* «unpatriotisch, weil revolutionär, unterdrückt».

¹⁵¹ «ob es pädagogisch ist, die»] A₁ «ob die»; A₂ «ob es pädagogisch ist die».

¹⁵² «stellt ... Kann»] A₁ «stellt. Kann»; A₂ «stellt wenn auch den herrschenden, den Staatsapparat okkupierenden Partei. Kann»; A₃ «stellt wenn auch den [sic] Politik der herrschenden, den Staatsapparat okkupierenden Partei. Kann»; F* «stellt ... Kann».

¹⁵³ «der möglicherweise nur die Organisation»] A₁ «der nur eine Organisation»; A₂ «der die Organisation»; F* «der möglicherweise nur die Organisation».

¹⁵⁴ «Staatsinteresse ... Klasseninteresse»] A₁ «Staatsinteresse, Staatswille, die immer nur [bricht ab]»; A₂ «Staatsinteresse, das stets nur Klasseninteresse»; F* «Staatsinteresse ... Klasseninteresse».

Wer für politische Willensbildung durch die Schule ist, der vergesse nicht, daß politische Überzeugungen – und was wäre politisches Wollen ohne politische Überzeugung – so wenig objektiv und in ihrem Werte so relativ sind, wie religiöse. Wenn in der staatlichen Schule einzig der politische Glaube an den eigenen Staat gelehrt wird, ist das beinahe die gleiche Einschränkung der politischen Freiheit, wie es eine Einschränkung der religiösen Freiheit wäre, wenn die Schule nur eine einzige Religion zwangsweise lehrte. Freilich, die Schule ist ein Organ des Staates und dieser kann in Fragen der Religion ganz im Gegensatz zur Kirche tolerant sein. Wenn, was für die Kirche die Religion, für den Staat die Politik ist, dann bleibt es allerdings eine hohe, vielleicht unerfüllbare sittliche Forderung, daß der Staat im Interesse der politischen Freiheit¹⁵⁵ seiner Bürger darauf verzichte, die Schule zu seinem politischen Werkzeug zu machen. Wäre die Schule Sache der Kirche, wer würde es wagen, ihr zuzumuten, die Religion aus der Schule zu lassen?

Wenn von politischer Erziehung durch die Schule eine Einschränkung der politischen Überzeugungsfreiheit zu befürchten ist, so ist dabei nicht bloß an die Schüler und künftigen Parteimänner, es ist auch an die Lehrer zu denken, deren von der Verfassung frei gewährleitetes politisches Glaubensbekenntnis im Widerspruch stehen kann zu¹⁵⁶ dem offiziellen politischen Katechismus, den man sie zu lehren zwingen¹⁵⁷ will. Das ist eine arge, eine gefährliche Sache! Und, weil, wie in allen Glaubenssachen, so auch in politischen, eine Persönlichkeit stärker wirkt als die ledernen Argumente des Lehrbuches, ist politische Erziehung in der Schule ein gar zweischneidiges Schwert, das sich leicht gegen den wenden kann, dessen Autorität es stärken soll¹⁵⁸. Selbst der pflichtgetreueste Lehrer wird nicht verhindern können, daß sein eigener politischer Glaube, wenn er ihn nur selbst ganz und gar erfüllt, zwischen den Zeilen der staatlich approbierten Bürgerkunde, zwischen den Worten seines nur die offiziellen politischen Dogmen verkündigenden Vortrages durchsickert und von den Herzen der Schüler doppelt begierig¹⁵⁹ aufgesaugt wird¹.¹⁶²

¹ In seiner ausgezeichneten, gegen die *Exnersche* These: „Durch politische Bildung zum Patriotismus“¹⁶⁰ gerichteten Schrift „Politische Bildung und Patriotismus“ (Manz, Wien 1897) führt *Tezner* treffend aus: Da es in verschiedenen Zeitabschnitten und auch in einem und demselben Zeitabschnitte verschiedene Richtungen politischer Bildung gegeben hat, so nötigt die Empfehlung politischer Bildung als eines Mittels für die Förderung des Patriotismus zu einer Unter-

¹⁵⁵ «der politischen Freiheit»] A «der Freiheit»; F* «der politischen Freiheit».

¹⁵⁶ «Glaubensbekenntnis ... zu»] A «Glaubensbekenntnis sehr häufig im Widerspruch stehen wird zu»; F* «Glaubensbekenntnis ... zu».

¹⁵⁷ «zwingen»] A «verpflichten»; F* «zwingen».

¹⁵⁸ «dessen Autorität es stärken soll»] A «dessen Nutz u Frommen es dienen soll»; F* «dessen Autorität es stärken soll».

¹⁵⁹ «Schüler doppelt begierig»] A «Schüler begierig»; F* «Schüler doppelt begierig».

¹⁶⁰ *Exner*, *Bildung* (Anm. 12), S. 2 f.

¹⁶¹ *Friedrich Tezner*, *Politische Bildung und Patriotismus. Eine unterrichtspolitische Studie*, Wien 1897, S. 26–33.

¹⁶² «Wenn von ... wird.» (13414–13428)] Absatz und Anmerkung in A₂ eingefügt.

Wer auf politische Erziehung durch die Schule nicht verzichten | will, kann nur mit offenen partei-, gruppen- oder klassenpolitischen Argumenten der hier vertretenen Forderung politischer Selbstbeschränkung des Staates – deren¹⁶³ individualistischer | Charakter nicht geleugnet werden soll – entgegentreten. Nicht akzeptiert werden kann die unklare Idee parteiloser politischer Erziehung, die noch in vielen Köpfen spukt, und deren Begriff einer über allen Parteien schwebenden Politik lebhaft an die älteren Versuche philosophischer Wirrköpfe¹⁶⁴ erinnert, eine aus allen Konfessionen destillierte allgemeine¹⁶⁵ oder Durchschnittsreligion zu finden. |19

In der fast von Tag zu Tag anschwellenden Literatur¹⁾ ¹⁶⁷ zur Frage der politischen Bildung und Erziehung verdient nur ein derartiger Versuch ernsthafte Prüfung. Er ist von dem verdienten Pädagogen *Georg Kerschensteiner*^{168 2)} gemacht worden, und steht im innigsten Zusammenhange mit dessen reform-pädagogischen Bestrebungen. Es berührt zunächst schon angenehm, wenn *Kerschensteiner* – sehr zum Unterschied von den meisten anderen Schriftstellern – sich gleich zu Beginn seines Unternehmens die großen und prinzipiellen Schwierigkeiten keineswegs verhehlt, die sich dem Versuche einer politischen Erziehung entgegenstellen, die über aller Parteipolitik steht. *Kerschensteiner* übersieht nicht die tiefgreifenden Gegensätze, die die Bürger des modernen Staates in unserer kapitalistischen Kultur politisch trennen. Er hält die politische Überzeugung der herrschenden Klasse nicht wie die meisten anderen Vorkämpfer für politische Erziehung für die Politik schlechthin, die mit dem Anspruch der Allgemeingültig-

scheidung dieser Richtungen in patriotische und unpatriotische und *hemmt somit die Unbefangenheit der politischen Forschung* (a. a. O. S. 26 ff.).¹⁶¹

¹⁾ Eine sehr gute Übersicht gibt der Artikel „Staatsbürgerliche Erziehung“ von *Christian Eckert* in *Schmollers Jahrbuch XXXVI. Jahrg. 3. Heft, S. 1321 ff.*¹⁶⁶ |19, WRS 1517

²⁾ Der Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung. Teubner 1912, II. A. ¹⁶⁹

¹⁶³ «Selbstbeschränkung des Staates – deren»] A₁ «Selbstbeschränkung – deren»; A₂ «Selbstbeschränkung des Staates – deren».

¹⁶⁴ «Parteien ... Wirrköpfe»] A₁ «Parteien schwebenden Politik lebhaft an die Versuche mancher Wirrköpfe»; A₂ «Parteien u Gegensätz[e] schwebenden Politik lebhaft an die älteren Versuche philosophischer Wirrköpfe»; F* «Parteien ... Wirrköpfe».

¹⁶⁵ «destillierte allgemeine»] A «destillierte (abstrahirte) allgemeine»; F* «destillierte allgemeine».

¹⁶⁶ *Christian Eckert*, Staatsbürgerliche Erziehung. Eine Rundschau, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 (1912), S. 1321–1363.

¹⁶⁷ Anmerkung in F* eingefügt.

¹⁶⁸ Georg (Michael Anton) Kerschensteiner (1854–1932), Pädagoge. 1895–1920 Stadtschulrat in München, ab 1918 Hon.-Prof. der Pädagogik ebendort. Wichtige Werke: Staatsbürgerliche Erziehung der deutschen Jugend, Darmstadt 1908 (10. Aufl., Darmstadt 1931); Der Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung, Leipzig und Berlin 1910 (6. Aufl., Leipzig und Berlin 1929); Charakterbegriff, Leipzig 1912 (4. Aufl., Leipzig 1929); Theorie der Bildung, Leipzig 1926 (3. Aufl., Leipzig 1931).

¹⁶⁹ *Georg Kerschensteiner*, Der Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung, 2. Aufl., Leipzig und Berlin 1912.

keit auftritt. Aber wenn man den von *Kerschensteiner* gewonnenen Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung näher betrachtet, wird man kaum den Eindruck haben, vor der Lösung des Problems einer parteilosen politischen Erziehung zu stehen. *Kerschensteiner* meint, Aufgabe der staatsbürgerlichen Erziehung sei, durch die rechte Gestaltung der Schulen die Zöglinge zu lehren, einer Gemeinschaft zu dienen, sich als Teil ins Ganze zu fügen, mit dem vollen Gefühl der Verantwortlichkeit an den Zielen der Gemeinschaft mitzuarbeiten. Die Quintessenz des *Kerschensteinerschen* Erziehungsideals ist: bei den Schülern die Vorstellung zu erwecken, „daß der Staatsverband mit der fast unübersehbaren Verknüpfung der Lebensinteressen seiner Bürger nur ein ins Riesenhafte vergrößertes Abbild jenes Schulverbandes | sei, der¹⁷⁰ in den Schülern den | Grund zu den sozialen Tugenden bereits gelegt hat“⁽¹⁾. Ich möchte hier nicht untersuchen, ob es einem Lehrer, der die tatsächlichen Verhältnisse des modernen Staates kennt, und der seine Schüler nicht betrügen will, wirklich möglich sein kann, die Schulgemeinschaft, in der alle, die guten Willens sind, in gleicher Weise Anteil haben an den Gütern, deren Vermittlung Zweck der Gemeinschaft ist, diese Schulgemeinschaft als ein getreues Abbild des Staates zu schildern, der Millionen seiner Bürger in einer durch seine Rechtsordnung garantierten Wirtschaftsverfassung nur zum allergeringsten Teil an jener gewaltigen Kultur partizipieren läßt, an der sie zwar in harter und gemeinsamer Arbeit mitarbeiten, die aber nur wenige Auserwählte zu genießen berechtigt sind. Wer das Glück hatte, durch eine klug und gerecht geleitete Schule gegangen zu sein, dem muß die Parallele zum Staate eine furchtbare Enttäuschung gebracht haben. Und wenn man im Staatsleben irgendwo den Ausspruch hört: „Es ist so wie in der Schule“, dann kann man sicher sein, daß ein hohler Streber durch Liebdienerei zum Ziele gelangt, daß ein Talent übersehen, daß die Aufrichtigkeit zu Falle gebracht wurde. Die unvermeidlichen Schwächen der Schule sind es, aus denen die praktischen Lehren fürs Staatsleben gewonnen werden. Es ist schmerzlich, daß man an das schöne *Kerschensteinersche* Ideal nicht glauben kann, weil es mit der Wirklichkeit so arg im Widerspruch steht. Doch nicht darum hat es die ihm gestellte Aufgabe nicht gelöst, sondern deshalb, weil der *Kerschensteinersche* Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung mit *politischer* Erziehung so gut wie nichts zu tun hat. Es ist einfach der Begriff sozialer¹⁷² Erziehung überhaupt, deren Ziel es immer war, die Schüler durch systematische Stärkung des Gemeinnsinns zu¹⁷³ nützlichen Gliedern eines Gemeinwesens zu erziehen. *Kerschensteiner* selbst ist sich ja vollkommen bewußt, daß seine staatsbürgerliche Erziehung „richtig aufgefaßt, die

|20,
WRS 1518

|20, WRS 1518 |¹⁾ a. a. O. S. 31/32.¹⁷¹

¹⁷⁰ «nur ein ... sei, der»] *Kerschensteiner*, Erziehung (Anm. 169), S. 32: «nur als ein ins Riesenhafte vergrößertes Abbild jenes Schulverbandes und seiner Einrichtungen erscheint, der».

¹⁷¹ *Kerschensteiner*, Erziehung (Anm. 169), S. 31f.

¹⁷² «sozialer»] A «sozialpädagogischer»; F* «sozialer».

¹⁷³ «Schüler ... zu»] A «Schüler zu»; F* «Schüler ... zu».

Erziehung überhaupt ist, die alle anderen Ziele und Zwecke der Menschenbildung einschließt²⁾.²⁾ Es ist soziale Erziehung, weil alle Erziehung sozial ist – (unsoziale Erziehung ist ein Widerspruch in sich selbst, da die | durchaus auf Autorität beruhende Beziehung zwischen Lehrer und Schüler an sich schon durch und durch sozial¹⁷⁵ ist und mit Negierung des Sozialen sich selber aufhobe), – aber es ist durchaus noch nicht politische¹⁷⁶ Erziehung. Die schöne und wertvolle | Schrift *Kerschensteiners* kann nur die Gewißheit bringen, daß¹⁷⁷ es eine politische Erziehung über den Parteien nicht gibt. | WRS 1519

Und nur eine Bestätigung dieser Erkenntnis holt man sich aus den Ausführungen eines anderen namhaften Pädagogen, der zur Frage der staatsbürgerlichen Erziehung Stellung nimmt. *F. W. Förster*^{178 1)}, der wie *Kerschensteiner* ethische Ziele mit staatsbürgerlicher Erziehung verfolgt, und dessen Schrift – wie die *Kerschensteiners* – das recht mittelmäßige Niveau der einschlägigen Literatur sichtlich übertrifft, stellt sich direkt auf den Boden des christlichen Staates. Er verfißt das Dogma, daß nur das Christentum den antisozialen Tendenzen des Individuums ein genügendes Gegengewicht geben und eine wirkliche Loyalität dem Staate gegenüber begründen könne. Das ist unverblümete Parteipolitik, deren Einseitigkeit um so stärker ist, da ihre Richtung durch religiöse Überzeugungen bestimmt wird.¹⁸⁰

Wenn das Verhältnis zwischen Erziehung und Politik unter dem Gesichtswinkel einer Erziehung zur Politik untersucht werden soll, dann muß auch, um den sittlichen Wert solchen pädagogischen Zieles zu ermessen, eine Psychologie des politischen Triebes untersucht¹⁸¹ werden, der durch die Erziehung erweckt, geför-

²⁾ a. a. O. S. 25.¹⁷⁴

¹⁾ Staatsbürgerliche Erziehung. (Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, 2. Bd.) Leipzig, 1910, B. G. Teubner.¹⁷⁹ | 21, WRS 1519

¹⁷⁴ *Kerschensteiner*, Erziehung (Anm. 169), S. 25.

¹⁷⁵ «schon durch und durch sozial»] A «schon sozial»; F*«schon durch und durch sozial».

¹⁷⁶ «durchaus noch nicht politische»] A «durchaus unpolitische»; F*«durchaus noch nicht politische».

¹⁷⁷ «Erziehung. ... daß»] A₁ «Erziehung. Für das Problem der politischen Erziehung hat der Ksche Begriff nichts beigetragen, es wäre denn, die Gewißheit, daß»; A₂ «Erziehung. Zur Lösung der Frage der politischen Erziehung hat der Ksche Begriff nichts beigetragen, es wäre denn, die Gewißheit, daß»; F*«Erziehung. ... daß».

¹⁷⁸ Friedrich Wilhelm Foerster (1869–1966), Philosoph und Pädagoge. 1898 Habilitation in Zürich, bis 1912 Privatdozent für Philosophie ebendort, 1913–1914 a. o. Prof. für Philosophie in Wien, 1914–1918 o. Prof. für Pädagogik und Philosophie in München, 1918–1919 Vertreter Bayerns an der Botschaft in Bern, lebte bis 1926 in der Schweiz, anschließend in Paris, 1940 Emigration nach New York, 1963 Rückkehr nach Zürich. Wichtige Werke: *Jugendlehre*. Ein Buch für Eltern, Lehrer und Geistliche, Berlin 1904 (6. Aufl., Mainz 1959); *Schule und Charakter*, Zürich 1907 (15. Aufl., Recklinghausen 1953); *Sexualethik und Sexualpädagogik*, Kempten und München 1907 (6. Aufl., Recklinghausen 1952).

¹⁷⁹ *Friedrich Wilhelm Foerster*, Staatsbürgerliche Erziehung. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 12. März 1910, in: *Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden*, Bd. 2, Leipzig und Dresden 1910, S. 245–304.

¹⁸⁰ «Und nur ... wird.» (1379–13719)] Absatz in F* eingefügt.

¹⁸¹ «untersucht»] A «versucht»; F*«untersucht».

dert oder angespornt werden soll. Wer ohne Vorurteil den seelischen Triebfedern nachspürt, die unser modernes politisches Leben in Bewegung setzen, und sich dabei nicht von allgemeinen Schlagworten blenden läßt, sondern der nackten Wirklichkeit ins Auge zu sehen wagt, dem wird sich zeigen, daß dort, wo Freude am politischen Leben, wo starkes Interesse an den politischen Vorgängen oder gar positive politische Tätigkeit zu finden ist, verhältnismäßig nur in geringem Maße altruistische Motive nachweisbar sind, wie Liebe zum Staate, Bestreben, dem Ganzen am besten zu dienen, Gemeinsinn und ähnliches. Wenn die Politik nicht direkt auf die Eroberung besserer wirtschaftlicher Positionen gerichtet ist und dem Einzelnen keine handgreiflich¹⁸² prak|tischen Vorteile verspricht, also durchaus egoistischen Trieben folgt, zeigt sich ein äußerst wirksames Movens, das in weitem Ausmaße die politische Betätigung der Menschen, sei es nur als interessierter Zuschauer, sei es als wirksamer Akteure auf dem politischen Theater, innerviert. Die Natur dieser Triebkraft, ohne deren Erkenntnis¹⁸³ ein großer Teil unseres politischen Lebens unverständlich bleibt, enthüllt sich einem, wenn man eine Reihe auffallender |Merkmale nebeneinander stellt, die das politische Leben aller Staaten charakterisieren. Jüngst¹⁸⁴ hat ein feiner Psychologe¹⁾ darauf aufmerksam gemacht, wie unfruchtbar häufig die Tätigkeit gerade jener Politiker ist, die bei den Massen den größten Erfolg erzielen. Er meint, die Politik diene zwar, wie die Politiker behaupten und die Nichtpolitiker ihnen glauben, realen oder idealen Zwecken; in Wirklichkeit werde ihr aber von vielen nur aus einer Art *Spieltrieb* gehuldigt.¹⁸⁶ „Die mannigfachen Aufregungen des öffentlichen Lebens, das Auf und Ab, das Hin und Her der Chancen, die fortwährende Spannung, kurz all das, was von dem einen als das Aufreibende der Politik bezeichnet und womöglich gemieden wird, das wird von den anderen, den richtigen Spielernaturen, geradezu gesucht.“¹⁸⁷ Von den Symptomen, die *Swoboda*¹⁸⁸ in seinem äußerst lesenswerten

|22, |¹⁾ Dr. Hermann Swoboda, „Unfruchtbare Politik“ in der Österreichischen Rundschau vom 1. VII. WRS 1520 1912, Bd. 32, Heft 1.¹⁸⁵

¹⁸² «Einzelnen keine handgreiflich»] A «Einzelnen handgreiflich»; F*«Einzelnen keine handgreiflich».

¹⁸³ «Erkenntnis»] A₁ «Verständnis»; A₂ «Erkenntnis».

¹⁸⁴ «charakterisieren. Jüngst»] A₁ «charakterisieren, wenn das politische Interesse besonders gestiegen, wenn es zur politischen Leidenschaft geworden ist. Jüngst»; A₂ «charakterisieren. Jüngst».

¹⁸⁵ Hermann Swoboda, Unfruchtbare Politik, in: Österreichische Rundschau 32 (1912), S. 32–38.

¹⁸⁶ Vgl. Swoboda, Unfruchtbare Politik (Anm. 185), S. 32.

¹⁸⁷ Swoboda, Unfruchtbare Politik (Anm. 185), S. 32.

¹⁸⁸ Hermann Swoboda (1873–1963), Jurist und Psychologe. 1905 Habilitation für Psychologie und deren Geschichte in Wien, 1925 a. o. Prof., 1928 a. o. Assistent am Institut für Anthropologie ebendort. Er begründete die Periodenlehre des Biorhythmus. Wie Kelsen war er mit Otto Weininger (1880–1903) befreundet. Wichtige Werke: Die Perioden des menschlichen Organismus in ihrer psychologischen und biologischen Bedeutung, Leipzig und Wien 1904; Studien zur Grundlegung der Psychologie, 3 Bde., Leipzig und Wien 1905; Otto Weiningers Tod, Leipzig und Wien 1911 (2. Aufl., Wien 1923); Das Siebenjahr. Untersuchungen über die zeitliche Gesetzmäßigkeit des Menschenlebens, Leipzig und Wien 1917.

Aufsätze für diesen politischen Spieltrieb anführt, sei als besonders treffend das folgende, für die Psychologie der Wahl Charakteristische hervorgehoben¹⁸⁹: „Wenn eine Partei einmal im Besitze so großer Macht ist, daß ihr Sieg keinem Zweifel unterliegt, also von keinerlei Spannung begleitet ist, dann ist der Zeitpunkt nahe, wo man die Sache langweilig findet, mögen die Verdienste der Partei noch so groß und offenkundig sein. Nun mag welche Opposition immer kommen, mit dem albernsten Programm, den windigsten Verheißungen – sie wird Erfolg haben. Denn jetzt gilt es, die neue Partei hinaufzubringen und die alte herabzureißen, die Spieleidenschaft ist wieder entfacht.“¹⁹⁰ Es ist wirklich schwer, hier einen wesentlichen Unterschied zu der Spieleidenschaft zu finden, die am Totalisateure¹⁹¹ entfesselt wird. Und nicht bloß für österreichische Verhältnisse ist es zutreffend, wenn Swoboda angesichts der fruchtlosen Kämpfe arbeitsunfähiger | Parlamente sagt: „Wo ist der Mensch, der zu gestehen wagte, daß ihm ein rechtschaffener Krawall lieber ist, als ein schlechtes Gesetz!“¹⁹²

Durch die Erkenntnis des Spieltriebes als einer der Haupttriebfedern des politischen Lebens wird auch eine Tatsache verständlich, die sonst schlechterdings unbegreiflich wäre, und die besonders für die politischen Verhältnisse innerhalb der bürgerlichen Parteien charakteristisch ist. Der scharfe Gegensatz und der heftige Kampf zwischen zwei Parteien ist häufig gar nicht mit einer prinzipiellen Verschiedenheit¹⁹³ ihrer Programme verbunden, die sich oft nur in unwesentlichen Details differenzieren. Meist herrscht dort Kampf bis | aufs Messer, wo logischerweise, nämlich auf Grund sachlicher Momente, Zusammenarbeiten für gemeinsame Ziele durchaus¹⁹⁴ möglich scheint. Der politische Kampf, der alle menschlichen Leidenschaften entfesselt, wird zum Selbstzweck. In dem großen Ringen um die höchste staatliche Würde, das gegenwärtig das Volk der Vereinigten Staaten in die zwei feindlichen Heerlager der Republikaner und Demokraten trennt, ist jeder sachliche Gegensatz verschwunden.¹⁹⁵ Wie schon die beiden Parteien ruhig ihre Namen tauschen könnten und sich dennoch richtig bezeichnen, so zeigen auch ihre Programme schlechterdings keine Verschiedenheit. In allen großen Fragen: der Tarifffrage, der Frage der Lebensverteuerung, der Trustfrage

¹⁸⁹ «folgende ... hervorgehoben»] A₁ «folgende hervorgehoben»; A₂ «folgende ... hervorgehoben».

¹⁹⁰ Swoboda, Unfruchtbare Politik (Anm. 185), S. 33.

¹⁹¹ Mit Hilfe des Totalisators werden die Gewinnhöhen bei Pferderennen nach Maßgabe der Gesamthöhe der Wetteinsätze, nicht nach festen Quoten bestimmt.

¹⁹² Swoboda, Unfruchtbare Politik (Anm. 185), S. 35.

¹⁹³ «gar nicht mit einer prinzipiellen Verschiedenheit»] A₁ «gar mit einer Verschiedenheit»; A₂ «gar nicht mit einer wesentlichen Verschiedenheit»; F* «gar nicht mit einer prinzipiellen Verschiedenheit».

¹⁹⁴ «Zusammenarbeiten für gemeinsame Ziele durchaus»] A₁ «Zusammenarbeiten durchaus»; A₂ «Zusammenarbeiten für gemeinsame Ziele durchaus».

¹⁹⁵ Kelsen bezieht sich vermutlich auf den erbittert geführten amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf im Jahr 1912 zwischen William Howard Taft (Republikaner), Theodore Roosevelt (Republikaner) und Woodrow Wilson (Demokrat).

und in den meisten übrigen Punkten stimmen beide Programme völlig überein¹⁾ 197. Weshalb bekämpfen sie sich also? Es ist ein Kampf um Persönlichkeiten, wird man sagen, und sagt damit nichts anderes, als daß an dem Machtkampfe zweier Persönlichkeiten, deren Qualität die Masse nicht beurteilen kann, weil sie sie in Wirklichkeit nicht kennt, die Menge in unerhörter Spielleidenschaft interessiert ist. Daß auf den Sieg – ganz wie beim Rennen – immense Summen gesetzt werden, ist wirklich nur noch ein nebensächlicher Vergleichspunkt; wesentlicher, daß mit der Entfesselung des Spieltriebs auch hier in erschreckendem Umfange sittliche Hemmungen¹⁹⁸ schwinden, und die Exzesse der politischen Leidenschaft das öffentliche Leben dieses schon durch seine demokratische Verfassung stark politisierten Volkes zur Karikatur degradieren.

| Ich halte es nicht für einen Zufall, daß in dem Lande des intensivsten politischen Lebens die meisten Spielhöllen zu finden sind, und daß die Nation, die sich stolz die politisch entwickeltste nennt, von Kennern als das Volk der Spieler par excellence bezeichnet wird.¹⁾ | 24

Amerika ist auch das Land, das das Ideal einer politischen Erziehung durch die Schule und insbesondere durch die Volksschule verwirklicht zu haben scheint. In einer angesehenen deutschen Monatsschrift hat jüngst ein angesehener Schriftsteller die Eindrücke geschildert, die er von einer „civics“-Stunde in einer amerikanischen Volksschule empfangen hat. Unter anderem berichtet er auch, daß | ein Junge von 13 Jahren bei der Prüfung eine Reihe von Vorschlägen zu Verfassungsänderungen vorbrachte, die derzeit von der fortschrittlichen Partei vertreten werden. Der geradezu groteske Eindruck, den diese Volksschulpolitik macht, schlägt schon ins Komische um, wenn der Dreikäsehoch seine Lektion mit den Worten schließt: „Wir müssen es durchsetzen, daß die Senatoren vom Volke gewählt werden.“²⁾ Und wenn die Lehrerin dem deutschen Gaste erzählt, daß die Schüler am politischen Leben aktiven Anteil nehmen, daß die Kinder – ich bitte, es sind Kinder unter 14 Jahren – „Versammlungen abhielten, um gegen die Kandidatur

| WRS 1522

¹⁾ Vgl. den instruktiven Artikel „Die amerikanischen Parteien“ in der Frankfurter Zeitung vom 19. Juli 1912.¹⁹⁶ | 23, WRS 1521

¹⁾ Vgl. den Artikel „Die Spielhöllen New Yorks“ in der Frankfurter Zeitung vom 31. Juli 1912.¹⁹⁹ Nach Angabe des Berichterstatters sind in New York allein viele Tausende von Spielhäusern. | 24

²⁾ *Holitscher*, „Chicago“ in der Neuen Rundschau. S. Fischer, Berlin. 8. Heft, 1912, S. 1116.²⁰⁰ | WRS 1522

¹⁹⁶ R [Autorenkürzel], Die amerikanischen Partei-Programme, in: Frankfurter Zeitung und Handelsblatt Nr. 198 vom 19. Juli 1912, Drittes Morgenblatt, S. 1.

¹⁹⁷ Anmerkung in A₂ eingefügt.

¹⁹⁸ «hier in erschreckendem Umfange sittliche Hemmungen»] A₁ «hier alle Hemmungen»; A₂ «hier in erschreckendem Umfange sittliche Hemmungen».

¹⁹⁹ J [Autorenkürzel], Die Spielhöllen New Yorks, in: Frankfurter Zeitung und Handelsblatt Nr. 210 vom 31. Juli 1912, Drittes Morgenblatt, S. 1.

²⁰⁰ *Arthur Holitscher*, Chicago, in: Die neue Rundschau. 23. Jahrgang der Freien Bühne (1912), S. 1098–1122 (1116).

eines berüchtigten, verhaßten und verbrecherischen Stadtverordneten zu protestieren –¹³⁾ was soll man sich angesichts einer solchen unwürdigen und lächerlichen Komödie denken? daß die Politik leicht zum Spiel wird; und daß die amerikanische Schule, wenn sie ihre Zöglinge in die politische Arena wie auf einen Spielplatz führt, die Politik zum Kinderspiel macht.²⁰²

Es ist gewiß nicht bloße Bequemlichkeit oder gar Indolenz, die oft gerade die Besten von der Politik abhält, und der Gemeinplatz, daß die Politik den Charakter verderbe, enthält sicherlich ein großes Stück Wahrheit. Gerade die großen sittlichen Gefahren, die mit der Teilnahme am politischen Leben für mittlere oder gar schwache Charaktere verbunden sind, werden den pädagogischen Wert einer Erziehung²⁰³ zur Politik nicht unproblematisch erscheinen lassen. Jedenfalls wird es besser sein, die hohe sittliche Autorität der Schule nicht mit einer so gefährlichen Verantwortung zu belasten. Sofern politische Erziehung auf Stärkung und Anspornung des politischen Triebes gerichtet ist, sofern sie politische Überzeugung, politisches Wollen und Handeln reifen, kurz mehr als die Vermittlung politischen Wissens sein soll, kann man sie mit gutem Gewissen nicht der Schule, nicht unserer staatlichen Schule zur Pflege empfehlen. Politische Erziehung im Sinne einer Gefühls- und Willensbeeinflussung ist die natürliche Aufgabe der *Partei*. Diese kann von vornherein einem großen Teil der Einwände begegnen, die die Schule wehrlos treffen müssen. Vor allem dem Vorwurfe der Einseitigkeit, die bei der Parteiorganisation gerechtfertigt ist, weil diese mit Gegenparteien als mit Gegengewichten²⁰⁴ im Kräftespiele des Staatslebens rechnen darf.

Was die *Schule* unbeschadet ihrer über allen Parteien stehenden Autorität lehren kann und im ureigensten Interesse des Staates lehren soll, ist politisches *Wissen*. Die arge Vernachlässigung dieses Gebietes, wie der ganzen Sozialwissenschaften, deren die Politik²⁰⁵ nur ein Teil ist, seitens aller Schulen, die allgemeine Bildung zu vermitteln haben, ist ja heute zur Genüge erkannt, und wenn nicht alles trügt, dürfte man ja auf dem besten Wege sein, das Versäumte nachzuholen. Bei dem Bestreben, die Vermittlung des politischen Wissens in den Lehrplan aufzunehmen, scheint mir die viel erörterte Frage nach dem Wesen und dem Umfange eines Begriffs wissenschaftlicher Politik von geringer Bedeutung. Denn ob die

³⁾ a. a. O. S. 1118.²⁰¹

²⁰¹ *Holitscher*, Chicago (Anm. 200), S. 1118.

²⁰² «Durch die Erkenntnis ... Kinderspiel macht.» (14015–1435) Drei Absätze in F* eingefügt.

²⁰³ «Gerade die ... Erziehung»] A₁ «Gerade mit Hinblick auf die großen sittlichen Gefahren wird der pädagogische Wert einer systematischen Erziehung»; A₂ «Gerade mit die mit der Teilnahme am politischen Leben verbunden [sic] und die großen sittlichen Gefahren werden den pädagogischen Wert einer Erziehung»; A₃ «Gerade mit die mit der Teilnahme am politischen Leben für mittlere oder gar schwache Charaktere verbunden [sic] und die großen sittlichen Gefahren werden den pädagogischen Wert einer Erziehung»; F* «Gerade die ... Erziehung».

²⁰⁴ «mit Gegengewichten»] A₁ «mit sozialen Gegengewichten»; A₂ «mit Gegengewichten».

²⁰⁵ «die Politik»] A «die Wissenschaft der Politik»; F* «die Politik».

Politik überhaupt eine „Wissenschaft“ und wie ihre Grenzen gegen andere Disziplinen abzustecken seien, ist an sich ein untergeordnetes Problem wissenschaftlicher Systematik. Pädagogisch braucht dies aber schon deshalb nicht in Betracht zu kommen, weil es bei einem auf allgemeine Bildung zielenden Programme von vornherein unzulässig wäre, den Lehrstoff auf eine mehr oder weniger enge Politik, als ein Spezialgebiet der Sozialwissenschaften, einzuschränken. Was den Schülern, insbesondere denen mittlerer Schulen not tut, ist ein Überblick über die wichtigsten Resultate der Sozialwissenschaften und insbesondere der Staatswissenschaften: eine |enzyklopädische Behandlung der Volkswirtschaftslehre, der Volkswirtschaftspolitik, die Grundbegriffe der Finanzwissenschaft und die Elemente der allgemeinen Staats- und Gesellschaftslehre. Dazu die Grundzüge der Verfassung und Verwaltung des eigenen Staates, denen zweckmäßig eine kurze Erläuterung der²⁰⁶ allgemeinen Rechtsbegriffe voranzuschicken und eventuell die wichtigsten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Strafrechts²⁰⁷ anzuschließen sind. Dieser Stoff ist natürlich nach den einzelnen Schulkategorien je nach Bedürfnis und Fassungskraft der Schüler zu modifizieren, zu vertiefen,²⁰⁸ auszudehnen oder einzuschränken.

Zu dieser Frage der zweckmäßigen Einteilung der zu lehrenden Materie ist kaum ein wesentlich neuer Vorschlag zu machen, da gerade diese Seite des Problems von berufenen Fachmännern gründlichst behandelt wurde¹⁾. Erübrigt nur noch den für die staatliche Unterrichtspolitik Verantwortlichen immer wieder mit Nachdruck die wichtigen Vorteile zu vergegenwärtigen, die eine Vertiefung der sozialwissenschaftlichen Bildung im allgemeinen und des poli|tischen Wissens im besonderen für das Verhältnis der Bürger zum Staate zeitigen muß. Denn die Kenntnis der Rechte und Pflichten und das Bewußtsein ihrer Bedeutung wird auch ihre Beobachtung in hohem Maße garantieren. Die Vertrautheit mit sozialen Tatsachen und der Einblick in ihre wahren, wissenschaftlich feststellbaren Beziehungen²¹² wird dem Einzelnen einen sicheren und der Schule – die ihn verleiht –

|26. WRS 1523 |¹⁾ Eine treffliche Stoffauswahl bietet *Rauchberg*, Österreichische Bürgerkunde, II. Aufl., Wien 1912, Tempisky.²⁰⁹ Vgl. auch desselben Verfassers Broschüre: Politische Erziehung, Wien 1912, Tempisky^{210, 211}

²⁰⁶ «eine kurze Erläuterung der»] A₁ «eine Darstellung der»; A₂ «eine kurze Erläuterung der».

²⁰⁷ «des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Strafrechts»] A «des bürgerlichen u des Strafrechtes»; F*«des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Strafrechts».

²⁰⁸ «Schüler zu modifizieren, zu vertiefen,»] A «Schüler, zu vertiefen,»; F*«Schüler zu modifizieren, zu vertiefen,».

²⁰⁹ *Heinrich Rauchberg*, Österreichische Bürgerkunde, 2. Aufl., Wien 1912.

²¹⁰ «Eine treffliche ... Tempisky»] A «R [wohl Kürzel für Rauchberg]»; F*«Eine treffliche ... Tempisky».

²¹¹ *Heinrich Rauchberg*, Politische Erziehung. Rede, gehalten am 28. Oktober 1911 bei der Übernahme der Rektorswürde an der k. k. Deutschen Universität in Prag, Wien und Leipzig 1912.

²¹² «Die Vertrautheit ... Beziehungen»] A₁ «Die Kenntnis der sozialen Tatsachen und ihre inneren Beziehungen»; A₂ «Die Kenntnis der sozialen Tatsachen und ihre inneren wahren, wissenschaftlich feststellbaren Beziehungen»; F*«Die Vertrautheit ... Beziehungen».

würdigen Schutz gewähren gegen die werbenden Schlagworte der einen oder anderen Partei, deren System nur ein tendenziös gefärbtes Bild des Staates wiedergibt.²¹³

²¹³ «gegen die ... wiedergibt.» A «gegen die [bricht ab]»; F* «gegen die ... wiedergibt.».

Rechtsstaat und Staatsrecht (1913)*

* Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94.

Nachdruck:

– in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1525–1532. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle WRS zu erkennen.)

Übersetzung:

– *Italienisch*: Stato di diritto e diritto pubblico, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 209–219.

In seiner berühmten Rektoratsrede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechtes für das deutsche Staatsrecht¹ hat *Laband*² die landläufige Meinung zerstört, die Rezeption des *corpus juris*, dieser seltsamste aller historischen Vorgänge, durch den ein Volk sein eigenes, aus dem tiefsten Innern seiner Seele entsprungenes Recht mit einem fremden, von einem wesensfeindlichen Volke geschaffenen Gesetze vertauschte, habe nur dem Privatrechte der Kodifikation *Justinians*³ gegolten. Er hat gezeigt, daß es nicht das deutsche Privatrecht war, das wegen eigener Unzulänglichkeit einer Ablösung bedurfte; ist doch der Privatrechtszustand durch die Rezeption des römischen Rechtes in mancher Hinsicht verschlechtert worden! Das römische Staatsrecht – das sogenannte römische Staatsrecht – sowie⁴ es im *corpus juris* niedergelegt war, hat dem deutschen Kaiser wie den deutschen Fürsten und ihren Beamten – und von diesen, nicht vom deutschen Volke ist die Rezeption bewirkt worden – den stärksten Anreiz für die Aufnahme des römischen Rechtes geboten. Ein ausgesprochen *politisches* Motiv führte zur Rezeption: der Wunsch des deutschen Kaisers wie der deutschen Fürsten nach jener Stellung, die der römische *princeps*⁵ selbst eingenommen hatte: *legibus solutus*! Das Ziel des künstlich in Bewegung gesetzten, gegen den Willen des deutschen Volkes durchgeführten Rezeptionsprozesses war der *Staatsabsolutismus*. Die Staatsgewalt, die bisher „nach den Gewohnheiten, Privilegien und hergebrachten Rechten der Städte und Landschaften“,⁶ d. h. durch eine Rechtsordnung de-

¹ *Paul Laband*, Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, in: Der Rektoratswechsel an der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg am 1. Mai 1880, Straßburg 1880, S. 24–57.

² Paul Laband (1838–1918), bedeutendster Staatsrechtslehrer der Kaiserzeit und wichtigster Exponent des staatsrechtlichen Positivismus. Ab 1861 Privatdozent in Heidelberg, 1864 in Königsberg, ab 1866 dann o. Prof. ebendort. Er ging 1872 an die Universität Straßburg. Mitbegründer des „Archiv für öffentliches Recht“ (1886), der „Deutsche Juristenzeitung“ (1896) und des „Jahrbuch für öffentliches Recht“ (1907). Wichtige Werke: Über den Verfasser und die Handschriften-Genealogie des Schwabenspiegels, Berlin 1861; Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3 Bde., Tübingen 1876–1880 (5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1911–1914); Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden 1895; Handbuch der Politik, 3 Bde., Berlin und Leipzig 1912–1914.

³ Der römische Kaiser Flavius Iustinianus (um 483–565) ließ 529–529 das *Corpus iuris civilis* publizieren, eine Sammlung von Rechtstexten, die aus vier Teilen: Institutiones, Pandectae oder Digesta, Codex constitutionum und Novellae besteht. Diese Sammlung bildete die Grundlage der Rezeption des römischen Rechts.

⁴ «sowie»] recte: «so wie».

⁵ Lat.: princeps; dt.: Führer, Herrscher; Titel des römischen Kaisers.

⁶ *Laband*, Rezeption (Anm. 1), S. 42f.

terminiert, in Rechtsschranken gepreßt gehandhabt werden mußte, strebt aus diesen engen Grenzen des Rechtes hinaus. „Mehr obrigkeitliche Machtentfaltung, mehr staatliche Tatkraft ist das Hauptverlangen.“⁷ Nicht | nach den Vorschriften | 89 einer Rechtsordnung, sondern lediglich nach den Instruktionen des Fürsten sollen berufsmäßig Angestellte, vom Fürsten besoldete Beamte die Staatsgeschäfte führen, die Staatsgewalt handhaben. Der Fürst aber – und mit ihm der ganze Verwaltungsapparat seiner Beamten, und in dem Fürsten die | Staatsgewalt, der Staat | 1526 selbst – soll nach römischem Muster außerhalb der Rechtsordnung stehen, soll *legibus solutus* sein.

Es ist nicht eine bloße Ungenauigkeit der Terminologie, es ist eine verhängnisvolle Verdunklung des Rechtsbegriffes und der Rechtsidee, wenn man in diesem Erfolg des *corpus juris* die Rezeption eines römischen Staatsrechtes sieht, und meint, an Stelle des deutschen sei jetzt – ganz oder teilweise – das römische Staatsrecht getreten. In Wahrheit ist nämlich an Stelle des deutschen Staatsrechtes, an Stelle der Rechtsnormen, durch welche der deutsche Staat als solcher gebunden war, an Stelle eines wirklichen Staatsrechtes nur jener Zustand getreten, der für die römische Staatsgewalt charakteristisch war oder doch von den rezeptionsbegierigen deutschen Fürsten dafür gehalten wurde: die Freiheit von allem Recht, die Negation des Staatsrechtes. Soweit der Grundsatz galt, daß der den Staat repräsentierende *princeps*, der mit der Staatsgewalt identische Fürst *legibus solutus* sei, außerhalb der Rechtsordnung stehe, gab es weder ein römisches noch ein deutsches Staatsrecht, weil insoweit weder der römische noch der deutsche Staat ein Rechtsstaat war.

Laband, der diese Konsequenz freilich nicht zieht, sondern von der Rezeption eines römischen Staatsrechtes spricht, ohne den Trug und die Gehaltlosigkeit dieses Rechtsbegriffes einzugestehen, bezeugt aber selbst die Rechtlosigkeit, das A-rechtliche dieses „Staatsrechtes“, wenn er sagt: „Der neue, sich schnell entwickelnde Staat hatte noch kein historisch gegebenes, durch Gesetze oder Gewohnheit festgestelltes positives Recht.“⁸ Und doch soll dieser Staat ein römisches „Staatsrecht“ mit einem positiven Gesetz, dem *corpus juris* rezeptiert⁹ haben? Was kann das aber für ein Staatsrecht sein, das keinen einzigen positiven Rechtssatz enthält, keine einzige Rechtspflicht für den Staat statuiert? Die deutschen Fürsten haben eben ihre Untertanen unter das Joch des römischen Privatrechtes gezwungen, nicht um auch für ihre Staatsgewalt ein neues Recht zu gewinnen, sondern gerade um sie von allem Rechte zu befreien, um ihre Staatsgewalt in jene rechtsfreie Sphäre zu rücken, die das *corpus juris*, das vor der absoluten Staatsgewalt Halt macht, dem absoluten Monarchen einräumt. Für dieses politische Prinzip des Absolutismus, nach dem nunmehr die Staatsgewalt frei entfaltet wurde, haben aber die deutschen Fürsten und ihre Juristen, der Terminologie des *corpus juris*

⁷ *Laband*, Rezeption (Anm. 1), S. 40.

⁸ *Laband*, Rezeption (Anm. 1), S. 51f.

⁹ «rezeptiert»] selten für: «rezipiert».

folgend, den Begriff des *jus publicum*, den Ehrentitel eines Rechtes arrogiert; denn niemals hat selbst die schrankenloseste Staatsgewalt darauf verzichtet, sich das Mäntelchen einer Rechtsterminologie umzuhängen und es haben sich zu allen Zeiten Juristen gefunden, die vielleicht nicht ohne Täuschungsabsicht, sicherlich aber nicht ohne Täuschungserfolg, selbst die schrankenloseste, sich bewußt über die Rechtsordnung stellende Staatsgewalt mit den Mitteln der Begriffsdehnung und Begriffsverschiebung als *Staatsrecht* bezeichnet, und dieser Gewalt mit dem Namen auch den Schein und Geltungsanspruch des Rechtes zugesprochen haben.

[Die Autorität der römischen Juristen, auf deren *jus publicum* man sich berufen kann, wird dabei nur allzu leicht und allzu oft überschätzt. Mit den allgemeinen Rechtsbegriffen, insbesondere mit dem Begriff des Rechtes überhaupt, hat es dieses eminent praktische aller abstrakten Theorie im Grunde abholde Juristenvolk nicht sehr genau genommen. Zumal im Begriff des *jus publicum* ist gerade, soweit er den des Staatsrechtes enthält, die Grenze zwischen Recht und Politik nicht allzu scharf, streng genommen überhaupt nicht beobachtet. Gerade hier haben die Römer, entsprechend ihrer durchaus konkreten, auf das sinnlich Reale gerichteten Anschauungsweise, wie so oft mit einem Rechtsbegriff das tatsächlich Gegebene, die wirklichen Lebensbeziehungen, die von den Normen geregelt werden sollen, und nicht diese Normen selbst erfassen wollen. Man meinte die staatlichen Verhältnisse, die faktischen Herrschaftsbeziehungen, wenn man vom *Staatsrecht* sprach, wie man die tatsächlichen wirtschaftlichen und sonstigen Beziehungen meinte, wenn man von einem *Privatrecht* sprach, das ja für eine streng logisch abstrakte Anschauung nur der Inbegriff der Normen ist, die diese Beziehungen regeln. Und der Begriff eines „*jus publicum*“, eines *Staatsrechtes*, mit dem man die Verhältnisse der Staatsgewalt bezeichnete, vertrug sich im Bewußtsein eines römischen Juristen durchaus mit der Tatsache, daß sich diese Verhältnisse ganz oder zum großen Teil einer rechtlichen Normierung entzogen, daß die Staatsgewalt, die *summa potestas*¹⁰ im *princeps legibus soluta* war, was doch nichts anderes bedeutete, als daß ein Staatsrecht negiert wurde.

Dieser rechts- und begriffshistorische Rückblick ist nötig, weil er gewisse Tendenzen der neuesten Rechtstheorie in ein grelles Licht rückt, weil in der heutigen Jurisprudenz und insbesondere der des Staatsrechtes Erscheinungen zu konstatieren sind, die, wenn auch in viel kleinerem Maße und viel versteckter, dennoch den eben geschilderten recht ähnlich sehen. Die Erkenntnis, daß es ohne Rechtsstaat kein Staatsrecht gibt, will allmählich verloren gehen. Die Selbstverständlichkeit, daß nur ein der Rechtsordnung unterworfenen Staat, nur die durch Rechtsnormen gebundene Staatsgewalt juristisch begriffen werden, daß nur der als Subjekt von Pflichten und Rechten gedachte Staat juristisch konstruiert werden kann, weil juristisch begreifen, juristisch konstruieren nichts anderes heißt, als zur Rechtsordnung in Relation setzen, dieses Grundpostulat aller Rechtslogik ist im Begriffe

¹⁰ Lat.: *summa potestas*; dt.: höchste Gewalt.

vergessen zu werden. Das ist auf den ersten Blick um so seltsamer, als die historisch-politische Entwicklung seit der Rezeption des römischen Rechtes die deutliche Tendenz aufweist, aus dem absoluten Staat zum Rechtsstaat vorzudringen und die Theorie aus dem Bereich eines Staatsnaturrechtes oder einer lediglich aus Zweckmäßigkeitsnormen bestehenden Politik einem positiven Staatsrecht zuzustrebt. Schritt für Schritt ist die Staatsgewalt der Rechtsordnung unterworfen worden. Erst in vermögensrechtlicher Beziehung: der Staat als Fiskus; dann ist aber die Forderung erhoben worden, auch die spezifisch herrschaftlichen Beziehungen des Staates zu den Untertanen unter die Rechtsordnung zu beugen und damit die Denkmöglichkeit zu schaffen, die herrschaftlichen Funktionen des Staates als Inhalt von Rechtspflichten und Berechtigungen zu begreifen und den Staat dabei |91| dennoch als Träger der verpflichtenden und berechtigenden Rechtsordnung vorzustellen. Den Staat im ganzen Umfang seiner Tätigkeiten, seiner zahlreichen verschiedenartigen Machtäußerungen als Rechtspersönlichkeit konstruieren, das ist das Fundament des Staatsrechtes, dessen logische Voraussetzung der Rechtsstaat ist. „Rechtsstaat“ natürlich nicht im Sinne eines auf Strafe und Exekutionsgewalt, auf den Gerichtsapparat beschränkten Staates, sondern Rechtsstaat im Sinne eines in allen seinen Tätigkeiten, durch die Rechtsordnung determinierten, nach allen wesentlichen Richtungen juristisch begreifbaren Staates, das ist die Idee des Rechtsstaates, die dem deutschen Geist so tief eingewurzelt ist, daß sie sich immer wieder gegen das politische Prinzip des Absolutismus durchsetzt, dessen theoretische Kehrseite der Verzicht auf die juristische Konstruierbarkeit des Staates ist. Und diese Idee des Rechtsstaates wurzelt tiefer als die kurzstieligen Argumente jener schürfen, die gerne zu ihren Totengräbern werden möchten.

Die heute geltenden Verfassungen Österreichs¹¹ und Deutschlands¹² sind ganz und gar von dieser Rechtsstaatsidee erfüllt. Denn den politischen Kampf für diese

¹¹ Die Grundlage der österreichischen Verfassung bildeten im Jahre 1913 im Wesentlichen die sieben am 21. Dezember 1867 erlassenen Staatsgrundgesetze, welche heute zusammenfassend „Dezemberverfassung“ genannt werden: Gesetz vom 21. Dezember 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141; Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142; Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143; Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144; Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145; Gesetz vom 21. Dezember 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146; Gesetz vom 21. Dezember 1867, womit der Zeitpunkt bestimmt wird, mit welchem das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, endlich das Gesetz, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, in Wirksamkeit zu treten haben, RGBl 1867/147.

¹² Vgl. Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63.

Idee haben als Siegespreis die heute geltenden Verfassungen gekrönt. Wer darum die Idee des Rechtsstaates theoretisch entwickelt, entwickelt nicht nur die Idee eines Staatsrechtes überhaupt, sondern zeigt auch die für unseren Staat heute | geltenden Rechtsformen auf. Und doch sind Stimmen laut geworden, welche die Rechtsstaatsidee für überwunden erklären und ein modernes Staatsrecht für möglich, ja für notwendig halten, das den Rechtsstaat nicht mehr zur Voraussetzung hat. Sie weisen auf Verwaltung des modernen Staates, die in ihrer Vielseitigkeit, die mit ihren mannigfachen und zahlreichen Zwecken sich einer rechtlichen Reglementierung, wie sie für die richterliche Tätigkeit des Staates möglich und notwendig sei, ihrer Natur nach entziehe. Die staatliche Verwaltung müsse im Gegensatz zur Rechtsprechung über den Begriff einer bloßen Exekutive der Rechtsordnung – unter welchem Begriff die liberale, von der Idee des Rechtsstaates ausgehende Staatsrechtstheorie in der Mitte des vorigen Jahrhunderts richterliche und Verwaltungstätigkeit des Staates zusammengefaßt hat – hinausgehen. Die Verwaltung wird als die „freie“ Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke definiert. Wenn es aber neben der Verwaltungslehre auch ein Verwaltungsrecht als wesentlichen Bestandteil des Staatsrechtes geben soll, dann kann darunter doch nichts anderes verstanden werden, als die Rechtsnormen, durch welche die Verwaltungstätigkeit des Staates geregelt wird, durch welche diese Äußerungen der Staatsgewalt als Inhalt von Rechtspflichten und Berechtigungen des Staates erscheinen. Wie alles Recht, so kann auch Verwaltungsrecht seinem inneren Wesen nach nur Gebundenheit, nicht aber Freiheit des vom Recht zu erfassenden Objektes bedeuten. Wenn irgendeine menschliche Handlung, irgendein Tatbestand als Staatsakt (Verwaltungsakt) erkannt, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, welches andere Kriterium kann hierfür maßgebend sein, als daß der Handelnde zu seinem Verhalten durch die Rechtsordnung als Organ des Staates ermächtigt, d. h. der Staat in ihm zu diesem Verhalten verpflichtet oder berechtigt wurde – wenn der Akt *juristisch* als Staatsakt qualifiziert sein soll? Solche Ermächtigung durch | Rechtssatz muß ja die Verwaltungstätigkeit nicht bis ins Detail reglementieren! Dem für das Wesen der Verwaltung erforderlichen freien Ermessen der Behörde kann ja der weiteste Spielraum gegeben sein. Aber *daß* sie und daß eine bestimmte Behörde nach einer bestimmten Richtung tätig sein soll, das Ob ihres Handelns muß in der Rechtsordnung statuiert sein, wenn auch das Wie im einzelnen – wiederum nur durch die Rechtsordnung – dem freien Ermessen des Organs überlassen bleiben mag. Und wenn die herrschende Theorie des Staatsrechtes den Grundsatz aufstellt, daß die Verwaltung des Staates zu allem ermächtigt ist, was ihr nicht durch die Rechtsordnung ausdrücklich untersagt wurde: dann muß sie die|sen Satz eben als einen *Rechtssatz* nachweisen, wenn sie die Verwaltung rechtlich konstruieren will. Denn die Verwaltung juristisch konstruieren heißt nichts anderes, als diese Tätigkeit des Staates in eine Relation, wenn auch in eine noch so lose Relation, zur Rechtsordnung bringen, die Ermächtigung der Behörde in einem Rechtssatz, wenn auch in einem noch so allgemeinen Blankettrechtssatz, aufzeigen. Dann aber muß

|WRS 1529

|92

|WRS 1530

sich alle Verwaltungstätigkeit in ihrer Beziehung zur Rechtsordnung – und das ist die juristisch einzig relevante – als *Exekutive* dieser Rechtsordnung erweisen. Und der *Rechtsbegriff* der Verwaltung, der ja nicht diese staatliche Machtausübung in der Totalität ihrer Wirklichkeit, sondern nur deren durch die Rechtsordnung gegebene Qualität, deren Relation zur Rechtsordnung zu erfassen hat, muß sich von dem wirtschaftlich politischen Begriff der Verwaltung, dem Verwaltungsbegriff der *Verwaltungslehre* denknotwendig durch seine Einseitigkeit und formale Begrenztheit unterscheiden. Sollte die Opposition gegen die Rechtsstaatsdoktrin, die ja doch nur die Doktrin des Staatsrechtes ist und wegen ihrer rein formalen Bedeutung auf jedes Verwaltungsrecht paßt: sowohl jenes, das die Tätigkeit der Verwaltung eingehend reglementiert, als auch jenes, das dem freien Ermessen der Behörden den weitesten Spielraum läßt, wenn es nur überhaupt ein *Verwaltungsrecht* sein soll – sollte die Opposition gegen die Rechtsstaatsdoktrin wirklich so kurzsichtig sein und nicht begreifen, daß der Rechtsbegriff der Verwaltung, wie es hier entwickelt wurde, auch mit der vielseitigsten und umfassendsten Verwaltung des modernen Kulturstaates durchaus vereinbar ist? Oder sollte die Antipathie, die immer stärker werdende Antipathie gegen die Rechtsstaatsdoktrin vielleicht auf politische und nicht formal juristische Gründe zurückzuführen sein? Wenn das die Bewegungsfreiheit der Verwaltungsbehörde proklamierende Prinzip, dem zufolge die Verwaltung zu allem berechtigt ist, was ihr durch die Rechtsordnung nicht ausdrücklich untersagt wurde, sich nicht so leicht als Rechtssatz aus den positiven Verfassungen ableiten ließe und wenn daher die Verwaltungstätigkeit insbesondere bei Ausdehnung ihrer Kompetenzen eines Ermächtigungsgesetzes bedürfte, das nach konstitutionellem Prinzip nur durch das Zusammenwirken des Chefs der Verwaltung, des Monarchen, mit dem Parlament zustande kommt, wenn man aber gerade die Ingerenz des Parlaments auf die Tätigkeit der Verwaltung aus irgendwelchen – sei es nun berechtigten oder unberechtigten – *politischen* Gründen vermeiden wollte, dann freilich bekäme die Opposition gegen die Rechtsstaatsdoktrin eine tiefere | Bedeutung, denn dann | käme in ihr die Tendenz nach Befreiung der Verwaltung von der Rechtsordnung zum Ausdruck, das Bestreben, die hoheitliche Tätigkeit des Staates, die nicht Rechtssprechung und nicht Gesetzgebung ist, in eine rechtsfreie Sphäre zu rücken. Es wäre eine Opposition gegen die Idee des konstitutionellen Rechtsstaates (der ja nur ein Spezialfall des Rechtsstaates ist), der zufolge Gesetze im materiellen Sinne, d. h. Rechtssätze nur als Gesetze im formellen Sinne erscheinen können, es wäre denn, daß durch Gesetze im formellen Sinne die Delegierung einer Exekutivbehörde erfolgte. Dann wäre auch die auffällige Tatsache erklärt, daß man den Rechtsbegriff der Verwaltung offenkundig mit dem wirtschaftlich politischen Begriff derselben identifiziert. Man will eben die faktischen Herrschaftsverhältnisse, in denen sich wirtschaftlich politisch die Staatsgewalt als Verwaltung äußert, als *Rechtsverhältnisse* gelten, diese Richtung der Staatsgewalt als Staatsrecht erscheinen lassen, obgleich man gerade diese Verhältnisse des Staates, gerade diese Richtung der Staatsgewalt von der Rechtsord-

nung, die nach konstitutionellem Prinzip die Form des Gesetzes braucht, eximiert.¹³ Man strebt für einen Teil der Staatsgewalt Absolutismus an, will aber auch für diesen Teil nicht auf die Terminologie des Rechtes verzichten. Springt da nicht die Parallele zu all dem ins Auge, was früher über die Rezeption des sogenannten römischen Staatsrechtes gesagt wurde? Ist hier nicht ebenso wie dort mit dem Aufgeben des Rechtsstaates die Negation des Staatsrechtes verbunden?

Die Erkenntnis, daß die Idee des Rechtsstaates, d. i. die Vorstellung einer der Rechtsordnung unterworfenen Staatsperson, die logische Voraussetzung alles Staatsrechtes ist, führt auch zu einer wichtigen Konsequenz für die Rechtssystematik. Die uralte, von den Römern übernommene Scheidung in *privates* und *öffentliches* Recht beruht in ihrer heutigen Bedeutung wesentlich auf einer Vorstellung, die in dem Ideenkreise des absoluten Polizeistaates wurzelt, mit den Prinzipien des Rechtsstaates aber logisch unvereinbar ist: daß die Staatsperson allen übrigen Subjekten übergeordnet ist, während diese einander gleichgeordnet sind, das soll den spezifischen Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Gruppe von Rechtsbeziehungen ausmachen. Allein nach Rechtsstaatsprinzip ist das einzig *rechtlich relevante* Über- oder Unterordnungsverhältnis das zwischen den Rechtssubjekten und der Rechtsordnung. Dieser Rechtsordnung aber ist die Staatsperson, sofern sie als Subjekt von Pflichten und Rechten zu denken ist, ebenso untergeordnet wie alle übrigen Personen und eben deshalb allen übrigen Personen im Verhältnis zur Rechtsordnung – welches das einzig rechtlich relevante Verhältnis ist – koordiniert. Was immer der *Inhalt* der Pflichten und Rechte sein mag, die dem Staate auf Grund der Rechtsordnung den übrigen Rechts- und Pflichtsubjekten gegenüber zukommen, für die *formaljuristische* Betrachtung tritt eben nur die spezifische Form in die Erscheinung, die seinen Beziehungen mit den aller übrigen Subjekte gemeinsam ist: die Form des Rechtes, Verpflichtung oder Berechtigung. Und diese formale Übereinstimmung bei möglicher inhaltlicher Verschiedenheit ist es ja, die in der juristischen Konstruktion als Koordinierung der Staatsperson mit allen übrigen Rechtssubjekten zum Ausdruck kommt. Die praktisch-politische Bedeutung dieser Vorstellung eines in rechtlicher Beziehung allen anderen Rechtssubjekten gleichgeordneten Staates, der, als der Rechtsordnung unterworfenen Person, Rechtspflichten zu erfüllen oder Berechtigungen geltend zu machen hat, wo er vordem als bloßer Machthaber außerhalb alles Rechtes seine Gewalt betätigte, ist klar. Ebenso klar aber auch, daß der Staat nur insofern allen anderen Subjekten übergeordnet gedacht werden kann, als er nicht der Rechtsordnung unterworfen ist, daß die aus der Unterordnung unter die Rechtsordnung resultierende Rechtspersönlichkeit des Staates mit dem uns außerhalb oder überhalb der Rechtsordnung denkbaren Gewalt- und Machtfaktor Staat rechtslogisch unvereinbar ist. Im Polizeistaat waren wie in der spätrömischen

|WRS 1532

|94

¹³ Unter Exemption (lat.: *exemptio*; dt.: Herausnahme, Ausgliederung) versteht man die Ausnahme bzw. Befreiung von einer sonst allgemein auferlegten Last.

Monarchie die Beziehungen der Staatsgewalt zu den Untertanen von der Rechtsordnung zum großen Teil eximiert und der Staat insoweit nicht gleichgeordnetes Rechtssubjekt, sondern übergeordnetes Machtsubjekt; faßt man diese Relationen unter den Begriff des *jus publicum* zusammen, dann bedeutet der Gegensatz von Privat- und öffentlichem Rechte den Gegensatz von wahrem Recht zum Nicht-Recht, zur rechtsfreien Macht, die sich den Namen des Rechtes fälschlich arrogiert. Dann bedeutet das Festhalten an diesem Kriterium auch unter der Herrschaft der Rechtsstaatsidee ein Steckenbleiben im Vorstellungskreise des Polizeistaates, eine theoretische Tendenz nicht ohne politische Absicht. Eine der Idee des Rechtsstaates adäquate Rechtssystematik steht heute noch aus.

Die Rechtsstaatsidee aber ist noch nicht überwunden, ihre allseitige rechtslogische Entwicklung bleibt Aufgabe der Zukunft.

Rudolf von Ihering in Briefen (1913)*

* Neue Freie Presse Nr. 17423 vom 23. Februar 1913, Morgenblatt, S. 32–35.

| Rudolf von Jhering in Briefen.

(*Rudolf v. Jhering in Briefen an seine Freunde*. Mit zwei Abbildungen. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1913.)¹

| 33 I

In der humoristischen Skizze zu einer Selbstbiographie gibt *Rudolf Jhering*², der durch seine Wiener Universitätstätigkeit bei uns auch in Laienkreisen noch unvergessene Rechtslehrer, auf die Frage nach der Religion die Antwort: *Romanist!*³ Und in dieser Antwort, die halb scherzhaft gemeint ist, steckt doch tiefster Ernst. Seine Wissenschaft, die Theorie des römischen Rechtes, war ihm höchster Lebensinhalt. Und konnte es ihm sein, denn er hat sich nicht begnügt, ein Spezialäckerchen seiner Fachdisziplin sorgfältig zu durchpflügen; sein Wille war auf Erkenntnis des Ganzen gerichtet. Schon als blutjunger Anfänger, im Alter von 23 Jahren, begann er sein Lebenswerk, das ihm nachmals Weltruf schaffte: den „Geist des römischen Rechtes“.⁴ Die Kühnheit solchen Unternehmens kann ermessen, wer das Durchschnittsniveau der fast ausschließlich monographisch gehaltenen juristischen Literatur kennt. Aber auch die historischen Grenzen des römischen Rechtes waren seinem nach allseitigem Ausblick | strebendem Geiste zu eng. Das römische Recht ist ihm bald nur eine besondere Erscheinungsform des Rechtes, nur eine Stufe, über die er zur Idee des Rechtes überhaupt aufsteigt. So gelangt er zu seiner zweiten großen Arbeit, dem „Zweck im Recht“.⁵ Hier findet seine suchende Erkenntnis ihr letztes Ziel: den Weg aus der universalen Rechtsanschauung zur Weltanschauung. Und weil er, wie wenige, diesen Zusammenhang gefunden hatte, wurde ihm seine Fachwissenschaft, die für die meisten nicht mehr als eine Be-

¹ *Rudolf von Ihering in Briefen an seine Freunde*. Mit 2 Abbildungen, Leipzig 1913 [hrsg. von Helene Ehrenberg].

² Rudolf von Ihering, auch: Rudolph von Jhering (1818–1892), einer der herausragenden Privatrechtslehrer des 19. Jahrhunderts. 1843 Habilitation in Berlin. 1845–1846 o. Prof. in Basel, 1846–1849 in Rostock, 1849–1852 in Kiel, 1852–1868 in Gießen, 1868–1872 in Wien und 1872–1892 in Göttingen. Ihering, zunächst ein glühender Verfechter der auf der Grundlage der Historischen Rechtsschule entwickelten Begriffsjurisprudenz, avancierte zu deren schärfstem Kritiker und wurde mit seinem Spätwerk zum einflussreichsten Wegbereiter der soziologisch ausgerichteten Interessenjurisprudenz. Wichtige Werke: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde., Leipzig 1852–1865 (7. und 8. Aufl., Wien 1924); *Der Kampf ums Recht*, Wien 1872; *Der Zweck im Recht*, 2 Bde., Leipzig 1877 und 1883 (4. Aufl., Leipzig 1905); *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884 (5. Aufl., Leipzig 1892).

³ *Ihering, Briefe* (Anm. 1), S. 214.

⁴ *Rudolf von Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde., Leipzig 1852–1865 (7. und 8. Aufl., Wien 1924).

⁵ *Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht*, 2 Bde., Leipzig 1877 und 1883 (4. Aufl., Leipzig 1905).

schäftigung, bestenfalls eine Lieblingsbeschäftigung ist, eine Religion. Für seine Wissenschaft hat er gekämpft, an sie hat er geglaubt. Sie war ihm Trost und Stütze im Leid.

Wenn wir uns ein Bild machen können dieses seltenen Verhältnisses von Menschentum und Wissenschaft, danken wir dies einem jüngst erschienenen Buche, in dem die Tochter *Jherings*, Frau *Helene Ehrenberg*⁶, pietätvoll und verständig ausgewählte Briefe ihres 1892 verstorbenen Vaters der Öffentlichkeit übergeben hat. Plastisch tritt aus den Zeilen dieses Buches die Persönlichkeit des großen Gelehrten hervor. Deutlich sehen wir die geheimnisvollen Fäden, die sich zwischen dem innersten Erleben und der nur scheinbar dazu beziehungslosen wissenschaftlichen Produktion spinnen. Und der Blick in die Werkstatt dieses Schaffenden zeigt uns zum Greifen deutlich, daß, wie eine ganze Weltanschauung, so auch die Besonderheit eines wissenschaftlichen Werkes in der Eigenart einer Persönlichkeit wurzelt. Und mehr noch: daß Wissenschaft nicht bloß Sache des Talents und Fleißes, daß Wissenschaft vor allem Charaktersache ist.

Wie die Lösung wissenschaftlicher Probleme nicht bloß verstandesmäßige Gedankenarbeit, sondern neben Folgerichtigkeit und Oekonomie vor allem *Mut des Denkens fordert*, das sieht man schon an *Jherings* Anfängen. Auf die Größe der Aufgabe, die sich der damals noch nicht einmal promovierte Dreiundzwanzigjährige stellte, wurde bereits hingewiesen. Die Aufnahme des ersten Bandes seines Werkes (1852),⁷ das nach Anlage und Inhalt der herrschenden Lehre direkt widersprach, war eine überaus kühle. Neben scharf ablehnenden Rezensionen, wie die *Brackenhöfts* in den Heidelberger Jahrbüchern,⁸ eisiges Schweigen bei persönlich Näherstehenden; und dazu die üblichen Warnungen vor „Verirrungen“, mit denen gute Freunde zu allen Zeiten das Betreten neuer Wege zu verzögern suchen. Im Juli 1852 schreibt *Jhering* an seinen Freund *Karl Friedrich v. Gerber*⁹ (damals Professor in Tübingen, nachmals Kultusminister in Sachsen): „Sie sind einer der wenigen, die mir bisher über den Eindruck meines Buches berichtet haben. Der

⁶ Helene Ehrenberg (1852–1920), Tochter von Rudolf von Ihering, seit 1882 verheiratet mit dem Handelsrechtslehrer Victor (Gabriel) Ehrenberg (1851–1929).

⁷ *Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 1, Leipzig 1852.

⁸ *Theodor Brackenhoeft*, [Buchbesprechung:] Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Von Rudolph Ihering, o. Prof. d. R. in Gießen. Thl. I. Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1852. XII u. 336 S., in: Heidelberger Jahrbücher der Literatur 45 (1852), S. 842–848 und 849–851.

⁹ Carl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823–1891), Privatrechtslehrer und königlich sächsischer Staats- und Kultusminister. 1844 Habilitation in Jena; 1846 a. o. Prof. ebendort; ab 1847 o. Prof. in Erlangen, ab 1851 in Tübingen, dort ab 1855 auch Kanzler. Ab 1862 lehrte er wieder in Jena, bevor er 1863 nach Leipzig wechselte. 1867 wurde er zum Mitglied des Reichstags des Norddeutschen Bundes gewählt, ab 1871 kgl. sächsischer Kultusminister (Altliberale Partei). Gerber übertrug die auf dem Boden der Pandektistik entwickelte Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz auf das deutsche (Privat-)Recht sowie auf das Staatsrecht. Wichtige Werke: System des deutschen Privatrechts, Jena 1848 (17. Aufl., Jena 1895); Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852; Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865 (3. Aufl., Leipzig 1880).

| 33 II

erste, der das getan hat, war *Dirksen*¹⁰ in Berlin, und der hat mich recht heruntergemacht.¹¹ Er warnt mich vor dem Abwege, den ich eingeschlagen, hofft, daß ich jetzt umkehren und die Wege des Fleisches wieder betreten werde, wirft mir vor, daß sich¹² bei meiner Kritik Ueberfluß an Phantasie bei sichtbarem Mangel an Methode gezeigt habe usw. ...¹³ Und im Januar 1853 heißt es in einem Schreiben an *Bernhard Windscheid*¹⁴ (damals Professor in Greifswald, berühmter Pandektist): „Bei meinen persönlichen Bekannten und Freunden habe ich wenig Glück gehabt. Bei den meisten hat mir die Zusendung des Buches nicht einmal eine Antwort eingetragen.“¹⁵ Aber *Ihering* verliert den Mut nicht; er „ist fest entschlossen, trotz allen Teufeln seinen Weg zu gehen“,¹⁶ wo andere vielleicht aus Klugheit vorgezogen hätten, eine Richtung zu verlassen, die so wenig Aussicht auf Erfolg bot. Mißerfolg kann „mich nicht entmutigen, da ich weiß, daß ich auch ein anerkennendes Publikum habe und da ich von der Richtung, die ich einmal eingeschlagen habe, zu sehr durchdrungen bin, als daß ich viel rechts oder links schaute ... Ihr gehört die Zukunft und der Sieg.“¹⁷ Auf die Alten kann er dabei freilich nicht mehr rechnen. „Denn so viel sehe ich schon, daß die jüngere Welt mir gehört, und ihrer ist ja das Reich der Zukunft.“¹⁸

Dieses mutvolle Ausharren in seinen Theorien, dieses unentwegte Festhalten an der Wissenschaft ist *Ihering* freilich durch die Gunst der Umstände erleichtert worden. Er war zeitlebens ein Glückskind und hat sich immer dafür gehalten; noch bevor seine erste größere Arbeit erschienen war, hatte er sich 1843, kaum 25 Jahre

¹⁰ Heinrich Eduard Dirksen (1790–1868), Rechtshistoriker. Promotion 1812 in Berlin, im selben Jahr a.o. Prof. der Rechtswissenschaft in Königsberg, ab 1817 o. Prof. ebendort, 1829 Übersiedlung nach Berlin, ab 1833 dort Privatdozent, ab 1841 Mitglied der Königlichen Akademie der Wissenschaften. Wichtige Werke: Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts, Leipzig 1823; Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, Leipzig 1824; Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romani, thesauri latinitatis epitome, in usum tironum, Berlin 1837.

¹¹ Vermutlich nur mündlich geäußert, vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 17: „So wie Dirksen, der mir persönlich sehr wohl will, werden viele urteilen, und weit schlimmer noch. Gottlob war ich darauf gefaßt. [...] Im übrigen aber bin ich gar nicht sehr beruhigt, ich erwarte im Gegenteil mit großer Spannung und Besorgnis die öffentliche Beurteilung meines Buches. Wenn einer meiner Freunde, wie Dirksen, mir privatim solche Dinge sagt, was wird erst ein Rezensent, namentlich ein übelwollender, mir am Zeuge flicken.“

¹² «sich»] *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 16: «ich».

¹³ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 16 f.

¹⁴ Bernhard (Joseph Hubert) Windscheid (1817–1892), der wohl wirkmächtigste Privatrechtslehrer seiner Zeit. 1840 Habilitation in Bonn, 1847 a.o. Prof. ebendort, ab 1847 o. Prof. in Basel, ab 1852 in Greifswald, ab 1857 in München, ab 1871 in Heidelberg und zuletzt 1874–1892 in Leipzig. Er war 1874–1883 an der Abfassung eines Entwurfes für das BGB beteiligt. Windscheid gilt als der bedeutendste Protagonist der sog. Begriffsjurisprudenz. Wichtige Werke: Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856; Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde., Düsseldorf 1862–1870 (9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906).

¹⁵ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 25.

¹⁶ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 25.

¹⁷ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 18.

¹⁸ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 20.

alt, in Berlin habilitiert und noch im selben Jahre einen Ruf nach Basel erhalten. Schon 1845 ging er als Professor nach Rostock, 1849 nach Kiel; 1852 war er Ordinarius in Gießen. Und das alles eigentlich ohne jede größere Leistung. *Jhering* war sich des Unverdienten seines Erfolges bewußt, und es ist ein Zeichen seiner sittlichen Höhe, daß er sich der Welt für sein Glück verantwortlich fühlte. Wie für jede große Natur, ist der Erfolg für ihn mehr eine Verpflichtung als eine Befriedigung. 1851 schreibt er an *Gerber*: „Mein Glück hat vor meinen Leistungen einen ungeheuren Vorsprung genommen, ich selbst habe den besten Willen und die Hoffnung, meine Schulden etwas zu verringern und hinterher zu leisten, was andere pränumerando¹⁹ tun müssen.“²⁰ Dabei ist er von einem glühenden Ehrgeiz erfüllt, den er offen bekennt und dessen er sich nicht zu schämen braucht, denn es ist der Ehrgeiz nach geistiger Wirkung, der Wunsch nach Schülern und Anhängern, diese Sehnsucht nach dem „Gegenruf des Geistes“,²¹ die jeden Schaffenden drängt. Daneben verschwinden vereinzelt kleine Züge menschlicher Eitelkeit, die erst im späteren Alter stärker hervortreten. Der landläufige Gelehrten-dünkel aber, der mitunter selbst die besten Charaktere verdirbt, weil er jede Selbstkritik lähmt, ist ihm gänzlich fremd. Immer wieder fordert sein Gewissen Rechenschaft über seine wissenschaftliche Leistung, prüft sein kritischer Verstand die eigenen Lehren. Als sieben Jahre nach dem Erscheinen des ersten Bandes seines „Geistes“ die ersehnte Wirkung noch immer ausbleibt und man, wie er schmerzlich bemerkt, die Jugend vor ihm warnt, die er begeistern und gewinnen wollte, so daß er in Gießen kaum sechs Studenten vermutet, die sein Buch besitzen²² – „das ganze vorige Semester hindurch stand ein Exemplar im Schaufenster des Antiquars, ohne | daß | 33 III sich ein Käufer gefunden hätte“²³ – schreibt er tiefraurig an *Gerber*: „Der Grund meiner Betrübniß über diese Erscheinung liegt nicht etwa bloß in der Empfindlichkeit meines Ehrgeizes, sondern namentlich und vor allem auch darin, daß sie mich in meinem Urteil über mich selbst irre macht. Gehöre ich nicht auch zu der großen Zahl von Leuten, die sich über ihre Leistungen Illusionen machen? ... Es wäre mir das Bitterste von allem, mir das eingestehen zu müssen ...“²⁴ Und wie viele Autoren hätten den Mut, bei einer Revision ihrer älteren Arbeiten sich selbst oder gar anderen einzugestehen, was *Jhering* anläßlich einer Neuauflage des ersten Teiles seines Hauptwerkes an *Bülow*²⁵ schrieb: „Auch im ‚Geist‘ bei manchem Guten, ja

¹⁹ Lat.: praenumerando; dt.: im Voraus zu bezahlen.

²⁰ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 12.

²¹ *Ludwig Tieck*, Des Lebens Ueberfluss, in: Urania. Taschenbuch auf das Jahr 1839, S. 1–66 (11).

²² Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 112.

²³ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 112.

²⁴ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 112.

²⁵ Oskar von Bülow (1837–1907), Privatrechtslehrer und Geheimer Hofrat. 1863 Habilitation in Heidelberg, 1865 a.o. Prof., 1867 o. Prof. für Römisches Recht und Zivilprozeßrecht in Gießen, 1872–1885 in Tübingen (1885 Rektor), 1885–1892 in Leipzig, aus gesundheitlichen Gründen vorzeitig emeritiert. Bülow machte mit der in seiner Rektoratsrede „Gesetz und Richteramt“ propagierten These von der rechtsschöpferischen Funktion des Richters Furore. Wichtige Werke: Die Lehre von den Prozesseinreden und den Processvoraussetzungen, Gießen 1868; Gesetz und

Vortrefflichen manches Matte – Brei und Faselei! Hätte ich erst den ganzen ‚Geist‘ fertig, ich würde in den vorhergehenden Bänden noch ganz anders aufräumen, als ich es bisher getan habe.“²⁶ Seiner eigenen Schwächen ist er sich ebenso bewußt, wie er fremde Vorzüge bereitwillig und bewundernd anerkennt. Immer wieder hebt er seines Freundes *Gerber* glänzende Fähigkeiten und insbesondere dessen überlegene Gabe leichter künstlerischer Gestaltung hervor, deren Mangel *Jhering* selbst immer wieder seufzend und zähneknirschend bekennt. Das sind die ergreifendsten Stellen in seinen Briefen, in denen er die grenzenlose Qual des Schaffens, diesen nervenverzehrenden Kampf um die Form schildert. Er ist übervoll von Ideen, aber ein neidisches Geschick hat ihm versagt, die Ausdrucksformen so rasch und sicher zu finden, daß sie zu Gefäßen werden, um all den sprudelnden Reichtum seiner Seele zu bergen und für die Nachwelt zu bewahren. Von nichts anderem erzählen seine Briefe mehr, als von diesem schmerzlichsten Zwiespalt zwischen Inhalt und Form. „Was ich mühsam und langsam suchen muß,“ schreibt er 1853 an *Gerber*, „haben Sie beim ersten Anlauf, jeder Gedanke, der bei Ihnen auftaucht, kommt gleich in einer künstlerisch schönen Form zur Welt, während er bei mir nicht selten wie ein Wechselbalg aussieht, den ich erst lange waschen, kämmen und zurichten muß! Ich habe zu viel Schönheitssinn, um nach Art mancher deutscher Gelehrten, namentlich der Stockjuristen, ein solches Zustutzen ganz unterlassen zu können.“²⁷ Und an *Windscheid* 1875: „Könnte das Schicksal mich selber anders machen, als ich bin, so würde ich darum bitten, daß es mir die Gabe der leichten formellen Gestaltung meiner Gedanken verleihe – der Mangel dieser Eigenschaft erschwert mir oft die Produktion im unglaublichen Maße.“²⁸ Das Uebel wird auch mit dem Alter und der langjährigen Uebung nicht besser, eher schlechter. Noch 1876, also beinahe 60 Jahre alt, schreibt er: „In Wirklichkeit aber habe ich bei meiner Arbeit Qualen ausgestanden und stehe sie noch ferner aus, wie man sie sowohl im Fegefeuer als auch in der Hölle nicht besser verlangen kann – selbst für einen Ketzer! Wenn Dante²⁹ noch lebte und mich der Ehre seiner Unterhaltung würdigte, so würde ich ihm als eine der unerträglichsten | Höllenstrafen diejenige nennen: die dunkle Vorstellung dessen, was man schreiben will, vor Augen haben und die richtigen Konturen und Farben nicht treffen können. Eine folternde Pein! Literarische Tantalusqualen! ... Ich habe nach meinem Dafürhalten ein reiches, reiches Thema getroffen, wo ich nur bohre, fließen Quellen gesunden Wassers heraus, für mich selbst erquickend und labend, aber das Schöpfen derselben macht mir unsägliche Qual.“³⁰

| 34 |

Richteramt, Leipzig 1885; Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen, Freiburg i. Br. 1899.

²⁶ *Jhering*, Briefe (Anm. 1), S. 286.

²⁷ *Jhering*, Briefe (Anm. 1), S. 33.

²⁸ *Jhering*, Briefe (Anm. 1), S. 311.

²⁹ Anspielung auf Dante Alighieris (um 1265–1321) Werk „La (Divina) Com(m)edia“, entstanden 1307–1321.

³⁰ *Jhering*, Briefe (Anm. 1), S. 315f.

Auf solch außerordentliche Schwierigkeiten stößt die Produktion bei ihm wohl nicht bloß wegen des Mißverhältnisses zwischen Inhalt und Form. Wenn das Niedergeschriebene immer wieder durchgestrichen wird, um neuerlich umgearbeitet zu werden, und solche Penelope-Arbeit³¹ – *Jhering* gebraucht gelegentlich selbst diesen Vergleich³² – nur unendlich langsam vorwärts geht, so mag der Grund dafür noch tiefer liegen; oder vielleicht richtiger ausgedrückt: daß sich bei ihm Inhalt und Form so feindlich einander entgegenstellen, wurzelt letzten Endes in einem seelischen Konflikt, in der eigenartigen Struktur seines Charakters. *Jhering* war keine jener glücklichen einheitlichen und einseitigen Naturen, deren Anschauung und Schaffen bei gut entwickelter Phantasie ungehemmt nach einer Richtung sich entfaltet. Er war im Tiefsten seiner Seele zwiespältiger Art. Es ist ungemein interessant, zu beobachten, wie sich in seinen Briefen, die ja wahre Selbstbekenntnisse sind, dieser Kampf zweier Seelen spiegelt. Auf der einen Seite steht ein nach strenger begrifflicher Abstraktion ringender Rationalismus, dessen kritisch-analytische Kraft vor allem in der Revolution gegen die herrschende hergebrachte Lehre zur Geltung kommt; auf der anderen Seite eine beispiellose, von allen Gefühlen getragene Sehnsucht nach der konkret-sinnlichen Welt, nach der Realität des Lebens, nach schaffender Synthese und künstlerischem Genießen. Dieser faustische Konflikt macht es begreiflich, daß ihn mitunter sogar Ekel vor seiner eigenen Wissenschaft erfaßt. Oktober 1871 – freilich zu einer besonders kritischen Zeit – schreibt er aus Wien an *Bülow*: „Im Vertrauen: die Jurisprudenz wird mir immer langweiliger. Ich würde nicht wieder Jurist, wenn ich zu wählen hätte.“³³ Der Gegensatz innerhalb seines Charakters, der häufig in dem Widerspruch von wissenschaftlicher Arbeit und Lebensgenuß zur Erscheinung kommt, zeigt sich ja auch deutlich in der Entwicklung der Werke *Jherings*. Während zu Beginn die abstrakt-rationalistische Richtung überwiegt, tritt in der zweiten Hälfte seiner Schaffensperiode die realistisch-sensualistische immer mehr hervor; während im ersten Band des „Geistes“ die formal-juristische Konstruktion im Vordergrund steht, wird im „Zweck des Rechtes“ auf das substanzielle Element, den Inhalt der Rechtserscheinung, das wirtschaftliche und sittliche Leben das Hauptgewicht gelegt. In einem Briefe an *Windscheid* (1865) hat *Jhering* diesen Wandel selbst angedeutet: „Ich habe in den letzten zwei bis drei Jahren eine merkwürdige Umwandlung | meiner ganzen Anschauung durchlebt, die Dich noch oft frappieren und freuen wird, denn sie besteht in einem Uebergang zu dem Standpunkt, den Du seit Jahren einnimmst und den ich früher so scharf bekämpft habe. Deine Richtung war von Anfang an eine ungleich gesündere als die meinige, davon habe

| 34 II

³¹ Penelope ist in der griechischen Mythologie die Gemahlin des Odysseus. Nachdem Odysseus verschollen war, wurde sie von Freiern bedrängt. Diese hielt sie unter Hinweis darauf hin, dass sie vor einer neuen Vermählung zuerst das Leichengewand für ihren Schwiegervater Laertes weben müsse. Nachts trennte sie auf, was sie tagsüber gewebt hatte.

³² Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 160.

³³ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 268.

ich mich jetzt vollkommen überzeugt, aber auch Du hast gefehlt. Während ich den Begriff und die Konstruktion über alles setzte, hast Du umgekehrt die Berechtigung dieses formal-juristischen Elements zu gering angeschlagen. Der endliche Weg zur Wahrheit führt nicht um die Technik herum, sondern durch sie hindurch.“³⁴

Jetzt erst, seit uns diese Briefe *Jherings* einen Einblick in sein Innerstes gestattet haben, können wir eine Episode seines Lebens ganz verstehen, die uns Oesterreichern besonders naheliegt: seine so überraschend kurze Tätigkeit in Wien. Im November 1867 lesen wir in seinen Briefen zum erstenmal von Verhandlungen mit Wien.³⁵ Mit welchen außerordentlichen Erwartungen er an seine Wiener Tätigkeit herantrat und welche hohe Bedeutung er seiner Berufung nach Wien zusprach, das geht aus einem Briefe an *Windscheid* vom Dezember 1867 hervor: „Ihr werdet es nicht mißdeuten, daß³⁶ ich in den jüngsten Geschicken meines Lebens den Finger der Vorsehung erblicke und daß ich mit Wien erst den Punkt erreicht zu haben glaube, für den die Vorsehung mich bestimmt hat.“³⁷ Am 16. Oktober 1868 hielt *Jhering* seine Antrittsvorlesung.³⁸ Ihr Gegenstand: der wissenschaftliche Charakter der Jurisprudenz, war von jeher sein Lieblingsthema gewesen. Die Briefe aus der ersten Zeit seines Wiener Aufenthaltes sind voll des begeisterten Lobes. Bei den Fakultätskollegen findet er die freundlichste Aufnahme; nur eine kleine Unhöflichkeit *Arndts*³⁹ wird verzeichnet: „Nach hiesigen Begriffen hat er eine große Unartigkeit gegen mich begangen, daß er nach länger als vierzehn Tagen mir noch keinen Gegenbesuch gemacht hat; die anderen Kollegen kamen zwei bis vier Tage nach meinem Besuche.“⁴⁰ Dagegen ist er mit anderen persönlich befreundet, so vor allem mit *Unger*⁴¹, *Glaser*⁴² und *Siegel*⁴³. Auch der gesellschaftliche Verkehr, der

³⁴ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 176 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁵ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 219.

³⁶ «mißdeuten, daß»] *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 222: «mißdeuten, wenn ich Euch gestehe, daß».

³⁷ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 222.

³⁸ *Rudolf von Ihering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß hrsg. und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen von Okko Behrends, Göttingen 1998, S. 47–92.

³⁹ Karl Ludwig Arndts (1803–1878, 1870 geadelt zu Karl Ludwig Arndts Ritter von Arnesberg), Zivilrechtslehrer und Rechtshistoriker sowie Politiker. 1826 Habilitation in Bonn, ab 1837 a.o. Prof. für Römisches Recht ebendort, ab 1839–1844 und 1849–1855 o. Prof. für Zivilrecht in München, 1844–1847 Mitglied der bayerischen Gesetzkommission, 1848–1849 Mitglied in der deutschen constituirenden Nationalversammlung, 1855–1872 o. Prof. in Wien. Wichtige Werke: Grundriß der juristischen Encyclopädie und Methodologie, München 1843 (ab 2. Aufl., München 1850, u. d. T.: Juristische Encyclopädie und Methodologie; 6. Aufl., Stuttgart 1876); Lehrbuch der Pandekten, München 1852 (14. Aufl., Stuttgart 1889).

⁴⁰ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 229.

⁴¹ Joseph Unger (1828–1913), Privatrechtslehrer und Politiker (Verfassungspartei der Altliberalen). 1853 Habilitation in Wien, 1853–1855 a.o. Prof. für Bürgerliches Recht in Prag, ab 1855 in Wien, 1857–1871 o. Prof. ebendort. 1871–1879 Minister ohne Portefeuille, 1881 Präsident des Reichsgerichts. Gemeinsam mit Julius Glaser (Anm. 42) begann er 1860 mit der Herausgabe der „Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes“ (Wien

sich wohltuend von den kleinstädtischen Gießener Verhältnissen unterscheidet, befriedigt ihn außerordentlich. Im November 1868 schreibt er an *Windscheid*: „Ich fasse die Summe dahin zusammen, daß es mir hier recht wohl gefällt und daß ich es bis jetzt keinen Augenblick bereut habe, den Ruf angenommen zu haben, daß ich im Gegenteil bei dem Gedanken, jetzt noch in Gießen zu sitzen, ein gelindes Schauern empfinde ... Ich habe dabei im Auge mein Verhältnis zu drei Freunden aus früherer Zeit: *Siegel*, *Unger* und *Glaser*, die mir hier außerordentlich viel sind – *Unger in wissenschaftlicher Beziehung ganz unschätzbar*.“⁴⁴ Wir hören von einem Sonderbund, den er mit sieben juristischen Kollegen (*Unger*, *Siegel*, *Schäffle*⁴⁵, *Habietinek*⁴⁶ und drei anderen) gebildet hat und der sich jeden | Mittwoch abend | 34 III „am Graben“ versammelt,⁴⁷ wir hören⁴⁸ ein temperamentvolles Lob der Wiener Frauen und *last not least*: der Wiener Musik. Das Quartett *Hellmesberger*⁴⁹ findet in seinen Briefen⁵⁰ zwischen Exzellenzen und Professoren einen Ehrenplatz. Den Höhepunkt seiner Wiener Tätigkeit aber bilden seine Vorlesungen. Vor allem ist es die ihm bisher ganz ungewohnte große Hörerzahl, die seine Begeisterung weckt. Er, der in Gießen mit einem Durchschnittsauditorium von zwanzig, höchstens dreißig Hörern zu rechnen hatte, schreibt in heller Freude November 1868 an *Bülow*: „Die Glanzseite meiner hiesigen Existenz ist, wie ich Dir kaum zu sagen brauche, die gewaltige Steigerung meiner akademischen Wirksamkeit. In den In-

1859–1901, N.F. 1900–1919). Gilt als Systematiker des österreichischen Privatrechts. Wichtige Werke: *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Wien 1850; *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2 Bde., Leipzig 1856 und 1859 (5. Aufl., Leipzig 1892).

⁴² Julius (Anton) Glaser (1831–1885), Strafrechtslehrer und Politiker. 1854 Habilitation in Wien, 1856 a.o.Prof., 1860–1867 und 1870–1871 o.Prof. für Strafrecht ebendort. 1868–1870 Sektionschef im Unterrichtsministerium, 1870 Mitglied des österreichischen Reichsrats, 1871–1879 Justizminister (Libérale Partei). Seit 1879 Generalprokurator am Obersten Gerichts- und Kassationshof. Gilt als Schöpfer der ersten modernen Strafprozeßordnung und Begründer der modernen Strafrechtswissenschaft in Österreich. Wichtige Werke: *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, Leipzig 1883 (2. Aufl., Leipzig 1885); *Handbuch des Strafprozesses*, 2 Bde., Leipzig 1883 und 1885; *Schwurgerichtliche Erooterungen*, Wien 1875 (2. Aufl., Wien 1875).

⁴³ Heinrich Siegel (1830–1899), Rechtshistoriker. 1853 Habilitation in Gießen, 1857–1862 a.o.Prof., 1862–1897 o.Prof. in Wien für Deutsches Recht (1878 Rektor). Wichtige Werke: *Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters in seinem inneren Zusammenhange dargestellt*, Heidelberg 1853; *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, Gießen 1857; *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin 1886 (3. Aufl., Berlin 1895).

⁴⁴ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 234 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁵ Albert Schäffle (1831–1903), Nationalökonom. 1868–1871 o.Prof. für Politikwissenschaft an der Universität Wien. Er erhielt vom Kaiser den Auftrag, am Aufbau eines Kabinetts mitzuwirken und war 1870–1871 Handels- und Agrarminister.

⁴⁶ Karl Habietinek (1830–1915), Zivil- und Handelsrechtslehrer. 1863–1868 o.Prof. für zivilgerichtliches Verfahren, Handels- und Wechselrecht in Prag, 1868–1871 o.Prof. an der Universität Wien, 1871 Justizminister im Ministerium Hohenwert-Schäffle, seit 1869 Mitglied des k.k. Reichsgerichts, 1899–1904 Erster Präsident des Obersten Gerichtshofes.

⁴⁷ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 233.

⁴⁸ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 237.

⁴⁹ Das Hellmesberger Quartett wurde 1849 vom Hofkapellmeister, Dirigent und Komponist Josef Hellmesberger (1828–1893) gegründet, der es bis 1891 leitete.

⁵⁰ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 233.

stitutionen habe ich es bis jetzt auf 195 Meldungen, im Pandektenpraktikum auf 180 gebracht, und wie ich höre und merke, finden meine Vorträge Beifall. Ich kann Dir nicht sagen, welchen Genuß es mir gewährt, zu einem solchen Auditorium zu sprechen; ich gehe jeden Tag mit erneutem Vergnügen in die Vorlesung und finde einen wahren Genuß darin, meine Kraft endlich auch einmal nach dieser Seite hin vollständig zu verwerten.⁵¹ Und die Hörerzahl steigt von Semester zu Semester. Sein Ehrgeiz will die Zahl 400 erreichen. Und bringt es auch bis zu 397 Meldungen in den Institutionen.⁵² Sehr wertvoll und noch heute aktuell ist, was er von der Qualität der Hörschaft erzählt: „Der Studentenschlag ist ein recht guter, brauchbares Material! Die Leute sind größtenteils unendlich dankbar, wenn ihnen anstatt der Definitionen und des dünnen Positivismus wissenschaftliche Speise geboten wird; es hat dies für mich etwas Rührendes und zugleich höchst Anspornendes.“⁵³

Die vorzügliche Stimmung, die die Briefe der ersten beiden Jahre ausströmen, beginnt schon 1870 merklich nachzulassen. Klagen wegen Ueberbürdung mit Vorlesungen, leidenschaftliche Vorwürfe gegen die Unterrichtsverwaltung wegen der unzulänglichen gesundheitsschädlichen Hörsäle.⁵⁴ Mit dem Sommersemester 1872 beschließt er seine Wiener Tätigkeit; sie hat nur vier Jahre seines Lebens in Anspruch genommen. Die österreichische Regierung legte seiner Absicht, nach Göttingen zu gehen, keinerlei Hindernisse in den Weg, was *Jhering* auch dankbar anerkannte. Ja, er wird sogar anlässlich seines Abschiedes mit dem Ritterkreuz des Leopold-Ordens⁵⁵ und dem Adelsstand ausgezeichnet.⁵⁶ Er hat seither zeit lebens niemals unterlassen, das Wörtchen „von“ vor seinen Namen zu setzen.

Leicht zu verstehen ist dieser Entschluß *Jherings*, seine gesellschaftlich und akademisch glänzende Wiener Stellung mit der bescheidenen Göttinger Professur zu vertauschen, keineswegs. Seinen vertrautesten Freunden gegenüber hatte er immer wieder versichert, es sei bloß die Rücksicht auf seine Gesundheit, es seien Luft und Klima, die ihn zu dem ungewöhnlichen Tausche veranlaßt haben. Schwerer als dieser Grund, der eigentlich nicht recht einleuchtet, da es ja mit dem Klima |351 | und der Luft in Wien nicht allzu schlecht und mit Rücksicht auf den nahen Wienerwald jedenfalls nicht viel schlechter als in Göttingen bestellt ist, dürfte wohl ein anderes Moment in die Wagschale gefallen sein. *Jhering* wurde in Wien durch seine akademische und auch durch seine gesellschaftliche Tätigkeit so sehr in Anspruch genommen, daß er seine schriftstellerischen Arbeiten, seine eigentliche Wissenschaft, völlig vernachlässigen mußte. Darum ist es zu begreifen, daß *Jhering*

⁵¹ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 235 – es handelt sich um einen Brief an Bernhard Windscheid.

⁵² Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 261.

⁵³ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 229.

⁵⁴ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 245f.

⁵⁵ Am 8. Januar 1808 wurde der Österreichisch-Kaiserliche Leopold-Orden von Kaiser Franz I. als militärischer und ziviler Verdienstorden gestiftet. Von 1808 bis 1918 erhielten 55 Personen diese Auszeichnung.

⁵⁶ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 278.

in der berechtigten Genugtuung über den sittlichen Sieg, den sein besseres Selbst davongetragen, die Wiener Verhältnisse schwarz in schwarz malt und Göttingen zu einem Paradies erhebt. In einem Brief an Professor *Ludwig Lange*⁵⁷, der gleichfalls eine Zeitlang in Oesterreich gewirkt hatte, sagt er: „Daß ich aber Wien mit Göttingen zu vertauschen entschlossen bin, wird niemand so verstehen können wie Du – Du kennst ja Oesterreich und damit ist alles gesagt. ... Die Aussicht auf Göttingen kommt mir vor wie eine Aussicht auf Wiedergeburt, geistig und körperlich hätte ich es hier nicht lange gemacht⁵⁸.“⁵⁹ Und noch viel herber lautet sein Urteil über die politischen Verhältnisse Oesterreichs in einem Schreiben an *Bülow*.⁶⁰ Wie aber auch in Göttingen trotz Ruhe und Langeweile die wissenschaftliche Arbeit nicht so rasch vorwärts geht, wie erwartet, die bekannten Hemmungen sich auch im neuen Milieu mit alter Zähigkeit dem Flusse der Produktion in den Weg stellen – der Satz, den er gelegentlich an *Bülow* schrieb: „Ein neues äußeres Leben, ein neues inneres Leben!“⁶¹ hat sich bei ihm nicht recht bewährt – da wird sein Urteil über Wien und Oesterreich wesentlich milder, ja es ist kein Zweifel, daß ihn der Tausch mitunter tief gereut hat. Die alte unstillbare Sehnsucht nach Leben und Bewegung, sein Wirklichkeitsmensch ist es, der ihm die Erinnerung an Wien verkündet und seinen Göttinger Aufenthalt mitunter recht schwer macht. In einem Brief aus dem Jahre 1877 an Frau v. *Littrow-Bischoff*⁶² (die Witwe nach dem Professor der Astronomie⁶³), in welchem er über eine für seine Bedeutung viel zu niedrige und ihn beleidigende Ordensauszeichnung bitter Klage führt, schreibt *Ihering*: „Wenn ich der Aussicht gedenke, daß ich Sie und mein liebes Wien, wo man mir nie etwas zu Leide getan hat, wiedersehen werde – schon in vierzehn Tagen – dann ist der Sturm im Herzen beschwichtigt und ich atme leichter auf! O! Sie Oesterreicherin! Es ist mir schwer, Ihnen die Genugtuung zu gewähren, daß das Stück meines Lebens, welches in Oesterreich spielt, für mich persönlich ungleich befriedigender gewesen ist, als das, welches ich dem ‚Staat der Intelligenz‘

⁵⁷ (Christian Konrad) Ludwig Lange (1825–1885), Philologe. 1849 Habilitation in Göttingen, 1853–1855 a.o.Prof., 1855–1859 o.Prof. der Klassischen Philologie an der Universität Prag, 1859–1871 in Gießen (1864 Rektor), 1871–1885 in Leipzig. Wichtige Werke: *Historia mutationum rei militaris Romanorum inde ab interitu rei publicae usque ad Constantinum Magnum*, Göttingen 1846; *Die oskische Inschrift der Tabula Bantina und die römischen Volksgerichte*, Göttingen 1853; *Römische Alterthümer*, 3 Bde., Berlin 1879.

⁵⁸ «lange gemacht»] *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 276: «lange mehr gemacht».

⁵⁹ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 276.

⁶⁰ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 254f.

⁶¹ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 329.

⁶² Auguste von Littrow-Bischoff (1819–1890), Schriftstellerin. Wichtige Werke: *Die sociale Bewegung auf dem Gebiete der Frauen*, Hamburg 1868; *Die Krankenpflege durch Frauen mit Rücksicht auf gegenwärtige Verhältnisse*, Wien 1872; *Aus dem persönlichen Verkehre mit Franz Grillparzer*, Wien 1873.

⁶³ Karl Ludwig Edler von Littrow (1811–1877), Astronom. 1842 Nachfolger seines Vaters Joseph Johann Edler von Littrow (1781–1840) an der kaiserlichen Sternwarte in Wien. Wichtige Werke: *Beyträge zu einer Monographie des Halley'schen Cometen*, Wien 1834; *Abriss einer Geschichte der Astronomie im Anfange des 19. Jahrhunderts*, Wien 1835; *Physische Zusammenkünfte der Planeten 1 bis 82 während der nächsten drei Jahre*, Wien 1872.

| 35 II

gewidmet habe. Dort hat man mich geschätzt und geehrt, weit über Gebühr, und hier stellt man mich, nachdem ich die größten Opfer gebracht habe, in eine Linie mit titulierten Schreibern.“⁶⁴ Und an dieselbe Dame im August 1878: „Und so, da das Gleichgewicht fehlt, welches das große Manko, das Göttingen | in allen anderen Beziehungen offen läßt, durch einen effektvollen Gewinn wiederum ausgleichen könnte, fühle ich mich jetzt hier sehr wenig befriedigt – und oft, oft habe ich Ihrer gedacht, die Sie mir einst prophezeiten: ich würde es hier nicht aushalten. Sie haben vollkommen recht behalten, Sie haben weiter gesehen als ich, mich besser gekannt als ich selber! Hätte ich nur hier eine glänzende akademische Wirksamkeit! Aber sie ist eine ganz kümmerliche. Ich, der ich in Wien früher über 400 Zuhörer hatte, habe regelmäßig in meinem Auditorium effektiv kaum ein Zehntel der Zahl; in dem besten Kolleg, das ich lese, in meiner römischen Rechtsgeschichte, in der ich die Grundauffassung meines Geistes des römischen Rechtes durchgeführt und auch auf die späteren Zeiten angewandt habe – in diesem Kolleg habe ich in den letzten Wochen 20 – 18 – 14 Zuhörer! Ich kam mir vor wie ein edles Roß, das zum Karrendienst verwandt wird, ein General, der eine Kompagnie führen muß! ... Und so sehr ich mich anfänglich dagegen gesträubt hätte, es mir zuzugestehen – jetzt bin ich so weit, es zu tun: ich habe den dümmsten Streich meines Lebens gemacht, als ich Wien mit Göttingen vertauschte.“⁶⁵

Auch in anderer Beziehung enthalten die Briefe *Jherings* eine glänzende Rechtfertigung Oesterreichs und der Oesterreicher. Die tiefste Verehrung für *Unger* und *Glaser* durchzieht *Jherings* Erinnerung an seine Wiener Wirksamkeit, die Aussicht, dieser Gelehrten Kollege zu werden, hat nach seinem eigenen Zeugnis seine Annahme der Wiener Professur zum großen Teil beeinflusst. Aber auch für jüngere Oesterreicher hat *Jhering* Worte höchster Anerkennung gefunden. So für *Randa*⁶⁶, *Grünhut*⁶⁷, *Mitteis*⁶⁸ und *Wlassak*⁶⁹. Ueber letzteren schreibt er an *Bilow*:

⁶⁴ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 319f.

⁶⁵ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 352f. – Brief vom 10. August 1879.

⁶⁶ Anton Ritter von Randa (1834–1914), Privatrechtslehrer und Politiker. 1860 Habilitation in Prag für Österreichisches Zivilrecht, 1862 a. o. Prof., 1868 o. Prof. für Österreichisches Privatrecht, Handels- und Wechselrecht ebendort; ab 1882 o. Prof. an der Tschechischen Universität in Prag (1883–1884 Rektor), 1904–1907 tschechischer Landsmannminister (Alttschechische Partei). Gilt als Begründer der Rechtsvergleichung. Wichtige Werke: *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, Leipzig 1865 (3. Aufl., Leipzig 1879); *Das österreichische Handelsrecht mit Einschluß des Genossenschaftsrechtes*, 2 Bde., Wien 1905 (2. Aufl., 2 Bde., Wien 1911 und 1912); *Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte*, Wien 1907 (3. Aufl., Wien 1913).

⁶⁷ Karl Samuel Grünhut (1844–1929), Privat-, Handels-, insbesondere Wechselrechtslehrer und Politiker. 1869 Habilitation in Wien; 1872 a. o. Prof., 1874–1915 o. Prof. für Handels- und Wechselrecht ebendort; 1893–1918 Mitglied des Herrenhauses; ab 1870 Mitglied der judiziellen Prüfungskommission (1904–1919 Präsident). Er gab seit 1873 die selbstbegründete „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“ heraus und gilt als Begründer der Handelsrechtswissenschaft in Österreich. Wichtige Werke: *Das Enteignungsrecht*, Wien 1873; *Das Recht des Commissionshandels*, Wien 1879; *Lehrbuch des Wechselrechts*, Leipzig 1900.

⁶⁸ Ludwig Mitteis (1859–1921), Romanist und Papyrusforscher. 1884 Habilitation in Wien für Römisches Recht, 1887 a. o. Prof. für Bürgerliches Recht an der Deutschen Universität in Prag, 1895–1899 o. Prof. für Bürgerliches Recht in Wien, ab 1899 in Leipzig. Er gab ab 1901 die

„Ich mache Dich auf die Schrift von Wlassak zur Geschichte der *negotiorum gestio* aufmerksam, sie ist in meinen Augen eine der hervorragendsten Leistungen der Neuzeit – der Mann hat eine große Zukunft, man wird ihn demaleinst als meinen Schüler, vielleicht als meinen Nachfolger bezeichnen.“⁷⁰

Und nach Oesterreich geht auch der letzte Brief⁷¹ vom Juli 1892. Er ist an Frau *Mina Glaser*⁷², die Witwe des ehemaligen Justizministers, gerichtet, spricht von den Bergen des Salzkammergutes, wohin der 74jährige *Ihering* gerne zur Erholung gegangen wäre, und schließt mit einer Frage nach *Unger*: „Ich habe ein wahrhaftes Verlangen, ihn einmal wiederzusehen.“⁷³ Der Wunsch blieb unerfüllt. Denn am 17. September 1892, einige Wochen nach seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum, starb *Rudolf v. Ihering*.

„Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“ heraus. Wichtige Werke: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht unter Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885; Die Individualisierung der Obligation, Wien 1886; Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891.

⁶⁹ Moriz Wlassak (1854–1939), Romanist. 1879 Habilitation in Wien, 1879 a.o.Prof. für Römisches Recht in Czernowitz, 1882 in Graz, ab 1883 o.Prof. ebendort, 1894–1895 o.Prof. in Breslau, 1895–1900 in Straßburg, seit 1900 wieder in Wien. Wichtige Werke: Zur Geschichte der *Negotiorum Gestio*, Jena 1879; Edikt und Klageform, Jena 1882; Römische Processgesetze, 2 Bde., Leipzig 1888 und 1891.

⁷⁰ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 340.

⁷¹ Vgl. *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 436 f.

⁷² Wilhelmine Glaser, geb. Löwenthal (1836–1918), ab 1860 verheiratet mit Julius Glaser (Anm. 42).

⁷³ *Ihering*, Briefe (Anm. 1), S. 437.

Sociologická a právnícká idea státní (1913/1914)*

* Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 69–101. – Im Anschluss, S. 201–234, findet sich eine deutsche Übersetzung.

| Sociologická a právnícká idea státní.

(Z něm. rukopisu přeložil prof. Dr. Karel Engliš¹.)

Motto: „*Staat heisst das kälteste aller Ungeheuer². Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: Ich, der Staat bin das Volk*“.

Nietzsche.

(„*Also sprach Zarathustra. Vom Neuen Götzen.*“)³

§ 1. Poznávání normativní a explikativní.

Veškeré poznatky *právnícké* záleží v poznávání norem a jich vztahů.

Kdo chce dojít poznatků specificky právníckých, musí si především uvědomiti, co tvoří předmět této vědy; musí si předložit otázku, jakým způsobem má se vlastně tázati, aby nedošel k výsledkům, které náležejí do jiných věd a mohou tudíž býti získány toliko jejich specifickými prostředky. Je-li tedy předmětem právní vědy právo a je-li právo *souhrn* norem určitě kvalifikovaných, pak jest zajisté věda právní vědou o normách. Zvláštnost právníckého poznávání jest dána a jeho specifická metoda podmíněna zvláštním rázem předmětu právní vědy: *norem*.

¹ Karel Engliš (1880–1961), tschech(oslowak)ischer Ökonom, Philosoph, Rechts- und Politikwissenschaftler. Begründer der teleologischen Wirtschaftstheorie. Zunächst am Statistischen Landesamt in Prag, 1908–1911 am Handelsministerium in Wien tätig. Habilitation an der Technischen Hochschule in Brünn, 1911 a.o.Prof., ab 1917 o.Prof. für Nationalökonomie ebendort. 1919/1920 Gründungsrektor der Masaryk-Universität Brünn, dort Prof. an der Juristischen Fakultät, ab 1939 in Prag (1947/1948 Rektor). Ab 1913 Abgeordneter im mährischen Landtag (Fortschrittliche Volkspartei), 1918–1925 Mitglied des tschechoslowakischen Abgeordnetenhauses (Tschechoslowakische nationaldemokratische Partei), 1920–1931 mehrfach Finanzminister der Tschechoslowakei. 1934–1939 Gouverneur der tschechoslowakischen Nationalbank. Nach der kommunistischen Machtergreifung im Februar 1948 wurde Engliš seiner Ämter enthoben. Wichtige Werke: *Národní hospodářství* (Nationalökonomie), Prag 1924 (4. Aufl., Prag 1946); *Teleologie jako forma vědeckého poznání*, Prag 1930 (Deutschsprachige Ausgabe: *Begründung der Teleologie als Form des empirischen Erkennens*, Brünn 1930); *Theorie státního hospodářství* (Theorie der Staatswirtschaft), Prag 1932; *Soustava národního hospodářství* (Das System der Nationalökonomie), 2 Bde., Prag 1938; *Malá logika* (Kleine Logik), Prag 1947.

² «*aller Ungeheuer*»] *Friedrich Nietzsche*, *Also sprach Zarathustra*, in: Giorgio Colli/Mazzino Montinari (Hrsg.), *Nietzsche Werke. Kritische Gesamtausgabe*, 6. Abt., Bd. 1, Berlin 1968, S. 57, Zeile 6: «*aller kalten Ungeheuer*».

³ *Nietzsche*, *Zarathustra* (Anm. 2), S. 57, Zeilen 6–8 („*Vom neuen Götzen.*“).

Právní věda není arcit' jedinou disciplinou, která se zabývá normami; předmětem ethiky, esthetiky, grammatiky a logiky jsou rovněž *normy*. Co plyne pro metodu právní vědy z této podstaty jejího předmětu, platí též pro ostatní vědy, jichž předmětem jsou normy a které jsou tudíž v tom ohledu právní vědě blízké. Differencování jednotlivých věd tohoto rázu spočívá na různosti kategorií norem: právní normy, logické normy atd. Jaká jest však povaha tohoto řečeným vědám společného předmětu, totiž normy?¹⁾ Podstata normy patří bez odporu mezi nejtěžší problémy teorie poznávací a to hlavně pro zcela zvláštní dvojakost, kterou vykazuje tento předmět poznávání. Norma jest vyjádření něčeho, co se státi *má*. Při tom je pro podstatu normy lhostejno, jakým způsobem se nám vyjadřuje: zda řečí, t.j. slovy, nebo posuňky. Podstata normy spočívá v tom, že vyslovuje příkaz, co býti má (sollen). Poznávám-li normu, tedy nabývám poznatku, že něco býti má, což jest zcela odlišné od poznatku, že něco jest. Úsudek „prší“ a úsudek „má pršet“ jsou podstatně rozdílné. Veškeré vědění a myšlení praví buď, co jest, neb, co býti má; to jsou dvě nejvyšší logické kategorie, které se navzájem vylučují. Jsou to formy myšlení, do nichž se vlévá veškeré naše poznávání. Jsou to dva zcela různé myšlenkové světy, které „zdravý rozum lidský“ obyčejně jen proto od sebe neodlišuje přesně, poněvadž slovný obrat, že něco býti má, vyvolává představu, že něco bude. V pravdě jest však zásadní rozdíl v tom, zdali si něco představuji jako něco, co jest nebo bude, nebo jako něco, co by mělo býti (gesollt). Logická izolace obou řečených myšlenkových forem vysvítá nejjasněji z toho, že na otázku, proč něco má býti, logicky korektně musí se odpověděti zase jen úsudkem, že něco má býti (Soll-Urteil), kdežto na otázku, proč něco jest, musí se zase jen odpověděti úsudkem, že něco jest (Seins-Urteil). Byť to sebe více narazilo na nekorrektní a ne dosti dbalou mluvu obecnou, dlužno přece říci: ze světa úsudků „co jest“ nevede žádná logická cesta do světa úsudků „co býti má“ a naopak.

Vědy normové zabývají se toliko světem úsudků, co „býti má“. Neptají se: co *jest* a proč něco musí býti, nýbrž co býti *má* a proč to má býti. Nikoliv reálnost, t.j. to, „co jest“, nýbrž ideálnost, to jest to, co „býti má“, jest jich předmětem. Normy nejrozličnějšího druhu jsou předmětem disciplin normativních. Co však ohraničení tohoto zvláštního předmětu činí tak obtížným průměrnému mysliteli, jenž není na abstrakce zvyklý, a co hranice mezi světem úsudků, co jest a co býti má, stále zamlžuje, jest, že nepojímáme normu, aspoň ne výlučně, jako něco, co býti má (v logické protivě toho, co jest), nýbrž že nedovedeme odpoutati představu o čisté normě (o tom, co býti má) od řady představ toho, co důsledkem norem ve skutku dítí se bude. Normu, ono „mám“, musíme si ovšem v mysli představit, procítiti, zkrátka nějak duševně zažítí. Tento myšlenkový proces (toto zažítí, procitování normy atd.) jest arcit' něco, co jest, co náleží do světa reálnosti. Avšak onen myš-

¹⁾ Viz mé Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tubinky 1911, str. 3 a následující.⁴

⁴ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 3–33 = HKW 2, S. 21–878 (80–116).

lénkový proces jest pro podstatu předmětu věd normativních lhostejný. Kdo by chtěl tvrditi, že norma, ono „mám“ jest reálnost, poněvadž si ji musíme mysliti, představa|lovati atd., a že myšlení a představování jsou děje reálné, dopouští se stejné logické chyby jako na př. ten, kdo by chtěl popírati rozdíl mezi budoucností a přítomností a pravil: představuji-li si něco budoucího, tedy představuji si přece něco v přítomném okamžiku, tudíž jest budoucnost přítomností. „Mám“ jest však zcela obdobnou formou myšlení jako představa budoucnosti. Na to upozornil již *Simmel*^{5, 2)}

Kdo nepochopí rozdíl mezi normou a duševním procesem, jímž si ji uvědomujeme, tedy normou jako předmětem tohoto procesu a procesem samým, tomu nelze nikdy vysvětliti podstatu normativního poznávání.

Jest ovšem přirozeno, že norma nemusí býti pouze jako příkaz, nýbrž též jako faktum, které má své příčiny a účinky, předmětem vědeckého poznávání. V tomto případě běží však o vědu, která už není normativní. Neboť ona neptá se, co *mají* činiti lidé, nýbrž jaké představy mají lidé o tom, co mají činiti, jak vznikly tyto představy a jaké mají účinky. Taková věda směřuje jako každá věda, zabývající se tím, co jest, k poznání kausální spjitosti, resp. k jejímu vysvětlení. Jest kausální vědou neboli disciplinou *explikativní*. Tento rozdíl mezi explikativními a normativními disciplinami tvoří základní protivu, kterou nacházíme při každém vědeckém poznávání. Dle toho, je-li předmětem poznávání to, co jest, tedy nějaká reálnost, nebo nějaký mravní, právní a jiný příkaz, tedy ideálnost, dle toho, běží-li o poznání přírodních zákonů (v nejširším smyslu t.j. zákonů kausálních), nebo o pochopení norem t.j. příkazů, třídí se vědy ve vědy explikativní a kausální na jedné a vědy normativní na druhé straně.

Podstatu normativních věd jako ethiky, nauky o právu, grammatiky atd. nesmíme spatřovati v tom, že *tvorí* t.j. autoritativně stanoví normy, nýbrž v tom, že je poznávají, chápou. Nesmíme směřovati normativní vědu s autoritou, tvořící normy, jejíž specifická funkce spočívá ve vůli (chtění), kdežto funkce vědy spočívá v poznávání a pochopení.

Vysvitne nám ihned, že skupiny věd normativních a explikativních jsou zároveň skupinami věd, které hodnotí, t.j. takovými, které fakta posuzují jen dle toho, jak odpovídají normě, | a takovými, které nehodnotí, t.j. fakta jen konstatují a

[2) Srovn. Einleitung in die Moralwissenschaft, str. ...⁶

⁵ Georg Simmel (1858–1918), Soziologe und Philosoph. Ab 1885 Privatdozent, ab 1901 a. o. Prof. in Berlin, 1914–1918 o. Prof. in Straßburg. Simmel zählt zu den Begründern der Soziologie als eigenständige Wissenschaft. Im Zentrum seiner soziologischen und philosophischen Bemühungen steht die spannungsreiche Korrelation von statischen und dynamischen Elementen, von Form und Inhalt. Wichtige Werke: Einleitung in die Moralwissenschaft, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1892 und 1893; Philosophie des Geldes, Leipzig 1900 (2. Aufl., Berlin und Leipzig 1907); Soziologie, Leipzig 1908.

⁶ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 9.

neposuzují snad dle toho, jak odpovídají té či oné normě; vždyť norma jest předpokladem a měřítkem každého hodnocení. Toto hodnocení vzhledem k objektivní normě jest ovšem hodnocení objektivní; naproti tomu jest veškeré hodnocení mimonormativní hodnocením subjektivním. Úsudky, spojené se subjektivním hodnocením, zabývají se tedy tím, co jest, a patří do věd explikativních.

Kausální, resp. explikativní disciplíny směřují ku všeobecným zákonům přírodním, t.j. ku zjištění všeobecných zákonitostí v tom, co jest, a postupují při tom od zvláštního ku všeobecnému za tím účelem, aby individuální zjev pochopily. Zákonem, že teplem se tělesa roztahují, vysvětlujeme v konkrétním případě stoupání rtuti v trubičce jako *účinek* plamene ji zahřívajícího. Normativní vědy naproti tomu mají za úkol soustavně poznati a vyložit vše, co býti má. Zákonitosti ve vědách kausálních odpovídají zde všeobecné příkazy. Všeobecnými zákony ve vědách kausálních se jednotlivé zjevy vysvětlují, generelními normami se jednotlivé zjevy hodnotí, při tom se sestupuje od všeobecného ku zvláštnímu. Dle generelní normy: „nemáme lháti“ posuzujeme konkrétní chování se určitého člověka jako dobré nebo špatné. V obou případech docházíme k individuálnímu poznatku toliko na základě všeobecného poznatku. Že konkrétní plamen jest *příčinou* stoupání konkrétního sloupce rtuťového, lze poznati pouze pomocí všeobecného zákona přírodního; stejně jest posouzení nějaké konkrétní lži možné toliko na základě všeobecné normy. Bez zákona o teple jest plamen a stoupání rtuti pouhý časový děj a stejně nepoznána zůstává lež člověka X bez všeobecného zákazu lháti. Cílem poznávání jest tudíž vědám zabývajícím se tím, „co jest“, kausální zákon přírodní, vědám zabývajícím se tím, „co býti má“, norma.

§ 2. Poznávání právníké.

Uznávám-li za *právníké* poznatky pouze poznávání právních norem a jich vztahů, nebo jinými slovy: prohlašuji-li dogmatickou jurisprudenci za disciplínu *normativní*, nemá tím býti nijak řečeno, že neexistuje jiného než normativního poznávání právních zjevů. Jak jsem již svrchu naznačil, lze pojímati též právní a veškeré ostatní normy jako skutečnosti našeho vědomí, jako sociálně|psychické reálnosti, t.j. lze též představování, cítění nebo chtění těchto právních norem učiniti předmětem našeho poznávání. V takovém případě běží o ryzí vědu o tom, co jest. Problémy pak, které zde dlužno řešiti, zní: Jak vznikají psychologicky – ať individuálně-, nebo sociálně-psychologicky – právní normy t.j. massové představy nějakého právního příkazu? Jaké individuální a sociální příčiny má vznik práva, primární a sekundární tvorba práva? Jak působí právní normy ve vědomí lidském, v cítění a chtění společensky žijícího člověka, jak působí duševní procesy vzniklé těmito normami na společenské jednání lidí atd. atd.? To jsou problémy psychologie nebo *sociologie práva*. O oprávněnosti těchto problémů a možnosti jich řešení nechci ani zdaleka pochybovati. Jen to dlužno zde se stanoviska methodologické

kritiky poznávací konstatovati, že při těchto problémech psychologie a sociologie práva třeba podstatně jinak formulovati otázky než při formulaci specificky právnícké. Neboť nikdo nebude snad vážně tvrditi, že jest zvláštním úkolem jurisprudence kausálně vysvětlovati skutečné sociální dění a ukázati, jak se lidé skutečně chovají a ne, jak se mají po právu chovati. Nikdo nebude vážně popírati, že specifickým předmětem právní vědy jest právní řád t.j. souhrn právních norem, které *mají* býti zachovávány. A kdyby někdo dodal, že právník má se zabývati též skutečnostmi právního *života*, že má kausálně vysvětlovati, z jakých příčin právní normy (jako skutečnosti vědomí a vůle) vznikají a zanikají, jaké účinky mají právní normy, proč je lidé dodržují a porušují – tu nelze proti tomu ničeho namítati. Zajisté: právník má býti též psychologem a sociologem, jako má též leččemus rozuměti z ostatních sociálních a přírodních věd. Avšak rozumějme dobře: *právník!* nikoliv však právní věda! Třeba si jen jasně uvědomiti, že problémy psychologie a sociologie směřující ku poznání toho, „co jest“, jakož i jejich specifické metody kausálního poznávání se strany jedné a problémy, které směřují ku pochopení právních příkazů a jejich specifické metody se strany druhé, nemohou býti předmětem jedné a téže vědy. Činnost právníka nespadá v jedno s rozsahem právní vědy. Co se vše nenazývá *právníckou* činností? Zákonodárství, rovněž i nalézání práva; avšak úkolem *právní vědy* jest výlučně a pouze: poznávání práva. A má-li existovati samostatná právní věda rozlišná od sociologie a psychologie práva – | a taková věda existuje a musí existovati, má-li býti vyhověno specifickému požadavku poznávání toho, co de iure platí – pak může býti předmětem této specificky právní vědy pouze *normativní* poznávání práva.

|74

Těžké pohromy doznala právní věda z methodologicky naprosto nepřipustného směšování normativních a explikativních problémů. Vždy znovu směšována otázka, co de iure platí, tedy poznávání právních norem a konstrukce základních zásad těchto právních norem, s kausálním vysvětlováním právního života. Tím překročila právní věda hranice svého vlastního poznávání a dostala se do onoho stavu naprosté anarchie, který vysvětluje, že jí byl i název „vědy“ vůbec upírán. *Synkretismus normativního a explikativního nazírání* vede nutně k oné pro naši dnešní právní vědu tak charakteristické pomůcce z nouze, totiž k *fikci*. Klasickým příkladem pro toto posunování hranic mezi přírodovědecky-sociologickou a specificky-normativní methodou jest fikční technika, které užívá *právo přirozené*. Tato *juristická* theorie se domnívá, že může na otázku, danou ve smyslu explikativním, t.j. směřující ku vysvětlení skutečného sociálního dění: jak vznikl stát, dáti uspokojivou odpověď, a odpovídá tudíž: *smlouvou*. Uvědoměme si přece jednou jasně typičnost této přirozenoprávní theorie o smlouvě společenské. Otázka, která stála ve středu přirozenoprávní diskuse a tvořila předmět nejdůležitějších systémů přirozenoprávních, jest centrálním problémem moderní sociologie. Nauka přirozenoprávní zodpovídá tudíž otázku, proč určitý sociální proces se odehrává, ethicko-juristickou konstrukcí smlouvy společenské, kterážto smlouva – předpokládajíc, že se skutečně odehrála (což však právě má býti teprve dokázáno),

může pouze dokázati, že by se něco t.j. určité sociální chování lidstva, které tvoří obsah této fiktivní smlouvy, mělo státi. Otázka tedy vyžaduje: kausální vysvětlení sociálního dění, odpověď skytá: průkaz právního anebo mravního imperativu. Výsledkem tohoto pokusu, který podniká ethicko-juristická disciplína, vysvětliti svými specifickými prostředky sociologický problém, jest: fikce. Neboť tvrzení, že stát a společnost vznikly smlouvou, stojí v naprostém rozporu s historickou skutečností a právě pro tuto svou fiktivnost odmítá se dnes všeobecně státní a společenská teorie nauky přirozenoprávní.

| Přemohli jsme přirozené právo; základní methodologickou chybu jeho však ještě |75
zdaleka nikoliv. Zkoumáme-li jen poněkud kriticky státní theorii moderní pozitivistické nauky právní, potkáváme se každým krokem s oním směsováním normativního a explikativního pozorování, pro které dnes tak povýšeně pohlížíme na právo přirozené. Nejen vyvozovati normy právní a právní pojmy, nýbrž vysvětlovati politickou skutečnost pokládá vždy a všude za svůj úkol nynější theorie státního práva a domnívá se, že může řešiti oba úkoly týmiž specificky juristickými prostředky. Ba dnešního dne stalo se největší výtka právovědecké práce, že nevystihuje skutečný život, že nemůže vysvětliti skutečné poměry, které ovšem s právními normami často jsou v rozporu, tedy že neplní to, co ani plniti nemá. A s jasností, která vylučuje veškerou pochybnost, povýšil dokonce jeden z vedoucích theoretiků, *Felix Stoerk*⁷, ve svém spise „Zur Methode des öffentlichen Rechtes“ (Víděň 1885, str. 75.)⁸ tuto právě zmíněnou nejtěžší ze všech methodologických chyb, totiž synkretismus normativního a explikativního pozorování, přímo na hlavní zásadu, prohlásil dogma: „Staatsrecht soll aber Staatsleben bedeuten“.

Ježto se zde obracím k českému čtenářstvu, záleží mi na tom vytknouti, že fundamentální poznatek methodologické svéráznosti právní vědy vysloven byl v novější době též v české literatuře. *Jest zásluhou Weyrovou*⁹, že poukázal v lite-

⁷ Felix Stoerk (1851–1908), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1880 Habilitation in Wien, 1881 Honorar-dozent ebendort. Ab 1882 a.o. Prof. für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie in Greifswald, ab 1888 bis zu seinem Tode o. Prof. ebendort (1902/1903 Rektor). Er war gemeinsam mit Paul Laband Begründer und Herausgeber des ab 1886 erscheinenden „Archiv für öffentliches Recht“, ab 1888 Mitglied des „Institut de Droit international“ (1904 Vizepräsident). Wichtige Werke: Option und Plebiszit bei Eroberungen und Gebietszessionen, Leipzig 1879; Handbuch der Deutschen Verfassungen, Leipzig 1884 (2. Aufl., München und Leipzig 1913, bearb. von Friedrich Wilhelm von Rauchhaupt); Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885.

⁸ *Felix Stoerk*, Zur Methodik des öffentlichen Rechtes, Wien 1885, S. 75.

⁹ František (Franz) Weyr (1879–1951), führender tschechoslowakischer Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Begründer der Brünner rechtstheoretischen Schule. 1908 Habilitation an der Böhmisches Universität in Prag für Verwaltungswissenschaft und österreichisches Verwaltungsrecht, ab 1912 a.o. Prof., ab 1919 o. Prof. an der Technischen Universität Brünn. 1919 Gründungsdekan und Prof. an der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn. 1918–1920 Mitarbeit an der tschechoslowakischen Verfassung. Seit 1926 mit Kelsen und Léon Duguit (1859–1928) Herausgeber der „Revue internationale de la théorie du droit“. Wichtige Werke: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580; Základy filozofie právní (Grundzüge der Rechtsphilosophie), Brünn 1920; Soustava československého práva státního (System des tschechoslowakischen Staatsrechts), Brünn 1922

*ratuře české na vlastnost právní vědy jako nauky o normách*³⁾ a že v nejnovější své práci⁴⁾ bez ohledu na jistá moderní hesla provedl energicky rozluku mezi sociologií a tím, co on rozumí právní vědou.

Methodologická bezzásadnost novější nauky státního práva zarází tím více, uvážíme-li, že právě v tomto oboru právní vědy bylo ohraničení normativně juristického způsobu pozorování od způsobu kausálně-explikativně-přírodovědecky-sociologického zásadně uznáno (v přímém rozporu s dogmatem *Stoerkovým*). Jak známo, vybudoval totiž *Jiří Jellínek*¹³ systém nauky státní na přesném rozdílu mezi sociální naukou o státu a právní naukou státní.¹⁴ Avšak on sám nedržel se dosti přísně tohoto postulátu, neboť o nějakém zásadním rozlišování sociologické a právnícké | ideje státu nemůže býti ani u něho, ani u kteréhokoliv jiného theoretika řeči. A tento zřejmý rozpor mezi uznaným methodologickým postulátem a theoretickým provedením má skutečně hlubší příčinu. K tomu několik poznámek:

Pro starší teorii poskytující v podstatě toliko *právní* nauku státní, byl stát především pouze právníkým útvarem, a to buď právním poměrem nebo právním subjektem, a pokud tato theorie zůstala na půdě právnícké, mohla, ba musila se omeziti na pojetí státu *jako jednotky v právním smyslu*, jako pojmového útvaru utvořeného specificky juristickou konstrukcí, jako právního pojmu. O pojímání státu jako jednotné skutečnosti sociálního života, jehož představa nevzniká na základě pozorování normativního, nýbrž pomocí kausální čili explikativní metody, nebylo vůbec řeči. Ryzí nauka státoprávní může onu zmíněnou sociální jednotu státní prostě *předpokládati*, aniž by zkoušela reální její podstatu, ježto zde běží o pouhou pomocnou představu, která nijak podstatně netanguje výsledků této vědy. Nemá především příčiny, aby samostatně zkoumala, zda-li stát, nehledě k jeho právnícké jednotnosti, může býti pojímán též jako sociální, ve skutečnosti existující, na pozorování normovém neodvislá jednotka, která připouští kausální

| 75

³⁾ Archiv für öff. Recht 1908, str. 548,¹⁰ pak „Příspěvky k teorii nucených svazků“ 1908.¹¹

⁴⁾ Rahmengesetze, Vídeň, Deuticke 1913.¹²

(2. Aufl., Prag 1924); Theorie práva (Rechtstheorie), Brünn und Prag 1936; Československé ústavní právo (Das tschechoslowakische Verfassungsrecht), Prag 1937.

¹⁰ Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580 (542, 548).

¹¹ Franz Weyr, Příspěvky k teorii nucených svazků (Beiträge zu einer Theorie der Zwangsverbände), Prag 1908, S. 17, 67–70, 73 f.

¹² Franz Weyr, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, Leipzig und Wien 1913, S. 76 f.

¹³ Georg Jellínek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellínek).

¹⁴ Vgl. Georg Jellínek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 11 f., 127–379, 381–795.

pozorování; tím méně lze považovati za její úkol, aby ukázala, co vlastně jest oním sociálně jednotícím momentem, v čem vlastně pozůstává synthese jednotlivých individuí k vyšší jednotě, t.j. k oné sociální skupině, již zoveme „státem“, a proč takováto synthese jest pojmově možná nebo nutná.

Naproti tomu nemůže ovšem všeobecná *sociální* nauka o státu těchto otázek pomíjeti; vždyť ony jsou nejfundamentálnějšími předpoklady této vědy vůbec, jejíž existenční oprávněnost se prokáže teprve uspokojujícím řešením těchto problémů. Všeobecná sociální nauka o státu, kterou dlužno považovati za jakousi přírodní vědu o státu a označiti jako sociologii státu (pokud právě sociologií rozumíme přírodní vědu sociálních jevů) jest jako explikativní disciplína možná a má smysl jen tehdy, je-li její předmět skutečně z jejího specifického t.j. explikativního stanoviska dán, to znamená, je-li stát skutečně, nehledě k jeho juristické jednotnosti, také jednotkou sociologickou. *Tím vyslovil jsem zásadně otázku sociologické jednotnosti státu.*

[Nápadné jest, že *neprávnícká* literatura se touto otázkou dosud podrobněji |77
vůbec nezabývala. Pokus přírodní vědy o státu dosud učinili toliko právníci a sice právě jen ti zástupci všeobecné nauky o státu, kteří spatřují v sociální nauce o státu doplnění normativní nauky státoprávní a to s hlediska explikativního. Ovšem přírodní věda, právníky pěstovaná, má vždy něco povážlivého do sebe. Nelze totiž nahlédnouti, proč by právě státoprávní nauka měla zapotřebí takové přírodovědecké disciplíny sesterské ku svému doplnění nebo odůvodnění. Je-li stát jako právnícká osoba, t.j. jako předmět státoprávní nauky v témž poměru ku státu jako sociologické jednotce, tedy reálnímu předmětu sociologie, jako t.zv. fyzická osoba soukromoprávní nauky ku fyziologicko-psychologické a biologické jednotce „člověk“ věd přírodních, pak nemá ani větší ani menší existenční oprávněnosti sociologie státu a sociální nauka o státu (úzce spojená se státoprávní naukou) jako fyziologie, psychologie nebo biologie člověka (substrátu t.zv. fyzické osoby ve smyslu právním) pěstována v úzkém spojení s nějakou naukou soukromoprávní. Zdá se býti ospravedlněno skepticko-kritické stanovisko oproti sociální nauce o státu, právníky založené, ježto nelze odmítnouti domněnku, že ona a priori kompetentní sociologie neboli nauka o společnosti jen proto nemohla dosud zbudovati přírodní vědu o státu, jelikož pro takovouto sociální přírodní vědu neexistuje žádný stát, t.j. jelikož nelze zjistiti pro explikativní pozorování sociálních skutečností nějakého státu jako o sobě uzavřené jednotky lidí uvnitř státních hranic žijících. Vždyť to jest právě ona sociologická jednotka, kterou předpokládá státoprávní nauka operující s nějakým reálním substrátem své normativně juristické konstrukce státu: Subjektu povinností a práv (tedy státní konstrukci normativního rázu) odpovídá prý skutečná *sociální jednotka oněch lidí*, pro které platí onen jednotný systém norem. Tato sociologická jednotka, která panující nauce státoprávní poskytuje substrát pro její specificky juristickou konstrukci státní, budiž nyní v dalším kriticky přezkoumána.

§ 3. Sociologická idea státní.

|78

O podstatě sociologické jednotky vůbec a sociologické jednotky státu zvláště nebylo dosud vlastně v literatuře s náležitou přesností | jednáno. Operujeme sice se sociálními jednotkami jako s něčím skutečně daným, neptali jsme se však dosud po tom, co vlastně tvoří podstatu takové sociologické jednotky, jinými slovy, kdy stává se nějaká mnohost lidí sociální jednotkou.

V dosavadní literatuře stala se podstata sociální jednotky důležitou hlavně u těchto dvou problémů: při stanovení pojmu společnosti a při nauce o sociálním organismu. Společností ve smyslu sociální jednotky nazývá se – srov. na př. *Jiří Jellínek* ve své „Všeobecné státovědě“¹⁵ – skupina lidí, spjatá nějakým spojujícím elementem. Zřejmě, že zde vše záleží na způsobu tohoto spojení. Mnohost lidí, která má společný nějaký vnější znak, na př. barvu vlasů nebo kůže, nelze právě tak považovati za sociální jednotku jako nejsou přirozeným organismem veškerí živočichové, kteří dýchají žábami. Sociální jednotka není žádným abstraktem, žádným pouhým útvarem myšlenkovým, nýbrž konkrétem, sociální realností.

Nebude snad vážně o tom pochybováno, že jednotící element, jímž stává se mnohost lidí sociální jednotkou, nemůže býti rázu fyzického, nýbrž psychického. Několik trestanců, uzavřených v téže budově, netvoří nijak sociální jednotku, ačkoliv je spojuje velice účinné fyzické pojítko. Naproti tomu lze bez odporu mluvit o sociální jednotce, když nějaké shluknutí lidu v nadšení revolučnickém spěje za určitým cílem, na př. dobytí určité veřejné budovy. V tomto případě jest každý jednotlivec ovládnán stejnou účelovou představou a puzen stejným impulsem vůle. Rovněž shledáme ve spojení dvou milujících sociální jednotku. Každá z obou těchto bytostí jest zde duševně poutána k druhé. A taktéž funkcemi rozkazu a poslušnosti tvoří se sociální jednotka. A tu jest to opět psychický proces motivace, který spojuje mnohost jednotlivců v jeden vyšší celek.

|79

Těmito třemi příklady naznačili jsme nejdůležitější základní typy sociálních jednotek. Vyjádříme-li je všeobecnými kategoriemi, obdržíme tudíž tyto tři základní formy sociologických jednotek: 1. dle zásady *parallelity* psychických pochodů. Mnohost individuí směřuje ve svém myšlení, citění nebo chtění k témuž předmětu. Běží zde o společenství představ citů nebo vůle, jinými slovy o společenství zájmové. 2. Dle zásady *polarity psychických pochodů*. Předmětem psychického pochodu (lásky, zájmu, citu, vůle) není | zde jako v případě předcházejícím něco společného mimo individua ležícího, nýbrž tvoří si jej navzájem obě individua. Spojujícím principem jest zde nejpřirozenější a nejprimitivnější přitažlivá síla mezi sociálními molekulami: Eros nebo sexus. 3. Dle zásady *autority*. Dvě nebo více individuí jsou tak mezi sebou spojena, že vůle jednoho stává se motivem jednání ostatních. Mimořádný význam této základní formy sociálních sdružení

¹⁵ *Jellínek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 92.

vysvitne ihned, uvědomíme-li si, že kterákoliv lidská organisace ve skutečnosti spočívá na tomto sociálně-psychologickém principu autoritativní motivace.

Pro veškeré tři základní formy sociologických jednotek jsou tedy rozhodnými kritéria sociálně-psychická. Tyto psychické momenty nejsou však nikterak jedinými, jsou pouze oproti všem ostatním primérní. Ježto každá sociální jednotka jeví se jako specifické spojení lidí – tedy bytostí fysických –, musí každá taková jednotka býti vymezena časem a prostorem, t.j. sociálně psychické pochody, které konstituují své lidské nositele jako sociální jednotku, vyžadují též jednotnost času a prostoru, ve kterém se odehrávají.

Pro sociologické pozorování, tedy pro pozorování skutečného dění, existuje každá z oněch možných sociologických jednotek jen potud, *pokud některá zmíněná psychická relace, která sociální jednotku tvoří, skutečně jest dána*. Na to dlužno klásti největší důraz. Jednotka existuje jen v onom okamžiku, ve kterém jednotliví pochody duševní v individuích skutečně se odehrávají, a obepíná pouze ona individua, která jsou oněmi jednotlivými pochody proniknuta. Již z toho lze poznati, že sociologické jednotky – v přímé protivě k organickým nebo anorganickým jednotkám světa hmotného – nemají ani trvalé existence, ani přesně ohraničeného rozsahu. Vznikají a zanikají jako mořské vlny v nekonečném oceánu sociálního dění, v nekonečné proměně. A právě pro jejich, smějíme-li tak říci, blesku podobnou existenci, kterou jen těžko lze zachytiti, ocitá se sociologické nazírání ve velkém nebezpečí, *fangovati* sociální jednotky tam, kde supposice jejich zdá se býti pro určité účely žádoucnou, aniž by však jejich skutečná existence mohla býti prokázána. Snad nejgrandiosnější fikci toho druhu jest *stát*. To vysvítá jasně již z krátké analyse obou dnes panujících sociálních teorií státních, totiž organické a anorganické.

|\O často přetřásané otázce, je-li stát organismem, netřeba zde jednati. Nám běží |80
v této souvislosti pouze o *předpoklady* této otázky. Neboť, má-li býti stát organismem nebo mechanismem, musí býti sociální jednotkou. Ježto patrně není fysickou jednotkou, musí býti jednotkou psychologickou a sice sociálně-psychologickou, má-li míti otázka, zda jest organismem nebo mechanismem, vůbec smysl. Jest tedy otázka, v čem vidí organická a anorganická theorie sociálně-psychologickou jednotku státní.

Pokud se týče zvlášť organického pojetí státu – mám zde na mysli hlavně školu *Gierkovu*¹⁶ – buduje tato jednotu státní na „*vůli celku*“ (*Gesammtwillen*).¹⁷ Stát jeví

¹⁶ Otto (Friedrich) von Gierke (1841–1921), Rechtshistoriker, Privat- und Staatsrechtslehrer. 1867 Habilitation in Berlin; 1871 zunächst a. o. Prof. ebendort, im selben Jahr noch o. Prof. in Breslau, ab 1884 in Heidelberg. Er kehrte 1887 an die Universität Berlin zurück (1902–1903 Rektor). Er gilt als Begründer des deutschen Genossenschaftsrechts und als einer der Hauptvertreter einer Organismuslehre des Staates. Wichtige Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868–1881; Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 30 (1874), S. 153–198, 265–335; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a. M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., München und Leipzig 1895–1917.

¹⁷ Vgl. *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 752.

se zde jako sociální jednotka dle principu *parallelity sociálně-psychických pochodů*. Pojem „vůle celku“, kterým operuje právě jako pojmem vědomí celku (Gesamtbewusstsein) i moderní sociální psychologie, neznamená něco od individuální vůle a individuálního vědomí rozlišného, neznamená psychické akty, které by se mimo individua odehrávaly, nýbrž toliko určité *společné* představy, pocity a směry vůle vyvolané u jednotlivců následkem spolužití a jiných okolností. Důrazně připomíná *Wundt*¹⁸ (Grundriß der Psychologie, 7. vyd., str. 384),¹⁹ „daß diese Begriffe ebensowenig etwas bedeuten, was außerhalb der individuellen Bewußtseins- und Willenvorgänge existiert, wie die Gemeinschaft selbst etwas anderes ist als die Verbindung der Einzelnen“. Proto nesmíme snad bráti vůli celku a vědomí celku přívlastku „skutečnosti“. Neboť společenství pojmy těmi naznačené a vzájemné působení individuálních pochodů duševních jednotlivých členů společnosti existuje právě tak skutečně jako ony individuální pochody duševní samy (n.u.m. str. 384).²⁰ Co nejrozhodněji varuje *Wundt* před hrubým nedorozuměním, které vyvolávají tyto pojmy ještě dnes: „Statt sie einfach als einen Ausdruck für die tatsächliche Übereinstimmung und die tatsächliche Wechselwirkung²¹ der Individuen einer Gemeinschaft zu betrachten, meint man hinter ihnen irgendein mythologisches Wesen oder mindestens eine metaphysische Substanz zu wittern. Daß solche Meinungen verkehrt sind, bedarf nach dem oben Gesagten keines weiteren Nachweises“ (n.u.m. str. 385).²²

|81

Ptáme se nyní dále, zdali může „vůle celku“, kterou nalezla nauka o psychologii lidu, tvořiti onen jednotící element u státu? Organická theorie státní neváhala zodpověděti tuto otázku kladně. | Nejvýznamnější zástupce tohoto směru, *Gierke*, označuje jako „substanci“ státu „všeobecnou vůli“ (allgemeiner Wille). („Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien“ v *Zeitschr. für die ges. Staatswiss.* 30. sv. 1874, str. 294, 304).²³ Nemůže býti pochyby o tom, že *Gierke* svým „vědomím celku“, jehož výronem jeví se mu býti právo, jakož i svou

¹⁸ Wilhelm Wundt (1832–1920), Psychologe und Philosoph; 1857 in Heidelberg habilitiert, dort 1864 a.o. Prof.; ab 1874 o. Prof. in Zürich, ab 1875 in Leipzig, dort Leiter des Instituts für experimentelle Psychologie (1889–1890 Rektor). Er gilt als Begründer der Psychologie als eigenständiges Fach. Wichtige Werke: Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2 Bde., Leipzig 1863 (7./8. Aufl., Leipzig 1922); Logik, 2 Bde., Stuttgart 1880–1883 (4. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1919–1921; 5. Aufl., nur 1. Bd., Stuttgart 1924, mehr nicht erschienen); Ethik, Stuttgart 1886 (5. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1923–1924).

¹⁹ *Wilhelm Wundt*, Grundriß der Psychologie, 7. Aufl., Leipzig 1905, S. 384.

²⁰ *Wundt*, Psychologie (Anm. 19), S. 384.

²¹ «tatsächliche Wechselwirkung»] *Wundt*, Psychologie (Anm. 19), S. 385: «tatsächlichen Wechselwirkungen».

²² *Wundt*, Psychologie (Anm. 19), S. 385.

²³ *Otto Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 30 (1874), S. 153–198, 265–335 (304) – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

„vůli celku“, která mu jest substancí státu, míní tytéž skutečnosti, které nauka o psychologii lidu jmenuje vědomím a vůlí celku.⁵⁾

Avšak společenství, pro které sociální psychologie přijímá existenci „vůle celku“, nespadá nikterak v jedno s jednotkou *státního* národa, která jest dána toliko ve smyslu specificky *juristickém*, tedy tak, že pro ni platí jednotný právní řád. Zde potkáváme se se zvláštním a nápadným zjevem, že theorie přistupuje k sociální skutečnosti se specificky *juristickým* pojmem státu a hledá pro tuto jednotku, která zatím jest dána pro svět právních norem, též ve světě sociálního „dění“ nějaký korrespondující reální podklad. Veškerí uvnitř státních hranic žijící lidé tvořící *juristicky* jednotu, pokud předpokládáme, že pro ně platí jednotný právní řád, jsou prý i bez ohledu na jednotné normy pro ně platící jednotkou též pro pozorovatele, jenž se dívá pouze na to, „co jest“.

Avšak společenstvím, pro které nauka o psychologii lidu přijímá existenci vůle celku, nemůže nikdy býti stát, přesněji státní národ. Takové společenství jest duševní a nikoliv pouze právní, kteréžto nepředpokládá duševní spojitost a harmonii individuí, nýbrž pouze jednotný právní řád. Jest to *společnost* v protívě k *státu*, jednotka to sociologická a sociálně psychologická, nikoliv právníká. Kromě toho vyvíjí se takové společenství sociální, psychické bez ohledu na hranice státní; oblast, na níž se vytváří, může býti širší nebo užší.

Duševní společenství nemohou rušiti tedy umělé hranice státní a naopak nepatří k němu přespolní členové, které nespojuje žádný duševní kontakt, byť byli k němu poutáni státním občanstvím. Jest hrubou fikcí, když označujeme státní národ jako duševní společenství, které tvoří hromadnou vůli. V národních, náboženských a vědeckých společenstvech vyvine se zajisté | taková vůle celku, avšak |82
v právním, státním svazu se vyvinouti nemusí. To, co se zde jeví jako jednotná „vůle“, totiž zákon, a na zákoně spočívající činnost státních orgánů, nemůže nijak platiti jako celková vůle národa státního. Vždyť zákon zůstává státní vůlí, kdyby sebe více odporoval t.zv. vůli národa. *Juristickou* fikcí, že většina poslanců a jejich emanace vůle jest identickou s celkovým národem státním a jeho vůlí, nelze se stanoviska psychologického udržeti.

⁵⁾ Podobně jako *Gierke* počíná si *Fricker*²⁴⁾: „Die Persönlichkeit des Staates“ v *Zeitschr. für die ges. Staatswiss.* 25. sv. 1869, str. 29, 37.²⁵⁾ Srovn. též *Richard Schmidt*: *Allg. Staatslehre*, I. str. 228.²⁶⁾ |81

²⁴⁾ Karl Viktor (auch: Carl Victor) Fricker (1830–1907), Politik-, Rechts- und Staatswissenschaftler. Seit 1863 a.o. Prof., 1865–1875 o. Prof. für Staatsrecht, Völkerrecht und Polizeirecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen. Seit 1875 o. Prof. für Staatswissenschaften an der Philosophischen Fakultät der Universität Leipzig. 1865–1891 Redakteur der Tübinger „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ (ZgS). Wichtige Werke: *Vom Staatsgebiet*, Tübingen 1867; *Geschichte der Verfassung Württembergs* (gemeinsam mit Theodor von Gessler), Stuttgart 1869; *Grundriß des Staatsrechts des Königreichs Sachsen*, Leipzig 1891.

²⁵⁾ *Carl Viktor Fricker*, *Die Persönlichkeit des Staates*, in: *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 25 (1869), S. 29–50 (29, 37).

²⁶⁾ *Richard Schmidt*, *Allgemeine Staatslehre*, Bd. 1: *Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens*, Leipzig 1901, S. 228.

Existuje-li nějaká reální hromadná osobnost – a o její existenci nelze pochybovati – pak touto sociologickou jednotkou zajisté není stát. Nikde nejeví se methodická chyba organické theorie státní tak jasně, jako při konstrukci právního pojmu státní osobnosti na základě společenské skutečnosti: „vůle celku“. A tato methodická chyba nemohla býti jasněji doznána, než se stalo *Preussem*²⁷, vynikajícím stoupcem směru *Gierkova*, který ve své monografii o tomto předmětu⁶⁾ výslovně pravi, že se stanoviska organické theorie právní subjektivita osoby hromadné a jednotlivců jest „lediglich der *juristische* Ausdruck für die *soziologische* Tatsache, daß sich aus individuellen Willenspartikeln die organische Einheit eines Gemeinwillens gestaltet hat“.

Pokus organické theorie státní, považovati stát, tedy to, co *právnícky* z nějakého důvodu dlužno považovati za jednotku, též za sociologickou jednotku vytvořenou principem *parallelity sociálně psychických zájmů*, selhal a musí vždy nutně selhati. Jest samozřejmé, že následkem chybného formulování problému nedošel tento pokus k ničemu jinému než k fikci. Proto nelze se též diviti, že i anorganická theorie státní nedošla k jinému výsledku než k hrubé fikci. Toto mechanistické pojetí státu nechce sice subsumovati stát pod kategorií organismu, shoduje se však s organickou teorií, kterou tak energicky potírá, v nejzákladnějším předpokladu naprosto: totiž v předpokladu, že stát je sociální jednotkou. Jenže postuluje pro stát samostatnou, všech analogií prostou kategorií pojmovou. Dle ní jest prý totiž stát „kollektivní“ neboli „svazovou jednotkou“ (Kollektiv-Verbandseinheit). V čem spočívá však jednotící moment? Co spojuje ono množství lidí, kteří ke státu *juristicky* přísluší, ve *skutečnou* jednotku?

|83 | Jest nadmíru charakteristické, že *Jellinek*, typický zastánce nauky o „jednotce svazové“, pokládá větu, kterou zahajuje rozbor svého názoru o státu, za dogma, aniž by podal nějaký důkaz o tom, že za právním pojmem státu vězí sociální skutečnost, která se s ním kryje, totiž větu: „daß der Staat einen dauernden, *einheitlichen* Verband von Menschen darstellt²⁹, daher ein Gemeinwesen sei, ist von Altersher behauptet worden“ (Allg. Staatslehre).³⁰ *Jellinek* předpokládá tedy jako

|82 |⁶⁾ Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie ve *Schmollerově* Jahrbuch, 26. roč. str. 562.²⁸

²⁷ Hugo Preuß (1860–1925), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1889 Habilitation an der Universität Berlin, seit 1906 Prof. an der Handelshochschule Berlin (1918 Rektor). Ab 1918 Staatssekretär des Innern, vom Rat der Volksbeauftragten mit der Abfassung einer Reichsverfassung beauftragt, wird daher von manchen als Vater der Weimarer Verfassung angesehen. 1919 Reichsinnenminister im Kabinett Scheidemann, 1919–1925 Mitglied des Preußischen Landtags (Deutsche Demokratische Partei). Wichtige Werke: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889; *Zur preußischen Verwaltungsreform*, Leipzig und Berlin 1910; *Staat, Recht und Freiheit*, Tübingen 1926; *Reich und Länder* (postum hrsg. von Gerhard Anschütz), Berlin 1928.

²⁸ *Hugo Preuß*, Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 26 (1902), S. 557–596 (562).

²⁹ «darstellt»] *Jellinek*, *Staatslehre* (Anm. 14), S. 152: «darstelle».

³⁰ *Jellinek*, *Staatslehre* (Anm. 14), S. 152 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

veškerí ostatní theoretikové státoprávní to, co by mělo býti teprve dovozeno: existenci sociální jednotky: stát. Při tom podotýká výslovně, že nikterak nemá na mysli právnícký pojem státu. Běží mu výlučně o to, vyvoditi sociální pojem státu, t.j. naléztí sociální jednotku, která by byla neodvislá od veškeré normativní konstrukce a tvořila by pouze předmět pozorování toho, co jest. Dosti povážlivé jest, že *Jellinek*, když vyvozuje svůj sociální pojem státní, který přesně od právníckého liší, navazuje na theoretiky, kteří o nějakém methodologickém ohraničení mezi juristickou a sociologickou methodou mnoho nevěděli. Přejímáť totiž s nepatrnými modifikacemi theorie nebo správněji řečeno konstrukce *Gierkeho*, *Bernatzika*³¹ a *Haenela*³². Při tom jest zvláštní ironií osudu, že *Gierke*, jehož theorie společenstevní jest směrodatná pro pojetí *Jellinkovo*, jest vysloveným stoupencem organického pojmání státu, které *Jellinek* tak vášnivě potírá.³³ A poněkud hlubší kritika ukáže skutečně, že mezi organickým pojetím státu a mechanickým pojetím *Jellinkovým* v jádře není vlastně žádného rozdílu.

Dle *Gierka* jeví se stát a to již ve své existenci mimoprávní jako svazek sjednocený pevnou organisací a trvalými účely. *Haenel* charakterisuje jednotu korporativního svazu: stát, kterou dlužno od jeho právnícké osobnosti lišiti, takto: „Sie besteht nur darin, daß eine Vielheit menschlicher Individuen geistig auf einen Gesamtzweck³⁴ bezogen ist, und daß diese geistige Bezogenheit, die an sich nur die Aussage eines identischen Willensinhaltes der Beteiligten ist, ihre Realität gewinnt durch die Willensmacht leitender Organe und sich einfügender Mitglieder“.³⁵

Jellinek spatřuje psychologický podklad státu ve volných poměrech určité mnohosti lidí: lidé, kteří rozkazují, a lidé, kteří těchto rozkazů poslouchají. Na *státní obvod* pohlíží *Jellinek* jako | na element k těmto lidem pojmově patřící: usedlost jest |84 vlastností, stavem lidí ve státě se nacházejících.

Pro toho, kdo vědecky pozoruje skutečnosti sociálního života, jeví se tedy dle *Jellinka* mnohost poměrů založených ve vůli a sice poměrů mocenských mezi usedlými lidmi. Že takové mocenské poměry existují, jest nepochybné. Ba dlužno dokonce tvrditi, že každý duševní poměr mezi dvěma osobami jest v určitém smyslu poměrem mocenským. Též v přátelství a lásce vyvíjí se pod- a nadřízenost,

³¹ Edmund Bernatzik (1854–1919), Staatsrechtslehrer. 1891–1893 o. Prof. in Basel, 1893 in Graz und von 1894 bis zu seinem Tod an der Universität Wien; Mitglied des Reichsgerichts, 1919 des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Wichtige Werke: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886; Republik und Monarchie, Freiburg i.Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1919); Die Österreichischen Verfassungsgesetze, Leipzig 1906 (Hrsg.).

³² Albert Haenel, auch: Hänel (1833–1918), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1858 Habilitation in Leipzig; ab 1860 a. o. Prof., ab 1862 o. Prof. in Königsberg, 1863–1911 lehrte er in Kiel. 1867–1888 Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses (ab 1876 Vizepräsident), 1867–1870 Mitglied des Reichstags des Norddeutschen Bundes (Schleswig-Holsteinische Liberale Partei), 1871–1893 und 1898–1903 Mitglied des Reichstags des Deutschen Reiches (ab 1874 Vizepräsident; Freisinnige Partei). Wichtige Werke: Studien zum Deutschen Staatsrechte, 2 Bde., Leipzig 1873 und 1888; Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892.

³³ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 142–151.

³⁴ «Gesamtzweck»] *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Berlin 1892, S. 101: «Gemeinzweck».

³⁵ *Haenel*, Staatsrecht (Anm. 34), S. 101 – Hervorhebung von Kelsen.

vůdcovství a poslušnost. Samozřejmě jest však, že nelze *veškeré* mocenské poměry považovati za substrát státu. Jaké jest tedy kritérium oněch poměrů, jichž součet nebo *synthesa* má platiti za stát? Na to *Jellinek* nepodává žádné odpovědi. Z odpovídá pouze otázku: dle kterého jednotlivého principu dospívá řada oněch poměrů ve vůli založených k jednotce státu. Dle *Jellinka* jest stát jednotkou teleologickou. „Eine durch dauernde Zwecke mit einander verbundene Vielheit erscheint uns notwendig als Einheit“. ³⁶ „Eine Vielheit von Menschen wird für unser Bewußtsein geeinigt, wenn sie durch konstante innerlich kohärente Zwecke mit einander verbunden sind“. ³⁷ Jednotka, utvořená společnými účely, dochází výrazu v určité organizaci. Účelové jednotky pozůstávající z jednotlivců, jmenují se u *Jellinka* kolektivními nebo svazovými jednotkami. ³⁸ A bez dalšího přechodu praví se: stát jest jednotkou svazovou. *Jellinek* pokládá tudíž za samozřejmé, co by teprve měl dokázati: že společné účely existují, skutečně žijí, a že takovéto společné účely skutečně tmelí příslušníky *státního* národa (v užití tohoto pojmu na tomto místě spočívá již *anticipace*). Ani slova nenacházíme o tom, co by pro sociologické nazírání bylo podstatným ukázati, totiž které účely jsou vlastně společnými a hlavně: jak dalece jsou tyto účely skutečně společnými. Toto ryze sociologické pojmání *Jellinkovo* operuje ve skutečnosti s mlčky přijatým právnickým předpokladem. Celý tento právníký pojem státu, ona jednotka státní, získaná specificky *juristickým* nazíráním, vnáší se do konstrukce sociologické. Souhrn osob, podřízených právně uvnitř státních hranic státní moci – to jest právě ona jednotka, pro *Jellinka* a priori existující, kterou chce pak též „sociálně“ konstruovati. Proto nediví se prazvláštnímu výsledku, že jeho sociální pojem státní tak hladce spadá v jedno s pojmem právníkým. Jest jasno, že ony hromadné účely *Jellinkovy* znamenají totéž co vůle celku *Gierkeho* a identita obsahu vůle jednotlivců u *Haenela*, uvědomíme-li si, že „účelem“ možno rozuměti dle *Jellinka* pouze subjektivní účel, t.j. úmysly, směry vůle u jednotlivců, tedy: lidé ve stát spojení mají souběžné směry vůle; netřeba širě dokazovati, že takové tvrzení znamená hrubou fikci. Vidíme tudíž, že *Gierkovo* organické pojmání státu se shoduje v jádře s anorganickou teorií *Jellinkovou*.

|85

Dosud jsme tedy zjistili, že dle *Jellinka* jest stát jednotným svazem lidí trvale usedlých. Takovým jednotným svazem není však pouze stát, nýbrž též obec jest takovou kolektivní jednotkou. Pojmová podstata státu musí tudíž obsahovati ještě další nějaký element. Tohoto elementu získává *Jellinek* tímto způsobem. Praví: „Die zur Verbandseinheit zusammengefaßten staatlichen Willensverhältnisse sind wesentlich Herrschaftsverhältnisse“. ³⁹ Tedy patrně ve vůli založené, resp. mocenské poměry mezi lidmi. Vždyť krátce před tím pravil *Jellinek* výslovně: „Men-

³⁶ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 171.

³⁷ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 171 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁸ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 152–155.

³⁹ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

schen, die befehlen, und solche, die diesen Befehlen Gehorsam zollen, bilden das Substrat des Staates“.⁴⁰ Subjektem těchto mocenských poměrů jest mu však stát sám, ona synthesisa poměrů mocenských. Praví totiž výslovně: „Nicht daß im Herrschen das Wesen des Staates sich erschöpft. Aber das Vorhandensein von Herrschaftsverhältnissen ist dem Staate derartig notwendig, daß ohne Herrschaftsverhältnisse ein Staat nicht gedacht werden kann. *Der Staat hat Herrschergewalt*“.⁴¹ Zcela nejasným zůstává zatím, s jakým oprávněním přenáší autor funkci panování, kterou vykonávají přec jen jednotlivci, na *synthesu* všech individuí. K tomu dlužno ještě uvážit, že *Jellinek* zcela tak jako o fyzickém organismu praví o teleologické synthesisu státu, že jest pouhou pomocnou konstrukcí pojmovou, o níž nelze tvrditi, zdali má reálnou existenci, neodvislou od našeho myšlení.⁴² A tato pouze v myšlenkách posuzovatele existující jednotka má vykonávati nejvyšší reální, ve světě skutečnosti existující panství. Jest ovšem zcela přípustno, řeknu-li na př.: setnina kráčí pochodem – když veškeré osoby, které tvoří tuto jednotku (setnina), činí totéž, totiž kráčí pochodem, ale tímto způsobem jest jen zkráceně vyjádřováno: veškerí vojáci v setnině kráčí pochodem v jednotném šiku týmž směrem. Avšak panování není dle *Jellinka* funkcí, kterou vykonávají *veškerí* členové státu, nýbrž – jak známo – jen několik jednotlivců. | Většina jich jest ovládána, nerozkazuje, nýbrž | 86 poslouchá. Lze tedy o státu říci, s týmž oprávněním, že jest ovládán, jako že vládne. *Jellinek* tedy maně identifikuje stát s panujícími jednotlivci, aniž by to ovšem otevřeně přiznával. Avšak *Jellinek* jde ještě dále. Připisuje *státu* vůli – a prosím, aby nebylo zapomenuto, že zde mluví o sociálním a ne právníkém státu. Praví: „Herrschen heißt aber die Fähigkeit haben, seinen Willen anderen Willen unbedingt zur Erfüllung auferlegen, gegen andere Willen unbedingt durchsetzen können“.⁴³ „Diese Macht unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen anderen Willen hat nur der Staat. Er ist der einzige kraft ihm innewohnender ursprünglicher, *rechtlich* von keiner anderen Macht abgeleiteten⁴⁴ Macht herrschende Verband“.⁴⁵ A tímto způsobem dospívá pak *Jellinek* ku své definici sociálního pojmu státního: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen“.⁴⁶

Není třeba příliš velkého bystrozraku, abychom v těchto vývodech *Jellinkových* rozpoznali specifický synkretismus normativní a explikativní, juristické a sociologické metody. Do pojmu státu, který nemá platiti pro obor *státoprávní* nauky, nýbrž pro nauku sociální, vsunuje se element zřejmě právníkého rázu: „die *rechtlich* von keiner anderen Macht abgeleitete Macht“.

⁴⁰ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 169.

⁴¹ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴² Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 174f.

⁴³ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172.

⁴⁴ «abgeleiteten»] *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172: «abgeleiteter».

⁴⁵ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172.

⁴⁶ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 173 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Neméně symptomatickým znakem pro *Jellinkův* sociální pojem státní jest dále, že sociální jednotka, kterou buduje jeho konstrukce, není vlastně právnicky sjednocený státní národ, nýbrž pouze *panující třída* v něm.⁴⁷ Nechci se zde zabývatí otázkou, pokud vůbec lze prokázat, že „panující třída“, nebo vůbec nějaká jiná třída jest sociální jednotkou. Jisto jest, že tam, kde skutečně existuje společenství zájmů a vůle, dána jest sociologická jednotka dle principu paralelity psychologických processů. A jisto jest, že panující třída může býti spíše sociální jednotkou než veškerý národ státní v juristickém smyslu, pro který nelze dovoditi žádný společný zájem jakožto reální životní faktor. Pro nás jest hlavně důležité, že obratným myšlenkovým pochodem *funguje se společenství panujících osob jako společenství veškerého státního národa*. (A nehledě ani k této fikci, zůstává zde ještě jiná, o které bylo již svrchu mluveno: že totiž sociologická jednotka dle kteréhokoliv z oněch tří principů existuje jen v oněch okamžicích, ve kterých tyto principy skutečně působí). A to se zdá být typickým pochodem, jímž docházejí všichni theoretikové k sociologické jednotce státu. Pozorujeme-li totiž *skutečné* sociální dění, pozorujeme poměrně malou skupinu osob, které politicky a hospodářsky ovládají velkou massu lidí, jakožto pevné jádro v amorfní spoustě společenských vztahů, a jen mezi touto malou skupinou panuje snad společenství zájmů a vůle. Tato skupina tvoří nebo aspoň jejím rozhodným vlivem tvoří se systém právních norem, které v určitém okrsku platí, a tato skupina používá politické fikce, aby své panství podpořila a ustálila. Praví: my jsme stát, my reprezentujeme celkový národ, náš zájem jest zájmem pospolitým neboli státním, naše vůle – t.j. ona, která jeví se v právním řádu – jest vůlí celku neboli státu. Ona velká massa lidí podřízených jednotnému řádu právnímu (pokud jeho norem poslouchati *mají*), tvoří jednotné sociální těleso. Tento postup zastírá hluboké protivy, které oddělují panující skupinu nebo třídu od massy ovládaných, zastírá nepřeklenutelné protivy uvnitř této massy samé. Věda sociologická neboli sociální nauka o státu neměla by ovšem bez kritiky takové fikce přijímati. Theoretikové, kteří vycházejí z nedokázaného dogmatu sociologické jednotnosti státní nebo hledí aspoň nedostatečnými prostředky (viz shora) takovéto dogma podpořiti, pracují – vědomě nebo nevědomě – ve službách politické tendence.

Důsledky poznatku, že pro vědu o sociálním dění, neexistuje žádná sociální jednotka „stát“, nebo že aspoň takováto jednotka nebyla dosud prokázána, jsou dalekosáhlé. Uvažme jen, že nejen nauka o státu nýbrž též četné jiné nauky operují s pojmem *sociálně jednotného státu*, jako na př. politický zeměpis, národní hospodářství, historie atd. Všechny fikci povyšují juristickou konstrukci na sociální skutečnost; všechny přejímají bez kritiky pojem státu, který stává se tak pro ně příčinou značných omylů.

⁴⁷ Jellinek verwendet den Begriff der „herrschenden Klasse“ in diesem Zusammenhang nicht; vgl. *Jellinek, Staatslehre* (Anm. 14), S. 169, 172f., 698–700.

§ 4. Právnícká idea státní.

Stát jako sociologická jednotka jest tedy představou nadmíru problematickou – zcela samozřejmou jeví se nám však jeho právnícká jednota a to ve smyslu dvojím: jednak jako jednotný nositel právního řádu, jednak jako jednotná osoba podřízená tomuto právnímu řádu t.j. jakožto subjekt určitých povinností | a práv. V obou | 88 případech běží pouze o rub a líc téhož předmětu, téhož pojmu.

Dlužno si jen jasně uvědomiti smysl a význam oněch obou myšlenkových pochodů, z nichž jeden činí ze státu nositele neboli subjekt objektivního řádu právního, druhý pak podřizuje ho tomuto právnímu řádu jakožto subjekt práv a povinností. Představujeme-li si celý právní řád, t.j. součet právních norem nejrůznějšího obsahu jakožto obsah jediné vůle, nemůže tato představa přirozeně míti psychologický význam, ačkoliv tak myslí mnozí theoretikové státního práva, svedeni terminologií. Psychická vůle může býti pouze vůlí lidskou. Představujeme-li si právní řád jako vůli jednotlivého subjektu, může to míti pouze logický význam, t.j. jako výraz pro myšlenku, že celý právní řád, ono množství právních norem různého obsahu, mohou býti vztahovány k jedinému bodu. Supposice, že právní řád jest vůlí jednotné osobnosti státní, vyjadřuje pouze logickou ucelenost, vnitřní soulad v systému právních norem. Tato personifikace vyhovuje podobnému požadavku našeho myšlení jako duševní proces (ovšem mnohem komplikovanější), který vede k pojmu „Bůh“. Je-li přípustna analogie mezi mikrokosmem právního řádu a makrokosmem řádu ovládajícího vesmír – a takováto analogie není nikterak novou, ježto i primitivní rozum si ji uvědomuje –, pak vězí v grandiosní personifikaci veškerých tento vesmír ovládajících norem, pokud představujeme si je jako účelný a souladný systém, pak vězí v představě osobního, jednotného Boha táž nebo aspoň podobná oekonomie myšlení, jako v juristické konstrukci jednotného osobitého nositele státního řádu právního: jednotné osoby státní.

V témž smyslu, ve kterém si myslíme osobu státní jakožto nositele objektivního řádu právního, představujeme si stát jakožto subjekt práv a povinností, podřízený právnímu řádu. Co znamená především protiva mezi právem v objektivním a právem v subjektivním smyslu? Problém, který vede k právu v subjektivním smyslu, k právní povinnosti a oprávnění, zní: jak stává se objektivní právní normou povinností, resp. mým právem? Zkrátka jest to otázka subjektivisace právní normy. Zde nemohu ovšem celou tuto otázku rozvinouti a zodpověděti, nýbrž mohu pouze naznačiti, že tento princip subjektivisace jest rozdílný dle toho, máme-li na mysli osobu státu nebo veškeré ostatní subjekty t.j. poddané | státu. (Viz | 89 mé „Hauptprobleme“ str. 311 a další⁴⁸ a nejnovější mé pojednání „Über Staatsunrecht“ v *Grünhutově* časopise XL. svazek.⁴⁹) Stačí naznačiti, proč stanoví objektivní

⁴⁸ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 311–346 = HKW 2, S. 21–878 (435–473).

⁴⁹ *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

právní norma, na př. ta, která prohlašuje krádež za trestnou a tak vyslovuje subjektivní právní povinnost poddaných nedopouštět se krádeže, zároveň subjektivní právní povinnost státu – totiž potrestati zloděje – a subjektivní oprávnění státu – totiž žádati na poddaných, aby se krádeží nedopouštěli. Povinnosti nebo práva státu obsahuje konkrétní objektivní právní norma jen potud, pokud právě vyjadřuje vlastní vůli státu, pokud právě ta která norma stát zavázati neb oprávniti chtěla. Jen potud stává se pak stát subjektem konkrétní právní normy. Nositelem právního řádu jest však stát, ježto jest subjektem veškerých právních norem, které vesměs vyjadřují jedinou t.j. jeho vůli, čímž má býti naznačeno, že stát jest tvůrcem celého právního řádu a že tudíž veškeré v tomto řádu obsažené normy *chce*. Poměr státu jakožto nositele právního řádu ku státu jakožto subjektu povinností a práv, redukuje se na relaci mezi celkem a jeho částmi. Předpokladem poznání právnické idey státní jest poznání poměru mezi právem a státem. *Právnícké* pochopení státu, konstrukce jeho jako právního pojmu, *předpokládá* právní řád. A jelikož ve světě reálním neexistuje žádná hmotná nebo duševní skutečnost, žádný konkrétní, které by jako takové mohlo se považovati za „stát“, nemůže stát mimo právní řád vůbec existovati. Výlučně *právnícká* povaha státu stává se nám zvlášť jasnou, když přistupujeme ku svému problému se stanoviska státu jednajícího t.j. exekutivy a nikoliv státu chtějícího t.j. právního řádu. Co znamená „činnost státu“? Co znamená výrok, že stát staví tuto školu nebo spravuje onu dráhu? Nic jiného, než že určité lidské činy *nepřičítáme* těm, kdož fysicky jednají, nýbrž jednotnému, ideálnímu subjektu, který stojí za těmito lidmi. Veškeré úsudky, kterými se označují nějaké činy jako činy státní, spočívají na onom zvláštním myšlenkovém procesu, který nazývám přičítání (Zurechnung). Přičítání nějaké činnosti státu není nijak jediným možným případem toho druhu, nýbrž jeví se pouze jako speciální případ oné myšlenkové operace, kterou nacházíme ve všech oborech normativního pozorování. Přičitatelnost není jen právnícká, nýbrž může býti též mravní, hospodářská atd.; zkrátka: | máme tolik druhů přičitatelnosti, kolik jest druhů norem (morální, právní atd.). Na jiném místě podal jsem důkaz, že panující dnes mínění, dle kterého podstata přičitatelnosti spočívá buď v určité kausální nebo teleologické spojitosti mezi podmětem a předmětem přičitatelnosti, jest neudržitelná.⁵⁰ Právě přičítání, které vede k osobě státní, dokazuje to jasně. Ptáme-li se po *příčinách* nějaké skutkové podstaty, kterou dlužno přičítati státu, na př. nějakého trestního výkonu, nějaké exekuce, nějaké stavby silniční, nedojdeme v řetězu příčinném nikdy ke článku, který možno označiti jako státní osobu. Vždyť tato není vůbec skutečností, která by ve světě vnějším existovala. Kromě toho jest každý řetěz kausální nekonečný. Zkrátka: princip kausální nestačí k vysvětlení přičitatelnosti.

Rovněž odmítnouti dlužno názor, že přičitatelnost má povahu teleologickou. Takové tvrzení praví, že přičítati jest osobě to, co svým jednáním zamýšlela nebo *chtěla*. Nehledě ani k tomu, že jest mnoho případů, ve kterých i nechtěné skutkové

⁵⁰ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 73–83 = HKW 2, S. 21–878 (161–174).

podstaty se právně přičítají (delikty omissivní⁵¹), předpokládá takováto teleologická spojitost u subjektu přičitatelnosti vždy psychický akt vůle t.j. subjektem přičitatelnosti může být vždy jen člověk. A tu stačí k tomu poukázat, že v případech, ve kterých kvalita právní osoby není poutána na reálný substrát „člověk“, na př. při právnických osobnostech nadací, ústavů a korporací o nějaké psychické vůli nemůže být řeči. Pátráme-li při nějakém činu po volném aktu, jenž ho vyvolal, docházíme vždy k „fysické osobě“ (jak právníci nepřesně se vyjadřují), nikdy však k osobě právnícké. Teleologické nazírání nemůže mně nikdy ukázat, jakým způsobem přičitatelnost od fysické osoby vede k právnícké osobě státu. Právě tam, kde končí teleologické nazírání, počíná problém přičitatelnosti. Vůle státu, ať pohlížíme naň jako na nositele právního řádu nebo na subjekt povinností a práv, jest pouhým ideálním předmětem právníckého myšlení, kterému kromě toho nepřisluší žádná objektivní jsoucnost, a jeví se tudíž stát jako konstrukce za účelem stanovení přičitatelnosti, jako ideelní abbreviatura pro určité stejnorodé, specificky právnícké formy myšlení. Příklad: když soudce odsoudí velezrádce k smrti a popravčí vykoná ortel, nepřičítáme těmto osobám vraždu, resp. návod k vraždě jen proto, protože jsme právně *nuceni* veškeré tyto činy, které by se jinak | (t.j. bez příslušného předpisu právního) na vlas podobaly vraždě, resp. návodu k vraždě, nepřičísti jediná osobám nýbrž státu. Příslušná právní norma, kterou dlužno si představovati jako hypotetický úsudek, stanoví ve své první části v grammatikální formě podmínky, na které víže druhá část přesně stanovené následky (skutková podstata): když někdo spáchá velezrádu, má být usmrcen, t.j. potrestán smrtí. Jen pokud možno příslušnou skutkovou podstatu (poprava a pod.) dovoditi z druhé věty takového hypotetického úsudku, který platí jako právní norma, přičítá se tato skutková podstata státu, a osoby, které tuto skutkovou podstatu realizují, jeví se jako orgány státní a jich činy jako funkce orgánů jeho. Právní norma může stanoviti též civilní exekuci. Trest a exekuce jsou specifickými následky bezpráví, t.j. charakterisují podmínky, za kterých nastávají, jako bezpráví. Vedle trestu a exekuce přičítáme ještě jiné skutkové podstaty státu. Jako nastává trest za určitých podmínek, tak víže právní řád na jiné podmínky na př. podporu chudinskou, stavbu školy, udělení koncesse atd. Celý právní řád jeví se tím jako summa pravidel přičítacích. A že veškeré toto na základě právního řádu prováděné přičítání vede k jedinému bodu, resp. k jediné osobě, to znamená, že přičitatelnost vede ke státu. Co nazýváme státní vůlí, jest toliko společným konečným bodem do něhož promítáme všechno přičítání. Geometrických analogií dlužno užití, když chceme si znázorniti podstatu této juristické konstrukce; vždyť jeví se formální theorie právní tomu, kdo hlouběji do ni vniknul, v mnohém směru jako geometrie právních jevů. Těmito úvahami vyčerpali jsme ovšem pouze *právníckou* podstatu státu a vysvětlili ji toliko se stanoviska právníckého, t.j. normativního nazírání.

⁵¹ «delikty omissivní»] veraltet für: Unterlassungsdelikte.

Na jiném místě dokázal jsem, že nejen státní vůle a státní osoba jest specificky právníkovou konstrukcí, nýbrž že v právníkovém pojmu každé vůle a osobnosti vůbec spočívá též nepsychologický, specificky právníkový smysl, a dovodil jsem poprvé, že nejen problém státu jest vlastně problémem přičitatelnosti, nýbrž že přičitatelnost má centrální a základní význam pro veškeré obory právníkové konstrukce.⁵² Poznatkem, že pojem státní vůle má naprosto tutéž podstatu, jako to, co nazýváme v právníkovém smyslu „vůli“ ostatních subjektů, stává se ona, v literatuře již | dávno vyslovená věta, úplně jasnou; že není právníkovy podstatného rozdílu mezi t.zv. „fysickými“ a „právníkovými“ osobami, ježto každá osoba může býti právě toliko právníkovou; to znamená: že přichází v úvahu toliko jako konečný bod právní přičitatelnosti. A tím dospíváme k veledůležitému dalšímu poznatku, že osoba státní jest pouze v témž smyslu právníkovou jako osobnost všech ostatních právních subjektů.

§ 5. Právníková idea státní a právo „veřejné“.

Pojetí státu jakožto osoby t.j. subjektu právních povinností a oprávnění, jest nej zkladnějším předpokladem každého státního práva. Pojetí osobnosti státní v tomto smyslu jest však možné jen, když představujeme si stát podrobený právnímu řádu, ježto pouze právním řádem vznikají právní povinnosti a oprávnění. Je-li idea státu, podrobeného právnímu řádu, ideou právního státu, pak jest tato idea právního státu právně-logickým předpokladem veškerého právního státu.⁵³ Je-li ale dle zásady právního státu a se stanoviska každého skutečného státního práva stát myslitelný pouze jakožto subjekt povinností a oprávnění, který jest podroben právnímu řádu, pak jest osobnost státu v poměru k právnímu řádu – a tento poměr jest pro právníkovou konstrukci jediné relevantní – všem ostatním osobám právníkovy *koordinován*. Dle zásad formálně-právníkové metody musí býti *obsah* povinností a oprávnění pro podstatu právníkové osobnosti, jež tvoří jejich subjekt, irrelevantní. Vyčerpává-li se – jak panující nauka učí – podstata právníkové osobnosti v tom, že jest nositelem práv a povinností, pak jest jakákoliv formálně-právní diferenciace mezi osobností státu a všemi ostatními osobami logicky vyloučena, pak jest osoba státní jako taková t.j. jako subjekt povinností a práv, podřízený právnímu řádu, všem ostatním osobám úplně *rovna*, při čemž naprosto nerozhoduje obsah jejich povinností a práv. Pak jest obzvláště představa nějaké formálně-právní nadřízenosti státní osoby nade všemi ostatními osobami v přímém rozporu s právně logickými předpoklady právního státu a státního práva a nelze v ní neviděti křiklavou logickou nedůslednost.

⁵² Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 73–75 = HKW 2, S. 21–878 (161–165).

⁵³ Wie sich aus dem Kontext ergibt, dürfte es sich hier um eine missverständliche Übertragung ins Tschechische handeln. Kelsen handelt nicht vom „Rechtsstaat“, sondern vom „Staat im Rechtssinne“.

A jest proto naprosto nepochopitelno, jak může panující nauka na jedné straně sice bez výhrady uznávati postulát jednotného pojmu právní osobnosti a beze všeho prohlásiti ve státní theorii stát za osobu, na druhé straně však pokoušeti se o vybudování celého systému státního práva na myšlénce nadřizenosti státní osoby všem ostatním osobám, které tedy i právnícky mají býti v poměru ku státu „poddanými“. Makavým rozporem jest, když právnícky pojmáme stát jako osobu podřízenou právnímu řádu a jeho projevy jako obsah právních povinností a oprávnění – a jak jinak mohli bychom funkce státu *právnícky* chápati? – a když pak tentýž stát, tedy tutěž konstrukci právníckou charakterisujeme *právně* oproti všem ostatním osobám jakožto mocenský subjekt nebo subjekt panství! To činí téměř bez výjimky nejuznanější a nejvíce vynikající theoretikové. Jsou takřka slepí oproti tomuto rozporu, nevidí, že nelze vztahy státu k ostatním osobám pojímati jako *právní* poměry a zároveň stavěti tyto poměry jakožto poměry *mocenské* v protivu ku všem ostatním právním poměrům. Ačkoliv jinak jest zcela samozřejmé, že *právo* a *moc* se navzájem vylučují, zapomíná se při posuzování poměru státu k ostatním subjektům, že kterýkoliv poměr mocenský, panství atd., jakmile odívá se ve formu práva, pro právnícké nazírání, které abstrahuje od zvláštního obsahu jeho, nutně přestává tím býti poměrem mocenským, panství atd., a stává se poměrem právním jako každý jiný. Titěž právníci, kteří by se jen povýšeně usmáli, kdyby někdo chtěl manželství právnícky charakterisovati jako to, co po případě dle svého skutečného obsahu jest, totiž jako *poměr milostný*, titěž právníci nijak se neostýchají, když právnícky posuzují vztahy státu k ostatním subjektům dle specifického obsahu těchto vztahů; a nechápou nebo *nechtějí* snad z různých důvodů chápati, že pojem *moci* je právě tak málo právníckou kategorií jako pojem lásky. Připustíme-li, že platí stát v oboru právnícké konstrukce jakožto mocenský subjekt, který vykonává panství, dopouštíme se zmíněného již poklesku, synkretismu dvou různých method poznávacích; směsujeme sociologickou a právníckou ideu státní. Máme při tom na očích skutečné sociální poměry, onen společenský svět, jaký jest, myslíme na onu skupinu nebo třídu lidí, kteří skutečně panují a vydávají se za representanty státního národa. Přisuzujeme *právnícké* osobě, tedy ideální a normativní konstrukci, vlastnost, kterou může míti pouze sociální realnost: panství. Dopouštíme se tím stejné chyby, jako kdybychom přičítali ku podstatě t.zv. „fysických osob“ určité psychologické|nebo fysiologické vlastnosti (na př. výměnu látek, oběh krve, schopnost k tvoření představ atd.), zkrátka kdybychom identifikovali biologickou jednotku „člověk“ s juristickou jednotkou „osoba“. A mocenský element a element panství nejen že nepřisluší státní osobě právnímu řádu podrobené, nýbrž i státu samému, který personifikuje právní řád.

Dalekosáhlé důsledky, které takto očistěný, *právnícký* pojem státu musí míti pro celkovou theorii státního práva a jednotlivé její kapitoly, jsou samozřejmé. Bez zásadní reformy celého našeho dnešního státního práva se neobejdeme; to vysvitne, když si uvědomíme, že panující nauka na veskrz jest infikována methodologicky neudržitelnou představou o státu, jakožto osobě panující. Vzpomeňme

si jen na nauky o státních elementech, o dělbě mocí, o suverenitě atd., které vydávají se za právnícké. Avšak správné pojetí právnícké idey státu neznamená jen reformu theorie státního práva, nýbrž i základní změnu celého dnes panujícího systému právního. Tento systém jest, jak známo, vybudován na rozdílu mezi právem soukromým a veřejným. Tento rozdíl, jehožto význam během doby doznal podstatné změny, spočívá dnes na myšlénce, že mezi státem a ostatními osobami panuje právní nad- a podřízenost, že státní osobě oproti ostatním osobám přísluší jakási právnícká nadhodnota. Jako veřejnoprávní označují se ony právní poměry, ve kterých stojí nadřízený subjekt oproti podřízenému, na rozdíl od soukromoprávních poměrů, které vykazují pouze koordinované subjekty.

Právně-logickou neudržitelnost tohoto kriteriia a tudíž celého rozdílu mezi soukromým a veřejným právem, dovodil jsem podrobně jinde.⁵⁴ Avšak již přede mnou prokázal Weyr ve svém skvělém pojednání „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ (Archiv für öff. Recht, XXIII. str. 529 ff) vnitřní rozpor, který vězí v tomto dualismu a vyslovil požadavek jednotného systému právního.⁵⁵ Pokládám překonání této prastaré protivy mezi jus privatum a jus publicum za jeden z nejdůležitějších poznatků v dějinách novější theorie právní, ačkoliv jedná se zde pouze o poznání bludu, kteréžto ovšem přes svou samozřejmost dojde vítězství jen pozvolna, avšak s naprostou jistotou. Jest mi zvláštním zadostiučněním, že mohu na tomto místě vytknouti velkou zásluhu, která přísluší v té věci českému autoru.

[95 | Weyr poznal především význam jednotného pojmu právní osobnosti s veškerými jeho důsledky a zdůrazňuje oproti panující theorii státního práva, že stát, jakožto subjekt práv a povinností nemůže býti ostatním subjektům nadřízen. Drží se důsledně formálního rázu veškeré právnícké konstrukce a odmítá proto kriteriia, získaná z *obsahu* těch kterých subjektivních práv. A ježto i právní pojem právnícké osoby má ráz čistě formální, neznamenaje nic jiného než nositelství povinností a práv, nemůže z tohoto pramene býti získána nějaká diferenciace.

Panující nauka domnívá se, že specifický rozdíl mezi veřejnoprávním a soukromoprávním poměrem spočívá buď v různé vlastnosti súčasněných osob nebo v obsahu těchto poměrů. Vlastně znamenají obě tato kriteriia totéž. Neboť řeknu-li, že přísluší ve veřejnoprávním poměru jednomu súčasněnému právnímu subjektu nějaká nadhodnota, nebo že tvoří obsah příslušného oprávnění či povinnosti imperium, jest to totéž. Otázkou zůstává pouze, v čem vlastně *právnícky* spočívá ona *nadhodnota*, onen mocenský element. Na tuto otázku jsou možny dvě odpovědi a obě podává nám panující nauka. Praví se, že právní subjekt „stát“ jakož i jiné právní subjekty, kterým ona nadhodnota přísluší (t.zv. veřejnoprávní), jest nadán na rozdíl od ostatních subjektů právní možností vykonávati fysické donucení a moc oproti ostatním subjektům. Avšak nehledě ani k tomu, že *obsah* nějakého

⁵⁴ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 396f., 647–649, 701–705 = HKW 2, S. 21–878 (531, 809–811, 869–873); *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 (87–98, 119–225) = HKW 3, S. 247–316 (271–300).

⁵⁵ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 535, 556, 579.

práva jest, jak již bylo podotknuto, pro formálně právníckou konstrukci lhotejný, nacházíme i v oborech, které dle starého zvyku přičítáme ku právu soukromému, povinnosti a práva, jichž obsahem jest bezprostřední vykonávání nějaké moci; na př. výkon otcovské moci oproti dětem, právo soukromého zabavení a pod. Ostatně nemůže nikdy oprávněné nebo povinné vykonávání moci vytvořiti *mezi dvěma osobami* poměr právní nad- a podřízenosti; neboť pokud někdo podléhá státní moci, nepřichází v úvahu jako právní subjekt, nýbrž jako *objekt*, jest předmětem a nikoliv osobou, v právním smyslu. V mocenském aktu násilného zatknutí na př. stojí stát jakožto osoba (t.j. jakožto subjekt, který jest oprávněn a povinnen zatknouti) oproti zatknutému nikoliv jakožto právnímu subjektu, a není mu tudíž též *jakožto osobě* nadřízen. Poměr jest zde zcela obdobný poměru vlastníka ku věci. Vždyť i vlastnictví definujeme jako *právní panství*, aniž by tento toliko obsahový moment mocenský měl nějaký vliv na postavení práva vlastnického v systému právním. Spočívá-li podstata veřejného práva v tom, že jeho obsahem jest nějaké panství, pak musili bychom i vlastnictví přičítati ku právu veřejnému. Jakmile jsme však k nějakému konání *zavázáni* nebo *oprávněni*, nestojíme oproti státu jako pouhý předmět (věc), nýbrž jako subjekt (osoba), na př. pokud jsme zavázáni uposlechnouti rozkazu zatýkajícího, jsme právní osoby, nikoliv pokud nás stát skutečně zatknouti může. Oproti tvrzení, že právnícky spočívá specifický moment „mocenský“ v tom, že poddaní jsou povinni rozkazů státu poslouchati a stát oprávněn rozkazovati nebo zakazovati, dlužno upozorniti na to, že i na základě každé jednotlivé soukromoprávní normy, která někoho právně zavazuje k určitému konání a jiného opravňuje toto právně stanovené konání požadovati, spočívá právní možnost k rozkazům a zákazům a právní zavázanost těchto rozkazů a zákazů uposlechnouti. Nemůže snad věřitel v den splatnosti dlužníku rozkázati, aby zaplatil a není dlužník zavázán tohoto rozkazu věřitele uposlechnouti? Nemůže-li vlastník pozemků komukoliv zakázati vstup na pozemek a jeho používání a není-liž každý zavázán tento zákaz respektovati? Případně praví Weyr: „Denn streng genommen ‚herrscht‘ ja nicht nur der Monarch oder Präsident einer Republik, sondern jedes Rechtssubjekt, welches auf Grund eines Rechtssatzes dazu berechtigt ist, anderen Rechtssubjekten etwas zu gebieten, bzw. zu verbieten.“⁵⁶ A pouze na základě nějaké právní normy může též stát poddaným rozkazovati a zakazovati, pokud právě mocenská činnost státu v exekutivě má býti právnícky vystižena t.j. jako obsah povinností nebo oprávnění býti pojata. Pouze pro právní stát existuje státní právo. To správně postřehl Weyr když praví v opposici proti konstrukci veřejnoprávní smlouvy, jak ji podal *Otto Mayer*⁵⁷: „Mayer sagt: ‚Die

⁵⁶ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 563 Anm. 16.

⁵⁷ Otto Mayer (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1869 Promotion in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a.o.Prof., 1887 o. Prof. für Verwaltungsrecht in Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als o. Prof. nach Leipzig berufen (1913/1914 Rektor). 1895–1903 Mitglied des Oberkonsistoriums der ev.-luth. Landeskirche Elsaß-Lothringen. Er gilt als Nestor der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. Wichtige Werke: Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886; Deutsches

Rechte und Pflichten des entsprechenden zivilrechtlichen Vertrages werden mit obrigkeitlicher Macht gehandhabt durch die Behörde, welche die eine Vertragspartei vertritt, teilweise unter den schützenden Formen der Rechtspflege, teilweise nicht.⁵⁸ Und weiter: „Man darf hier (sc. beim öffentlichrechtl. Dienstvertrage) nicht von einem Gewaltverhältnis sprechen, welches überdies öffentlichrechtlich behandelt wurde, sondern das Öffentlicherechtliche ist es eben, was das Dienstverhältnis zu einem | Gewaltverhältnis macht.“⁵⁹“⁶⁰ K tomu podotýká Weyr: „Es ist ziemlich schwer die Zweckmässigkeit dieser Theorie einzusehen. Mir wenigstens erscheint es unzweckmässig, den feststehenden Begriff des ‚Rechtsverhältnisses‘ derart zu gestalten, daß seine hervorragendste Eigenschaft, die darin besteht, daß es eben das kontradiktorische Gegenteil eines Gewalt- oder Machtverhältnisses ist, verwischt wird. Denn solange beide Kontrahenten streng auf dem Boden des Rechts stehen, bleibt der Begriff des ‚Gewaltverhältnisses‘ ziemlich unklar. Was heißt es, wenn ich mit ‚obrigkeitlicher Macht‘ die Rechte und Pflichten meines Kontrahenten ‚handhabe‘, falls ich gleichzeitig berechtigt bin, sie zu handhaben? Ich kann da doch nur das verlangen, wozu ich berechtigt bin und wozu mein Kontrahent verpflichtet ist, was ja so ziemlich bei jedem Vertrage der Fall ist. Ganz ebenso wie der Rechtsstaat seinen Angestellten gegenüber, ‚handhabt‘ jeder Haushaltungsvorstand seinen Dienstboten gegenüber ihre Rechte und Pflichten.“⁶¹

Panující nauka o právní osobnosti státu odvolává se při právníkové konstrukci jeho nadřízeného postavení na to, že státu – na rozdíl od všech ostatních subjektů – přísluší způsobilost oproti poddaným „stanoviti právo“, t.j. svým jednostranným aktem vůle jiné zavazovati a opravňovati. Státnímu aktu přísluší právo – na rozdíl od právního jednání soukromníka – určitá, specificky – veřejnoprávní moc, kterou stanoví bez ohledu na nějakou předcházející právní normu, tedy z vlastní moci to, co v konkrétním případě právem jest. Jest patrno, že tento názor znamená právně logicky nepřipustné identifikování státu jakožto nositele právního řádu se státem jakožto osobou právnímu řádu podřízenou. Jest však nepřipustno, když připisujeme státu, pokud představujeme si jej jakožto subjekt práv a povinností podřízený právnímu řádu, způsobilost nebo vlastnost, která přísluší pouze právnímu řádu samému, t.j. státu, pokud jej pojmáme jako nositele tohoto řádu. Mluvíme-li o právních povinnostech a oprávněních státu – a to musíme, chceme-li míti vůbec nějaké státní právo –, smíme tak činiti pouze uvnitř exekutivy, nikoliv však pro

Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895 und 1896 (3. Aufl., Leipzig 1924); Die Frage der Trennung von Staat und Kirche in der Gegenwart, in: Neues Sächsisches Kirchenblatt 13 (1906), S. 481–484, 497–504; Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909; Ist eine Änderung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat anzustreben?, Halle (Saale) 1909.

⁵⁸ Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 3–86 (23).

⁵⁹ Mayer, Vertrag (Anm. 58), S. 57.

⁶⁰ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 562 Anm. 15 – Klammerausdruck von Weyr eingefügt.

⁶¹ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 562 Anm. 15 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

obor zákonodárství t.j. tvorby práva. Má-li ale pojem nějaké právní povinnosti nebo oprávnění státu míti vůbec nějaký smysl, musíme *předpokládati* právní řád, který stanoví právní povinnosti a oprávnění státu. Mají-li býti výkonné akty státu (nalézání práva⁶² | a správa) se stanoviska státoprávního pojímány jakožto vyko- | 98
návání právních povinností a uplatňování právních nároků, musíme předpokládati existenci právní normy odlišné od těchto aktů, kterážto tyto povinnosti a oprávnění stanoví a jejíž vykonáním nebo uplatňováním tyto akty jsou; pak nelze přiřknouti těmto aktům samým zavazující nebo opravňující t.j. právo tvořící moc, pak nelze tyto státní akty samy pojímati jako právní normy, které jich právní účinek nepotřebují odvozovati z jiné předcházející právní normy. Stát jakožto autoritu právní a stát jakožto právní subjekt, právní řád a exekutivu dlužno přesně rozlišovati. A neznačí to pouze nadmíru cenný výtěžek pro oekonomii myšlení, když pojmy právního řádu a exekutivy (správa a nalézání práva⁶³) ohraničíme tak, že oba navzájem se vylučují, nýbrž tento poměr oněch pojmů dlužno přímo označiti jakožto právně logický důsledek idee právního státu.

I Weyr přibližuje se k tomuto poznatku, když vytýká názoru, že specifický veřejnoprávní moment spočívá ve způsobilosti státu upravovati právní poměry mocensky, do kterých stát vchází s jinými právními subjekty: „Rechtsverhältnisse mit obrigkeitlicher Macht regeln kann zwar der Staat, aber nur in der abstrakten Form objektivrechtlicher Normen.“⁶⁴ To znamená tedy: stát jako právní řád, nikoliv stát jako právní subjekt. Za všech okolností dlužno hájiti názor, že pouze a výlučně právní řád stanoví povinnosti a práva a že státní akty stejně jako právní jednání soukromých osob mohou míti právní následky toliko na základě právní normy. Jsou skutkové podstaty, na které právní řád víže určité právní následky. Znamená to pouze nepřesné vyjadřování, které ovšem lehce vede k omylu, když pravíme, že správní akt stanoví tu či onu povinnost, to či ono právo. Stejně nepřesný a k omylům svádějící jest obrat, že smlouvou nebo testamentem atd. vznikla ta či ona práva. Neboť způsobilost stanovití povinnosti a práva přísluší jediné právnímu řádu, právní autoritě. Stát (jakožto právní subjekt) tvoří se svými správními akty a rozsudky právě tak jako poddaný se svými právními jednáními toliko podmínky, na které právní řád víže vznik určitých účinků. A s tohoto hlediska dlužno posuzovati onu druhou možnost rozdílu mezi veřejným a soukromým právem, mezi státní osobou a ostatními právními osobami. Mohlo by se totiž k tomu poukázati – a stalo se sku|tečně tak více méně jasně –, že stát na rozdíl od | 99
ostatních právních subjektů může stanovití jednostranným aktem své vůle nejen oprávnění, nýbrž i *právní povinnosti* jiných osob. Přesněji řečeno, že právní řád na jednostranný projev vůle státní osoby, nikoliv však jiných osob, jako právní účinek

⁶² Das tschechische Wort „nalézání práva“ heißt an sich „Rechtsfindung“; wegen des Kontextes mit der Verwaltung und da im Tschechischen Gerichte Recht nicht nur „sprechen“, sondern auch „finden“, wird in der deutschen Übersetzung „Rechtsprechung“ verwendet.

⁶³ Vgl. oben Anm. 62.

⁶⁴ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 561.

víže povinnosti třetích osob. Jest sice správné, že právní řády zpravidla skutečně na jednostranné projevy vůle t.zv. poddaných *nevíží* právní povinnosti třetích osob; oprávnění třetích osob vznikají naproti tomu často jednostrannými projevy vůle, na př. jednostranným slibem, testamentem, zkrátka všemi jednostrannými právními jednáními, které nemají za následek toliko povinnosti toho, kdo projev učinil. Aby vznikla *povinnost* jiné osoby než toho, kdo svou vůli vyjadřuje, jest zpravidla zapotřebí *svolení* toho, kdo má být zavázán, tedy dvoustranného jednání. Jednostrannému projevu vůle státní osoby naproti tomu propůjčuje velmi často právní řád způsobilost stvořiti povinnosti t.zv. poddaných. Kdybychom v této okolnosti chtěli hledati rozdíl mezi soukromým a veřejným právem, pak spadl by tento rozdíl v jedno s rozdílem mezi jednostrannými a dvoustrannými právními jednáními, které zavazují třetí osoby, (i státní akty patří totiž k právním jednáním, ježto jeví se jako činy, na které víží se právní účinky). Avšak takovéto beze všeho přípustné rozlišování nemá nic společného s nějakou formálně právníkou nad- a podřízeností mezi státem a poddanými. Neboť jednak mohl by právní řád přiřknouti způsobilost jednostrannými projevy vůle zavazovati nejen aktům státu, nýbrž zcela dobře i těm kterým činům jiných subjektů právních (poddaných), jednak dlužno míti na mysli, že jest to právě *právní řád*, který zavazuje a nikoliv stát (jako právní subjekt) nebo kterákoliv jiná osoba, na jejichž jednostranný projev vůle víže se účinek zavazující. Ostatně panující nauka nikterak neomezuje rozdíl mezi soukromým a veřejným právem na rozdíl mezi jednostrannými a dvoustrannými akty zavazujícími. Vždyť mluví se i v takových případech o veřejném právu, ve kterých na základě právního řádu ku projevu státní vůle musí přistoupiti shodný projev vůle poddaného, aby tento mohl být zavázán. Na př. při smlouvě státních zřízenců, při naturalisaci, při všech t.zv. veřejnoprávních smlouvách.

Průzračně rozpory, do kterých dostává se panující nauka se svým názorem o rozdílu mezi soukromým a veřejným právem | a v důsledcích toho ve svém specifickém vybudování právnícké idey státu, vnucují otázku po hlubších příčinách, pro které se tak nápadně porušují zásady právní logiky. *Weyr* velice vystižným způsobem vysvětluje psychologicky, proč se stále tak houževnatě trvá na rozdílu mezi soukromým a veřejným právem, ačkoliv to odporuje ideji právního státu: „Man sah sich im allgemeinen einem überaus⁶⁵ mächtigen Rechtssubjekte, dem Staate gegenüber. Es war genug, wenn der noch vor kurzem ‚gehorsamste Untertan‘ diesem mit allen Mitteln der Souveränität ausgestatteten Rechtssubjekt gegenüber sich im allgemeinen als Rechtssubjekt und nicht mehr als willenloses Objekt zu fühlen beginnt. Man kann von ihm nicht verlangen, daß er so weit gehen solle, die neugeschaffenen rechtlichen Relationen zwischen ihm und dem Staat als wesensgleich mit jenen, die ihn von altersher mit anderen ‚gehorsamsten Untertanen‘ verbanden, zu betrachten. Dieser in seinem Wesen psychologische

⁶⁵ «einem überaus»] *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 537: «einem neuen, überaus».

Grund der Unterscheidung trifft aber nun begreiflicher Weise bei allen juristischen Schriftstellern, die sich mit der Rechtsnatur des Staates beschäftigen, in größerem oder kleinerem Maße zu: Er ist so stark, daß nicht einmal die für naive Gemüter verblüffende Ähnlichkeit beider Arten von rechtlichen Relationen darüber hinweghalf.“⁶⁶

Bude prospěšno, když k tomu vysvětlení psychologickým motivem dáme ještě vysvětlení politickým účelem. Panující nauka, která pohlíží na stát i v oboru exekutivy, v jeho vlastnosti jako soudce, především však jako správce, jako na všemocnou autoritu, nadanou mocí stanoviti právo, sleduje více méně vědomě tendenci idey právního státu protichůdnou. Může-li právní akt státu bez ohledu na předcházející nějakou právní normu závazně stanoviti, co právem jest, je-li správa zároveň právním řádem, pak padl tím postulát, který chce spravující činnosti státu pojímati jako obsah povinností a oprávnění, pak jest však také správa vyňata vůbec z právního řádu, který pro každý *konstituční* právní stát platí a který vyžaduje pro formu zákona součinnost *parlamentu* a panovníka. Panující nauka prohlašuje každý akt státní exekutivy za závazný na základě zvláštní „veřejnoprávní“ moci, který jest mu imanentní, bez ohledu na právní normu, která přirozeně musí býti oděna formou zákona. Při tom zůstává pak otázka nerozluštěna, kdy vlastně určitá činnost lidská má býti | považována za státní akt. Nechceme-li spatřovati kritérium | 101 v právní normě odlišné od tohoto aktu a nechceme-li tudíž odvozovati zavazující moc tohoto aktu z právní normy (tak činí panující nauka, která pokládá výkonný akt státní sám za právní normu), pak musíme pokládati každý akt zavazující třetí osoby, který vydá stávající správní apparát s panovníkem v čele, za platný státní akt a to bez ohledu na nějaké formálně zákonné zmocnění. To jest arci zásada absolutismu, zásada státu policejního v protivě ku státu právnímu. Takový stát jako správce nepotřebuje zmocnění právní normou, ježto jest sám právní autoritou a jako taková stanoví sám právní normy. Považujeme-li takový stát, který není již podřízen právnímu řádu, přes to ještě za právní osobu, označujeme-li jeho akty, které nejsou žádnými nadřízenými právními normami ospravedlněny, za vykonávání povinností a práv, zastíráme neprávem užívanou právníckou terminologií ryzí poměr *mocenský*. A odtud ona prazvláštní theorie, že poměry mocenské mohou býti po případě poměry *právními*.⁶⁷

Byť by prakticky politické potřeby, kterým panující theorie „veřejného“ práva svými konstrukcemi slouží, byly sebe mocnější, nepochybují přece, že stejným krokem, jako bude právní věda poctivě očišťována ode všech tendencí politických, spěti bude v ní ke konečnému vítězství pravá idea státu a to idea právní, prostá všech prvků moci a panství a odpoutaná ode vší politiky.

⁶⁶ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 537f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶⁷ Kelsen polemisiert hier möglicherweise gegen Jellineks Begriff der „normativen Kraft des Faktischen“. Vgl. Jellinek, Staatslehre (Anm. 14), S. 338f., 362–364.

Die soziologische und die juristische Staatsidee

(Übersetzung von:
Sociologická a právníká idea státní)
(1913/1914)*

* Sborník věd právních a státních (Almanach der Rechts- und Staatswissenschaften) 14 (1913/1914), S. 69–101 = HKW 3, S. 171–199. – Die Übersetzung des tschechischen Originals ins Deutsche wurde von Jana Osterkamp gefertigt.

| Die soziologische und die juristische Staatsidee.

(Das deutsche Manuskript übersetzte Prof. Dr. Karel Engliš¹.)

Motto: „*Staat heisst das kälteste aller Ungeheuer*².
*Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem
 Munde: Ich, der Staat bin das Volk*“.
Nietzsche.
 („*Also sprach Zarathustra. Vom Neuen Götzen.*“) ³

§ 1. Normative und explikative Erkenntnis.

Alle *juristische* Erkenntnis gründet sich auf das Erkennen von Normen und ihren Beziehungen.

Will man zu spezifisch juristischen Erkenntnissen gelangen, muss man sich insbesondere vergegenwärtigen, was den Gegenstand dieser Wissenschaft bildet; man muss sich die Frage stellen, auf welche Weise man vorgehen muss, um nicht zu Ergebnissen zu gelangen, die in den Bereich anderer Wissenschaften gehören und deshalb nur mit deren spezifischen Mitteln erreicht werden können. Wenn aber der Gegenstand der Rechtswissenschaft das Recht ist und wenn das Recht die *Summe* der in einer bestimmten Weise qualifizierten Normen ist, dann kann von

¹ Karel Engliš (1880–1961), tschech(oslowak)ischer Ökonom, Philosoph, Rechts- und Politikwissenschaftler. Begründer der teleologischen Wirtschaftstheorie. Zunächst am Statistischen Landesamt in Prag, 1908–1911 am Handelsministerium in Wien tätig. Habilitation an der Technischen Hochschule in Brünn, 1911 a.o.Prof., ab 1917 o.Prof. für Nationalökonomie ebendort. 1919/1920 Gründungsrektor der Masaryk-Universität Brünn, dort Prof. an der Juristischen Fakultät, ab 1939 in Prag (1947/1948 Rektor). Ab 1913 Abgeordneter im mährischen Landtag (Fortschrittliche Volkspartei), 1918–1925 Mitglied des tschechoslowakischen Abgeordnetenhauses (Tschechoslowakische nationaldemokratische Partei), 1920–1931 mehrfach Finanzminister der Tschechoslowakei. 1934–1939 Gouverneur der tschechoslowakischen Nationalbank. Nach der kommunistischen Machtergreifung im Februar 1948 wurde Engliš seiner Ämter enthoben. Wichtige Werke: *Národní hospodářství* (Nationalökonomie), Prag 1924 (4. Aufl., Prag 1946); *Teleologie jako forma vědeckého poznání*, Prag 1930 (Deutschsprachige Ausgabe: *Begründung der Teleologie als Form des empirischen Erkennens*, Brünn 1930); *Theorie státního hospodářství* (Theorie der Staatswirtschaft), Prag 1932; *Soustava národního hospodářství* (Das System der Nationalökonomie), 2 Bde., Prag 1938; *Malá logika* (Kleine Logik), Prag 1947.

² «*aller Ungeheuer*»] *Friedrich Nietzsche*, *Also sprach Zarathustra*, in: Giorgio Colli/Mazzino Montinari (Hrsg.), *Nietzsche Werke. Kritische Gesamtausgabe*, 6. Abt., Bd. 1, Berlin 1968, S. 57, Zeile 6: «*aller kalten Ungeheuer*».

³ *Nietzsche*, *Zarathustra* (Anm. 2), S. 57, Zeilen 6–8 („*Vom neuen Götzen.*“).

der Rechtswissenschaft mit Sicherheit als einer Normwissenschaft gesprochen werden. Die Besonderheit der Rechtserkenntnis ist vorgegeben und ihre spezifische Methode bedingt durch den besonderen Charakter des Gegenstands der Rechtswissenschaft: *der Normen*.

Die Rechtswissenschaft ist bei weitem nicht die einzige Disziplin, die sich mit Normen beschäftigt; Gegenstand der Ethik, Ästhetik, Grammatik und Logik sind ebenfalls *Normen*. Was für die rechtswissenschaftliche Methode aus diesem Wesen ihres Gegenstands folgt, hat seine Gültigkeit auch für die übrigen Wissenschaften, die Normen zum Gegenstand haben und die in dieser Hinsicht der Rechtswissenschaft nahestehen. Die Unterscheidung der einzelnen Wissenschaften dieser Art beruht auf der Verschiedenheit der Normkategorien: Rechtsnormen, logische Normen usw. Was ist jedoch das Wesen dieses allen genannten Wissenschaften gemeinsamen Gegenstands, der Norm?¹⁾ Das Wesen der Norm gehört zweifellos zu den schwierigsten Problemen der Erkenntnistheorie und das hauptsächlich wegen der eigenartigen Doppeldeutigkeit, die diesen Erkenntnisgegenstand auszeichnet. Die Norm ist Ausdruck für ein *Sollen*. Dabei ist es für das Wesen der Norm gleichgültig, auf welche Art sie sich an uns wendet: ob durch Worte oder durch Gesten. Das Wesen der Norm besteht darin, dass sie einen Befehl aus-
|spricht, was sein soll. Die Normerkenntnis, also die Erkenntnis, dass etwas sein |70
soll, ist etwas vollkommen anderes als die Erkenntnis, dass etwas ist. Das Urteil „es regnet“ und das Urteil „es soll regnen“ sind wesensverschieden. Alles Wissen und Denken sagt entweder etwas über das Sein oder etwas über das Sollen aus; das sind die beiden unhintergehbaren logischen Kategorien, die sich gegenseitig ausschließen. Es sind die Denkformen, in die alle unsere Erkenntnis einfließt. Es sind zwei völlig unterschiedliche Gedankenwelten, die der „gesunde Menschenverstand“ gewöhnlich nur deshalb nicht klar voneinander trennt, weil die Redewendung, dass etwas sein soll, die Vorstellung erweckt, dass etwas sein wird. In Wahrheit besteht jedoch ein grundsätzlicher Unterschied, ob man sich etwas vorstellt, das ist oder sein wird, oder etwas, das gesollt ist. Die logische Unterscheidung dieser beiden genannten Denkformen erschließt sich am besten daraus, dass die Antwort auf die Frage, warum etwas sein soll, logisch korrekt allein in einem Sollensurteil bestehen kann, während die Antwort auf die Frage, warum etwas ist, nur in einem Seinsurteil liegen kann. Auch wenn es noch so sehr dem wenig korrekten und nicht besonders ausgereiften Sprachgebrauch widerspricht, muss man doch festhalten: aus der Welt der Seinsurteile führt kein logischer Weg zur Welt der Sollensurteile und umgekehrt.

¹⁾ Siehe meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S. 3 ff.⁴

⁴ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 3–33 = HKW 2, S. 21–878 (80–116).

Die Normwissenschaften beschäftigen sich allein mit der Welt der Sollensurteile. Sie fragen nicht: was *ist* und warum es so sein muss, sondern was sein *soll* und warum es sein soll. Nicht die wirkliche Welt des Seins, sondern die ideelle Welt des Sollens ist ihr Gegenstand. Normen der verschiedensten Art sind der Gegenstand der Normdisziplinen. Was die genaue Bestimmung dieses besonderen Gegenstands für den durchschnittlichen Denker so schwer macht, der nicht an Abstraktion gewöhnt ist, und was die Grenze zwischen der Welt der Seinsurteile und der Welt der Sollensurteile ständig unscharf werden lässt, ist, dass die Norm nicht als etwas begriffen wird, jedenfalls nicht ausschließlich, das sein soll (im logischen Gegensatz dazu, was ist), sondern dass die Vorstellung von der reinen Norm (davon, was sein soll) nicht von einer Reihe weiterer Vorstellungen davon gelöst wird, was als eine Folge der Norm in der Wirklichkeit geschehen wird. Die Norm, jenes „es soll sein“, muss man sich im Geiste vorstellen, gefühlsmäßig erfassen, kurz gesagt, geistig durchleben. Dieser gedankliche Prozess (das Erleben, Erfühlen der Norm usw.) ist allerdings etwas, das ist, das in die Welt des Seins gehört. Für das Wesen des Gegenstands der Normwissenschaften ist dieser gedankliche Prozess gleichgültig. Wer argumentieren wollte, die Norm, jenes „es soll sein“, sei eine Tatsache, weil man es durchdenken, sich vorstellen usw. | muss und weil das Denken und das Vorstellungsvermögen reale Prozesse seien, begeht denselben logischen Fehler wie z. B. jener, der den Gegensatz von Zukunft und Gegenwart bestreiten wollte, indem er sagt: indem ich mir etwas Zukünftiges vorstelle, stelle ich es mir doch im gegenwärtigen Moment vor, also ist die Zukunft zugleich Gegenwart. Der Satz „es soll sein“ ist jedoch eine ganz ähnliche Denkweise wie die Zukunftsvorstellung. Darauf hat schon *Simmel*⁵ hingewiesen.²⁾

Wer den Unterschied nicht begreift zwischen der Norm und dem geistigen Prozess, der die Norm erst bewusst macht, also zwischen der Norm als Gegenstand dieses Prozesses und dem Prozess selbst, dem lässt sich das Wesen normativer Erkenntnis niemals erläutern.

Im Übrigen ist es selbstverständlich, dass die Norm nicht nur als ein Befehl, sondern zugleich als ein Faktum, das seine Gründe und Wirkungen hat, Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis sein muss. In diesem Falle handelt es sich aber nicht mehr um Normwissenschaft. Denn diese fragt nicht danach, was die Men-

|71 |²⁾ Vgl. Einleitung in die Moralwissenschaft, S. ...⁶

⁵ Georg Simmel (1858–1918), Soziologe und Philosoph. Ab 1885 Privatdozent, ab 1901 a. o. Prof. in Berlin, 1914–1918 o. Prof. in Straßburg. Simmel zählt zu den Begründern der Soziologie als eigenständige Wissenschaft. Im Zentrum seiner soziologischen und philosophischen Bemühungen steht die spannungsreiche Korrelation von statischen und dynamischen Elementen, von Form und Inhalt. Wichtige Werke: Einleitung in die Moralwissenschaft, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1892 und 1893; Philosophie des Geldes, Leipzig 1900 (2. Aufl., Berlin und Leipzig 1907); Soziologie, Leipzig 1908.

⁶ *Georg Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892, S. 9.

schen tun *sollen*, sondern danach, welche Vorstellungen die Menschen davon haben, was sie tun sollen, wie diese Vorstellungen entstanden sind und welche Wirkungen sie haben. Eine solche Wissenschaft richtet sich wie jede Seinswissenschaft auf die Erkenntnis kausaler Zusammenhänge bzw. auf deren Erklärung. Sie ist Kausalwissenschaft bzw. eine *explikative* Disziplin. Dieser Unterschied zwischen den explikativen und den normativen Disziplinen bildet den grundsätzlichen Gegensatz, den man bei allen wissenschaftlichen Erkenntnisprozessen findet. Danach, ob der Erkenntnisgegenstand etwas Seiendes ist, also eine Wirklichkeit, oder aber ein moralischer, rechtlicher oder sonstiger Befehl, also ein Sollen, danach, ob es um das Erkennen von Naturgesetzen geht (in einem weiteren Sinne, d. h. von Kausalgesetzen) oder um das Verständnis von Normen, d. h. von Befehlen, unterteilen sich die Wissenschaften in explikative und kausale Wissenschaften auf der einen sowie Normwissenschaften auf der anderen Seite.

Das Wesen der Normwissenschaften wie der Ethik, der Rechtslehre, der Grammatik usw. darf man nicht darin erblicken, dass diese die Normen *schaffen*, d. h. autoritativ setzen, sondern darin, dass sie diese erkennen und begreifen. Man darf die Normwissenschaft nicht mit der normsetzenden Autorität verwechseln, deren spezifische Funktion im Willen besteht, während die Funktion der Wissenschaft im Erkennen und Verstehen liegt.

Es muss sofort einleuchten, dass die Gruppen der normativen und der explikativen Wissenschaften zugleich den Gruppen der wertenden Wissenschaften, welche Tatsachen nur daraufhin beurteilen, ob sie mit einer Norm übereinstimmen, | sowie der nicht-wertenden Wissenschaften entsprechen, welche Tatsachen |72 lediglich konstatieren und nicht auf eine Normentsprechung hin untersuchen; schließlich ist die Norm die Voraussetzung und der Maßstab für jedes Werturteil. Das Werturteil hinsichtlich einer objektiven Norm ist dabei ein objektives Werturteil; jedes außernormative Werturteil ist hingegen ein subjektives Werturteil. Subjektive Werturteile beschäftigen sich also mit dem Sein und gehören zu den explikativen Wissenschaften.

Die kausalen bzw. explikativen Disziplinen zielen auf die allgemeinen Naturgesetze, d. h. auf die allgemeinen Gesetzmäßigkeiten des Seins, und gehen hierbei vom Besonderen zum Allgemeinen mit dem Zweck, die individuelle Erscheinung zu begreifen. Das Gesetz, dass bei Wärme Körper schmelzen, wird im konkreten Fall mit dem Steigen der Quecksilbersäule als eine *Wirkung* der sie erhitzenden Flamme erklärt. Die Normwissenschaften haben demgegenüber die Aufgabe, systematisch das Seinsollende zu erfassen und zu interpretieren. Der Gesetzmäßigkeit in den Kausalwissenschaften entsprechen hier die allgemeinen Befehle. Mit den allgemeinen Gesetzen der Kausalwissenschaften werden Einzelercheinungen erklärt, mit den generellen Normen Einzelercheinungen bewertet, wobei man dabei vom Allgemeinen zum Besonderen vorgeht. Nach der generellen Norm: „Du sollst nicht lügen“ beurteilt man das konkrete Verhalten eines bestimmten Menschen als gut oder schlecht. In beiden Fällen gelangt man zu einem individuellen

Urteil nur aufgrund einer allgemeinen Erkenntnis. Dass eine konkrete Flamme der *Grund* für das Steigen einer konkreten Quecksilbersäule ist, lässt sich nur mithilfe eines allgemeinen Naturgesetzes erkennen; ebenso ist die Beurteilung irgendeiner konkreten Lüge nur aufgrund einer allgemeinen Norm möglich. Ohne das Wärmegesetz ist die Flamme und das Steigen des Quecksilbers ein bloßer zeitlicher Vorgang und ebenso bleibt auch die Lüge eines Menschen X unerkannt ohne das allgemeine Verbot zu lügen. Erkenntnisziel für die Seinswissenschaften ist das kausale Naturgesetz, für die Sollenswissenschaften die Norm.

§ 2. Rechtserkenntnis.

|73

Wenn man als *juristische* Erkenntnis nur das Erkennen von Normen und ihrer Beziehungen anerkennt, oder mit anderen Worten: wenn man die dogmatische Jurisprudenz zu einer *normativen* Disziplin erklärt, soll damit nicht gesagt sein, es gäbe keine andere als die normative Erkenntnis von Rechtserscheinungen. Wie oben bereits angedeutet, lassen sich auch die rechtlichen und sonstigen Normen als Bewusstseinstatsache, als sozialpsychische Realität begreifen, man kann also ebenfalls das Vorstellen, Fühlen und Wollen der Rechtsnormen zum Erkenntnisgegenstand erheben. In diesem Fall geht es um eine reine Seinswissenschaft. Die hier zu lösenden Probleme lauten folgendermaßen: Wie entstehen psychologisch, sei es individual- oder sozialpsychologisch, Rechtsnormen, d. h. die massenpsychische Vorstellung von einem Rechtsbefehl? Welche individuellen und sozialen Gründe haben Rechtsentstehung, primäre und sekundäre Rechtsschöpfung? Wie wirken Rechtsnormen im menschlichen Bewusstsein, im Fühlen und Wollen des gesellschaftlich lebenden Menschen, welche Auswirkungen haben die durch diese Normen hervorgerufenen geistigen Prozesse auf das gesellschaftliche menschliche Verhalten usw. usw.? Dieses sind die Probleme der Psychologie oder der *Rechtssoziologie*. An der Berechtigung dieser Probleme und an der Möglichkeit ihrer Lösung besteht gar kein Zweifel. Nur muss hier vom Standpunkt der methodologischen Erkenntniskritik festgehalten werden, dass die Fragen zu den Problemen der Psychologie und der Rechtssoziologie grundsätzlich anders zu formulieren sind als zu spezifisch rechtlichen Problemen. Denn niemand wird ernstlich behaupten wollen, dass es eine besondere Aufgabe der Jurisprudenz sei, eine kausale Erklärung der sozialen Wirklichkeit zu liefern und zu zeigen, ob sich die Einzelnen wirklich so verhalten oder nicht, wie sie sich von Rechts wegen verhalten sollen. Niemand wird ernstlich bestreiten, dass der spezifische Gegenstand der Rechtswissenschaft die Rechtsordnung ist, also das System der Rechtsnormen, die befolgt werden *sollen*. Und wenn jemand anmerkt, dass sich der Jurist auch mit den Tatsachen des *Rechtslebens* befassen soll, dass er kausal erläutern soll, aus welchen Gründen Rechtsnormen (als Bewusstseins- und Willensstatsachen) entstehen und vergehen, welche Wirkungen Rechtsnormen entfalten, warum sie eingehalten und

verletzt werden – ist dagegen nichts einzuwenden. Selbstverständlich: der Jurist soll zugleich Psychologe und Soziologe sein, wie er auch einiges von den übrigen Sozial- und Naturwissenschaften verstehen soll. Wohlgemerkt: der *Jurist!* Keineswegs aber die juristischen Wissenschaften! Man muss sich klar machen, dass die Probleme der Psychologie und der Soziologie auf das Erkennen des Seins gerichtet sind und dass also deren spezifische kausale Erkenntnismethoden auf der einen Seite und die Probleme, die auf das Verständnis von Rechtsbefehlen und deren spezifische Methoden zielen, auf der anderen Seite, nicht Gegenstand ein und derselben Wissenschaft sein können. Die Tätigkeit des Juristen stimmt mit dem Ausmaß der Rechtswissenschaft nicht überein. Was alles nennt man nicht *juristische* Tätigkeit? Gesetzgebung, aber auch Rechtsfindung; Aufgabe der *Rechtswissenschaft* ist jedoch ausschließlich und einzig: die Rechtserkenntnis. Und wenn eine von Rechtssoziologie und Rechtspsychologie verschiedene, eigenständige Rechtswissenschaft existieren soll –, | und eine solche Rechtswissenschaft besteht | 74 und muss bestehen, und wenn den spezifischen Erkenntnisanforderungen dessen, was de jure gilt, entsprochen werden soll – dann kann Gegenstand dieser spezifischen Rechtswissenschaft nur die *normative* Rechtserkenntnis sein.

Schwere Erschütterungen hat die Rechtswissenschaft durch die methodisch fehlerhafte Vermischung von normativen und explikativen Problemen hinnehmen müssen. Immer wieder wurde die Frage, was de jure gilt, also die Erkenntnis der Rechtsnormen und die Konstruktion der Grundsätze dieser Rechtsnormen, vermengt mit der kausalen Erklärung des Rechtslebens. Damit übertrat die Rechtswissenschaft die Grenze der eigenen Erkenntnismöglichkeit und geriet in jenen Zustand vollkommener Anarchie, der erklärt, dass ihr das Attribut „Wissenschaft“ überhaupt aberkannt wurde. Der *Synkretismus der normativen und explikativen Betrachtung* führt notwendig zu der für die heutige Rechtswissenschaft so charakteristischen Notlüge, zur *Fiktion*. Das klassische Beispiel für die Grenzverschiebung zwischen der naturwissenschaftlich-soziologischen und der spezifisch normativen Methode ist die Technik von Fiktionen, die das *Naturrecht* anwendet. Diese *juristische* Theorie nimmt an, dass sie auf eine Frage, die einen explikativen Sinn hat und die auf die Erklärung einer sozialen Tatsache zielt: Wie ist der Staat entstanden?, eine befriedigende Antwort geben kann, und antwortet also: *durch Vertrag*. Man muss sich einmal das charakteristische Merkmal der Naturrechtstheorien vom Gesellschaftsvertrag vergegenwärtigen. Die Frage, die im Mittelpunkt der naturrechtlichen Diskussion stand und Gegenstand der wichtigsten Naturrechtssysteme war, ist das zentrale Problem der modernen Soziologie. Die naturrechtliche Lehre beantwortet dabei die Frage, warum sich ein bestimmter sozialer Prozess abspielt, mit der ethisch-juristischen Konstruktion des Gesellschaftsvertrages, obwohl ein Vertrag – vorausgesetzt, er wurde wirklich geschlossen (was doch gerade erst bewiesen werden soll) – doch nur belegen kann, dass etwas und zwar ein bestimmtes menschliches soziales Verhalten, das Inhalt dieses fiktiven Vertrages ist, geschehen *soll*. Die Frage erfordert also: die Kausalerklärung eines so-

zialen Geschehens, die Antwort leistet: den Beweis eines rechtlichen oder moralischen Imperativs. Das Ergebnis dieses Versuchs der ethisch-juristischen Disziplin, mit ihren spezifischen Mitteln ein soziologisches Problem zu lösen, ist: die Fiktion. Denn die Feststellung, dass der Staat und die Gesellschaft durch Vertrag entstanden seien, steht in klarem Widerspruch zur historischen Wirklichkeit, und die Staats- und Gesellschaftstheorie des Naturrechts wird heute allgemein eben wegen ihres fiktiven Charakters abgelehnt.

|75

|Das Naturrecht ist überwunden, der grundlegende methodische Fehler jedoch noch bei weitem nicht. Untersucht man einigermaßen kritisch die Staatstheorie der modernen positivistischen Rechtslehre, stößt man auf Schritt und Tritt auf jene Vermengung der normativen und explikativen Beobachtungsweise, wegen derer das Naturrecht heute so belächelt wird. Nicht allein die Ableitung der Rechtsnormen und Rechtsbegriffe, sondern auch die Erläuterung der politischen Wirklichkeit sind das stets und überall erklärte Ziel der heutigen Staatslehre, die annimmt, beide Aufgaben mit denselben juristischen Mitteln lösen zu können. Der größte Einwand gegenüber der rechtswissenschaftlichen Arbeit heutzutage lautet sogar, dass diese nicht das wirkliche Leben abbilde, dass sie nicht die tatsächlichen Verhältnisse erklären könne, die mit den Rechtsnormen zudem häufig in Widerspruch stehen, dass sie also nicht das erfülle, was sie gar nicht erfüllen soll. Mit einer Klarheit, die über jeden Zweifel erhaben ist, erhob schließlich einer der führenden Theoretiker, *Felix Stoerk*⁷, in seiner Schrift „Zur Methode des öffentlichen Rechtes“ (Wien 1885, S. 75)⁸ diesen erwähnten gravierendsten aller methodischen Fehler, den Synkretismus der normativen und explikativen Methode, zum Hauptgrundsatz, indem er das Dogma aufstellte: „Staatsrecht soll aber Staatsleben bedeuten“.

Da ich mich hier an eine tschechische Leserschaft wende, liegt mir daran zu betonen, dass die fundamentale Erkenntnis von der methodischen Eigenart der Rechtswissenschaft in neuerer Zeit auch in der tschechischen Literatur Ausdruck gefunden hat. *Es ist das Verdienst von Weyr*⁹, dass er in der tschechischen Literatur

⁷ Felix Stoerk (1851–1908), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1880 Habilitation in Wien, 1881 Honoraradozent ebendort. Ab 1882 a.o. Prof. für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie in Greifswald, ab 1888 bis zu seinem Tode o. Prof. ebendort (1902/1903 Rektor). Er war gemeinsam mit Paul Laband Begründer und Herausgeber des ab 1886 erscheinenden „Archiv für öffentliches Recht“, ab 1888 Mitglied des „Institut de Droit international“ (1904 Vizepräsident). Wichtige Werke: *Option und Plebiszit bei Eroberungen und Gebietszessionen*, Leipzig 1879; *Handbuch der Deutschen Verfassungen*, Leipzig 1884 (2. Aufl., München und Leipzig 1913, bearb. von Friedrich Wilhelm von Rauchhaupt); *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, Wien 1885.

⁸ *Felix Stoerk*, *Zur Methode des öffentlichen Rechtes*, Wien 1885, S. 75.

⁹ František (Franz) Weyr (1879–1951), führender tschechoslowakischer Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Begründer der Brünner rechtstheoretischen Schule. 1908 Habilitation an der Böhmisches Universität in Prag für Verwaltungswissenschaft und österreichisches Verwaltungsrecht, ab 1912 a.o. Prof., ab 1919 o. Prof. an der Technischen Universität Brünn. 1919 Gründungsdekan und Prof. an der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn. 1918–1920 Mitarbeit an der tschechoslowakischen Verfassung. Seit 1926 mit Kelsen und Léon Duguit

auf die Eigenschaft der Rechtslehre als Normwissenschaft hingewiesen hat³⁾ und dass er in seiner neuesten Arbeit⁴⁾ unbeindruckt von gewissen modernen Schlagworten die Trennung zwischen Soziologie und dem, worunter er Rechtswissenschaft versteht, energisch betrieben hat.

Die Methodenlosigkeit der neueren Staatslehre überrascht umso mehr, als gerade in diesem Bereich der Rechtswissenschaft die Abgrenzung zwischen der normativ-juristischen und der kausal-explikativ-naturwissenschaftlich-soziologischen Beobachtungsweise grundsätzlich anerkannt war (im genauen Gegensatz zum Dogma von *Stoerk*). Bekanntlich baute *Georg Jellinek*¹³ sein System der Staatswissenschaft auf der genauen Unterscheidung zwischen einer Sozialwissenschaft vom Staate und einer rechtswissenschaftlichen Staatslehre auf.¹⁴ Allerdings hat er sich selbst nicht besonders streng an dieses Postulat gehalten, von einer grundsätzlichen Unterscheidung der soziologischen und juristischen Staatsidee kann weder bei ihm noch bei anderen Theoretikern die Rede sein. Und dieser offensichtliche Widerspruch zwischen einem anerkannten methodologischen Postulat und seiner theoretischen Durchführung hat in Wirklichkeit tiefere Gründe. Dazu einige Bemerkungen:

Für die ältere Theorie, die grundsätzlich nur eine Staatsrechtslehre lieferte, war der Staat vor allem Rechtsgebilde, entweder verstanden als Rechtsverhältnis oder als Rechtssubjekt, und solange diese Theorie auf juristischem Boden blieb, konnte bzw. musste sie sich beschränken auf ein Verständnis des Staates als *Rechtseinheit*, als Begriffsschöpfung durch juristische Konstruktion, als Rechtsbegriff. Von einem Verständnis des Staates als einheitlicher Tatsache des sozialen Lebens, das nicht

³⁾ Archiv für öff. Recht 1908, S. 548,¹⁰ danach in „Přispěvky k theorii nucených svazků“ 1908.¹¹

⁴⁾ Rahmengesetze, Wien, Deuticke 1913.¹²

(1859–1928) Herausgeber der „Revue internationale de la théorie du droit“. Wichtige Werke: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580; Základy filozofie právní (Grundzüge der Rechtsphilosophie), Brünn 1920; Soustava československého práva státního (System des tschechoslowakischen Staatsrechts), Brünn 1922 (2. Aufl., Prag 1924); Teorie práva (Rechtstheorie), Brünn und Prag 1936; Československé ústavní právo (Das tschechoslowakische Verfassungsrecht), Prag 1937.

¹⁰ *Franz Weyr*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580 (542, 548).

¹¹ *Franz Weyr*, Přispěvky k theorii nucených svazků (Beiträge zu einer Theorie der Zwangsverbände), Prag 1908, S. 17, 67–70, 73 f.

¹² *Franz Weyr*, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, Leipzig und Wien 1913, S. 76 f.

¹³ *Georg Jellinek* (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von *Walter Jellinek*).

¹⁴ Vgl. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 11 f., 127–379, 381–795.

aufgrund einer normativen Betrachtung, sondern mithilfe der kausalen oder explikativen Methode entsteht, war nicht die Rede. Die reine Staatsrechtslehre kann jene soziale Einheit des Staates lediglich *voraussetzen*, ohne deren reale Grundlage überprüfen zu können, weil es hierbei um eine bloße Hilfsvorstellung geht, die die Ergebnisse dieser Wissenschaft in keiner Weise tangiert. Sie hat vor allem keinen Grund, selbständig zu untersuchen, ob der Staat ungeachtet seiner rechtlichen Einheitlichkeit zugleich als eine soziale, in der Wirklichkeit existente, von der Beobachtung der Normen unabhängige Einheit begriffen werden kann, die der kausalen Betrachtung zugänglich ist; umso weniger kann es als ihre Aufgabe angesehen werden zu zeigen, was eigentlich jenes sozial einende Moment ausmacht, worin eigentlich die Synthese der einzelnen Individuen zu einer höheren Einheit, d. h. zu jener sozialen Gruppe, die man „Staat“ nennt, besteht, und warum eine solche Synthese begrifflich möglich oder notwendig ist.

Im Gegensatz dazu kann die allgemeine *Sozialwissenschaft* vom Staate diesen Fragen nicht ausweichen, gehören sie doch zu den fundamentalsten Voraussetzungen dieser Lehre überhaupt, deren Existenzberechtigung sich erst mit der befriedigenden Lösung dieser Probleme erweist. Die allgemeine Sozialwissenschaft vom Staate, die man gewissermaßen als Naturwissenschaft vom Staate verstehen und als Staatssoziologie bezeichnen sollte (solange man unter Soziologie eben die Naturwissenschaft von sozialen Erscheinungen versteht), ist als eine explikative Disziplin möglich und hat einen Sinn nur dann, wenn ihr Gegenstand tatsächlich von ihrem spezifischen, d. h. explikativen Standpunkt her gegeben ist, das heißt, wenn der Staat tatsächlich, ungeachtet seiner juristischen Einheitlichkeit, auch eine soziologische Einheit ist. *Damit ist die grundsätzliche Frage nach der soziologischen Einheitlichkeit des Staates gestellt.*

|77 |Es ist auffallend, dass sich die *außerjuristische* Literatur mit dieser Frage bislang überhaupt nicht beschäftigt hat. Den Versuch einer Naturwissenschaft vom Staate haben bislang nur Juristen unternommen, und zwar auch nur jene Vertreter einer allgemeinen Staatslehre, die in der Sozialwissenschaft vom Staate eine Ergänzung der normativen Staatsrechtslehre unter explikativem Gesichtspunkt sehen. Allerdings hat Naturwissenschaft, die von Juristen betrieben wird, etwas Bedenkliches an sich. Es ist nicht einzusehen, warum gerade die Staatsrechtslehre eine solche naturwissenschaftliche Schwesterdisziplin zur Ergänzung oder Begründung nötig haben sollte. Verhält sich der Staat als juristische Person, d. h. als Gegenstand der Staatsrechtslehre, in Beziehung zum Staat als soziologische Einheit, d. h. zu einem realen Gegenstand der Soziologie, genauso wie die sogenannte physische Person der Privatrechtslehre zur physiologisch-psychologischen oder biologischen Einheit „Mensch“ der Naturwissenschaften, dann hat die Staatssoziologie und die Sozialwissenschaft vom Staate keine größere oder geringere Existenzberechtigung für die Staatsrechtslehre als Physiologie, Psychologie oder Biologie vom Menschen (des Substrates der sogenannten physischen Person im Rechtssinne) für die Privatrechtswissenschaft. Gegenüber einer von Juristen betriebenen Sozialwissen-

schaft vom Staate scheint ein skeptisch-kritischer Standpunkt gerechtfertigt zu sein, gegen den sich auch nicht einwenden lässt, dass die a priori kompetente Soziologie oder Gesellschaftslehre bislang nur deshalb keine Naturwissenschaft vom Staate begründen konnte, weil für eine solche soziale Naturwissenschaft kein Staat gegeben ist, d. h. weil sich für die explikative Beobachtung sozialer Wirklichkeiten kein Staat feststellen lässt als eine in sich abgeschlossene Einheit von Menschen, welche innerhalb der staatlichen Grenzen leben. Schließlich ist es genau diese soziologische Einheit, die von der Staatsrechtslehre vorausgesetzt wird, wenn sie mit einem realen Substrat ihrer normativ-juristischen Staatskonstruktion operiert: Dem Subjekt von Rechten und Pflichten (also der Staatskonstruktion normativen Charakters) entspreche angeblich die tatsächliche *soziale Einheit jener Menschen*, für die jenes einheitliche Normensystem gelte. Diese soziologische Einheit, die der herrschenden Staatsrechtslehre das Substrat für ihre spezifisch juristische Staatskonstruktion liefert, soll nun im Folgenden kritisch untersucht werden.

§ 3. Die soziologische Staatsidee.

Der Charakter der soziologischen Einheit im Allgemeinen und der soziologischen Einheit des Staates im Besonderen ist in der Literatur mit der gebotenen Genauigkeit bislang nicht behandelt worden. | Mit sozialen Einheiten wird zwar wie mit etwas tatsächlich Gegebenem umgegangen, doch ohne dass danach gefragt wird, worin der Charakter einer solchen soziologischen Einheit besteht, mit anderen Worten, wann eine bestimmte Menge von Menschen zu einer sozialen Einheit wird. | 78

In der bisherigen Literatur ist der Charakter der sozialen Einheit vor allem bei zwei Problemkreisen behandelt worden: bei der Definition des Gesellschaftsbegriffs und bei der Lehre vom sozialen Organismus. Unter Gesellschaft als sozialer Einheit versteht man – siehe z. B. *Georg Jellinek* in seiner „Allgemeinen Staatslehre“¹⁵ – eine Gruppe von Menschen, die durch irgendein verbindendes Element zusammengehalten werden. Offensichtlich hängt dabei alles von der Art und Weise dieser Verbindung ab. Eine Anzahl von Menschen, die sich durch irgendein gemeinsames äußeres Merkmal auszeichnet, z. B. die Haar- oder Hautfarbe, kann man ebensowenig als soziale Einheit ansehen, wie etwa alle Lebewesen mit Kiemenatmung einen natürlichen Organismus bilden. Die soziale Einheit ist kein Abstraktum, kein bloßes Gedankengebilde, sondern konkrete soziale Wirklichkeit.

Es besteht kein ernster Zweifel daran, dass das eine bestimmte Anzahl von Menschen zu einer sozialen Einheit verbindende Element nicht physischen, sondern nur psychischen Charakter haben kann. Gefangene, die in demselben Ge-

¹⁵ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 92.

bäude eingeschlossen sind, bilden keine soziale Einheit, auch wenn sie durch einen sehr wirksamen physischen Druck zusammengehalten werden. Von einer sozialen Einheit kann man demgegenüber sprechen, wenn ein Menschenpulk in revolutionärer Begeisterung ein bestimmtes Ziel verfolgt, beispielsweise die Eroberung eines bestimmten öffentlichen Gebäudes. In diesem Fall ist jeder Einzelne von derselben Zweckvorstellung beherrscht und vom selben Willensimpuls getrieben. Gleichermaßen findet man in der Verbindung zweier Liebender eine soziale Einheit. Jedes der beiden Wesen ist hier seelisch zum anderen hingezogen. Und auch durch die Funktionen von Befehl und Gehorsam bildet sich eine soziale Einheit. Auch hier ist wiederum der psychische Motivationsprozess gegeben, der eine Vielheit von Einzelwesen zu einem höheren Ganzen verbindet.

Diese drei Beispiele bezeichnen die wichtigsten Grundtypen sozialer Einheiten. In allgemeinen Kategorien ausgedrückt, unterscheidet man drei Grundformen soziologischer Einheiten: 1. aufgrund der *Parallelität* psychischer Vorgänge. Eine Vielzahl von Individuen richtet sich im Denken, Fühlen und Wollen auf denselben Gegenstand. Hier geht es um eine Gemeinschaft der Gefühls- und Willensvorstellungen, mit anderen Worten eine Interessengemeinschaft. 2. aufgrund der *Polarität psychischer Vorgänge*. Der Gegenstand des psychischen Prozesses (Liebe, Interesse, Gefühl, Willen) liegt hier nicht | wie im vorangegangenen Fall außerhalb des Individuums, sondern wird von beiden beteiligten Individuen geschaffen. Das verbindende Prinzip ist hier die natürlichste und primitivste Anziehungskraft zwischen sozialen Molekülen: der Eros oder der Sexus. 3. aufgrund der *Autorität*. Zwei oder mehrere Individuen sind so miteinander verbunden, dass der Wille des einen zum Handlungsmotiv des anderen wird. Die außerordentliche Bedeutung dieser Grundform eines sozialen Verbandes kann man sich mit der Erkenntnis vergegenwärtigen, dass jede beliebige menschliche Organisation in Wirklichkeit auf diesem sozialpsychologischen Prinzip der autoritativen Motivation beruht.

Für alle drei Grundformen soziologischer Einheiten sind also sozialpsychische Kriterien entscheidend. Diese psychischen Momente sind jedoch keineswegs die einzigen, sondern gegenüber den anderen nur die primären. Da jede soziale Einheit als eine spezifische Verbindung von Menschen – also von physischen Wesen – erscheint, muss jede dieser Einheiten auch durch Raum und Zeit bestimmt sein, d. h. die sozialpsychischen Vorgänge, die ihre menschlichen Träger als soziale Einheit konstituieren, erfordern zugleich die Einheitlichkeit von Raum und Zeit, in denen sie stattfinden.

Für die soziologische Beobachtung als Beobachtung des tatsächlichen Geschehens existiert jede dieser möglichen soziologischen Einheiten nur, *insoweit die erwähnte psychische Beziehung, die die soziale Einheit bildet, tatsächlich gegeben ist*. Das muss mit allem Nachdruck hervorgehoben werden. Die Einheit ist nur in dem Moment vorhanden, da die konstitutiven geistigen Vorgänge in den Individuen tatsächlich ablaufen, und umfasst nur jene Individuen, die von diesen Prozessen durchdrungen sind. Daran lässt sich schon erkennen, dass soziologische Einheiten

– im genauen Gegensatz zu organischen oder anorganischen Einheiten der materiellen Welt – weder über eine dauernde Existenz noch über einen genau umgrenzten Umfang verfügen. Sie entstehen und vergehen wie Meereswellen im endlosen Ozean der sozialen Tatsachen, in einem unendlichen Wandel. Gerade aufgrund ihrer, wenn man so will, dem Blitz verwandten Existenz, die sich nur schwer einfangen lässt, ist die soziologische Betrachtung der großen Gefahr ausgesetzt, soziale Einheiten dort zu *fungieren*, wo sie deren Annahme für bestimmte Zwecke erforderlich hält, ohne dass aber deren tatsächliche Existenz bewiesen werden könnte. Die vielleicht grandioseste Fiktion dieser Art ist der *Staat*. Das erweist schon eine kurze Analyse der beiden heute herrschenden sozialen Staatstheorien, der organischen und der anorganischen.

|Die oft erörterte Frage, ob der Staat ein Organismus sei, muss hier nicht be- |80
handelt werden. In diesem Zusammenhang geht es nur um die *Voraussetzungen* dieser Frage. Soll der Staat nämlich ein Organismus oder ein Mechanismus sein, müsste er eine soziale Einheit darstellen. Weil er offensichtlich keine physische Einheit ist, müsste er eine psychologische und zumindest sozialpsychologische Einheit bilden, wenn die Frage, ob er Organismus oder Mechanismus ist, überhaupt einen Sinn ergeben soll. Die Frage lautet damit, worin die organische und anorganische Theorie die sozialpsychologische Staatseinheit erblickt.

Insbesondere das organische Verständnis vom Staate – ich denke hier vor allem an die *Gierkesche*¹⁶ Schule – baut die staatliche Einheit auf dem *Gesamtwillen* auf.¹⁷ Der Staat erscheint hier als soziale Einheit aufgrund der *Parallelität sozialpsychischer Vorgänge*. Der Begriff eines Gesamtwillens, mit dem die moderne Sozialpsychologie ebenso wie mit dem eines Gesamtbewusstseins operiert, meint nicht etwas von dem Individualwillen und dem Individualbewusstsein Verschiedenes, meint keine im Verhältnis dazu selbständig bestehenden psychischen Akte, sondern bezeichnet lediglich bestimmte, durch das Zusammenleben und andere Umstände in den Einzelindividuen hervorgerufene, *gemeinsame* Vorstellungen, Gefühle und Willensrichtungen. Nachdrücklich bemerkt *Wundt*¹⁸ (Grundriß der

¹⁶ Otto (Friedrich) von Gierke (1841–1921), Rechtshistoriker, Privat- und Staatsrechtslehrer. 1867 Habilitation in Berlin; 1871 zunächst a.o.Prof. ebendort, im selben Jahr noch o.Prof. in Breslau, ab 1884 in Heidelberg. Er kehrte 1887 an die Universität Berlin zurück (1902–1903 Rektor). Er gilt als Begründer des deutschen Genossenschaftsrechts und als einer der Hauptvertreter einer Organismuslehre des Staates. Wichtige Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868–1881; Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 30 (1874), S.153–198, 265–335; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a.M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., München und Leipzig 1895–1917.

¹⁷ Vgl. *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S.752.

¹⁸ Wilhelm Wundt (1832–1920), Psychologe und Philosoph; 1857 in Heidelberg habilitiert, dort 1864 a.o.Prof.; ab 1874 o.Prof. in Zürich, ab 1875 in Leipzig, dort Leiter des Instituts für experimentelle Psychologie (1889–1890 Rektor). Er gilt als Begründer der Psychologie als eigenständiges Fach. Wichtige Werke: Vorlesungen über die Menschen- und Tierseele, 2 Bde., Leipzig 1863 (7./8. Aufl., Leipzig 1922); Logik, 2 Bde., Stuttgart 1880–1883 (4. Aufl., 3 Bde., Stuttgart

Psychologie, 7. Aufl., S. 384),¹⁹ „daß diese Begriffe ebensowenig etwas bedeuten, was außerhalb der individuellen Bewußtseins- und Willenvorgänge existiert, wie die Gemeinschaft selbst etwas anderes ist als die Verbindung der Einzelnen“. Deshalb darf man dem Gesamtwillen und dem Gesamtbewusstsein nicht die Eigenschaft als „Tatsache“ bestreiten. Denn die durch diese Begriffe angezeigte Gemeinschaft und die Wechselwirkung der individuellen Geistesvorgänge der einzelnen Mitglieder existiert genauso tatsächlich wie jene individuellen Geistesvorgänge selbst (a. a. O., S. 384).²⁰ Auf das entschiedenste warnt *Wundt* vor dem groben Missverständnis, das diese Begriffe noch heute hervorrufen: „Statt sie einfach als einen Ausdruck für die tatsächliche Übereinstimmung und die tatsächliche Wechselwirkung²¹ der Individuen einer Gemeinschaft zu betrachten, meint man hinter ihnen irgendein mythologisches Wesen oder mindestens eine metaphysische Substanz zu wittern. Daß solche Meinungen verkehrt sind, bedarf nach dem oben Gesagten keines weiteren Nachweises“ (a. a. O., S. 385).²²

81 Fragen wir nun weiter, ob der „Gesamtwille“, den die Lehre von der Völkerpsychologie entdeckt hat, jenes einigende Element im Staate bilden kann. Die organische Lehre vom Staate hat nicht gezögert, diese Frage positiv zu beantworten. | Der bedeutendste Vertreter dieser Richtung, *Gierke*, bezeichnet als „Substanz“ des Staates den „allgemeinen Willen“. („Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien“ in *Zeitschr. für die ges. Staatswiss.* 30. Bd. 1874, S. 294, 304).²³ Es kann kein Zweifel daran sein, dass *Gierke* mit seinem „Gesamtbewusstsein“, als dessen Ausfluss ihm das Recht erscheint, wie auch mit seinem „Gesamtwillen“, der für ihn die Substanz des Staates ist, jene Tatsachen meint, die die Lehre von der Völkerpsychologie Gesamtbewusstsein und -willen nennt.⁵⁾

81 | ⁵⁾ Ähnlich wie *Gierke* verfährt *Fricker*²⁴: „Die Persönlichkeit des Staates“ in *Zeitschr. für die ges. Staatswiss.* 25. Bd. 1869, S. 29, 37.²⁵ Vgl. auch *Richard Schmidt*: *Allg. Staatslehre*, I. S. 228.²⁶

1919–1921; 5. Aufl., nur 1. Bd., Stuttgart 1924, mehr nicht erschienen); *Ethik*, Stuttgart 1886 (5. Aufl., 3 Bde., Stuttgart 1923–1924).

¹⁹ *Wilhelm Wundt*, *Grundriß der Psychologie*. 7. Aufl., Leipzig 1905, S. 384.

²⁰ *Wundt*, *Psychologie* (Anm. 19), S. 384.

²¹ «tatsächliche Wechselwirkung»] *Wundt*, *Psychologie* (Anm. 19), S. 385: «tatsächlichen Wechselwirkungen».

²² *Wundt*, *Psychologie* (Anm. 19), S. 385.

²³ *Otto Gierke*, *Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in: *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 30 (1874), S. 153–198, 265–335 (304, Fundstellenangabe S. 294 n. e.) – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²⁴ *Karl Viktor* (auch: *Carl Victor*) *Fricker* (1830–1907), Politik-, Rechts- und Staatswissenschaftler. Seit 1863 a. o. Prof., 1865–1875 o. Prof. für Staatsrecht, Völkerrecht und Polizeirecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen. Seit 1875 o. Prof. für Staatswissenschaften an der Philosophischen Fakultät der Universität Leipzig. 1865–1891 Redakteur der Tübinger „*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*“ (ZgS). Wichtige Werke: *Vom Staatsgebiet*, Tübingen 1867; *Geschichte der Verfassung Württembergs* (gemeinsam mit Theodor von Gessler), Stuttgart 1869; *Grundriß des Staatsrechtes des Königreichs Sachsen*, Leipzig 1891.

²⁵ *Carl Viktor Fricker*, *Die Persönlichkeit des Staates*, in: *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 25 (1869), S. 29–50 (29, 37).

Gleichwohl stimmt die Gemeinschaft, für welche die Sozialpsychologie die Existenz eines „Gesamtwillens“ annimmt, keineswegs mit der Einheit des Staatsvolks überein, die nur in einem spezifisch *juristischen* Sinne gegeben ist, und zwar dadurch, dass für sie eine einheitliche Rechtsordnung gilt. Hier trifft man auf die eigenartige und auffällige Erscheinung, dass die Theorie an die soziale Wirklichkeit mit einem spezifisch juristischen Staatsbegriff herantritt und für diese Einheit, die bislang nur in der Welt der Rechtsnormen gegeben ist, auch in der Welt des sozialen „Geschehens“ irgendeine korrespondierende tatsächliche Grundlage sucht. Alle innerhalb der Staatsgrenzen lebenden und juristisch eine Einheit bildenden Menschen, unter der Voraussetzung, dass für sie eine einheitliche Rechtsordnung gilt, seien ganz ohne Rücksicht auf eine gültige, sie vereinende Norm auch für denjenigen Beobachter eine Einheit, der nur das betrachtet, „was ist“.

Die Gemeinschaft, für die die Lehre von der Völkerpsychologie die Existenz eines Gesamtwillens annimmt, kann jedoch niemals der Staat bzw. genauer: das Staatsvolk sein. Eine solche Gemeinschaft besteht geistig und keineswegs nur rechtlich. Letztere setzt keine Geistesverbindung und Harmonie der Individuen voraus, sondern lediglich eine einheitliche Rechtsordnung. Jene ist eine *Gemeinschaft* im Gegensatz zum *Staate*, eine soziologische und sozialpsychologische Einheit, keinesfalls aber eine juristische. Außerdem entwickeln sich solche sozialen und psychischen Gemeinschaften ohne Rücksicht auf staatliche Grenzen; der Bereich, in dem sie sich bilden, kann größer oder enger sein.

Künstliche Staatsgrenzen können die Geistesgemeinschaft daher nicht stören, und umgekehrt gehören jene Landesmitglieder nicht zu ihr, die kein geistiger Kontakt vereint, seien sie auch durch Staatsbürgerschaft miteinander verbunden. Es ist eine grobe Fiktion, wenn man das Staatsvolk als Geistesgemeinschaft bezeichnet, die einen Massenwillen hervorbringt. In nationalen, religiösen und wissenschaftlichen Gemeinschaften entwickelt sich sicherlich ein solcher Gesamtwillen, im Rechts- und Staatsverband muss er sich jedoch nicht bilden. Das, was hier als einheitlicher „Wille“ erscheint, also das Gesetz, und die auf das Gesetz zurückgehende Tätigkeit der Staatsorgane, kann in keinem Fall als Gesamtwille des Staatsvolkes gelten. So bleibt das Gesetz staatlicher Wille, auch wenn es noch so sehr dem sogenannten Volkswillen widerstreitet. Die juristische Fiktion, dass die Mehrheit der Abgeordneten und ihre Willensäußerungen identisch seien mit dem gesamten Staatsvolk und dessen Willen, lässt sich vom psychologischen Standpunkt nicht halten. | 82

Wenn irgendeine reale Massenpersönlichkeit existiert – und an ihrer Existenz besteht kein Zweifel – dann ist diese soziologische Einheit sicherlich nicht der Staat. Nirgends sonst tritt der methodische Fehler der organischen Staatslehre so klar zutage wie bei der Konstruktion des Rechtsbegriffs von der Staatspersönlich-

²⁶ Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901, S. 228.

keit auf der Grundlage einer gesellschaftlichen Wirklichkeit: des „Gesamtwillens“. Und dieser methodische Fehler könnte nicht klarer eingestanden werden als bei *Preuss*²⁷, einem hervorragenden Vertreter der *Gierkeschen* Richtung, der in seiner Monographie zu diesem Gegenstand⁶⁾ ausdrücklich schreibt, vom Standpunkt der organischen Rechtslehre sei die Rechtssubjektivität der Massenpersönlichkeit und der Einzelnen „lediglich der *juristische* Ausdruck für die *soziologische* Tatsache, daß sich aus individuellen Willenspartikeln die organische Einheit eines Gemeinwillens gestaltet hat“.

Der Versuch der organischen Staatstheorie, den Staat, also das rechtlich aus irgendeinem Grund als Einheit anzusehende Gebilde, zugleich als soziologische Einheit zu begreifen, die auf dem Prinzip der *Parallelität sozialpsychischer Interessen* beruht, ist gescheitert und muss stets notwendig scheitern. Es ist offensichtlich, dass als Folge einer fehlerhaften Problemstellung dieser Versuch zu nichts anderem geführt hat als zu einer Fiktion. Deshalb darf nicht verwundern, dass auch das anorganische Staatsverständnis zu keinem anderen Ergebnis gekommen ist als zu einer groben Fiktion. Diese mechanistische Staatstheorie will zwar den Staat nicht unter die Kategorie des Organismus subsumieren, stimmt aber mit der organischen Theorie, die sie so energisch bekämpft, in der grundlegendsten Voraussetzung schlichtweg überein: in der Annahme nämlich, dass der Staat eine soziale Einheit sei. Nur postuliert sie für den Staat eine eigenständige, nicht auf Analogie beruhende Begriffskategorie. Danach sei der Staat eine Kollektiv- oder Verbandseinheit. Worin besteht aber das einende Moment? Was verbindet jene Menge von Menschen, die *juristisch* zum Staate gehören, zu einer *wirklichen* Einheit?

[83] |Es ist überaus charakteristisch, dass *Jellinek*, ein typischer Vertreter der Lehre von der „Verbandseinheit“, den Satz, mit dem er seine Ausführungen zum Staate beginnt, als ein Dogma erachtet, ohne irgendeinen weiteren Beweis dafür zu liefern, dass es jenseits des Rechtsbegriffes vom Staate eine soziale Wirklichkeit gäbe, die mit diesem übereinstimmt, nämlich den Satz: „daß der Staat einen dauernden, *einheitlichen* Verband von Menschen darstellt²⁹, daher ein Gemeinwesen sei, ist von Altersher behauptet worden“ (Allg. Staatslehre).³⁰ *Jellinek* setzt wie alle übr-

[82] |⁶⁾ Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie in *Schmollers* Jahrbuch, 26. Jg. S. 562.²⁸

²⁷ Hugo Preuß (1860–1925), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1889 Habilitation an der Universität Berlin, seit 1906 Prof. an der Handelshochschule Berlin (1918 Rektor). Ab 1918 Staatssekretär des Innern, vom Rat der Volksbeauftragten mit der Abfassung einer Reichsverfassung beauftragt, wird daher von manchen als Vater der Weimarer Verfassung angesehen. 1919 Reichsinnenminister im Kabinett Scheidemann, 1919–1925 Mitglied des Preußischen Landtags (Deutsche Demokratische Partei). Wichtige Werke: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889; *Zur preußischen Verwaltungsreform*, Leipzig und Berlin 1910; *Staat, Recht und Freiheit*, Tübingen 1926; *Reich und Länder* (postum hrsg. von Gerhard Anschütz), Berlin 1928.

²⁸ *Hugo Preuß*, Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 26 (1902), S. 557–596 (562).

²⁹ «darstellt»] *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 152: «darstelle».

³⁰ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 152 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

gen staatsrechtlichen Theoretiker also das voraus, was erst bewiesen werden sollte: die Existenz einer sozialen Einheit, den Staat. Dabei sagt er ausdrücklich, dass er keineswegs einen juristischen Begriff vom Staate im Sinne habe. Es gehe ihm ausschließlich darum, einen sozialen Staatsbegriff abzuleiten, d. h. eine soziale Einheit zu finden, die unabhängig sei von jeder juristischen Konstruktion und lediglich den Gegenstand der Seinsbetrachtung liefere. Es ist äußerst bedenklich, dass *Jellinek*, wenn er seinen sozialen Staatsbegriff herleitet, den er von seinem juristischen genau unterscheidet, an Theoretiker anknüpft, die von einer methodologischen Grenzziehung zwischen juristischer und soziologischer Methode noch nichts ahnten. Nur mit unwesentlichen Änderungen übernimmt er die Theorie oder besser gesagt die Konstruktion von *Gierke*, *Bernatzik*³¹ und *Haenel*³². Es ist dabei eine besondere Ironie des Schicksals, dass *Gierke*, dessen Gemeinschaftstheorie für *Jellineks* Verständnis richtungweisend ist, ein ausgesprochener Vertreter des organischen Staatsverständnisses ist, das *Jellinek* so leidenschaftlich bekämpft.³³ Und eine etwas tiefergehende Kritik zeigt tatsächlich, dass zwischen dem organischen Staatsbegriff und der mechanistischen Vorstellung von *Jellinek* im Kern kein großer Unterschied besteht.

Nach *Gierke* zeichnet sich der Staat und zwar bereits in seiner außerrechtlichen Existenz als ein durch feste Organisation und dauerhafte Zwecke zusammengehaltener Verband aus. *Haenel* charakterisiert die korporative Verbandseinheit: den Staat, die man von dessen juristischer Persönlichkeit unterscheiden müsse, folgendermaßen: „Sie besteht nur darin, daß eine Vielheit menschlicher Individuen geistig auf einen Gesamtzweck³⁴ bezogen ist, und daß diese geistige Bezogenheit, die an sich nur die Aussage eines identischen Willensinhaltes der Beteiligten ist, ihre Realität gewinnt durch die Willensmacht leitender Organe und sich einfügender Mitglieder.“³⁵

Jellinek sieht die psychologische Grundlage des Staates in den freien Beziehungen einer bestimmten Anzahl von Menschen: Menschen, die befehlen, und Men-

³¹ Edmund Bernatzik (1854–1919), Staatsrechtslehrer. 1891–1893 o. Prof. in Basel, 1893 in Graz und von 1894 bis zu seinem Tod an der Universität Wien; Mitglied des Reichsgerichts, 1919 des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Wichtige Werke: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886; Republik und Monarchie, Freiburg i.Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1919); Die Österreichischen Verfassungsgesetze, Leipzig 1906 (Hrsg.).

³² Albert Haenel, auch: Hänel (1833–1918), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1858 Habilitation in Leipzig; ab 1860 a.o. Prof., ab 1862 o. Prof. in Königsberg, ab 1863 lehrte er in Kiel. 1867–1888 Mitglied des preußischen Abgeordnetenhauses (ab 1876 Vizepräsident), 1867–1870 Mitglied des Reichstags des Norddeutschen Bundes (Schleswig-Holsteinische Liberale Partei), 1871–1893 und 1898–1903 Mitglied des Reichstags des Deutschen Reiches (ab 1874 Vizepräsident; Freisinnige Partei). Wichtige Werke: Studien zum Deutschen Staatsrechte, 2 Bde., Leipzig 1873 und 1888; Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892.

³³ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 142–151.

³⁴ «Gesamtzweck»] *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Berlin 1892, S. 101: «Gemeinzweck».

³⁵ *Haenel*, Staatsrecht (Anm. 34), S. 101 – Hervorhebung von Kelsen.

| 84

schen, die diesen Befehlen gehorchen. Das *Staatsgebiet* betrachtet *Jellinek* als Element, das begrifflich dazugehört: die Sesshaftigkeit ist die Eigenschaft und der Zustand der im Staate befindlichen Menschen.

Dem wissenschaftlichen Beobachter der sozialen Lebenswirklichkeit erscheint nach *Jellinek* eine Vielheit von auf den Willen gegründeten Beziehungen und zwar von Machtbeziehungen zwischen sesshaften Menschen. Dass solche Machtbeziehungen existieren, ist unzweifelhaft. Man kann schließlich sogar behaupten, dass in einem gewissen Sinne jedes geistige Verhältnis zwischen zwei Personen ein Machtverhältnis ist. Auch in der Freundschaft und in der Liebe entwickeln sich Unter- und Überordnung, Führung und Folgsamkeit. Offensichtlich lassen sich aber nicht *jedwede* Machtbeziehungen als Substrat des Staates verstehen. Was ist dann aber das Kriterium jener Beziehungen, deren Summe oder Synthese den Staat ausmachen sollen? Darauf gibt *Jellinek* keine Antwort. Er beantwortet nur die Frage, nach welchem einenden Prinzip eine Reihe jener im Willen gründenden Beziehungen zur Einheit des Staates heranreift. Nach *Jellinek* ist der Staat eine teleologische Einheit. „Eine durch dauernde Zwecke mit einander verbundene Vielheit erscheint uns notwendig als Einheit“.³⁶ „Eine Vielheit *von Menschen* wird für unser Bewußtsein geeinigt, wenn sie durch konstante innerlich kohärente Zwecke mit einander verbunden sind“.³⁷ Die durch gemeinsame Zwecke gebildete Einheit findet Ausdruck in einer bestimmten Organisation. Diese aus einzelnen Individuen bestehenden Zweckeinheiten heißen bei *Jellinek* Kollektiv- oder Verbandseinheiten.³⁸ Und ohne einen weiteren Schritt behauptet er: der Staat sei eine Verbandseinheit. *Jellinek* nimmt also das als selbstverständlich an, was er erst beweisen sollte: dass gemeinsame Zwecke wirklich existieren und lebendig sind, und dass diese gemeinsamen Zwecke der Kitt sind für die Angehörigen des *Staatsvolks* (der Gebrauch dieses Begriffes an dieser Stelle stellt bereits die Vorwegnahme dar). Kein Wort findet sich über das für die soziologische Betrachtung so Grundsätzliche, darüber, welche Zwecke eigentlich die gemeinsamen sind und insbesondere: inwieweit diese Zwecke wirklich allen gemeinsam sind. Das rein soziologische Verständnis bei *Jellinek* operiert in Wirklichkeit mit einer stillschweigend übernommenen rechtlichen Voraussetzung. Der ganze rechtliche Staatsbegriff, jene durch eine spezifisch juristische Betrachtung gewonnene Staatseinheit, wird in die soziologische Konstruktion übertragen. Die Summe der Personen, die rechtlich innerhalb der staatlichen Grenzen der Staatsmacht unterworfen sind – das ist eben jene für *Jellinek* a priori bestehende Einheit, die er dann auch „sozial“ konstruieren will. Deshalb verwundert ihn nicht das ungewöhnliche Ergebnis, dass sein sozialer Staatsbegriff so glatt mit seinem rechtlichen Staatsbegriff zusammenfällt. Es ist offensichtlich, dass jene Massenzwecke | bei *Jellinek* dasselbe bedeuten wie der Gesamtwillen bei *Gierke* und die Identität des Willensinhalts der

| 85

³⁶ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 171.

³⁷ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 171 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁸ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 152–155.

Einzelnen bei *Haenel*, macht man sich bewusst, dass unter „Zweck“ bei *Jellinek* nur der subjektive Zweck verstanden werden kann, d. h. die Willensrichtungen der einzelnen Individuen, dass also die im Staat verbundenen Menschen gleichlaufende Willensrichtungen haben; man muss nicht weiter beweisen, dass diese Feststellung eine grobe Fiktion bedeutet. Es ist somit festzuhalten, dass das *Gierkesche* organische Staatsverständnis im Kern mit der anorganischen Theorie *Jellineks* übereinstimmt.

Bislang wurde festgestellt, dass der Staat nach *Jellinek* eine Verbandseinheit dauerhaft sesshafter Menschen ist. Eine solche Verbandseinheit ist jedoch nicht nur der Staat, auch die Gemeinde ist eine Kollektiveinheit. Der Wesensbegriff des Staates muss also noch ein weiteres Element enthalten. Dieses Element gewinnt *Jellinek* auf folgende Weise. Er behauptet: „Die zur Verbandseinheit zusammengefaßten staatlichen Willensverhältnisse sind wesentlich Herrschaftsverhältnisse“.³⁹ Also offenbar auf den Willen gegründete bzw. Machtverhältnisse zwischen Menschen. Allerdings bemerkte *Jellinek* kurz zuvor noch ausdrücklich: „Menschen, die befehlen, und solche, die diesen Befehlen Gehorsam zollen, bilden das Substrat des Staates“.⁴⁰ Das Subjekt dieser Machtverhältnisse ist für ihn der Staat selbst, jene Synthese von Machtverhältnissen. Er sagt deshalb ausdrücklich: „Nicht daß im Herrschen das Wesen des Staates sich erschöpft. Aber das Vorhandensein von Herrschaftsverhältnissen ist dem Staate derartig notwendig, daß ohne Herrschaftsverhältnisse ein Staat nicht gedacht werden kann. *Der Staat hat Herrschergewalt*“.⁴¹ Völlig unklar bleibt dabei, mit welcher Berechtigung der Autor die Herrschaftsfunktion, die doch jedenfalls nur von Einzelnen ausgeübt wird, auf die *Synthese* aller Individuen überträgt. Hierzu ist zu bedenken, dass *Jellinek* sowohl vom physischen Organismus als auch von der teleologischen Synthese des Staates als einer bloßen begrifflichen Hilfskonstruktion spricht, von der sich nicht sagen lasse, ob sie über eine reale, von unserem Denken unabhängige Existenz verfüge.⁴² Und diese lediglich im Denken des Urteilenden existierende Einheit soll die höchst reale, in der Welt der Tatsachen liegende Herrschaft ausüben. Es ist freilich völlig zulässig, wenn ich beispielsweise behaupte: eine Hundertschaft marschiert im Gleichschritt – wenn alle Personen, die diese Einheit (die Hundertschaft) bilden, dasselbe vollführen, also im Gleichschritt marschieren, aber damit ist nur verkürzt ausgedrückt: alle Soldaten einer Hundertschaft marschieren in Reih und Glied in einer Richtung. Aber die Herrschaft ist nach *Jellinek* keine Funktion, die von *allen* Gliedern des Staates ausgeübt wird, sondern – bekanntlich – nur von einigen Einzelnen. | Die Mehrheit von ihnen wird beherrscht, befiehlt nicht, sondern gehorcht. Es lässt sich vom Staate daher mit gleicher Berechtigung sagen, er

| 86

³⁹ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁰ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 169.

⁴¹ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴² Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 174f.

herrsche, wie, er werde beherrscht. *Jellinek* identifiziert den Staat also mit den herrschenden Einzelnen, ohne dies allerdings offen zu bekennen. Doch *Jellinek* geht noch weiter. Er schreibt dem *Staate* einen Willen zu – und es sollte dabei nicht vergessen werden, dass er hier vom sozialen und nicht vom rechtlichen Staat spricht. Er sagt: „Herrschen heißt aber die Fähigkeit haben, seinen Willen anderen Willen unbedingte Erfüllung aufzulegen, gegen andere Willen unbedingte Durchsetzung können“.⁴³ „Diese Macht unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen anderen Willen hat nur der Staat. Er ist der einzige kraft ihm innewohnender ursprünglicher, *rechtlich* von keiner anderen Macht abgeleiteten⁴⁴ Macht herrschende Verband“.⁴⁵ Auf diese Weise gelangt *Jellinek* dann zu seiner Definition des sozialen Staatsbegriffs: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen“.⁴⁶

Es bedarf keines besonders großen Scharfsinns, um in den Ausführungen *Jellineks* den spezifischen Synkretismus von normativer und explikativer, juristischer und soziologischer Methode zu entdecken. In den Staatsbegriff, der nicht für den Bereich der *Staatsrechtslehre* gelten soll, sondern nur für die Soziallehre, geht ein offensichtlich rechtliches Element ein: „die *rechtlich* von keiner anderen Macht abgeleitete Macht“.

Nicht weniger symptomatisch für *Jellineks* sozialen Staatsbegriff ist weiter, dass die soziale Einheit, auf der seine Konstruktion aufbaut, eigentlich nicht das rechtlich geeinte Staatsvolk ist, sondern nur die darin *herrschende Klasse*.⁴⁷ Ich will mich hier nicht mit der Frage befassen, ob sich überhaupt beweisen lässt, dass die „herrschende Klasse“ oder irgendeine andere Klasse eine soziale Einheit ist. Sicher ist, dass dort, wo eine Interessen- und Willensgemeinschaft tatsächlich besteht, nach dem Prinzip der Parallelität psychischer Vorgänge auch eine soziologische Einheit gegeben ist. Und sicher ist auch, dass die herrschende Klasse eher als soziale Einheit in Frage kommt als das gesamte Staatsvolk im juristischen Sinne, für welches sich kein gemeinsames Interesse als realer Lebensfaktor herleiten lässt. Für uns ist vor allem wichtig, dass sich mit dieser geschickten Gedankenführung *die Gemeinschaft der Herrschenden als Gemeinschaft des gesamten Staatsvolks fingieren lässt*. (Und ungeachtet dessen bleibt darüber hinaus noch jene andere Fiktion fortbestehen, von der bereits die Rede war: dass die soziologische Einheit aufgrund der genannten drei Prinzipien nur in den Momenten existiert, da | diese Prinzipien tatsächlich wirksam sind). Es handelt sich dabei um das typische Verfahren, mit dessen Hilfe alle Theoretiker zu einer soziologischen Einheit des Staates gelangen. Betrachtet man das *tatsächliche* soziale Geschehen, so findet man eine verhältnis-

| 87

⁴³ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172.

⁴⁴ «abgeleiteten»] *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172: «abgeleiteter».

⁴⁵ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 172.

⁴⁶ *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 173 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁷ *Jellinek* verwendet den Begriff der „herrschenden Klasse“ in diesem Zusammenhang nicht; vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 14), S. 169, 172 f., 698–700.

mäßig kleine Personengruppe, welche politisch und wirtschaftlich die große Masse der Menschen beherrscht, als einen festen Kern in der amorphen Masse der gesellschaftlichen Beziehungen, und nur innerhalb dieser kleinen Gruppe herrscht wohl eine Interessen- und Willensgemeinschaft. Das in einem bestimmten Gebiet geltende System der Rechtsnormen wird von dieser Gruppe oder zumindest unter ihrem entscheidenden Einfluss geschaffen, und diese Gruppe gebraucht eine politische Fiktion, um ihre Herrschaft zu untermauern und zu festigen. Sie behauptet: Wir sind der Staat, wir repräsentieren das ganze Volk, unser Interesse ist das Interesse der Gesellschaft bzw. des Staates, unser Wille – d. h. jener, der sich in der Rechtsordnung niederschlägt – ist der Gesamt- oder Staatswille. Jene große Masse der dieser einheitlichen Rechtsordnung Unterworfenen (solange sie deren Normen gehorchen *sollen*), bildet einen einheitlichen sozialen Körper. Diese Vorgehensweise verschleiert die tiefen Gegensätze, welche die herrschende Gruppe oder Klasse von der Masse der Beherrschten trennen, sie verschleiert die unüberwindlichen Gegensätze innerhalb dieser Masse selbst. Die soziologische Wissenschaft oder Soziallehre vom Staate sollte eine solche Fiktion nicht kritiklos übernehmen. Die Theoretiker, die von dem unbewiesenen Dogma der soziologischen Einheit des Staates ausgehen oder dieses Dogma mit unzureichenden Mittel (siehe oben) zu unterstützen suchen, arbeiten – bewusst oder unbewusst – im Dienste der politischen Zeitströmung.

Die Konsequenzen dieser Einsicht, dass für die Lehre vom sozialen Geschehen keine soziale Einheit „Staat“ existiert oder jedenfalls bislang nicht nachgewiesen werden konnte, sind weitreichend. Man mache sich bewusst, dass nicht nur die Staatslehre, sondern zahlreiche andere Wissenschaftszweige mit dem Begriff der *sozialen Einheit des Staates* operieren, wie etwa die politische Geographie, die Nationalökonomie, die Geschichte usw. Alle erheben sie mittels Fiktion die juristische Konstruktion über die soziale Wirklichkeit; alle übernehmen sie kritiklos einen Staatsbegriff, der für sie zu einer Quelle gewichtiger Irrtümer wird.

§ 4. Die juristische Staatsidee.

Der Staat als soziologische Einheit ist also eine überaus problematische Vorstellung – ganz selbstverständlich erscheint uns jedoch dessen rechtliche Einheit, und das in einem zweifachen Sinne: einerseits als einheitlicher Träger der Rechtsordnung, andererseits als einheitliche, dieser Rechtsordnung unterworfenen Person, d. h. als Subjekt bestimmter Rechte | und Pflichten. In beiden Fällen geht es lediglich um die zwei Seiten ein und desselben Gegenstands, ein und desselben Begriffs. | 88

Man muss sich Sinn und Bedeutung dieser beiden Gedankengänge klar gegenwärtigen, von denen der eine den Staat zum Träger bzw. Subjekt der objektiven Rechtsordnung erhebt, der andere hingegen den Staat als Subjekt mit Rechten und Pflichten dieser Rechtsordnung unterordnet. Stellt man sich die gesamte

Rechtsordnung vor, d. h. die Summe aller Rechtsnormen der unterschiedlichsten Bereiche als Inhalt eines einzelnen Willens, so kann diese Vorstellung natürlich keine psychologische Bedeutung haben, auch wenn dies viele, von der Terminologie irregeleitete Staatsrechtstheoretiker meinen. Ein psychischer Wille kann nur ein menschlicher Wille sein. Stellt man sich die Rechtsordnung als Willen eines einzelnen Subjekts vor, so kann das ausschließlich logische Bedeutung haben und zwar als Ausdruck dafür, dass die gesamte Rechtsordnung, jene Menge aller Rechtsnormen unterschiedlichen Inhalts, auf einen einzigen Punkt bezogen werden kann. Die Annahme, die Rechtsordnung sei der Wille einer einheitlichen Staatspersönlichkeit, drückt lediglich eine logische Zweckmäßigkeit aus, nämlich die innere Harmonie im System der Rechtsnormen. Diese Personifikation entspricht einer Anforderung unseres Denkens ganz ähnlich wie der geistige (jedoch weitaus kompliziertere) Prozess, der zum Begriff „Gott“ führt. Wenn die Analogie zwischen dem Mikrokosmos der Rechtsordnung und dem Makrokosmos der vom Universum beherrschten Ordnung zulässig ist – und eine solche Analogie ist keineswegs neuartig, auch der primitive Verstand kann sie sich vergegenwärtigen –, dann findet sich in der grandiosen Personifikation der das Universum beherrschenden Normen, solange wir sie uns als zweckmäßiges und harmonisches System vorstellen, dann findet sich in dieser Vorstellung eines persönlichen, einheitlichen Gottes dieselbe oder jedenfalls eine verwandte Gedankenökonomie wie in der juristischen Konstruktion eines einheitlichen eigenständigen Trägers der staatlichen Rechtsordnung: einer einheitlichen Staatsperson.

Ebenso wie die Staatsperson als Träger der objektiven Rechtsordnung gedacht wird, stellt man sich den Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten der Rechtsordnung untergeordnet vor. Was bedeutet aber gerade dieser Gegensatz zwischen Recht im objektiven und Recht im subjektiven Sinne? Das Problem, das zum Recht im subjektiven Sinne, zur rechtlichen Verpflichtung und Berechtigung führt, lautet: Wie wird eine objektive Rechtsnorm zu meiner Pflicht bzw. zu meinem Recht? Es geht kurz gesagt um die Frage der Subjektivierung der Rechtsnorm. An dieser Stelle kann die ganze Frage nicht entwickelt und beantwortet werden, ich will nur andeuten, dass das Prinzip der Subjektivierung danach unterschieden wird, ob die Staatsperson oder alle übrigen, dem Staat | unterworfenen Subjekte in Rede stehen. (Siehe meine „Hauptprobleme“ S. 311 ff.⁴⁸ und meine unlängst erschienene Abhandlung „Über Staatsunrecht“ in *Grünhuts* Zeitschrift XL. Band.⁴⁹) Es genügt der Hinweis, warum eine objektive Rechtsnorm, beispielsweise diejenige, die Diebstahl für strafwürdig erklärt und damit eine subjektive Rechtspflicht der Untergebenen ausspricht, nicht zu stehlen, zugleich eine subjektive Rechtspflicht des Staates – den Dieb zu bestrafen – und eine subjektive Berechtigung des Staates darstellt –

| 89

⁴⁸ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 311–346 = HKW 2, S. 21–878 (435–473).

⁴⁹ Hans Kelsen, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

von den Untergebenen zu verlangen, nicht zu stehlen. Pflichten und Rechte des Staates enthält eine konkrete objektive Rechtsnorm nur dann, wenn gerade sie den eigenen Willen des Staates ausdrückt, wenn gerade sie den Staat verpflichten oder berechtigen will. Nur dann wird der Staat Subjekt einer konkreten Rechtsnorm. Träger der Rechtsordnung ist der Staat aber, weil er Subjekt aller Rechtsnormen ist, die in der Gesamtheit einen einzigen und zwar seinen Willen ausdrücken, damit soll angedeutet werden, dass der Staat Schöpfer der gesamten Rechtsordnung ist und damit alle von dieser Ordnung umfassten Normen *will*. Das Verhältnis des Staates als Träger der Rechtsordnung zum Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten reduziert sich auf die Beziehung des Ganzen zu seinen Teilen. Erkenntnisvoraussetzung für die juristische Idee des Staates ist die Erkenntnis vom Verhältnis zwischen Recht und Staat. Das *juristische* Verständnis des Staates, seine Konstruktion als Rechtsbegriff, *setzt* die Rechtsordnung *voraus*. Und da in der realen Welt keine materielle oder geistige Wirklichkeit existiert, kein Konkretum, das als solches als „*Staat*“ angesehen werden könnte, kann der Staat außerhalb der Rechtsordnung nicht existieren. Der ausschließlich *juristische Charakter* des Staates wird besonders deutlich, wenn man sich diesem Problem vom Standpunkt des handelnden Staates, d. h. der Exekutive, und nicht vom Standpunkt des wollenden Staates, d. h. dessen Rechtsordnung, nähert. Was bedeutet „Staatstätigkeit“? Was bedeutet die Aussage, der Staat baut diese Schule und repariert jene Bahnlinie? Nichts anderes, als dass wir bestimmte menschliche Handlungen nicht denen *zurechnen*, die physisch handeln, sondern dem einheitlichen, idealen Subjekt, das hinter diesen Menschen steht. Jedes Urteil, dass bestimmte Akte als Staatshandlungen bezeichnet, beruht auf einem besonderen Gedankenvorgang, den ich Zurechnung nenne. Die Zurechnung einer staatlichen Tätigkeit ist dabei nicht der einzige Fall dieser Art, sondern ist nur ein Spezialfall jener Gedankenoperation, die sich in allen Bereichen normativer Beobachtung finden lässt. Es gibt nicht nur die juristische Zurechnung, sondern auch die moralische, wirtschaftliche usw.; kurz gesagt: | Es gibt so viele Zurechnungsarten wie Normarten (moralische, rechtliche |90 usw.). An anderer Stelle habe ich bewiesen, dass die heute herrschende Lehre, wonach das Wesen der Zurechnung entweder aufgrund einer kausalen oder einer teleologischen Verbindung zwischen Zurechnungssubjekt und Zurechnungsgegenstand besteht, unhaltbar ist.⁵⁰ Gerade die auf die Staatsperson bezogene Zurechnung beweist das klar. Fragt man nach den *Gründen* für eine Tatsache, die dem Staat zuzurechnen ist, zum Beispiel nach dem Vollzug einer Strafe, nach einer Exekution, nach einem Straßenbauwerk, gelangt man in der Kausalkette niemals zu einem Glied, dass sich als Staatsperson bezeichnen ließe. Handelt es sich doch dabei überhaupt nicht um eine Wirklichkeit, die in der äußeren Welt existiert. Außerdem ist jede Kausalkette endlos. Zusammengefasst: das Kausalprinzip ist für die Erklärung der Zurechnung ungenügend.

⁵⁰ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 73–83 = HKW 2, S. 21–878 (161–174).

Ebenfalls abzulehnen ist die Ansicht, dass die Zurechnung teleologischen Charakter habe. Danach wird einer Person all das zugerechnet, was sie mit ihrem Handeln bezweckt oder *gewollt* hat. Ganz abgesehen davon, dass in vielen Fällen auch unerwünschte Folgen rechtlich zugerechnet werden (omissive Delikte⁵¹), setzt eine solche teleologische Verbindung beim Zurechnungssubjekt immer einen psychischen Willensakt voraus, d. h. dass Zurechnungssubjekt immer nur ein Mensch sein kann. Es genügt hier darauf hinzuweisen, dass in den Fällen, in denen sich die Rechtspersönlichkeit nicht auf ein reales Substrat „Mensch“ bezieht, beispielsweise bei juristischen Personen wie Stiftungen, Institutionen und Korporationen, von einem psychischen Willen keine Rede sein kann. Forscht man bei einer Tat nach dem Willensakt, der sie hervorgebracht hat, gelangt man immer zu einer „physischen Person“ (wie sich die Juristen etwas ungenau ausdrücken), niemals aber zu einer juristischen Person. Die teleologische Betrachtung kann niemals zeigen, auf welche Weise die Zurechnung von einer physischen Person zur juristischen Staatspersönlichkeit übergehen soll. Gerade da, wo die teleologische Betrachtung aufhört, beginnt erst das Problem der Zurechnung. Der Staatswille, unabhängig davon, ob man diesen als den Träger der Rechtsordnung oder als ein Pflichten- und Rechtssubjekt betrachtet, ist eine bloße Idealvorstellung des Rechtsdenkens, welcher kein objektives Sein entspricht, und es erscheint also der Staat als eine Konstruktion zum Zwecke der Zurechnung, als eine ideelle Abkürzung für bestimmte gleichartige, spezifisch rechtliche Denkformen. Ein Beispiel: Wenn der Richter einen Hochverräter zum Tode verurteilt und der Henker das Urteil vollstreckt, rechnet man diesen Personen Mord bzw. Anstiftung zum Mord nur deshalb nicht zu, weil man rechtlich *gezwungen* ist, diese Taten, welche im Übrigen | (d. h. ohne eine entsprechende Rechtsvorschrift) auf das Haar einem Mord bzw. der Anstiftung zum Mord gleichen, nicht den handelnden Personen, sondern dem Staat zuzurechnen. Die zugehörige Rechtsnorm, die man sich als ein hypothetisches Urteil vorstellen muss, stellt in ihrem ersten Teil in grammatikalischer Form die Bedingungen auf, an die sich im zweiten Teil die genau bestimmten Folgen knüpfen (Sachverhalt): Wenn jemand Hochverrat begeht, soll er getötet, d. h. mit dem Tode bestraft werden. Nur insoweit es möglich ist, den entsprechenden Sachverhalt (die Hinrichtung oder Ähnl.) von dem zweiten Satz eines solchen hypothetischen Urteils herzuleiten, das als Rechtsnorm gilt, kann dieser Sachverhalt dem Staat zugerechnet werden, und die Personen, die diesen Sachverhalt realisieren, erscheinen als Staatsorgane und ihre Handlungen als dessen Organfunktionen. Die Rechtsnorm kann auch eine zivile Exekution anordnen. Strafe und Exekution sind spezifische Unrechtsfolgen, d. h. sie charakterisieren die Bedingungen, unter denen sie eintreten, als Unrecht. Neben Strafe und Exekution rechnet man noch andere Sachverhalte dem Staate zu. Ebenso wie unter bestimmten Bedingungen eine Bestrafung angeordnet wird, ordnet die Rechtsordnung unter ande-

⁵¹ «omissive Delikte»] veraltet für: Unterlassungsdelikte.

ren Bedingungen z. B. Armenfürsorge, Schulbauten, Erteilungen von Konzessionen usw. an. Die gesamte Rechtsordnung erscheint daher als eine Summe von Zurechnungsregeln. Und jede dieser aufgrund der Rechtsordnung durchgeführten Zurechnungen führt zu einem einzigen Punkt bzw. zu einer einzigen Person, d. h. die Zurechnung führt zum Staate. Was als Staatswille bezeichnet wird, ist nur der gemeinsame Endpunkt, in dem alle Zurechnung zusammenläuft. Diese geometrische Analogie ist vonnöten, um das Wesen dieser juristischen Konstruktion zu veranschaulichen; erscheint doch die formale Rechtstheorie demjenigen, der tiefer in sie eindringt, in vieler Hinsicht als Geometrie der Rechtserscheinungen. Mit diesen Überlegungen ist allerdings lediglich das *rechtliche* Wesen des Staates erschöpft und nur der Rechtsstandpunkt erklärt, d. h. die normative Betrachtungsweise.

An anderer Stelle⁵² habe ich nachgewiesen, dass nicht nur Staatswille und Staatsperson eine spezifisch rechtliche Konstruktion bilden, sondern dass der rechtliche Willens- und Persönlichkeitsbegriff überhaupt über den gleichen nicht-psychologischen, spezifisch juristischen Sinn verfügt, und dabei die Folgerung gezogen, dass nicht nur das Problem des Staates ein Zurechnungsproblem ist, sondern dass die Zurechnung für alle Bereiche juristischer Konstruktion von zentraler und grundlegender Bedeutung ist. Die Erkenntnis, dass der Begriff des Staatswillens dieselbe Bedeutung hat wie der im rechtlichen Sinne verstandene „Wille“ anderer Subjekte, wird durch einen in der Literatur schon | lang ausgesprochenen Satz vollkommen klar; dass es rechtlich keinen wesentlichen Unterschied zwischen sogenannten „physischen“ und „juristischen“ Personen gibt, weil jede Person eben nur eine juristische sein kann; das heisst: dass nur sie als Endpunkt rechtlicher Zurechnung in Betracht kommt. Damit gelangt man zu der weiteren hochwichtigen Erkenntnis, dass auch die Staatsperson nur in dem Sinne als juristische Person existiert wie die Persönlichkeit der übrigen Rechtssubjekte. |92

§ 5. Die juristische Staatsidee und das „öffentliche“ Recht.

Das Verständnis des Staates als Person, d. h. als Subjekt von rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen, ist die grundlegendste Voraussetzung jeden Staatsrechts. Das Verständnis einer Staatspersönlichkeit in diesem Sinne ist jedoch nur möglich, stellt man sich den Staat als der Rechtsordnung untergeordnet vor, weil nur durch die Rechtsordnung rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen entstehen. Ist die Idee des Staates, welcher der Rechtsordnung untergeordnet ist, die Idee des Rechtsstaates, dann ist die Rechtsstaatsidee die rechtlich-logische Voraussetzung eines jeden Staates im Rechtssinne.⁵³ Ist der Staat nach dem Rechts-

⁵² Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 73–75 = HKW 2, S. 21–878 (161–165).

⁵³ Wie sich aus dem Kontext ergibt, dürfte es sich hier um eine missverständliche Übertragung ins Tschechische handeln. Der Begriff „právní stát“ – an sich: „Rechtsstaat“ – ist bei der Rückübertragung ins Deutsche daher an dieser Stelle als „Staat im Rechtssinne“ übersetzt worden.

staatsgrundsatz und vom Standpunkt jedes bestehenden Staatsrechts nur denkbar als ein Subjekt von Pflichten und Rechten, das der Rechtsordnung unterworfen ist, dann ist die Staatspersönlichkeit in ihrem Verhältnis zur Rechtsordnung – und dieses Verhältnis ist für die juristische Konstruktion allein entscheidend – allen anderen Personen rechtlich *gleichgeordnet*. Nach dem Prinzip der formal-juristischen Methode muss der *Inhalt* der Verpflichtungen und Berechtigungen für das Wesen der juristischen Person, die das Subjekt dieser Pflichten und Rechte bildet, irrelevant sein. Erschöpft sich das Wesen der juristischen Persönlichkeit darin – wie die herrschende Lehre vertritt –, dass diese Trägerin von Rechten und Pflichten ist, dann ist jede formal-juristische Differenzierung zwischen der Staatspersönlichkeit und allen anderen Personen logisch ausgeschlossen, dann ist die Staatsperson als solche, d. h. als ein der Rechtsordnung unterworfenes Rechts- und Pflichtensubjekt, allen anderen Personen vollkommen *gleich*, wobei der Inhalt ihrer Berechtigungen und Verpflichtungen völlig irrelevant ist. Dann steht insbesondere die Vorstellung einer wie auch immer gearteten formal-rechtlichen Überordnung der Staatsperson über alle anderen Personen in direktem Widerspruch mit den rechtslogischen Voraussetzungen des Rechtsstaates und des Staatsrechts, und es kann darin nichts anderes erblickt werden als eine eklatante logische Inkonsequenz.

Es ist daher vollkommen unverstänglich, wie die herrschende Lehre einerseits ohne Einschränkung das Postulat eines einheitlichen Begriffs von der Rechtspersönlichkeit anerkennen und ohne weiteres in der Staatstheorie | den Staat zur Person erklären kann, auf der anderen Seite aber darum bemüht ist, das System des gesamten Staatsrechts auf dem Gedanken einer Überordnung der Staatsperson über alle anderen Personen aufzubauen, die im Verhältnis zum Staat rechtlich also „Untergebene“ sein sollen. Ein offensichtlicher Widerspruch besteht darin, wenn der Staat rechtlich als der Rechtsordnung unterworfenen Person und seine Äußerungen als Inhalt von rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen verstanden werden – und wie sollte man die Funktion des Staates *juristisch* auch sonst begreifen? – und wenn derselbe Staat, also dieselbe juristische Konstruktion, gegenüber allen anderen Personen *rechtlich* als Macht- oder Herrschaftssubjekt charakterisiert wird! Und das tun fast ohne Ausnahme die anerkanntesten und ausgezeichnetesten Theoretiker. Sie sind blind gegenüber diesem Widerspruch und sehen nicht, dass man das Verhältnis des Staates zu anderen Personen nicht als *Rechtsbeziehung* verstehen und gleichzeitig diese Beziehung als *Machtbeziehung* in einen Gegensatz zu allen anderen Rechtsbeziehungen setzen kann. Während es im übrigen ganz selbstverständlich ist, dass *Recht* und *Macht* sich gegenseitig ausschließen, wird bei der Beurteilung des Verhältnisses des Staates zu anderen Subjekten vergessen, dass jedes auf Macht, Herrschaft usw. beruhende Verhältnis, sobald es sich in die Form des Rechts kleidet, für die Rechtsbetrachtung, die von seinem besonderen Inhalt abstrahiert, notwendig aufhört, ein auf Macht, Herrschaft usw. beruhendes Verhältnis zu sein und ein Rechtsverhältnis wird wie jedes andere

auch. Dieselben Rechtswissenschaftler, die nur darüber spotten würden, wollte jemand die Ehe juristisch als etwas charakterisieren, das sie unter Umständen ihrem tatsächlichen Inhalt nach ist, nämlich als *Liebesbeziehung*, dieselben Rechtswissenschaftler scheuen nicht davor zurück, die Beziehungen zwischen dem Staat und anderen Subjekten juristisch nach dem spezifischen Inhalt dieser Beziehungen zu beurteilen; sie begreifen nicht oder *wollen* vielleicht aus verschiedenen Gründen nicht begreifen, dass der Begriff der *Macht* genausowenig eine Rechtskategorie ist wie der Begriff der Liebe. Lässt man zu, dass der Staat für den Bereich der rechtlichen Konstruktion als Machtsubjekt gilt, das Herrschaft ausübt, sitzt man dem schon erwähnten Irrtum auf, dem Synkretismus zweier Erkenntnismethoden: Die soziologische und die juristische Idee des Staates werden miteinander vermengt. Man hat dabei die tatsächlichen Verhältnisse vor Augen, jene gesellschaftliche Welt, wie sie ist, man denkt an jene Gruppe oder Klasse von Menschen, welche tatsächlich herrschen und sich für Repräsentanten des Staatsvolkes ausgeben. Man spricht der *juristischen* Person, also einer idealen und normativen Konstruktion eine Eigenschaft zu, die nur die soziale Wirklichkeit haben kann: Herrschaft. Man begeht dabei denselben Fehler, als wenn man dem Wesen der sogenannten „*physischen Personen*“ bestimmte psychologische | oder physiologische Eigenschaften | 94 zuspricht (z. B. Stoffwechsel, Blutkreislauf, Vorstellungsvermögen usw.), kurz gesagt, als wenn man die biologische Einheit „*Mensch*“ mit der juristischen Einheit „*Person*“ identifiziert. Das Macht- und Herrschaftselement gehört weder zu der der Rechtsordnung unterworfenen Staatspersönlichkeit noch zum Staat selbst, der die Rechtsordnung personifiziert.

Die weitreichenden Folgen, die dieser so bereinigte, *juristische* Staatsbegriff für die gesamte Staatsrechtslehre und ihre einzelnen Kapitel haben muss, sind offensichtlich. Eine grundsätzliche Reform des heutigen Staatsrechts ist nicht zu umgehen; das wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die herrschende Lehre durch und durch mit der methodologisch unhaltbaren Vorstellung des Staates als einer Herrscherpersönlichkeit infiziert ist. Man erinnere sich nur an die Lehren von den Staatselementen, von der Gewaltenteilung, von der Souveränität usw., die sich als juristische ausgeben. Das richtige Verständnis einer juristischen Staatsidee bedeutet aber nicht nur eine Reform der Staatsrechtslehre, sondern auch einen grundlegenden Wandel des gesamten, heute herrschenden juristischen Systems. Dieses System baut bekanntlich auf dem Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht auf. Dieser Unterschied, dessen Bedeutung mit der Zeit erhebliche Änderungen erfahren hat, beruht heute auf dem Gedanken, dass zwischen dem Staat und den übrigen Personen eine rechtliche Über- und Unterordnung herrscht und somit der Staatspersönlichkeit gegenüber den anderen Personen ein juristischer Mehrwert zukommt. Als öffentlichrechtlich werden jene Rechtsverhältnisse bezeichnet, in denen ein übergeordnetes einem untergeordneten Subjekt gegenübersteht, im Unterschied zu privatrechtlichen Verhältnissen, welche lediglich gleichgeordnete Subjekte aufweisen.

Die rechtslogische Unhaltbarkeit dieses Kriteriums und damit insgesamt der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht habe ich anderswo detailliert ausgeführt.⁵⁴ Allerdings schon vor mir bewies *Weyr* in seiner ausgezeichneten Abhandlung „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ (Archiv für öff. Recht, XXIII. S. 529 ff.) den inneren Widerspruch, der sich an einen solchen Dualismus knüpft und sprach sich für ein einheitliches Rechtssystem aus.⁵⁵ Ich halte die Überwindung dieses uralten Gegensatzes zwischen *jus privatum* und *jus publicum* für eine der wichtigsten Erkenntnisse in der Geschichte der neueren Rechtstheorie, auch wenn es sich dabei lediglich um die Erkenntnis eines Irrwegs handelt, eine Erkenntnis, deren Siegeszug sich trotz ihrer Selbstverständlichkeit erst allmählich, wenn auch mit völliger Sicherheit, vollziehen wird. Es ist mir eine besondere Ehre, an dieser Stelle das besondere Verdienst zu würdigen, das in dieser Sache einem tschechischen Autor zukommt.

| 95 | *Weyr* hat insbesondere die Bedeutung eines einheitlichen Begriffs der Rechtspersönlichkeit mit allen Konsequenzen erkannt und betont gegen die herrschende Staatsrechtslehre, dass der Staat als Rechts- und Pflichtensubjekt anderen Subjekten nicht übergeordnet sein kann. Er hält sich konsequent an den formalen Charakter jeder Rechtskonstruktion und lehnt deshalb Kriterien ab, die sich aus dem *Inhalt* dieses oder jenes subjektiven Rechts ergeben. Und da auch der Rechtsbegriff der juristischen Person rein formalen Charakter hat, nichts anderes bedeutet als die Trägerschaft von Pflichten und Rechten, kann daraus keine irgendwie geartete Differenzierung gewonnen werden.

Die herrschende Lehre meint, dass der spezifische Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Beziehungen entweder in der Verschiedenartigkeit der beteiligten Subjekte oder im Inhalt ihrer Beziehungen zu suchen sei. Beide Kriterien bedeuten im Grunde dasselbe. Denn ob ich sage, dass im öffentlichrechtlichen Verhältnis einem beteiligten Rechtssubjekt ein Mehrwert zukomme, oder dass der spezifische Inhalt der zugehörigen Berechtigungen und Verpflichtungen ein Herrschaftsimperium darstelle, ist dasselbe. Fraglich bleibt lediglich, worin eigentlich *juristisch* jener *Mehrwert*, jenes Machtelement, besteht. Auf diese Frage sind zwei Antworten möglich und beide werden von der herrschenden Lehre vertreten. Sie sagt, dass das Rechtssubjekt „Staat“ oder andere (sogenannte öffentlichrechtliche) Rechtssubjekte, denen dieser Mehrwert zusteht, im Gegensatz zu anderen Rechtssubjekten mit der Möglichkeit ausgestattet sind, physischen Zwang und Macht gegenüber anderen Subjekten auszuüben. Aber ganz abgesehen davon, dass der *Inhalt* irgendeines Rechtes, wie schon ausgeführt wurde, für die formal-juristische Konstruktion vollkommen gleichgültig ist, finden sich auch in Bereichen, die nach altem Brauch dem Privatrecht zugeschrieben

⁵⁴ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 4), S. 396 f., 647–649, 701–705 = HKW 2, S. 21–878 (531, 809–811, 869–873); *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 (87–98, 119–225) = HKW 3, S. 247–316 (271–300).

⁵⁵ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 535, 556, 579.

werden, Rechte und Pflichten, zu deren Inhalt die unmittelbare Ausübung von Macht gehört; z. B. die Ausübung der väterlichen Gewalt gegenüber den Kindern, das Recht der privaten Fürsorge und andere. Im übrigen kann die berechnete oder pflichtgemäße Machtausübung *zwischen zwei Personen* niemals eine rechtliche Über- oder Unterordnung konstituieren; denn sobald jemand der Staatsgewalt unterliegt, kommt er nicht als ein Rechtssubjekt, sondern als ein *Objekt* in Betracht, ist er im Rechtssinne Gegenstand und keinesfalls Person. In dem Herrschaftsakt der gewaltsamen Festnahme etwa steht der Staat als Person (d. h. als Subjekt, das berechnete und verpflichtet ist festzunehmen) dem Verhafteten keinesfalls als einem Rechtssubjekt gegenüber, und er ist diesem daher auch nicht *als Person* übergeordnet. Das Verhältnis ist hier ganz ähnlich wie die Eigentümerbeziehung zu einer Sache. Denn auch das Eigentum wird als *Rechtsherrschaft* definiert, ohne dass dieses lediglich inhaltliche | Machtmoment einen Einfluss auf die Stellung des Eigentums im Rechtssystem hätte. Besteht das Wesen des öffentlichen Rechts darin, dass zu dessen Inhalt eine Art Herrschaft gehört, dann müsste man auch das Eigentumsrecht dem öffentlichen Recht zuordnen. Sobald zu einem Verhalten aber eine *Verpflichtung* oder *Berechtigung* besteht, ist man im Verhältnis zum Staat nicht bloßer Gegenstand (Sache), sondern Subjekt (Person), sobald man beispielsweise verpflichtet ist, einem Festnahmebefehl zu gehorchen, so ist man Rechtsperson, nicht aber schon dann, wenn der Staat eine Verhaftung tatsächlich durchführen kann. Gegenüber der Behauptung, dass das spezifische Moment der „Machtausübung“ juristisch darin besteht, dass die Untergebenen zum Gehorsam gegenüber staatlichen Befehlen verpflichtet sind und dass der Staat berechnete ist zu gebieten und zu verbieten, muss darauf hingewiesen werden, dass auch aufgrund jeder privatrechtlichen Norm, die jemanden rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet und einen anderen berechnete, dieses Verhalten einzufordern, eine Rechtsmöglichkeit besteht, zu gebieten und zu verbieten, und eine Rechtsverpflichtung, diesen Befehlen und Verboten zu gehorchen. Darf nicht der Gläubiger am Fälligkeitstag den Schuldner auffordern zu bezahlen und ist nicht der Schuldner verpflichtet, dieser Forderung des Gläubigers nachzukommen? Kann nicht der Grundstückseigentümer jedem Beliebigen das Betreten und den Gebrauch des Grundstücks untersagen und ist nicht jeder daran gebunden, dieses Verbot zu respektieren? *Weyr* führt beispielsweise aus: „Denn streng genommen ‚herrscht‘ ja nicht nur der Monarch oder Präsident einer Republik, sondern jedes Rechtssubjekt, welches auf Grund eines Rechtssatzes dazu berechnete ist, anderen Rechtssubjekten etwas zu gebieten, bzw. zu verbieten.“⁵⁶ Und lediglich aufgrund einer Rechtsnorm kann auch der Staat seinen Untergebenen gebieten und verbieten, soll gerade die Machtausübung des Staates in der Exekutive juristisch aufgefasst, d. h. als Inhalt von Verpflichtungen oder Berechnungen verstanden werden. Nur für den Rechtsstaat existiert das Staatsrecht. Das hat *Weyr*

⁵⁶ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 563 Anm. 16.

mit Recht unterstrichen, wenn er sich gegen die Konstruktion des öffentlichrechtlichen Vertrages ausspricht, wie sie *Otto Mayer*⁵⁷ vorgeschlagen hat: „*Mayer* sagt: ‚Die Rechte und Pflichten des entsprechenden zivilrechtlichen Vertrages werden mit obrigkeitlicher Macht gehandhabt durch die Behörde, welche die eine Vertragspartei vertritt, teilweise unter den schützenden Formen der Rechtspflege, teilweise nicht.‘⁵⁸ Und weiter: ‚Man darf hier (sc. beim öffentlichrechtl. Dienstvertrage) nicht von einem Gewaltverhältnis sprechen, welches überdies öffentlichrechtlich behandelt wurde, sondern das Öffentlichrechtliche ist es eben, was das Dienstverhältnis zu einem | Gewaltverhältnis macht.‘⁵⁹“⁶⁰ Hierzu bemerkt *Weyr*: „Es ist ziemlich schwer die Zweckmässigkeit dieser Theorie einzusehen. Mir wenigstens erscheint es unzweckmässig, den feststehenden Begriff des ‚Rechtsverhältnisses‘ derart zu gestalten, daß seine hervorragendste Eigenschaft, die darin besteht, daß es eben das kontradiktorische Gegenteil eines Gewalt- oder Machtverhältnisses ist, verwischt wird. Denn solange beide Kontrahenten streng auf dem Boden des Rechts stehen, bleibt der Begriff des ‚Gewaltverhältnisses‘ ziemlich unklar. Was heißt es, wenn ich mit ‚obrigkeitlicher Macht‘ die Rechte und Pflichten meines Kontrahenten ‚handhabe‘, falls ich gleichzeitig berechtigt bin, sie zu handhaben? Ich kann da doch nur das verlangen, wozu ich berechtigt bin und wozu mein Kontrahent verpflichtet ist, was ja so ziemlich bei jedem Vertrage der Fall ist. Ganz ebenso wie der Rechtsstaat seinen Angestellten gegenüber, ‚handhabt‘ jeder Haushaltungsvorstand seinen Dienstboten gegenüber ihre Rechte und Pflichten.“⁶¹

Die herrschende Lehre von der Rechtspersönlichkeit des Staates beruft sich bei der juristischen Konstruktion seiner übergeordneten Stellung darauf, dass dem Staate – im Unterschied zu allen übrigen Subjekten – gegenüber den Untergebenen die Befähigung zusteht „Recht zu setzen“, d. h. durch seinen einseitigen Willensakt andere zu binden und zu berechtigen. Dem staatlichen Akt entspreche – im Gegensatz zum Rechtshandeln des Privatmannes – eine bestimmte, spezifisch öffentlichrechtliche Macht, welche ohne Rücksicht auf eine vorangegangene Rechts-

⁵⁷ *Otto Mayer* (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1869 Promotion in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a. o. Prof., 1887 o. Prof. für Verwaltungsrecht in Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als o. Prof. nach Leipzig berufen (1913/1914 Rektor). 1895–1903 Mitglied des Oberkonsistoriums der ev.-luth. Landeskirche Elsaß-Lothringen. Er gilt als Nestor der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. Wichtige Werke: *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg 1886; *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 Bde., Leipzig 1895 und 1896 (3. Aufl., Leipzig 1924); *Die Frage der Trennung von Staat und Kirche in der Gegenwart*, in: *Neues Sächsisches Kirchenblatt* 13 (1906), S. 481–484, 497–504; *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tübingen 1909; *Ist eine Änderung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat anzustreben?*, Halle (Saale) 1909.

⁵⁸ *Otto Mayer*, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage*, in: *Archiv für öffentliches Recht* 3 (1888), S. 3–86 (23).

⁵⁹ *Mayer*, *Vertrag* (Anm. 58), S. 57.

⁶⁰ *Weyr*, *Rechtssystem* (Anm. 10), S. 562 Anm. 15 – Klammerausdruck von *Weyr* eingefügt.

⁶¹ *Weyr*, *Rechtssystem* (Anm. 10), S. 562 Anm. 15 – Hervorhebungen des Autors von *Kelsen* nicht übernommen.

norm, also aus eigener Machtvollkommenheit feststellt, was im konkreten Fall Recht sei. Es ist offensichtlich, dass diese Ansicht rechtslogisch eine unzulässige Identifizierung des Staates als eines Trägers der Rechtsordnung mit dem Staat als einer dem Recht untergeordneten Person bedeutet. Es ist aber unzulässig, dem Staate, verstanden als ein der Rechtsordnung untergeordnetes Subjekt von Rechten und Pflichten, eine Befähigung oder eine Eigenschaft zuzusprechen, welche allein der Rechtsordnung selbst gebührt, d. h. dem Staate, verstanden als Träger dieser Rechtsordnung. Spricht man von den rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen des Staates – und das muss man, wenn man von Staatsrecht handeln will –, darf man dies nur für den Bereich der Exekutive, nicht jedoch für den Bereich der Gesetzgebung, d. h. der Rechtsschöpfung. Soll der Begriff von der Rechtsverpflichtung und Berechtigung des Staates aber überhaupt einen Sinn geben, muss eine Rechtsordnung *vorausgesetzt* werden, die diese rechtlichen Verpflichtungen und Berechtigungen statuiert. Sollen die ausführenden Akte des Staates (Rechtsprechung⁶² | und Verwaltung) vom staatsrechtlichen Standpunkt | 98 aus als die Ausübung von rechtlichen Verpflichtungen und als das Wirksamwerden von Rechtsansprüchen begriffen werden, muss die Existenz einer von diesen Akten verschiedenen Rechtsnorm vorausgesetzt werden, welche diese Verpflichtungen und Berechtigungen statuiert und in deren Ausführung oder Wirksamwerden diese Akte bestehen; dann lässt sich diesen Akten selbst keine verbindliche oder berechtigende, d. h. rechtsschöpferische Macht zusprechen, dann lassen sich diese Akte selbst nicht als Rechtsnormen verstehen, welche ihre rechtliche Geltung nicht mehr aus einer vorangegangenen Norm ableiten müssen. Der Staat als Rechtsautorität und der Staat als Rechtssubjekt, die Rechtsordnung und die Exekutive müssen scharf voneinander unterschieden werden. Und nicht nur für die Gedankenökonomie bedeutet es einen überaus wertvollen Gewinn, wenn man die Begriffe der Rechtsordnung und der Exekutive (Verwaltung und Rechtsprechung⁶³) so begrenzt, dass sie sich gegenseitig ausschließen, sondern diese Beziehung der beiden Begriffe lässt sich geradezu als rechtslogische Folge der Rechtsstaatsidee darstellen.

Auch Weyr kommt zu dieser Erkenntnis, wenn er jener Ansicht, wonach das spezifisch öffentlichrechtliche Moment in der Befähigung des Staates liege, die Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten mit Macht zu regeln, vorwirft: „Rechtsverhältnisse mit obrigkeitlicher Macht regeln kann zwar der Staat, aber nur in der abstrakten Form objektivrechtlicher Normen.“⁶⁴ Das bedeutet also: der Staat als Rechtsordnung, nicht aber der Staat als Rechtssubjekt. Unter allen Umständen muss die Ansicht verteidigt werden, dass einzig und allein die Rechtsordnung

⁶² Das tschechische Wort „nalézání práva“ heißt an sich „Rechtsfindung“; wegen des Kontextes mit der Verwaltung und da im Tschechischen Gerichte Recht nicht nur „sprechen“, sondern auch „finden“, wird vorliegend „Rechtsprechung“ verwendet.

⁶³ Vgl. oben Anm. 62.

⁶⁴ Weyr, Rechtssystem (Anm. 10), S. 561.

| 99

Rechte und Pflichten statuiert und dass die staatlichen Akte wie auch das rechtliche Handeln privater Personen Rechtswirkungen nur auf der Grundlage einer Rechtsnorm entfalten können. Es gibt Sachverhalte, mit denen die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen verknüpft. Es ist unscharf ausgedrückt und führt leicht zu Missverständnissen, wenn man sagt, dieser Verwaltungsakt lege diese oder jene Pflicht fest, dieses oder jenes Recht. Genauso unscharf und missverständlich ist die Redewendung, dass durch Vertrag oder Testament usw. dieses oder jenes Recht entstanden sei. Denn die Befähigung, Rechte und Pflichten festzulegen, steht allein der Rechtsordnung zu, der Rechtsautorität. Der Staat (als Rechtssubjekt) schafft mit seinen Verwaltungsakten und Urteilen ebenso wie der Rechtsunterworfenen mit einem Rechtshandeln lediglich die Bedingungen, an die die Rechtsordnung die Entstehung bestimmter Wirkungen knüpft. Unter diesem Aspekt ist die zweite Unterscheidungsmöglichkeit zwischen öffentlichem und privatem Recht, zwischen der Staatsperson und den anderen juristischen Personen zu untersuchen. Man kann dabei darauf verweisen – und das hat man auch | mehr oder minder deutlich getan –, dass der Staat im Gegensatz zu anderen Rechtssubjekten durch einen einseitigen Willensakt nicht nur Berechtigungen, sondern auch *Rechtspflichten* anderer Personen festsetzen kann. Genauer gesagt, dass die Rechtsordnung an die einseitige Willensäußerung der Staatsperson, nicht jedoch von anderen Personen, als Rechtsfolge die Verpflichtung von dritten Personen knüpft. Es ist zwar richtig, dass die Rechtsordnungen in der Regel tatsächlich *keine* Rechtsverpflichtungen von Dritten an die Willensäußerungen der sogenannten Rechtsunterworfenen knüpfen; demgegenüber entstehen Berechtigungen Dritter häufig durch einseitige Willensäußerungen, z. B. durch einseitige Versprechen, Testament, kurz gesagt, jedes einseitige Rechtshandeln, das nicht nur eine Verpflichtung des Handelnden nach sich zieht. Damit eine *Pflicht* eines anderen als desjenigen entsteht, der seinen Willen äußert, ist grundsätzlich die *Einwilligung* dessen erforderlich, der rechtlich gebunden werden soll, also ein zweiseitiges Handeln. Der einseitigen Willensäußerung der Staatsperson verleiht die Rechtsordnung demgegenüber sehr häufig eine Bindungswirkung gegenüber den sogenannten Rechtsunterworfenen. Wollte man in diesem Umstand den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht suchen, würde dieser mit dem Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtshandlungen mit bindender Wirkung für Dritte zusammenfallen (auch die staatlichen Akte gehören nämlich zum Rechtshandeln, da die Rechtsordnung daran Rechtsfolgen knüpft). Doch hat eine solche ohne weiteres zulässige Unterscheidung mit einer formal-juristischen Über- und Unterordnung des Staates und seiner Untergebenen nichts zu tun. Denn einerseits könnte die Rechtsordnung die Bindungswirkung für einseitige Willensäußerungen nicht nur den staatlichen Akten, sondern auch den Handlungen anderer Rechtssubjekte (der Untergebenen) zusprechen, andererseits muss man in Betracht ziehen, dass es eben gerade die *Rechtsordnung* ist, welche bindende Wirkung entfaltet und keineswegs der Staat (als Rechtssubjekt) oder irgendeine andere Person, deren ein-

seitige Willensäußerungen Bindungswirkung entfalten. Im Übrigen beschränkt die herrschende Lehre den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht auf den Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Akten mit Bindungswirkung. Spricht sie doch auch in jenen Fällen vom öffentlichen Recht, in denen zur Willensäußerung des Staates aufgrund der Rechtsordnung noch eine entsprechende Willensäußerung des Untergebenen hinzutreten muss, damit dieser rechtlich gebunden werden kann. Beispielsweise bei einem Vertrag mit Staatsangestellten, bei der Naturalisation bzw. bei allen sogenannten öffentlich-rechtlichen Verträgen.

Die offensichtlichen Widersprüche, in welche die herrschende Lehre mit ihrer Ansicht über den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht | gerät | 100 und welche sich in deren spezifischem Aufbau der Rechtsidee des Staates noch fortsetzen, werfen die Frage nach den tieferliegenden Gründen auf, warum die Grundsätze der Rechtslogik so auffällig gebrochen werden. *Weyr* hat auf eine sehr zutreffende Weise psychologisch erklärt, warum weiterhin so beharrlich am Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht festgehalten wird, auch wenn es der Rechtsstaatsidee widerspricht: „Man sah sich im allgemeinen einem überaus⁶⁵ mächtigen Rechtssubjekte, dem Staate gegenüber. Es war genug, wenn der noch vor kurzem ‚gehorsamste Untertan‘ diesem mit allen Mitteln der Souveränität ausgestatteten Rechtssubjekt gegenüber sich im allgemeinen als Rechtssubjekt und nicht mehr als willenloses Objekt zu fühlen beginnt. Man kann von ihm nicht verlangen, daß er so weit gehen solle, die neugeschaffenen rechtlichen Relationen zwischen ihm und dem Staat als wesensgleich mit jenen, die ihn von altersher mit anderen ‚gehorsamsten Untertanen‘ verbanden, zu betrachten. Dieser in seinem Wesen psychologische Grund der Unterscheidung trifft aber nun begrifflicherweise bei allen juristischen Schriftstellern, die sich mit der Rechtsnatur des Staates beschäftigen, in größerem oder kleinerem Maße zu: Er ist so stark, daß nicht einmal die für naive Gemüter verblüffende Ähnlichkeit beider Arten von rechtlichen Relationen darüber hinweghalf.“⁶⁶

Es ist nützlich, dieser psychologischen Erklärung noch eine Erläuterung in Bezug auf den politischen Zweck hinzuzufügen. Die herrschende Lehre, die den Staat auch im Bereich der Exekutive, in seiner Eigenschaft als Richter, vor allem aber als Verwalter, als eine allmächtige Autorität begreift, die mit der Macht ausgestattet ist, Recht zu setzen, verfolgt mehr oder minder bewusst eine der Rechtsstaatsidee gegenläufige Tendenz. Wenn ein Rechtsakt des Staates ohne Rücksicht auf eine vorhergehende Rechtsnorm verbindlich festsetzen kann, was Recht sei, wenn die Verwaltung selbst Rechtsordnung ist, wird damit das Postulat hinfällig, das die verwaltende Staatstätigkeit als Inhalt von Rechten und Pflichten auffassen will, dann ist auch die Verwaltung insgesamt von der Rechtsordnung ausgenom-

⁶⁵ «einem überaus»] *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 537: «einem neuen, überaus».

⁶⁶ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 10), S. 537f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

men, die für jeden *konstitutionellen* Rechtsstaat Gültigkeit hat und für die Form des Gesetzes das Zusammenwirken von *Parlament* und Herrscher erfordert. Die herrschende Lehre erklärt jeden Akt der staatlichen Exekutive für verbindlich auf der Grundlage einer besonderen „öffentlich-rechtlichen“ Macht, welche dem Staat immanent sei, ohne Rücksicht auf die Rechtsnorm, die natürlich in die Form eines Gesetzes gekleidet werden muss. Dabei bleibt allerdings die Frage ungelöst, unter welchen Umständen ein bestimmtes menschliches Verhalten | als ein Akt des Staates angesehen werden soll. Soll das Kriterium hierfür nicht in einer Rechtsnorm außerhalb dieses Aktes selbst liegen und soll die Bindungswirkung dieses Aktes nicht von einer Rechtsnorm abgeleitet werden (hiervon geht die herrschende Lehre aus, wenn sie einen durchführenden Akt des Staates selbst zur Rechtsnorm erklärt), dann muss jeder Akt mit Bindungswirkung für Dritte, der vom bestehenden Verwaltungsapparat mit dem Herrscher an der Spitze ausgegeben wurde, als rechtsgültiger Akt des Staates angesehen werden, ohne Rücksicht auf eine formale gesetzliche Ermächtigung. Das ist jedoch ein Grundsatz des Absolutismus, ein Grundsatz des Polizeistaates im Gegensatz zum Rechtsstaate. Ein solcher Staat benötigt als Verwalter keine rechtsnormative Ermächtigung, weil er selbst Rechtsautorität ist und als solche selbst die Rechtsnormen setzt. Wird ein solcher der Rechtsordnung nicht mehr untergeordneter Staat dennoch als eine Rechtsperson angesehen, bezeichnet man dessen Akte, welche durch keinerlei übergeordnete Rechtsnormen gerechtfertigt sind, als eine Ausübung von Rechten und Pflichten, so verschleiert man mit dieser zu Unrecht angewandten Rechtsterminologie ein reines *Machtverhältnis*. Daher auch jene seltsame Theorie, dass Machtverhältnisse unter Umständen auch *Rechtsverhältnisse* sein können.⁶⁷

Seien die praktischen politischen Bedürfnisse, denen die herrschende Lehre des „öffentlichen“ Rechts mit ihren Konstruktionen dient, auch noch so mächtig – ich bezweifle nicht, dass in der Rechtswissenschaft in demselben Moment, da sie redlicherweise von allen politischen Tendenzen gereinigt sein wird, endlich auch die rechte Staatsidee dem Siege zustrebt und zwar als eine Rechtsidee, die von allen Elementen der Macht und Herrschaft frei und von aller Politik losgelöst ist.

⁶⁷ Kelsen polemisiert hier möglicherweise gegen Jellineks Begriff der „normativen Kraft des Faktischen“. Vgl. *Jellinek, Staatslehre* (Anm. 14), S. 338f., 362–364.

Zur Lehre vom Gesetz im formellen
und materiellen Sinn,
mit besonderer Berücksichtigung
der österreichischen Verfassung
(1913)*

* Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232.

Nachdruck:

– in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1533–1544. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle WRS zu erkennen.)

Übersetzung:

– *Italienisch*: Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale, in: Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 221–234.

| Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung.

Wenn man Juristen im Bereiche ihrer Disziplin von einem „Gesetze“ sprechen hört, so wird man vielleicht zunächst geneigt sein, diese Terminologie auf eine Anleihe bei der Naturwissenschaft zurückzuführen, wo man die Heimat des Gesetzesbegriffes in dem ursprünglichen und exakten Sinne des *Naturgesetzes* vermutet, dem das tatsächliche Geschehen mit eherner Notwendigkeit unterworfen ist. Man wird meinen – und man hat auch tatsächlich früher gemeint – daß es nur eine unexakte und übertragene Bedeutung hat, wenn neben der für das totale Universum ausnahmslos Geltung heischenden, ein Müssen statuierenden Naturregel mit „Gesetz“ auch gewisse von Menschen künstlich geschaffene, an Menschen gerichtete *Normen* bezeichnet werden, die keineswegs ausnahmslos beobachtet werden *müssen*, sondern nur befolgt werden *sollen*, aber häufig – wenn auch nur ausnahmsweise – nicht befolgt werden.

Diese Anschauung ist falsch. Nicht nur, weil zwischen Naturgesetz und Norm mehr als ein bloßer gradueller Unterschied in bezug auf Geltungsgebiet und Geltungsintensität besteht, sondern vor allem, weil die Geschichte des Gesetzesbegriffes nicht von der Naturwissenschaft zur Rechts- und Staatswissenschaft, sondern umgekehrt: aus der Rechts- und Staatswissenschaft zur Naturwissenschaft führt. Der Staat mit dem Herrscher an der Spitze, der durch Gesetze, das ist von den Untertanen zu befolgende Befehle, die Verhältnisse der Gemeinschaft regelt, das gab der ältesten menschlichen Erkenntnis das Analogon für die Ordnung der Natur, deren Elemente man einem obersten göttlichen Willen ebenso unterworfen dachte, wie man die Bürger den Vorschriften des Gesetzgebers gehorchen sah. Wie im staatlichen Leben das Handeln der Untertanen, so führte man in der Natur das Verhalten aller Objekte auf einen außer- und überhalb stehenden Willen zurück, den man im Universum wie im Staate als Gesetz bezeichnete. Mit dem tieferen Eindringen der erklärenden Naturwissenschaften in das Wesen ihres Gegenstandes, mit der Emanzipation von der Vorstellung eines obersten Willens, | dem die beseelte und unbeseelte Natur wie einem Herrscher gehorcht, vollzog sich eine vollständige Wandlung in der Bedeutung des von der Politik entlehnten Gesetzesbegriffes der Naturwissenschaften; und so steht heute das Naturgesetz der erklärenden Disziplinen in einem scharfen Gegensatz zu dem Rechtsgesetze, dem

ihm verwandten Sittengesetze, dem grammatischen und ästhetischen Gesetze der normativen Disziplinen, der Norm im eigentlichen und engeren Sinne.

| Verfolgt man die Geschichte des Gesetzesbegriffes im Bereiche der Staats- und Rechtswissenschaft, so hat man bald nach Entwicklung des konstitutionellen Systems in der Theorie eine eigenartige Spaltung des fraglichen Begriffes zu verzeichnen. Bisher hatte „Gesetz“ stets nur die eine Bedeutung einer bindenden, das heißt rechtspflichtenschaaffenden oder einen Rechtssatz formulierenden Vorschrift der kompetenten staatlichen Autorität, ohne Rücksicht auf die besondere Form, in der diese Vorschrift erlassen wurde. Nach der Etablierung des konstitutionellen Prinzipes aber, das sich dadurch charakterisiert, daß die rechtserzeugende Gewalt nicht mehr allein beim Monarchen, sondern beim Volke, eventuell im Vereine mit dem Monarchen steht, glaubte die offizielle Staatsrechtstheorie neben dem ursprünglich rein materiellen Gesetzesbegriffe auch einen Begriff des Gesetzes im formellen Sinne unterscheiden zu müssen. Gesetz im formellen Sinne wird nur genannt, was sich als Parlamentsbeschluß mit darauffolgender Sanktion des Monarchen und entsprechender Publikation darstellt. Diese Terminologie sucht ihre Berechtigung nicht bloß darin, daß in der durch das konstitutionelle Regime geschaffenen Gesetzgebungsform auch etwas anderes als eine rechtspflichtenerzeugende Norm, also ein Gesetz im materiellen Sinne, daß ein rechtlich völlig irrelevanter Inhalt erscheinen kann, sondern vor allem darin, daß Rechtspflichten statuierende Normen, Rechtssätze auch im konstitutionellen Staate in einer anderen als der konstitutionellen Gesetzesform geschaffen werden können, daß der Monarch als Chef der Exekutive und die ihm unterstellten Behörden in der Form der *Verwaltung* in einem bestimmten Ausmaße Rechtssätze erlassen, das heißt Gesetze im materiellen Sinne geben können.

Allerdings muß betont werden, daß diese Auffassung dem Grundgedanken des reinen Konstitutionalismus keineswegs entspricht und auch zu Beginn der konstitutionellen Ära weder wissenschaftlich vertreten wurde, noch auch im Wortlaute der Verfassungsgesetze, insbesondere der österreichischen vom Jahre 1867¹

¹ Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (im Folgenden: StGG Reichsvertretung 1867); Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145 (im Folgenden: StGG Regierungsgewalt 1867); Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146; Gesetz vom 21. December 1867, womit der Zeitpunkt bestimmt wird, mit welchem das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, endlich das Gesetz, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer

|WRS 1535

zum Ausdrucke | kommt. Nach streng konstitutioneller Theorie ist alle rechtserzeugende Gewalt an die Form gebunden, die durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch entsteht. Was auf diesem Wege nicht erzeugt wird, verdient nicht den Namen Gesetz und nur auf diesem Wege kann Recht, können Rechtssätze und damit Rechtspflichten geschaffen werden. Das konstitutionelle Prinzip fordert, daß alles materielle Gesetz formelles Gesetz sei. Die Unterscheidung von Gesetz im materiellen und formellen Sinne bedeutet, sofern sie die Anschauung ausdrückt, daß das Recht auch in anderer als Gesetzesform erzeugt werden kann, daß das konstitutionelle Prinzip nicht rein und unverfälscht realisiert wurde, und daher ist es nicht bedeutungslos, daß die fragliche Lehre in Deutschland zur Zeit der Wiedererstarkung des monarchischen Prinzipes entstanden ist.

|230 1

Bekanntlich rührt die Unterscheidung zwischen Gesetz im | materiellen und formellen Sinne von *Laband*² her.³ Sie ist dann von *Jellinek*⁴ und *Anschütz*⁵ fortgeführt worden,⁶ und läßt sich kurz in folgenden zwei Dogmen formulieren:

Behandlung, in Wirksamkeit zu treten haben, RGBl 1867/147. Die Gesamtheit dieser Gesetze wird heute „Dezemberverfassung“ (im Folgenden mit dem Zusatz „1867“) genannt.

² Paul Laband (1838–1918), bedeutendster Staatsrechtslehrer der Kaiserzeit und wichtigster Exponent des staatsrechtlichen Positivismus. Ab 1861 Privatdozent in Heidelberg, 1864 in Königsberg, ab 1866 dann o. Prof. ebendort. Er ging 1872 an die Universität Straßburg. Mitbegründer des „Archiv für öffentliches Recht“ (1886), der „Deutsche Juristenzeitung“ (1896) und des „Jahrbuch für öffentliches Recht“ (1907). Wichtige Werke: Über den Verfasser und die Handschriften-Genalogie des Schwabenspiegels, Berlin 1861; Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3 Bde., Tübingen 1876–1880 (5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1911–1914); Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden 1895; Handbuch der Politik, 3 Bde., Berlin und Leipzig 1912–1914.

³ Vgl. *Paul Laband*, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 4 (1870), S. 625–707 (626–635); *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., Tübingen 1911, S. 61–68.

⁴ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellinek).

⁵ Gerhard Anschütz (1867–1948), Staatsrechtslehrer. 1896 Habilitation in Berlin, ab 1899 o. Prof. für Öffentliches Recht in Tübingen, ab 1900 in Heidelberg, 1908 in Berlin und 1916–1933 wieder in Heidelberg (1922/1923 Rektor). Er verkörperte als Staatsrechtslehrer die Kontinuität vom Kaiserreich zur Weimarer Republik und war zugleich mit Richard Thoma (1874–1957) der bedeutendste Exponent eines bürgerlich-liberalen Gesetzespositivismus, der dem Weimarer System affirmativ gegenüberstand. Aus politischen Gründen suchte er 1933 um seine Emeritierung nach. Wichtige Werke: *Georg Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, von Anschütz bearb. ab der 6. Aufl., Leipzig 1905; Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Berlin 1921 (14. Aufl., Berlin 1933); Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2 Bde., Tübingen 1930 und 1932 (hrsg. gemeinsam mit Richard Thoma).

⁶ Vgl. *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg i. Br. 1887, S. 226–261; *Gerhard Anschütz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1913.

1. Die Form des Gesetzes kann auch einen Inhalt haben, der einen Rechtssatz nicht darstellt.

2. Die Form der Verwaltung kann auch einen Rechtssatz zum Inhalte haben.⁷

Gegen diese Lehre, die als die herrschende gelten kann, ist von nennenswerten Autoren nur *Haenel*⁸ aufgetreten. Dieser läßt von den beiden angeführten Dogmen das zweite ohne weiteres gelten; wogegen er mit allem Nachdrucke Stellung nimmt, ist nur der erste Satz, daß nämlich die Form des Gesetzes etwas anderes als einen Rechtssatz enthalten könne. *Haenel* stellt das Gegendogma auf: die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt.⁹ Damit erklärt er jedes formelle Gesetz zugleich für ein materielles und lehnt es ab, Verordnungen, die Rechtssätze enthalten – und er räumt diese Möglichkeit ohne weiteres ein – als Gesetze im materiellen Sinne zu bezeichnen.¹⁰

Dem positiven Resultate *Haenels* kann trotz seiner sehr scharfsinnigen und zum großen Teil zutreffenden Polemik gegen die *Labandsche* Lehre nicht beigespflichtet werden. Aber auch der herrschenden Theorie muß in einem wesentlichen Punkte widersprochen werden. Das von der juristischen Konstruktion anzustrebende Resultat muß vielmehr dem Geiste und Wortlaute der positiven Verfassungsgesetze und insbesondere der österreichischen Verfassung entsprechend in dem Nachweise des konstitutionellen Dogmas gipfeln: das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes, das heißt nur in Form des Gesetzes kann ein Rechtssatz erscheinen.

| WRS 1536

Damit ist der *Laband-Jellinek-Anschützchen* Theorie gegen die *Haenelsche* Auffassung zugestanden, daß die Gesetzesform auch einen anderen Inhalt haben könne als gerade einen Rechtssatz, ja, im schärfsten Widerspruch zu *Haenel*: daß die Gesetzesform weit genug sei, um jeden beliebigen Inhalt zu erfassen. Damit ist aber gegen die *Laband-Jellinek-Anschützche* Theorie und die mit ihr in diesem Punkte übereinstimmende Lehre *Haenels* die Möglichkeit von Rechtssätzen in Form von Verordnungen zurückgewiesen; vielmehr wird behauptet, daß für jeden Rechtssatz die Gesetzesform nachzuweisen sein müsse. Da sohin jeder Rechtssatz Gesetzesform haben oder, mit anderen Worten: jedes Gesetz im materiellen Sinne zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein muß, nicht aber umgekehrt, kann eine Diskrepanz von Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne nur insofern entstehen, als ein Gesetz im formellen Sinne etwas anderes als einen Rechtssatz

⁷ Diese beiden Sätze finden sich bei *Albert Haenel*, Studien zum Deutschen Staatsrechte, Bd. 2: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888, S. 107, statt „Verwaltung“ heißt es dort aber „Verordnung“.

⁸ *Albert Haenel*, auch: *Hänel* (1833–1918), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1858 Habilitation in Leipzig; ab 1860 a. o. Prof., ab 1862 o. Prof. in Königsberg, 1863–1911 lehrte er in Kiel. 1867–1888 Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses (ab 1876 Vizepräsident), 1867–1870 Mitglied des Reichstags des Norddeutschen Bundes, 1871–1893 und 1898–1903 Mitglied des Reichstags des Deutschen Reiches (ab 1874 Vizepräsident). Wichtige Werke: Studien zum Deutschen Staatsrechte, 2 Bde., Leipzig 1873 und 1888; Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892.

⁹ Vgl. *Haenel*, Gesetz (Anm. 7), S. 354.

¹⁰ Vgl. *Haenel*, Gesetz (Anm. 7), S. 107–110.

zum Inhalte hat. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gesetze beschränkt sich daher lediglich darauf, daß das Wort Gesetz das einemal zur Bezeichnung einer äußeren Form (ohne Rücksicht auf ihren Inhalt), das anderemal als Bezeichnung für einen bestimmten (und zwar für einen nur in der auch als „Gesetz“ bezeichneten Form möglichen) Inhalt dient.

Die *Haenelsche* Behauptung, daß das Gesetz im formellen Sinne keinen anderen Inhalt haben könne, als einen Rechtssatz, darf hier füglich außer Diskussion gestellt werden. Wenn man unter Gesetz im formellen Sinne wirklich nur die Form des Gesetzes versteht und nicht wie *Haenel* – allerdings auch die herrschende Lehre – auch ein materielles Moment in den Begriff der Gesetzesform einschmuggelt, dann kann die Form eines Gesetzes tatsächlich jeden beliebigen Inhalt aufnehmen, z. B. einen Verwaltungsakt, einen Glückwunsch an den Monarchen, eine politische Theorie oder sonst etwas, dem rechtlich keine Relevanz zukommt. Vielmehr ist das Hauptgewicht auf Prüfung der Frage zu legen, ob Rechtssätze in einer anderen als der Gesetzesform möglich sind, insbesondere ob nicht auch im Wege der Verwaltung Rechtssätze aufgestellt werden können. Auf diese Weise ist darzutun, inwiefern der vorangeschickte Grundsatz Geltung habe, daß das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes sei.

| 230 II,
WRS 1537

| Den Standpunkt der herrschenden Lehre dieser Frage gegenüber | präzisiert *Anschütz* mit den Worten: „Jedes Gesetz im materiellen Sinne muß zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein, außer wenn gleichfalls durch ein formelles Gesetz auf dieses Erfordernis verzichtet ist.“¹¹ Dieser „Verzicht“ auf die Gesetzesform des Rechtssatzes wird nunmehr zu prüfen sein. Es ist zu untersuchen, ob der bezügliche Tatbestand wirklich einen Verzicht auf die Gesetzesform bedeutet oder formal juristisch anders zu qualifizieren ist. Das ist von der herrschenden Lehre zugegeben, daß nach konstitutionellem Grundsatz prinzipiell nur in Gesetzesform Rechtssätze zu erlassen sind. Es fragt sich nur, ob die Modalitäten, unter denen die Statuierung von Rechtssätzen und damit von Rechtspflichten und subjektiven Rechten im Wege der Verwaltung möglich scheint, formal juristisch keine andere Deutung zulassen, als die eines „Verzichtes“ auf die Gesetzesform.

Da dem Gesetze im formellen Sinne jeder beliebige Inhalt gegeben werden kann, ist die Möglichkeit vorhanden, in Gesetzesform im einen oder anderen Falle die sogenannte Bildung des Staatswillens, die Rechtserzeugung, wenigstens materiell anderen als den gesetzgebenden Faktoren zu übertragen. Man spricht in einem solchen Falle von einer Delegation. Diese liegt vor, wenn durch ein Gesetz ein exekutives Staatsorgan ermächtigt wird, durch einen spezifischen Verwaltungsakt, die Verordnung, einen Rechtssatz zu erlassen, das heißt sowohl den Inhalt als auch die Bedingungen eines Staatswillens festzusetzen. Wenn z. B. gesetzlich bestimmt wird, daß der Justizminister im Verordnungswege regeln solle, wie und unter

¹¹ *Anschütz*, Studien (Anm. 6), S. 88 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

welchen Umständen der Wucher zu bestrafen sei. In dieser formal gesetzlichen Delegation erblickt die herrschende Lehre den „Verzicht“ auf die Gesetzesform.

Fraglich ist nun, wie das Verhältnis einer solchen delegierten Verordnung zu einem ermächtigenden Gesetze juristisch zu konstruieren ist. Ein doppelter Weg scheint sich zu eröffnen. Man kann – und das ist die übliche Art, das Problem zu lösen – die delegierte Verordnung dem Gesetze gleichstellen, indem man sich auf die Tatsache stützt, daß beide den gleichen Inhalt haben können. Man kommt in Gemäßheit dieser Konstruktion zu dem Resultate, daß Rechtssätze sowohl durch Gesetz als auch durch delegierte Verordnung statuiert werden können, daß der Wille des Staates in beiden zur Entstehung gelangt. Allein bei einer solchen Konstruktion kommt das wesentlichste Moment in dem Verhältnis zwischen dem ermächtigenden Gesetze und der die Delegation realisierenden Verordnung nicht zum Ausdruck: die exekutive Natur der Verordnung in bezug auf das Gesetz, die Tatsache, daß die Verordnung ein Akt der Verwaltung ist, und als solcher formell im Gegensatz zur Rechtsordnung steht, deren Vollziehung nur die Verwaltung ist. Eine Verordnung, die Rechtssätze statuiert, wäre Rechtsordnung und Verwaltung zugleich, was in einem übertragenen Sinne soviel bedeutete wie zugleich Ursache und Wirkung sein. *Es ist von höchstem begriffsökonomischen und systematisch-ästhetischen Werte, die Grenzen zwischen Rechtsordnung und Verwaltung so zu ziehen, daß beide Begriffe einander ausschließen.* Darum muß in dem vorliegenden Verhältnis zwischen delegierter Verordnung und ermächtigendem Gesetze das Schwergewicht auf das letztere gelegt werden. Dies geschieht dadurch, daß man die Bedeutung der gesetzlichen Ermächtigung oder Delegation in die Formel faßt: Der Staat will im Gesetz unter Umständen, die durch die Verwaltung zu bestimmen sind, so handeln, insbesondere so strafen oder exequieren, wie es ebenfalls durch die Verwaltung bestimmt werden wird. Die gesetzlich ausgesprochene Delegation bedeutet einen *Blankettrechtssatz*. In Gesetzesform wird zumindest erklärt, daß ein bestimmter Rechtssatz sein solle; das „Wie“ seines Inhaltes zu bestimmen, bleibt der Verwaltung überlassen. Dem in Gesetzesform erscheinenden Blankettrechtssatz gegenüber stellt sich die delegierte Verordnung lediglich als Exekutivakt, als Realisierung desselben dar. Indem sie das im Gesetze enthaltene Blankett ausfüllt, die Bedingungen und | den Inhalt des im Gesetze erscheinenden Staatswillens festsetzt, kann sie wohl materiell als Erzeugerin dieses Willens gelten; allein dieses Moment ist eben wegen seines materiellen Charakters für die juristische Konstruktion irrelevant; formell – und das ist hier das ausschlaggebende – müssen die durch die Verordnung geschaffenen Bestimmungen als im Gesetze enthalten gedacht, in das Gesetz projiziert werden, denn die Verordnung stellt sich formell nur als eine Ausfüllung des Gesetzesblankettes dar. Damit ist der Sitz aller Rechtssätze, die materiell ihren Inhalt von der delegierten Verordnung erhalten, formell in das ermächtigende Gesetz zu verlegen; durch das Gesetz werden die bezüglichen Rechtspflichten statuiert und nicht durch die Verordnung; und es kann der Grundsatz aufrechterhalten bleiben, daß die notwendige Form des

| WRS 1538

| 231 I

Rechtssatzes das Gesetz ist. Nur in dieser Konstruktion kommt die für die juristisch formale Betrachtung wesentliche Tatsache zum Ausdruck, daß eine Verordnung den Inhalt von Rechtssätzen nur im Rahmen des Gesetzes feststellen kann.

Der Erkenntnis, daß die Rechtsverordnung nur den Inhalt dessen feststellt, was formal schon das delegierende Gesetz bestimmt oder, | mit anderen Worten, daß die Rechtsverordnung nur den Rahmen ausfüllt, der durch das delegierende Gesetz schon geschaffen ist, daß der Sitz der materiell durch die Rechtsverordnung geschaffenen Rechtssätze formell in dem delegierenden Gesetze ist, dieser Erkenntnis kommt *Haenel* trotz seines entgegengesetzten Resultates zum Greifen nahe. Er erklärt nämlich, die konstitutionelle Form des Gesetzes sei notwendig für alles, was der staatlichen Regelung durch Rechtssätze fähig und bedürftig ist.¹² Man sollte meinen, daß dieser Grundsatz nur mit anderen Worten sagt, was ich in den Satz formuliert habe: das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes;¹³ allein *Haenel* fügt hinzu: nur das Gesetz selbst kann eine *Vertretung* in dieser seiner Funktion anordnen¹⁴ – und glaubt damit eine Ausnahme von dem ersteren Grundsatz ausgesprochen zu haben. Und doch zeigt gerade die von *Haenel* gewählte Terminologie, derzufolge die Rechtsverordnung das Gesetz vertritt, daß es formal juristisch nicht befremdlich, sondern geradezu notwendig ist, die Funktion der Rechtsverordnung formal dem delegierenden Gesetze zuzurechnen, sowie man die Handlung des Stellvertreters auf Grund der von dem Vertretenen erteilten Vollmacht diesem letzteren zurechnet. In dieses juristische Zurechnungsproblem mündet letzten Endes die Frage nach dem Verhältnis zwischen formellem und materiellem Gesetze.

Daß die Gesetzgebung als die einzige und ausschließliche Quelle des Staatswillens betrachtet werden muß, hat seinen Grund in der Notwendigkeit eines einheitlichen Staatswillens. Nähme man etwa neben der Gesetzgebung, das ist dem Prozesse, der durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch entsteht, noch einen zweiten selbständigen und von dem ersteren unabhängigen Ausgangspunkt des Staatswillens an, etwa den Monarchen allein, dann wäre die Annahme einer einheitlichen Staatsperson mangels eines einheitlichen Staatswillens nicht möglich. Denn, sind beide Willenszentren tatsächlich voneinander unabhängig, ist die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Willensäußerungen gegeben und damit jede Konstruktion *einer* Staatsperson unmöglich. Glaubt man durch eine Kompetenzabgrenzung zwischen beiden Abhilfe schaffen zu können, so ist zu bemerken, daß darin eine arge Selbsttäuschung gelegen ist, da diese Abgrenzung von der einen der beiden Willensquellen ausgehen müßte, womit die Unabhängigkeit der anderen unvereinbar wäre.

¹² Vgl. *Haenel*, Gesetz (Anm. 7), S. 281.

¹³ Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 541 = HKW 2, S. 21–878 (693).

¹⁴ Vgl. *Haenel*, Gesetz (Anm. 7), S. 281.

Daraus mag ersehen werden, daß die Anerkennung des Dogmas von dem Gesetz als der notwendigen Form des Rechtssatzes nicht so sehr als ein Postulat der Politik, denn vielmehr als ein solches der formalen Rechtslogik anzusehen ist. Das politische Machtverhältnis zwischen Monarch und Exekutive auf der einen Seite, Gesetzgebung, respektive Volksvertretung auf der anderen Seite bleibt davon vollständig unberührt. Und man wird sich daher nicht ganz des Eindruckes erwehren, daß der heute herrschenden Lehre, welche, die formalen Grenzen zwischen Gesetzgebung und Verwaltung verwischend, der Exekutive eine der Legislative koordinierte Stellung einzuräumen bestrebt ist, indem sie beiden in gleicher Weise ein materielles Gesetzgebungsrecht zuspricht, eine gewisse politische Tendenz innewohnt. Die herrschende Lehre will offenbar mit ihrer Terminologie gegen die Anschauung Stellung nehmen, als ob die Exekutive, das heißt der Monarch, der Legislative unterstellt sei. Diese politische Wertdifferenz ist jedoch keinesfalls von der juristischen Konstruktion erfassbar; und deshalb bleibt das rein formale Dogma von dem Gesetze als der notwendigen Form des Rechtssatzes auch für die Verfassungen der sogenannten altmonarchischen Staaten¹⁵ aufrecht, in welchen die Gesetzgebungskompetenz der Volksvertretung sich historisch aus einer Beschränkung des ausschließlichen Gesetzgebungsrechtes des ehemals absoluten Monarchen ergeben hat. Hier pflegt die herrschende Lehre dem Monarchen ein materielles Gesetzgebungsrecht in der Form eines sogenannten primären oder selbständigen Ordnungsrechtes *neben* den Gesetzen insoweit zuzusprechen, als eine Übertragung der ursprünglichen Gesetzgebungskompetenz des Monarchen an die gesetzgebende Körperschaft verfassungsmäßig nicht erfolgt ist. Allein, auch diese Kompetenz des Monarchen läßt sich nur aus der historischen oder grammatischen Interpretation der positiven Verfassung begründen, deren einzelne Bestandteile, mögen sie nun aus konstitutioneller oder vorkonstitutioneller Zeit stammen, die jeweilige Form des Gesetzes haben müssen. Wenn aber das angeblich *neben* der formellen Gesetzgebung bestehende materielle Gesetzgebungsrecht des Monarchen auf den *Verfassungsgesetzen* beruht, dann ist dieses sogenannte primäre Ordnungsrecht des Staatsoberhauptes in altmonarchischen Staaten schließlich und letzten Endes auch nur ein *verfassungsgesetzlich delegiertes*. Die Delegation aber ist die Zurechnungsformel, die uns zwingt, den Sitz der materiellen, im Ordnungswege erlassenen Rechtssätze formell in das *Verfassungsgesetz* zu verlegen.

Speziell für die Interpretation der österreichischen Verfassung wird mitunter geltend gemacht, daß das Gesetzgebungsrecht des Parlamentes auf eine freiwillige Einschränkung des ursprünglich ausschließlichen Gesetzgebungsrechtes des Monarchen zurückzuführen sei. Ganz abgesehen davon, daß, wie oben angedeutet, diese Tatsache an der Konstruktion des Verhältnisses zwischen materiellem und

¹⁵ Zur Wendung *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 338 (3. Aufl., Berlin 1914, S. 347).

formellem Gesetz nichts ändern kann, muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß die Grundidee des Konstitutionalismus, derzufolge alle materielle Gesetzgebung in der spezifischen Form des Zusammenwirkens von Monarch und Parlament erscheinen muß, in allen Manifestationen deutlich zum Ausdruck kommt, die das konstitutionelle Prinzip in Österreich erlebte. Schon die Reichsverfassung vom Jahre 1848¹⁶ – der belgischen Verfassung nachgeahmt, die dem König ausdrücklich nur die Exekutive der Gesetze überträgt¹⁷ – erklärt, daß die ganze gesetzgebende Gewalt in bezug auf Reichsangelegenheiten vom Kaiser im Verein mit dem Reichstage, in Ansehung von Landesangelegenheiten vom Kaiser im Verein mit dem Landtage ausgeübt wird. Daß hier unter gesetzgebender Gewalt die gesamte Funktion der materiellen Gesetzgebung gemeint ist, muß, ganz abgesehen von allen historischen Gründen, schon deshalb angenommen werden, weil diese Verfassung das Prinzip der Gewaltenteilung strenger durchgeführt hat als die meisten anderen europäischen Verfassungen. Diese Verfassung trat zwar nicht in Wirksamkeit;¹⁸ aber im Oktoberdiplom vom Jahre 1860,¹⁹ mit dem die Kontinuität unseres Verfassungslebens beginnt, erklärt der Monarch, daß das Recht, „Gesetze“ zu geben, zu ändern und aufzuheben von ihm und seinen gesetzlichen Nachfolgern nur unter Mitwirkung der Landtage, respektive des Reichsrates ausgeübt werden wird. Daß auch hier das Wort „Gesetze“ im materiellen Sinne von Rechtsätzen, die Untertanen verpflichtenden Normen, zu verstehen ist, erhellt schon daraus, daß es im Augenblicke, da diese fraglichen Worte gesprochen wurden, ein formelles Gesetz gar nicht gab, die künftige Möglichkeit formeller Gesetze erst durch diesen einseitigen Regierungsakt des Monarchen geschaffen wurde; überdies er|gäbe es nur eine sinnlose Tautologie, wollte man das Wort „Gesetz“ hier im Sinne von formellem Gesetz, das heißt sanktioniertem Parlamentsbeschluß verstehen, denn es hieße, der Monarch wolle in Hinkunft sanktionierte Parlamentsbeschlüsse erlassen, respektive Parlamentsbeschlüsse sanktionieren nur im Verein mit dem Parlament. Das Februarpatent²⁰ übernimmt wörtlich den eben zitierten Passus des Oktoberdiploms. Das für die Beurteilung der Frage heute in erster Linie maßgebende, 1867 abgeänderte Grundgesetz über die Reichsvertretung fußt aber

|232 1

¹⁶ § 10, § 34 Satz 1 Allerhöchstes Patent vom 25. April 1848. Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates, PGS 1848/49.

¹⁷ Article 29 Constitution du Royaume de Belgique du 7 février 1831, Bull. off. décr. Congr. Nat. Belge nr. 14; Pasin. 1830/31 p. 182, vgl. aber Article 26: „Le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat.“

¹⁸ Nachdem bei neuerlichen Unruhen am 15. Mai 1848 die Zurücknahme der Verfassung (Anm. 16) gefordert worden war, beauftragte der Kaiser den neu zu wählenden Reichstag mit dem Entwurf einer neuen Verfassung, vgl. Proclamation vom 16. May 1848. Erklärung des ersten Reichstages als einen constituierenden nur mit einer Kammer und angeordnete Abänderung der früheren Wahlordnung, PGS 1848/65.

¹⁹ Art I Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226.

²⁰ Präambel des Patents vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20.

unmittelbar auf dem Februarpatent, das den Gedanken des konstitutionellen Prinzips unzweideutig zum Ausdruck bringt: alles materielle Gesetz soll formelles Gesetz sein.

Das ist die stillschweigende Voraussetzung der ganzen Verfassungsgesetzgebung vom Jahre 1867.²¹ Das Grundgesetz über die Reichsvertretung, das in § 11 die Kompetenz des Reichsrates und damit den Umfang des formellen Gesetzgebungsrechtes bestimmt, beabsichtigt nur eine Grenze gegenüber der Landesgesetzgebung zu ziehen. An eine Grenzziehung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, die man heute in den § 11 hineininterpretiert, haben die Gesetzgeber von 1867 nicht gedacht. Das geht unzweifelhaft aus dem Bericht des Verfassungsausschusses hervor,²² dessen Entwurf für die Formulierung des § 11 maßgebend war.²³ Und selbst wenn dieser Gesetzesstelle der Sinn beigelegt werden kann, daß sie auch den Bereich der Gesetzgebung gegenüber der Verordnungsgewalt absteckt, dann stellt sie eben die für die Verordnungstätigkeit erforderliche formalgesetzliche Delegation, einen verfassungsgesetzlichen Blankettrechtssatz dar, durch welchen die Exekutive ermächtigt wird, die Legislative zu vertreten.

Die von manchen Autoren vertretene Ansicht, daß nach österreichischer Verfassung die Verordnungsgewalt *praeter legem*, das heißt auf allen vom Gesetze nicht erfaßten Gebieten, Rechtssätze aufstellen könne, widerspricht nicht nur dem Geiste und den historischen Voraussetzungen unserer Verfassung, sie ist vor allem auch unvereinbar mit der Bestimmung des Art. 11 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt,²⁴ daß Behörden nur auf Grund der Gesetze Verordnungen erlassen dürfen. Um die Bedeutung dieser Bestimmung richtig beurteilen zu können, muß man sich vergegenwärtigen, daß sie, wie das ganze Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt durch die Initiative *des Parlamentes* aus dem Verfassungsausschusse hervorgegangen ist. Dieser hebt in seinem den Gesetzentwurf einbegleitenden Bericht gleich im ersten Satze die Idee des *Rechtsstaates* hervor und stellt in einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit den Primat der Legislative fest. „Den ganzen Staatskörper durchdringt die gesetzgebende Gewalt, weil *diese ... die Rechtsordnung*, die Grundlage staatlicher Existenz, schafft.“²⁵ Und wenn auch die Verfasser dieses

| WRS 1542

²¹ Vgl. Dezemberversammlung 1867 (Anm. 1).

²² Vgl. Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Gesetzes, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, in: Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrates, IV. Session 1867–1869, S. 883–886.

²³ Vgl. Entwurf des Verfassungsausschusses, abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Oesterreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen. Bd. 1: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn, Wien 1868, S. 116–124. Der Entwurf ist nahezu wortgleich mit § 11 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 1).

²⁴ Art 11 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 1).

²⁵ Vgl. Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf des Staatsgrundgesetzes, betreffend die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, in: Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrates, IV. Session 1867–1869,

Staatsgrundgesetzes von dem Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung keine allzuklare juristische Vorstellung gehabt haben dürften, so haben sie doch die Verordnung unzweideutig in die „Schranken“ gewiesen, die durch das Gesetz aufgerichtet sind. Die gesetzlichen „Schranken“ sind aber nur eine unjuristische Bezeichnung für das formalgesetzliche Blankett. Für die österreichische Verfassung muß somit an dem Grundsatz festgehalten werden, daß die Rechtsordnung nur in Form des Gesetzes Veränderungen erfahren kann, daß zum Erlaß von Rechtsverordnungen eine gesetzliche Ermächtigung notwendig ist. Die österreichische Verfassung ist die vollkommene Realisierung des Prinzips, daß alles materielle Gesetz ein formelles Gesetz sein muß, außer wenn in einem formellen Gesetz die Delegation an die Exekutive ausgesprochen ist. Und sofern die Bedeutung solcher Delegation für die juristische Konstruktion erkannt ist, kann auch die österreichische Verfassung zur Exemplifikation des Dogmas dienen: daß die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist.

|WRS 1543

S. 767f. (767) – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung im Original von Kelsen nicht übernommen.

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913)*

* Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249.

| Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft.

I. Kapitel.

Dem heute herrschenden System der exekutiven Staatsakte (im Gegensatz zu den legislativen) liegt – so gut wie ausnahmslos akzeptiert – die Unterscheidung in rechtsgeschäftliche und rein tatsächliche Akte des Staates zugrunde¹⁾. Als rechtsgeschäftliche Staatsakte bezeichnet man jene, die sich als Rechtsgeschäfte, d. h. als Handlungen darstellen, die insoferne Rechtsfolgen haben, als diese Rechtsfolgen gewollt sind. Diesen rechtsgeschäftlichen Staatsakten stellt man die rein tatsächlichen gegenüber, denen Rechtsfolgen fehlen. Als Beispiel diene: für die erste Gruppe das richterliche Urteil oder ein Verwaltungsakt im eigentlichen und engeren Sinne, etwa ein polizeilicher Haftbefehl; für die letztere Gruppe die Realisierung der im Urteil ausgesprochenen Unrechtsfolge der Strafe oder Exekution, oder die tatsächliche Verhaftung durch das Exekutivorgan.

| 54

Dahingestellt bleibe hier, ob die sog. rein tatsächlichen | Staatsakte nicht auch deshalb unter den Begriff des Rechtsgeschäftes zu subsumieren wären, weil sie doch als Erfüllung staatlicher Rechtspflicht, als *solutio*, eine Rechtsfolge nach sich ziehen, nämlich die, daß ein bestehendes Rechtspflichtverhältnis beendet wird. Daß der *Beendigung* einer Pflicht keine wesentliche Verschiedenheit gegenüber der *Begründung* einer solchen für die Aufnahme in den Begriff der Rechtsfolge entgegensteht, scheint ziemlich plausibel. Eine Unterscheidung der Staatsakte könnte demnach nur in der Richtung erfolgen, ob mit dem Akt bloß die Rechtsfolge der *solutio* oder auch eine darüber hinausgehende Wirkung (Begründung oder Beendigung von Pflichten und Rechten) verbunden ist. Nur nebenbei sei hier bemerkt, daß die Annahme „rein tatsächlicher“ Staatsakte identisch ist mit dem Verzicht auf deren juristische Konstruktion. Wenn aber irgendeine menschliche Handlung *rechtlich* als Staatsakt erkannt werden soll – und das muß doch das Postulat jeder Staatsrechtslehre in bezug auf Tatbestände sein, die in einem *von ihr* aufgestellten System Platz finden sollen – dann können solche Akte nicht in ihrer

| 53

¹⁾ Vgl. *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. 2. Aufl. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912, S. 267 und *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin, Julius Springer, 1910, S. 48 ff.¹

¹ *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1912, S. 167; *Karl Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910, S. 46–135, insb. 49–58.

„reinen Tatsächlichkeit“, sondern nur mit einer bestimmten juristischen Qualifikation in Betracht kommen. Welches ist aber diese juristische Qualifikation?

Dahingestellt bleibe hier auch, ob die von verschiedenen Autoren beobachtete Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen Staatsakten im eigentlichen und engeren Sinne und rechtshandlungsmäßigen Akten der Staatsperson² haltbar ist oder nicht. Sofern der Unterschied darauf beruht, daß die Rechtsfolgen bei den ersteren „gewollt“ sind, bei den letzteren dagegen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden eintreten, hängt alles davon ab, ob das Willensdogma, dessen Geltung schon für das Gebiet des Privatrechtes d. h. für die privaten Rechtsgeschäfte widerlegt ist²⁾, sich nicht noch in viel höherem Maße für das öffentliche Recht, d. h. für die rechtsgeschäftlichen Staatsakte als überflüssige *Fiktion* erweisen muß. Die Lehre vom Staatsakt und insbesondere vom rechtsgeschäftlichen Staatsakt soll hier nach einer anderen Richtung hin überprüft werden. | 55

Wenn nach herrschender Auffassung die Staatsakte oder doch gewisse Staatsakte als Rechtsgeschäfte erklärt werden, so will man diese Tatbestände für die juristische Beurteilung keineswegs jenen gleichstellen, die von der Privatrechtstheorie so bezeichnet werden. Man erblickt in diesen Staatsakten „*publizistische*“ Rechtsgeschäfte⁴ im Gegensatz zu jenen des Privatrechtes. Und diese Systemisierung von öffentlichen und privaten Rechtsgeschäften erhält insoferne doppelte Bedeutung, als sie nicht bloß gewisse Staatsakte von spezifischen Rechtstatbeständen der Untertanen, sondern auch die Staatsakte untereinander scheidet: Die Staatsperson kann neben den öffentlichen auch private Rechtsgeschäfte setzen, so wenn sie Kaufverträge schließt, Darlehen aufnimmt etc.; wie ja auch der Untertan nach üblicher Meinung private und öffentliche Rechtsgeschäfte eingehen kann. Welches ist nun der Unterschied zwischen dem privaten und dem öffentlichen Rechtsgeschäft?

Diese Frage fällt zusammen mit der nach den Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Rechte überhaupt und kann nur im Zusammenhang mit dieser beantwortet werden.

Es soll nun hier dieses Problem nicht in seiner Gänze aufgerollt und insbesondere nicht die ganze Begriffsgeschichte dieser für unsere heutige Rechtstheorie grundlegenden Distinktion kritisch dargestellt werden; obgleich nur auf diesem Wege die beispiellose Unklarheit begreiflich werden kann, in welche die Rechtswissenschaft mit ihren Fundamenten geraten ist. Nur das für ein Verständnis des speziellen Problems dieser Abhandlung Notwendige soll hier gegeben werden. | 56

²⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, S. 121 ff.³

² Dazu *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 49–58.

³ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 121–133 = HKW 2, S. 21–878 (223–235).

⁴ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 49 – vgl. ergänzend unten bei Anm. 120, 128, 145.

Und da muß immer wieder daran erinnert werden, daß die für unser modernes Rechtssystem höchst charakteristische Unterscheidung zwischen jus privatum und jus publicum dem römischen Rechte entstammt. Wenn man den rechtstheoretischen Wert dieser Distinktion beurteilen will, ist es vielleicht nicht überflüssig sich zu vergegenwärtigen, daß die Römer, so bedeutend ihre Leistung auf dem Gebiete der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, kurz auf dem Gebiete der Rechtspraxis war, dennoch – oder gerade deshalb? – keine Rechts*theorie*, kein logisch geschlossenes System von Rechtsbegriffen geschaffen haben. Sie waren ein eminent praktisches Volk, aber sie hatten so gut wie gar keinen Sinn für Abstraktion. Wie überhaupt keine Philosophie, so hatten sie auch keine Rechtsphilosophie, weder eine materielle noch eine formale. Und so sind denn auch ihre rechtssystematischen Versuche durchaus unzulänglich³⁾. „Das römische Institutionensystem, das den | ersten Versuch eines Zivilrechtssystems enthielt, ist für unsere Zwecke vollkommen unbrauchbar¹¹⁽⁴⁾. Man hat längst eingesehen, daß es schlechterdings

[56] |³⁾ Treffend führt schon *Arnold*⁵ (Kultur und Rechtsleben, Berlin, 1865)⁶ aus, daß die Besonderheit der römischen Rechtsbildung und Rechtsentwicklung, die auf der einen Seite einen so großen Vorzug des römischen Rechtes bildete, der Ausbildung eines theoretischen Systems hinderlich war. „Die Theorie des Rechtes hatte in Rom überhaupt nicht die Bedeutung wie bei uns.“⁷ Die Anordnung des Stoffes erfolgte mehr nach praktischen, als nach theoretischen Gesichtspunkten. Und was besonders wichtig ist: Die Römer haben sich niemals zu dem einem formaltheoretischen Bedürfnis entspringenden Gedanken erhoben, „daß die Summe aller zu einer gewissen Zeit geltenden Rechtssätze zugleich ein eigenes in sich geordnetes Ganzes bilde, das schon um seiner selbst willen Wert und Bedeutung hat“.⁸ Dazu kommt eine verhältnismäßig geringe Abstraktionsfähigkeit der römischen Juristen: „Denn so abstrakt das Recht sein mag, es konnte doch die Entwicklungsstufe des Altertums nicht überspringen und diese blieb im ganzen viel mehr am Sinnlichen und Konkreten haften als wir es tun ... Alle Begriffe des römi|schen Rechtes, selbst die der klassischen Jurisprudenz, erscheinen deshalb im Vergleich mit denen der heutigen Wissenschaft konkret und sinnlich ... So waren denn auch die römischen Begriffe an sich weniger zum Aufbau eines Systems geeignet als die unsrigen, ganz abgesehen davon, daß es den Römern an einem Anlaß fehlte, besondere Kraft und Mühe darauf zu verwenden“.⁹ A. a. O. S. 403–406.¹⁰

⁴⁾ *Arnold*, a. a. O. S. 406.

⁵ Wilhelm (Christoph Friedrich) Arnold (1826–1883), Kultur- und Rechtshistoriker. 1850 Habilitation in Marburg, ab 1855 o. Prof. für Deutsche Rechtsgeschichte in Basel, 1863–1883 o. Prof. für Naturrecht, Staatsrecht und Nationalökonomie an der Universität Marburg (1872–1873 Rektor). Arnold war 1881–1883 Abgeordneter der konservativen Fraktion im Reichstag. Wichtige Werke: Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte im Anschluß an die Verfassungsgeschichte der Stadt Worms, Hamburg und Gotha 1854; Recht und Wirtschaft nach geschichtlicher Ansicht, Basel 1863; Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865; Ansiedlungen und Wanderungen deutscher Stämme, Marburg 1875.

⁶ *Wilhelm Arnold*, Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865.

⁷ *Arnold*, Kultur (Anm. 6), S. 403.

⁸ *Arnold*, Kultur (Anm. 6), S. 405.

⁹ *Arnold*, Kultur (Anm. 6), S. 405 f. – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁰ *Arnold*, Kultur (Anm. 6), S. 403–406.

¹¹ «Das römische ... unbrauchbar»] *Arnold*, Kultur (Anm. 6), S. 406: «Aus diesem Grunde ist das römische Institutionensystem, das den ersten Versuch eines Civilrechtssystems enthält, für unsere Zwecke vollkommen unbrauchbar».

unmöglich ist, ohne den logischen Bedürfnissen einer erschöpfenden Systematik Gewalt anzutun, unsere allgemeinen Rechtsbegriffe in die drei Kategorien *persona, res, actio* einzuzwängen⁵⁾. An der Zweckmäßigkeit und logischen Durchführbarkeit der gleichfalls spezifisch römisch-rechtlichen Einteilung in Privat- und öffentliches Recht hat man aber nicht nur niemals ernstlich gezweifelt⁶⁾, sondern hat sie zum Fundament der ganzen modernen Rechtstheorie gemacht. Und doch müßte einem eigentlich um dieses Fundament und das ganze auf ihm errichtete Gebäude bange werden, wenn man sich vergegenwärtigt – was man heute freilich nur allzuleicht vergessen hat – daß diese Einteilung des gesamten Rechtsstoffes für die Römer viel weniger bedeutet hatte als ihr Institutionensystem, das sich nur auf ein Teilgebiet und zwar jenes bezog, das ihnen weit mehr am Herzen lag als alles übrige. Die Unterscheidung in *jus privatum* und *publicum* ist denn auch tatsächlich nur beiläufig, ohne tiefere Begründung und ohne | weitere Konsequenzen von den Juristen gemacht worden. Sie war nicht sowohl eine systematische als praktische⁷⁾ und – was sie besonders bedenklich macht – sie war keineswegs einheitlich⁸⁾! Zunächst zeigen die Quellen eine auffallende Unsicherheit über das *Objekt der Einteilung*. Die bekannte *Ulpianstelle*¹⁶⁾: *l. 2. D. 1, 1: „Huius (sc. juris) studii duae sunt positiones, publicum et privatum“*¹⁷⁾ hat offenbar mehr eine Unterscheidung

⁵⁾ *Arnold*, a. a. O. S. 406.¹²⁾

⁶⁾ Die einzige, wissenschaftlich ernst zu nehmende Kritik und Ablehnung des Gegensatzes von *privatum* und öffentlichem Rechte findet sich in einem Aufsatz von Prof. *Dr. Franz Weyr*: *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*. *Archiv für öffentliches Recht* 1908, S. 529 ff.¹³⁾ Die Arbeit hat allerdings bisher in der deutschen Literatur überhaupt keine Beachtung gefunden. Auch ich bin auf sie erst nach Abschluß der vorliegenden Abhandlung durch eine persönliche Mitteilung des Verfassers hingewiesen worden.

⁷⁾ *Arnold*, a. a. O. S. 407.¹⁴⁾

⁸⁾ Vgl. *Ehrlich*, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* I. 1902 S. 159 ff.¹⁵⁾

¹²⁾ *Arnold*, *Cultur* (Anm. 6), S. 406.

¹³⁾ *Franz Weyr*, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in: *Archiv für öffentliches Recht* 23 (1908), S. 529–580.

¹⁴⁾ *Arnold*, *Cultur* (Anm. 6), S. 407.

¹⁵⁾ *Eugen Ehrlich*, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Bd. 1: *Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlin 1902, S. 159–200.

¹⁶⁾ *Domitius Ulpianus* (um 170–223), spätklassischer römischer Jurist und Schüler *Papinians*. 202–209 unter *Septimius Severus* (146–211, Kaiser ab 193) *Papinians* Nachfolger als Leiter der Kanzlei a *libellis*, ab 222 unter *Alexander Severus* (208–um 235, Kaiser ab 222) *Präфекt der Prätorianergarde*, die ihn bei einem nächtlichen Aufstand ermordete. Hauptsächlich sammelte und ordnete er das klassische römische Recht und verfasste neben einem *Institutionenwerk* u. a. *Kommentarwerke* zum *ius civile* des *Sabinus* (51 Bücher, unvollendet) und zum *prätörischen Edikt* (83 Bücher). Seine Schriften bildeten einen großen Teil des *justinianischen Corpus iuris civilis*. Auf *Ulpian* geht die „*Interessentheorie*“ zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht zurück (*D.1.1.1.2. Ulpianus 1 inst.*: „*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ...*“; dt.: „*Das öffentliche Recht befaßt sich mit den Verhältnissen des Gemeinwesens, das private Recht mit dem Nutzen der Einzelpersonen.*“).

¹⁷⁾ *D.1.1.1.2. Ulpianus 1 inst.* – Diese *Digestenfundstelle* hat *Kelsen* entnommen *Ehrlich*, *Rechtsquellen* (Anm. 15), S. 159; dt.: „*In diesem Studium (der Rechtswissenschaft) gibt es zwei Ansatzpunkte: Das öffentliche Recht und das private Recht.*“ – Hervorhebung und Klammerausdruck von *Kelsen* eingefügt.

von Rechtsdisziplinen als jenes System der Rechtsordnung, der Rechtsnormen im Auge, das wiederum nach anderen Stellen mit der Gegenüberstellung der beiden Begriffe beabsichtigt sein soll. Aber auch das *Unterscheidungskriterium* ist ein überaus schwankendes. Neben dem *Ulpianischen* Lehrsatz, der als Schulmeinung Geltung gefunden hat, und nach dem das staatliche oder individuelle Interesse, dem der Schutz des Rechtssatzes gilt, maßgebend ist, findet sich der bekannte Ausspruch *Papinianus*¹⁸: l. 38 D. 14, 2: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*,¹⁹ demzufolge der Gegensatz zwischen *jus publicum* und *jus privatum* mit dem von *jus cogens* und *jus dispositivum* zusammenfällt. Die römischen Juristen haben es mit diesem Gegensatz, den die moderne Rechtswissenschaft von ihnen übernommen und zu ihrem wichtigsten, obersten Einteilungsprinzip gemacht hat, nicht sehr genau genommen. Zumal der Inhalt eines der beiden Begriffe – nämlich des *jus publicum* – eigentlich niemals recht juristisch durchgearbeitet war; und – wenn man speziell an dessen wichtigsten Bestandteil, das Staatsrecht denkt – eigentlich niemals einen vollkommenen Rechtscharakter, niemals jene ausgesprochen juristische Physiognomie aufwies, die das Privatrecht der Römer auszeichnet.

Man kann nicht sagen, daß dem *jus privatum* im *jus publicum* ein Gleichartiges oder Gleichwertiges an die Seite gestellt wurde. Das öffentliche Recht war neben dem privaten bei den Römern ein Recht zweiten Grades. Und da sich die Einteilung – ganz entsprechend dem realen, praktischen, aufs Konkret-Sinnliche gerichteten Denken der Römer – im Grunde auf den *Rechtsstoff*, nicht die Rechtsform, auf die zu regelnden Lebensverhältnisse, nicht die regelnden Rechtsnormen bezog, bedeutet diese Graduierung zwischen *jus privatum* und *jus publicum*, daß das Objekt des Privatrechtes weit mehr und intensiver vom *Recht*, von Rechtsnormen erfaßt war als der Gegenstand, auf den sich das *jus publicum* bezog. Man meinte die staatlichen Verhältnisse, die faktischen *Herrschaftsbeziehungen* des Staates und seiner Organe zu den Untertanen, wenn man von *Staats-Recht* sprach, wie man die tatsächlichen wirtschaftlichen und sonstigen Beziehungen der Untertanen untereinander meinte, wenn man von einem Privatrecht sprach, das ja für eine streng logisch abstrakte Anschauung nur der Inbegriff der Normen ist, die diese Beziehungen regeln; und der Inbegriff eines „*jus*“ publicum, eines öffentlichen „Rechtes“, mit dem man die Verhältnisse der Staatsgewalt bezeichnete, vertrug sich im Bewußtsein der Römer durchaus mit der Tatsache, daß diese Verhältnisse sich

¹⁸ Aemilius Papinianus (142–212), wirkmächtigster spätklassischer römischer Jurist. Zunächst Leiter der Kanzlei a libellis, ab 205 bis zu seiner durch Marcus Aurelius Severus Antoninus (188–217, Kaiser ab 211, ab 213 Caracalla genannt) veranlassten Ermordung Präfekt der Prätorianergarde. Nach dem Zitiergesetz Theodosius II. (401–450, oströmischer Kaiser ab 408) aus dem Jahr 426 war bei Auslegungstreitigkeiten letztlich Papinians Ansicht entscheidend. Seine Hauptschriften, *quaestiones* (37 Bücher, entstanden vor 198) und *responsa* (entstanden zwischen 204 und 212), setzten noch die Überlieferung der klassischen Kasuistik fort und bilden einen großen Teil des justinianischen *Corpus iuris civilis*.

¹⁹ D.2.14.38. Papinianus 2 quaest. – Diese *Digestenfundstelle* hat Kelsen entnommen *Ehrlich*, *Rechtsquellen* (Anm. 15), S. 192; dt.: „Öffentliches Recht kann durch die Verträge Privater nicht geändert werden.“

ganz oder doch zum großen Teil dem Rechte, einer rechtlichen Normierung entzogen! Vollends das politische Dogma des *kaiserlichen* Rom: *princeps legibus solutus est*, galt als ein Prinzip des römischen Staatsrechtes, des *jus publicum*, wo doch damit nur die Eximierung²⁰ des obersten Trägers der Staatsgewalt (und damit dieser Gewalt selbst) vom Recht ausgesprochen, der Staat außerhalb oder überhalb die Rechtsordnung gestellt, das Staatsrecht damit geradezu negiert wurde!

Wenn man sich über die Bedeutung des heute die deutsche Rechtswissenschaft beherrschenden Unterschiedes zwischen pri|vatem und öffentlichem Rechte Re- |60
chenschaft geben will, muß man des weiteren auch den Prozeß berücksichtigen, mit dem diese Unterscheidung in die deutsche Rechtswissenschaft eingedrungen ist: die Rezeption des römischen Rechtes. Die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht war – das zeigt uns die Rechtsgeschichte – bis zum Augenblicke der Rezeption dem deutschen Rechte fremd⁹⁾; und ist jenem europäischen Rechte, das von der Rezeption unberührt geblieben ist, noch heute wesensfremd: dem englischen!¹⁰⁾. Die Unterscheidung zwischen *jus privatum* und *jus publicum* ist aber in die deutsche Rechtswissenschaft nicht etwa im großen Strom des römischen Rechtes und seiner Begriffe als ein verhältnismäßig kleiner und unbedeutender Bestandteil nur so mit eingedrungen. Nach neueren Forschungen ist die Meinung, die Rezeption habe nur dem römischen Privatrecht gegolten, als falsch erwiesen und gezeigt worden, daß das römische Staatsrecht, das *sogenannte* römische Staatsrecht dem deutschen Kaiser wie den deutschen Fürsten mit ihren Beamten – und von diesen, nicht vom deutschen Volke ist die Rezeption bewirkt worden – den stärksten Anreiz, den durchschlagenden Grund für die Rezeption des römischen Rechtes gab. Ein ausgesprochen politisches Motiv führte zur Rezeption: der Wunsch des deutschen Kaisers wie der deutschen Fürsten nach jener Stellung, die der römische *princeps* eingenommen hatte: *legibus solutus*! Mit überzeugenden Argumenten hat *Laband*^{23 11)} als das Motiv und Ziel der von Kaiser und

⁹⁾ Vgl. *Arnold*, a. a. O. S. 408 und *Stoerk*, Zur Methodik des öffentlichen Rechtes. Wien 1885. S. 17 |60
und die dort angeführte Literatur.²¹

¹⁰⁾ Vgl. *Stoerk* a. a. O. S. 17.²²

¹¹⁾ Die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, Rektoratsrede. Straßburg 1880, S. 38 ff.²⁴

²⁰ Unter Eximierung (lat.: *exemptio*; dt.: Ausnahme, Ausgliederung) versteht man die Ausnahme bzw. Befreiung von einer sonst allgemein auferlegten Last.

²¹ *Arnold*, *Cultur* (Anm. 6), S. 408; *Felix Stoerk*, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885, S. 17.

²² *Stoerk*, *Methodik* (Anm. 21), S. 17.

²³ Paul Laband (1838–1918), bedeutendster Staatsrechtslehrer der Kaiserzeit und wichtigster Exponent des staatsrechtlichen Positivismus. Ab 1861 Privatdozent in Heidelberg, 1864 in Königsberg, ab 1866 dann o. Prof. ebendort. Er ging 1872 an die Universität Straßburg. Mitbegründer des „Archiv für öffentliches Recht“ (1886), der „Deutsche Juristenzeitung“ (1896) und des „Jahrbuch für öffentliches Recht“ (1907). Wichtige Werke: Über den Verfasser und die Handschriften-Genealogie des Schwabenspiegels, Berlin 1861; Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3 Bde., Tübingen 1876–1880 (5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1911–1914); Die Wandlungen der deut-

|61 Fürsten geförderten Rezeption den Staatsabsolutismus nachgewiesen! Die Staatsgewalt, die bisher „nach den Ge|wohnheiten, Privilegien und hergebrachten Rechten der Städte und Landschaften“¹²⁾, d. h. durch das Recht determiniert, in Rechtschranken gepreßt, gehandhabt werden mußte, strebt aus diesen engen Grenzen des Rechtes hinaus: „mehr obrigkeitliche Machtentfaltung, mehr staatliche Tatkraft ist das Hauptverlangen“¹³⁾. Nicht nach den Vorschriften der Rechtsordnung, sondern lediglich nach Instruktionen des Fürsten sollen berufsmäßig angestellte und besoldete Verwaltungsbeamte die Staatsgeschäfte führen¹⁴⁾, die Staatsgewalt handhaben. Der Fürst aber – und mit ihm der ganze Verwaltungsapparat seiner Beamten, und in ihm der Staat – soll nach römischem Muster außerhalb der Rechtsordnung stehen, soll *legibus solutus* sein!

Es ist keine bloße Ungenauigkeit der Terminologie, es ist eine verhängnisvolle Verdunkelung des Rechtsbegriffes und der Rechtsidee, wenn man in diesem Erfolg des *corpus juris* eine Rezeption des römischen Staatsrechtes sieht, und nun meint, an Stelle des deutschen sei das römische Staatsrecht – ganz oder zum Teil – getreten. In Wahrheit ist an Stelle des deutschen Staatsrechtes, an Stelle der Rechtsnormen, durch welche der deutsche Staat als solcher gebunden, rechtlich determiniert war, ist an Stelle eines wirklichen Staatsrechtes jener Zustand getreten, der für die römische Staatsgewalt charakteristisch war: die Freiheit von allem Recht, die Negation des Staatsrechtes. Es gab kein deutsches *Staatsrecht* mehr, wie es kein römisches Staatsrecht gab, denn der deutsche Staat war kein Rechtsstaat mehr, so wie der römische Staat kein Rechtsstaat war, soweit der Grundsatz galt: *princeps legibus solutus* est.

|62 | *Laband*, der diese Konsequenz freilich nicht zieht, sondern von der Rezeption eines römischen Staatsrechtes spricht, ohne den Trug und die juristische Inhaltslosigkeit dieses Begriffes zu betonen, bezeugt aber selbst die Rechtslosigkeit dieses „Staatsrechtes“, das man von den Römern übernommen, wenn er sagt: „Der neue, sich schnell entwickelnde Staat aber hatte noch *kein* historisch gegebenes *durch Gesetz oder Gewohnheit festgestelltes positives Recht*. Er mußte²⁸ es erst schaffen“ usw.¹⁵⁾. Und doch soll dieser Staat ein römisches „Staatsrecht“ rezipiert haben?

|61 |¹²⁾ A. a. O. S. 42/43.²⁵

¹³⁾ A. a. O. S. 40.²⁶

¹⁴⁾ A. a. O. S. 42.²⁷

|62 |¹⁵⁾ A. a. O. S. 51/52.²⁹

schen Reichsverfassung, Dresden 1895; Handbuch der Politik, 3 Bde., Berlin und Leipzig 1912–1914.

²⁴ *Paul Laband*, Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, in: Der Rectoratswechsel an der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg am 1. Mai 1880, Straßburg 1880, S. 24–57 (38–43).

²⁵ *Laband*, Rezeption (Anm. 24), S. 42f.

²⁶ *Laband*, Rezeption (Anm. 24), S. 40.

²⁷ *Laband*, Rezeption (Anm. 24), S. 42.

²⁸ «Recht. Er mußte»] *Laband*, Rezeption (Anm. 24), S. 52: «Recht; er selbst musste».

²⁹ *Laband*, Rezeption (Anm. 24), S. 51f. – Hervorhebung von Kelsen.

Was kann das aber für ein Staatsrecht sein, das keinen einzigen positiven *Rechtssatz* enthielt, keine einzige Rechtspflicht für den Staat statuierte?¹⁶⁾

Wenn der römische Begriff des *jus publicum* vor allem das römische „Staatsrecht“ beinhaltet, und wenn das *corpus juris* zunächst um dieses seines *jus publicum* willen in Deutschland rezipiert wurde, dann wird man vielleicht verstehen, warum das deutsche Recht vor der Rezeption einen Unterschied nicht gekannt hat, der erst nach der Rezeption von Bedeutung geworden ist: den Unterschied zwischen *jus publicum* und *jus privatum*. Denn vor der Rezeption war die Staatsgewalt ebenso wie die Untertanen von dem einen und gleichen *Recht* gebunden, das, welchen Gegenstand immer es regeln mag, rechtlich bindet, verpflichtet, dessen Pflichten, was immer sie zum Inhalt haben mögen, die Leistung des Schuldners an den Gläubiger, oder die Ausübung der Strafgewalt: vor allem durch die eine, gleiche Form des Rechtes einander | gleichgestellt sind: Es sind eben *Rechtspflichten*. | 63
Vor der Rezeption, als der deutsche Staat noch ein Rechtsstaat war, weil die Rechtsordnung ebenso wie das Verhalten der Untertanen auch die Äußerungen der Staatsgewalt selbst erfaßt hielt, da mußte das *Recht* – ob es nun für Untertanen oder Staatsgewalt galt, da mußte Recht eben *Recht* bleiben, so daß die sekundäre Frage nach dem Gegenstand der Normierung, nach dem Subjekt und Inhalt der Rechtspflichten zu einer Trennung gar nicht führen konnte. Nach der Rezeption freilich mußte die scharfe Unterscheidung zwischen dem Recht des Staates – dem *jus publicum* – und dem Rechte der Untertanen – dem *jus privatum* – einen guten Sinn bekommen, da sich das *politische Prinzip* des Absolutismus, nach dem man die Staatsgewalt entfaltete, und das nur fälschlich und sicherlich nicht ohne Täuschungsabsicht den Ehrennamen des Rechtes, des Staatsrechtes arrogierte, vom *jus privatum*, dem Privatrecht sich nicht mehr und nicht weniger unterscheidet, als sich eben Recht von Nicht-Recht, Recht von schrankenloser Macht unterscheidet.

Wenn man die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte, welche die moderne Rechtswissenschaft beherrscht, wenn man insbesondere das Postulat differentieller Behandlung des öffentlichen Rechtes gegenüber dem privaten verstehen will, das der modernen Staatsrechtstheorie ihr Gepräge gibt, dann wird es vielleicht nicht überflüssig sein, sich der *politischen* Tendenz zu erinnern, die zur Rezeption des sog. römischen Staatsrechtes und damit des Gegensatzes von *jus publicum* und *privatum* geführt hat, und es wird nützlich sein, sich stets gegenwärtig zu halten, daß *das Bestreben, die Staatsgewalt vom Recht zu befreien, zu jenem spezifischen Begriff des jus publicum greifen ließ*, der das „Recht“, der vom Recht befreien, | absoluten Staats- oder Fürstengewalt enthielt und der darum und | 64

¹⁶⁾ Das politische Prinzip: *princeps legibus solutus est* muß natürlich in striktem Gegensatz zu dem durchaus *staatsrechtlichen* Grundsatz gedacht werden, daß der *princeps* die Staatsgewalt nur über gesetzliche Ermächtigung durch den *populus* (*lex de imperio*)³⁰ auszuüben berechtigt und verpflichtet ist.

³⁰ Lat.: *lex de imperio*; dt.: Gesetz zur Übertragung von Hoheitsgewalt.

nur darum in einem natürlichen Wesensgegensatz zum Begriffe des Privatrechtes stand, das die Untertanen, wie alles echte Recht, rechtlich verpflichtete.

Es würde hier zu weit führen, den historischen Prozeß zu verfolgen, der seit der Rezeption des sog. römischen Staatsrechtes mit stetig zunehmender Energie dem Ziele zustrebt, die absolute Staatsgewalt unter die Rechtsordnung zu beugen, ein öffentliches Recht, ein Staats-Recht auch dem inneren Gehalte und nicht bloß einer irreführenden Terminologie nach zu schaffen. Und es ist hier auch nicht möglich, die Rechtswissenschaft, die diese historische Entwicklung spiegelt, auf ihrer Entwicklung bis zum heutigen Tage zu begleiten und den interessanten Wegen und Abwegen nachzuspüren, die speziell der Begriff des öffentlichen Rechtes gewandelt ist. Die Geschichte dieses Begriffes müßte mehr als die irgendeines anderen den Kampf zeigen, der seit jeher um das Fundament der Rechtstheorie zwischen dem Formal- und dem Materialprinzip gekämpft wurde. Hier tritt dieser Widerspruch in dem Antagonismus von Staatsrecht und Politik in die Erscheinung, und es mußte sich erweisen, daß das Bestreben, das öffentliche Recht in einen Gegensatz zum privaten zu bringen, Hand in Hand geht, wenn nicht gar identisch ist mit der Tendenz, das rein formale Kriterium des Rechtes mit dem materiellen Element der politischen Gewalt zu vertauschen.

Aus der historischen Entwicklung, die von der Rezeption des römischen Rechtes bis zum heutigen Tage führt, sei lediglich hervorgehoben, was zur Beurteilung des systematischen Gegensatzes unumgänglich notwendig ist. Es ist eine Parallele von Rechtsentwicklung und Rechts*begriffs*bildung, und die Veränderung des Objektes darf nicht – wie dies nur allzuoft geschieht – verwechselt werden mit der seiner Wissenschaft.

|65 |Der Polizeistaat, der sich nach Ueberwindung jener Periode etablierte, in welcher die Staatsgewalt durch sog. landesherrliche Hoheitsrechte (also rechtlich *beschränkt* entfaltet wurde, wird gewöhnlich mit dem vollständigen Mangel dieser wie jeder anderen Rechtsschranken charakterisiert. „Die schrankenlos gewordene öffentliche Gewalt wird ausgeübt durch den Fürsten selbst, und unter ihm in seinem Namen und damit zugleich im Namen des Staates durch verschiedenartiges Beamtentum“¹⁷⁾, das seinen Anteil an der Besorgung der Staatsgeschäfte durch den Fürsten zugewiesen erhält¹⁸⁾. Die Staatsgewalt ist im Fürsten beschlossen. Die Person des Staates tritt gleichsam körperlich im Fürsten in die Erscheinung. „Dem Untertanen gegenüber hat seine Macht keine rechtlichen Grenzen; *was er will, ist verbindlich*“¹⁹⁾. Seine Willensäußerung – mag sie nun generellen oder

|65 |¹⁷⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I. Leipzig, 1895.³¹

¹⁸⁾ A. a. O. S. 39.³²

¹⁹⁾ A. a. O. S. 39.³³

³¹ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 38.

³² Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 39.

³³ Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 39 – Hervorhebung von Kelsen.

individuellen Inhaltes sein – ist Rechtsnorm, statuiert Rechtspflicht; der Fürst ist Subjekt der Rechtsautorität. Aber er ist nicht der Rechtsordnung unterworfen, er – d. h. die in ihm verkörperte, in ihm beschlossene Staatsgewalt ist nicht Rechtssubjekt, nicht Subjekt von Rechtspflichten und subjektiven Berechtigungen. Die Staatsgewalt wird lediglich als Herrschafts[-], Macht[-], Gewaltsubjekt – nicht als der Rechtsordnung unterworfenene Person vorgestellt. Wenn ein vom Fürsten erteilter Befehl als rechtsverbindlich angesehen wird, so ist eine weitere *juristische* Rechtfertigung überflüssig: Man fragt nicht: Warum hat dieser Befehl die Rechtspflicht des Gehorsams im Gefolge? Durch welche Rechtsnorm wird an diesen Tatbestand (des Befehles) eine Rechtswirkung geknüpft? Der Befehl selbst ist die Rechtsnorm; denn der Satz: Alles, was | der Fürst will, ist Rechtsnorm, ist selbst kein Rechtssatz, sondern die politisch-ethische Prämisse für das Urteil, das eine Rechtsnorm behauptet. |66

Soferne der Polizeistaat selbst durch die Rechtsordnung nach keiner Richtung hin gebunden ist, also den Untertanen gegenüber – die allein durch die staatliche Rechtsordnung verpflichtet und berechtigt werden – in keiner Richtung als Rechts- und Pflichtsubjekt gegenübersteht, ist auch die staatliche Zwangsgewalt, die sich insbesondere in der Realisierung der Unrechtsfolgen, Strafe und Exekution, den Untertanen gegenüber äußert, nicht als Inhalt staatlicher Rechtspflicht anzusehen. Der Staat ist nicht rechtlich verpflichtet oder subjektiv berechtigt, unter bestimmten Umständen zu strafen und zu exequieren. Strafe und Exekution sind rein faktische Reaktionen der Staatsgewalt. Sie können darum nicht als Bestandteile eines Rechtssatzes gedacht werden, der solches Verhalten des Staates *normiert*, den Staat zu solchem Verhalten unter gewissen Bedingungen verpflichtet. Sofern der Staat nicht zur Strafe und Exekution rechtlich verpflichtet ist, kann der Rechtssatz, der die Untertanen verpflichtet, nicht als hypothetisches Urteil gedacht werden, das an ein bestimmtes Verhalten der Untertanen den Willen und damit die Pflicht des Staates, zu strafen und zu exequieren, knüpft. Denn der Staat – d. h. hier der Fürst – ist nicht verpflichtet den säumigen Schuldner zu exequieren, den Dieb einzusperren; es fehlt die Vorstellung, daß die Unrechtsfolge eine Rechtspflicht des Staates ist. Die für die Untertanen verbindliche Norm müßte logischerweise als Imperativ des Fürsten gedacht werden. Und wenn ich an anderer Stelle gesagt habe,³⁴ daß die Imperativtheorie – weil ihrzufolge als Rechtssubjekt nur der *Adressat* des Imperativs in Betracht kommt – den Staat als den *Adressanten*³⁵ aller Imperative nicht als *Person* erfassen kann, so findet das hier seine Bestätigung: Der |67
Polizeistaat ist, sofern er der Rechtsordnung nicht unterworfen, kein Rechtssubjekt, ist nicht Person.

Dahingestellt sei, ob eine Norm, die nicht auch den Staat, sondern nur den Untertanen bindet, eine Rechtsnorm im vollendeten Sinne des Wortes ist, ob in

³⁴ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 378–395, insb. 379, 387 = HKW 2, S. 21–878 (512–529, insb. 512f., 521).

³⁵ Der Adressant ist der Absender.

solchem Falle nicht bloß ein moralisch-politisches Machtgebot vorliegt, dahingestellt sei auch, ob überhaupt ein *Staat*, und ob insbesondere auch der Polizeistaat einer rechtlichen Bindung durch seine eigene Zivil- und Strafrechtsordnung entgehen kann, ob nicht die Geltung jeder Privat- und Strafrechtsordnung denknötwendig auch eine rechtliche Bindung der Straf- und Exekutivgewalt des Staates bedeutet. Hier ist auch die Frage nicht zu erörtern, welche Bedeutung eine Trennung der Gewalten²⁰⁾, insbesondere der legislativen von der exekutiven, für die Verpflichtungsmöglichkeit der Staatsgewalt, für die Vorstellungsmöglichkeit von Rechtspflichten des Staates und damit für die Konstruktion einer Staatspersönlichkeit hat. Es genügt festzustellen, daß nach üblicher Auffassung auch im Polizeistaat eine rechtliche Bindung der Staatsgewalt durch die Privatrechts- und Strafrechtsordnung angenommen wird, sobald sich selbständige, unabhängige Gerichte herausgebildet haben²¹⁾. Sofern die Ausübung der Justiz dem Fürsten allmählich entgleitet und in die Hände unabhängiger Gerichte gerät, wird diese Richtung der Staatsgewalt durch die Rechtsordnung gebunden und zwar durch dieselbe Rechtsordnung, die auch die Privat- und Strafrechtspflichten der Untertanen statuiert. „Die Behörden der Justiz werden ein selbständiges Machtelement innerhalb der staatlichen Ordnung, wohl befähigt, auch der sonst schrankenlosen öffentlichen Gewalt gegenüber Recht und | Rechtsordnung in gewissem Maße zur Geltung zu bringen“²²⁾. In bezug auf die Justiz ist der Staat rechtlich gebunden, nicht aber in bezug auf die Verwaltung: „In dieser Weise sind Justizgesetze für die Regierung selbst bindend, Polizeigesetze nicht; Justizgesetze machen deshalb Recht, Polizeigesetze nicht“²³⁾. Die Instruktionen, die der Fürst auf dem *Gebiete der Verwaltung* seinen Beamten erteilt, sind, so behauptet z. B. *Otto Mayer*^{40 24)} im Gegensatz zu

[67] ²⁰⁾ Dazu vgl. *Fleiner* a. a. O. S. 9 ff.³⁶⁾

²¹⁾ *Otto Mayer*, a. a. O. S. 41.³⁷⁾

[68] ²²⁾ *Otto Mayer*, a. a. O. S. 41.³⁸⁾

²³⁾ A. a. O. S. 43.³⁹⁾

²⁴⁾ A. a. O. S. 44.⁴¹⁾

³⁶⁾ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 9–29.

³⁷⁾ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 41.

³⁸⁾ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 41.

³⁹⁾ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 43 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁰⁾ *Otto Mayer* (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1869 Promotion in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a. o. Prof., 1887 o. Prof. für Verwaltungsrecht in Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als o. Prof. nach Leipzig berufen (1913/1914 Rektor). 1895–1903 Mitglied des Oberkonsistoriums der ev.-luth. Landeskirche Elsaß-Lothringen. Er gilt als Nestor der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. Wichtige Werke: Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886; Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895 und 1896 (3. Aufl., Leipzig 1924); Die Frage der Trennung von Staat und Kirche in der Gegenwart, in: Neues Sächsisches Kirchenblatt 13 (1906), S. 481–484, 497–504; Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909; Ist eine Änderung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat anzustreben?, Halle (Saale) 1909.

⁴¹⁾ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 44 f.

denen auf dem Gebiete der Justiz, wo sie (als Straf- und Zivilprozeßrecht) zu „unverbrüchlichen Regeln mit Rechtssatznatur“⁴² werden – keine Rechtsnormen. Daß sie Rechtspflichten der Beamten statuieren – weil alle Befehle der Fürsten solche Wirkung haben, und die Beamten wie alle Untertanen dem Fürsten *rechtlich* zu Gehorsam verpflichtet sind, wird man indessen nicht bezweifeln können. Diese Instruktionen statuieren nur keine Rechtspflicht des *Fürsten* und daher auch keine Rechtspflicht des in ihm aufgehenden Staates. Daß diese Instruktionen keinen Rechtscharakter haben, steht in Widerspruch zu dem für den Polizeistaat gültigen Axiom, daß alles, was der Fürst will, Rechtsnorm ist. Wenn *Otto Mayer* von der Verwaltungs- d. h. Polizeiinstruktion des Fürsten sagt: „*Sie wirkt rechtlich nur für die Beamten*, auf die Untertanen wirkt nicht sie selbst, sondern erst ihre tatsächliche Ausführung durch jene“²⁵⁾, so gibt er ja den Rechtscharakter dieser Normen zu. Daß der Untertan in bezug auf diese Normen „der Obrigkeit gegenüber keinen *Anspruch* darauf hat, daß es dabei bleibe, noch darauf, daß die vorgeschriebenen Tätigkeiten geleistet, die angegebenen | Schranken der Amtstätigkeit eingehalten |⁶⁹ werden“²⁶⁾, unterscheidet diese Polizeiinstruktionen z. B. gar nicht von den Strafprozeßnormen. Auch hier hat der interessierte Untertan in der Regel keinen *rechtlichen* Anspruch, kein subjektives Recht auf die Tätigkeit des Staates oder seiner Organe, obgleich der Staat zur Strafverhängung in bestimmter Weise rechtlich verpflichtet ist, und die Organe die Rechts-(Amts-)pflicht trifft, diese Pflicht des Staates zu realisieren. Denn *rechtlicher Anspruch*, soviel wie Berechtigung, ist etwas anderes als der bloße materielle Reflex einer Rechtspflicht; wäre er aber nichts anderes, dann hätte der Untertan im Polizeistaat auch solchen Anspruch gegenüber den durch die Verwaltungsinstruktionen des Fürsten statuierten Rechtspflichten der Beamten. Nicht aber gegen die Rechtspflicht des *Staates*, sofern solche durch die Normen nicht statuiert sind. Und das allein kann das Kriterium zwischen Justiz und Verwaltung, Justiz- und Verwaltungsnormen im Polizeistaat sein, daß die einen den Staat rechtlich verpflichten, die andern aber nicht. Wenn *Otto Mayer* als das Ergebnis dieser Entwicklung bezeichnet, „daß der Polizeistaat wohl ein Zivilrecht, Strafrecht und Prozeßrecht hat, ein Justizrecht mit einem Worte, aber keine Ordnungen für die Verwaltung, die bindend wären für die Obrigkeit dem Untertanen gegenüber, *kein öffentliches Recht*“²⁷⁾, so liegt darin nicht nur insoferne eine Ungenauigkeit, als eine Norm eben nur jenem gegenüber verbindend sein kann, für den sie normiert ist, d. h. an dessen Adresse sie geht, so daß der Passus: „die bindend wären für die Obrigkeit dem Untertanen gegenüber“

²⁵⁾ A. a. O. S. 45.⁴³

²⁶⁾ A. a. O. S. 44.⁴⁴

²⁷⁾ A. a. O. S. 45.⁴⁵

⁴² *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 44.

⁴³ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 44f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁴ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 44 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁵ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 45 – vgl. ergänzend unten bei Anm. 171.

durch den Passus: „die bindend wären für den Staat“ zu ersetzen ist; eine Ungenauigkeit liegt auch insofern | vor, als man unter „öffentlichem“ Recht ja auch Straf- und Prozeßrecht versteht. Soweit auch im Polizeistaat die Staatsgewalt rechtlich gebunden, d. h. der Rechtsordnung unterworfen ist, soweit auch im Polizeistaat die Äußerungen der Staatsgewalt zum Inhalt staatlicher Rechtspflichten und Berechtigungen werden, hat auch der Polizeistaat ein öffentliches Recht, ein *Staatsrecht* im Sinne einer den Staat verbindenden Rechtsordnung. Und insofern ist auch der Polizeistaat Pflicht- und Rechtssubjekt, ist Person, und tritt den übrigen Rechtssubjekten als der gleichen Rechtsordnung untertan und somit auf gleicher Basis gegenüber. Es ist außerordentlich bezeichnend, daß *Otto Mayer* – durchaus in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch – dem „öffentlichen“ Recht nur jenes Gebiet zur Normierung überläßt, wo die Staatsgewalt im Polizeistaat der Rechtsordnung noch nicht unterworfen war. Kommt nicht die Staatsgewalt auch in der Justiz in die Erscheinung? Sind richterliches Urteil, Strafvollzug und Zivilexécution nicht in eminentester Weise „hoheitliche“ Staatsakte? Kommt nicht vielleicht in der von *Otto Mayer* zitierten Charakteristik des Polizeistaates: „Das öffentliche Recht erkennt man in dieser Phase gar nicht als *Recht* an“²⁸⁾, das wahre Kriterium zwischen privatem und öffentlichem Rechte noch deutlicher zum Vorschein: die Differenz zwischen Recht und politischer Macht? Sollte nicht dieses „öffentliche“ Recht, wenn es nun doch wirkliches *Recht* werden sollte, aus seinem Gegensatz zum *Privatrecht* – der ja nur der Gegensatz zum *Recht* überhaupt ist – allmählich herausfallen?

Von der Tatsache, daß der Staat in Ausübung seiner Justizgewalt der Rechtsordnung unterworfen, durch die Rechtsordnung verpflichtet und berechtigt und so als Rechtssubjekt, | als Person gedacht wird, ist zu unterscheiden, daß der Staat auch als Fiskus, d. h. in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen der Rechtsordnung sich unterwirft, Subjekt oder Person des sog. Privatrechtes wird. Die Vorstellung, daß der Staat, der ein Darlehen aufnimmt, ebenso wie jeder Untertan rechtlich verpflichtet ist, das Darlehen zurückzuerstatten, daß seine wirtschaftlichen Beziehungen nach der gemeinsamen Rechtsordnung zu beurteilen, zu vermögensrechtlichen Beziehungen geworden sind, bedeutet einen weiteren Fortschritt in dem Prozeß der *Durchrechtlichung des Staates*, der *Personwerdung der Staatsgewalt*. Nicht nur als *Justizgewalt*, sondern auch als *Verwalter* stellt sich der Staat somit unter die Rechtsordnung, denn nur als *Verwalter* nimmt er ein Darlehen auf, schließt er Kaufverträge, erwirbt er Eigentum, kurz, tritt er als wirtschaftendes Subjekt auf.

| 70 |²⁸⁾ Vgl. a. a. O. S. 45, Anm. 12.⁴⁶

⁴⁶ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 45 Anm. 12 – Hervorhebungen von Kelsen. *Mayer* zitiert hier seinerseits den Berichterstatter Karl Rudolf Friedenthal (1827–1890) bei der Beratung der Preußischen Kreisordnung im Abgeordnetenhaus aus *Max von Brauchitsch*, Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen. Materialien, Bd. 2: Die Materialien zur Kreisordnung vom 13. Dezember 1872, Berlin 1882, S. 650.

Es wäre unrichtig zu behaupten, daß der Polizeistaat nur als Fiskus Rechtssubjekt, Person im Rechtssinne sei – ist er doch auch als Träger der Justiz der Rechtsordnung unterworfen und daher Subjekt von Pflichten und Rechten; allein es wäre ebenso falsch zu behaupten, der Polizeistaat stelle zwei Persönlichkeiten dar, einerseits den alten Fiskus, den Staat als Erwerbsgesellschaft oder juristische Person des Zivilrechtes, andererseits den eigentlichen Staat, die Staatsgesellschaft, die juristische Person des öffentlichen Rechtes²⁹⁾, wenn man unter dem letzteren den Staat in der Totalität seiner tatsächlichen, hoheitlichen, herrschaftlichen Beziehungen versteht. Denn nur in Beziehung auf die Justizgewalt ist die Voraussetzung gegeben, unter der allein von einer *Rechtssubjektivität* gesprochen werden kann: die Unterwerfung unter die Rechtsordnung. In allen übrigen Beziehungen gilt der | Polizeistaat doch außer- und überhalb der Rechtsordnung stehend. Was hier |72 „öffentliches Recht“ heißt, hat gewiß keinen andern als den „verneinenden Sinn“: „nicht dem Zivilrecht zugehörig“³⁰⁾, d. h. aber: überhaupt nicht dem *Rechte* gehörig, ist, wie *Otto Mayer* an anderer Stelle richtig hervorhebt, nur eine „euphemistische“ Umschreibung für „das Gebiet, auf dem es im Gegensatz zu dem des Zivilrechtes für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan *kein* Recht gibt“³¹⁾. Und insoweit kann natürlich von einer Rechtssubjektivität, einer Persönlichkeit des Staates nicht die Rede sein, denn die Personenqualität kann nur von der Rechtsordnung an die ihr untertanen verliehen werden³²⁾. Darum ist der Fiskus auch Untertan, nicht etwa weil er den Gerichten, sondern weil er der Rechtsordnung unterstellt ist. Ist doch der Staat selbst Untertan, der Rechtsordnung ebenso untertan wie der Fiskus. Nicht als *Gericht befiehlt* der Staat dem Fiskus, legt der Staat dem Fiskus Rechtspflichten auf, sondern als Rechtsordnung. Als Gericht erfüllt der Staat lediglich die ihm selbst von der Rechtsordnung auferlegte Rechtspflicht, Recht zu sprechen, festzustellen, ob eine von der Rechtsordnung statuierte Pflicht – des Untertanen oder des Staates – besteht und unerfüllt geblieben ist, erfüllt der Staat die ihm von der Rechtsordnung auferlegte Rechtspflicht der Exekution.

Es bedeutet die Entwicklung des Polizeistaates zum Rechtsstaate, daß die Rechtsordnung sich nicht bloß die Justiz, sondern auch die Verwaltung unterwirft, daß der Staat mit seiner gesamten Macht oder Gewaltfunktion der Rechtsordnung

²⁹⁾ Vgl. dagegen *Otto Mayer*, a. a. O. S. 48 f.⁴⁷

³⁰⁾ A. a. O. S. 49.⁴⁸

³¹⁾ A. a. O. S. 54.⁴⁹

³²⁾ Daß der Staat nur durch eine Rechtsordnung, der er als unterstellt gedacht wird, die Qualität einer Rechtspersönlichkeit erhält, wird von der herrschenden Lehre anerkannt. Vgl. *Fleiner*, a. a. O. S. 3.⁵⁰

⁴⁷ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 48 f.

⁴⁸ Beide Zitate: *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 49.

⁴⁹ Beide Zitate: *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 54 – vgl. ergänzend unten bei Anm. 172.

⁵⁰ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 3.

|73 unter|stellt wird. Das *politische Prinzip*, welches das Gesetz über alle Staatsfunktion stellt, gewährt mit seinem Siege die logische Voraussetzung für eine juristische Konstruktion der gesamten Staatsgewalt. Die politische Idee des Rechtsstaates schafft erst die Denkmöglichkeit eines den Staat in allen seinen Beziehungen erfassenden Staatsrechtes. Jetzt erst ist der Staat in seiner Gänze als Rechtssubjekt, als einheitliche Persönlichkeit zu erkennen, denn jetzt erst sind alle seine Beziehungen – welch Inhaltes sie auch immer sein mögen – als Rechtspflichten und Berechtigungen anzusehen, sind alle seine Beziehungen aus Gewalt- oder Herrschaftsrelationen zu Rechtsverhältnissen geworden. Jetzt erst ist der Staat als Justiz wie als Verwaltung Untertan der Rechtsordnung geworden und in dieser Unterordnung unter die Rechtsordnung allen übrigen Rechtssubjekten in jeder seiner Beziehungen koordiniert. Sein Befehl schafft auf dem Gebiet der Justiz wie auf dem der Verwaltung nur darum und nur insoweit Gehorsampflicht der Untertanen, als die Rechtsordnung – die in bestimmten Formen in die Erscheinung tritt – solche Pflicht an den Befehl der Staatsperson knüpft; sein Befehl wie die Aeüßerung seiner Zwangsgewalt sind nur als Erfüllung von Rechtspflichten zu betrachten, die ihm durch die Rechtsordnung auferlegt werden. Und weil die ganze staatliche Verwaltung als Erfüllung einer Rechtspflicht erscheint, die dem Staat durch die Rechtsordnung auferlegt ist, soferne diese Rechtssätze enthält, die den Willen des Staates zu seinen verschiedenen Verwaltungsgagen ausdrückt, ist die Verwaltung ebenso wie die Justiz, die auch nur den in der Rechtsordnung ausgedrückten Willen des Staates, zu strafen und zu exequieren, realisiert, *Exekutive*, Exekutive der Rechtsordnung. Und in dieser seiner Eigenschaft als Erfüller von *Rechtspflichten* ist der Staat nunmehr in jeder Beziehung durchaus wie alle anderen Rechts-

|74 |subjekte *Untertan* der Rechtsordnung; es ist so gut wie gar keine Möglichkeit gegeben, im Verhältnis zur Rechtsordnung den Staat als Justiz und Verwaltung von den übrigen Rechtssubjekten zu unterscheiden, so wie es etwa *Otto Mayer* tut, der den Staat nur als „Diener“³³⁾, nicht als Untertan des Gesetzes gelten lassen will. Daß den *Organen* bei der Realisierung staatlicher Pflicht mehr oder weniger freies Ermessen eingeräumt ist, daß die Exekutive nicht bloß Anwendung des Gesetzes ist, sondern „soweit dieses selbst bestimmt, sinngemäße Fertigstellung“³⁴⁾, das gilt durchaus auch von dem Verhältnis des „Untertanen“ zur Rechtsordnung, weil jede Pflichterfüllung notwendig mit mehr oder weniger Freiheit in der Ausführung verbunden ist; ist übrigens bedeutungslos angesichts der Tatsache, daß selbst die weiteste Ermessensfreiheit *von der Rechtsordnung* eingeräumt sein muß und darum auch die Betätigung dieser weitesten Ermessensfreiheit auf die Rechtsordnung zurückzuführen, als Exekutive der Rechtsordnung anzusehen ist.

|74 |³³⁾ A. a. O. S. 86.⁵¹

³⁴⁾ A. a. O. S. 85.⁵²

⁵¹ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 86.

⁵² *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 85.

Dabei wäre es eine falsche und durchaus irreführende Analogie, die freilich nur allzusehr die juristische Denkweise beherrscht – den Rechtsstaat in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung mit den physischen Menschen (statt mit den Rechts-subjekten) zu vergleichen; zu meinen, der Staat könne – so wie der Mensch – vieles, wozu er durch die Rechtsordnung nicht verpflichtet oder berechtigt wäre. Denn der Staat ist – zum Unterschiede vom Menschen – als *juristische Person* – *nur* Rechtssubjekt. Diese allrechtliche Natur des Staates ist nur die Konsequenz der Rechtsstaatsidee. Da der Staat nur durch Organe handeln kann, bedarf es einer Anweisung für deren Handeln, das als das des Staates zu gelten | hat, dem Staat |75 *zuzurechnen* ist. *Normen* sind erforderlich, die den Organen ihr Verhalten vorschreiben, die Organe zu ihrem spezifisch staatlichen Verhalten ermächtigen: Und diese Normen müssen Rechtsnormen sein, wenn die Zurechnung zum Staate eine rechtliche, wenn und soweit der Staat eine juristische Person – *im Rechtssinn* – wenn er *ein Rechtsstaat* sein soll.

Inwieweit diese Rechtsnormen auf dem Gebiete der Verwaltung (im Gegensatz zur Justiz) den Organen ein freies Ermessen einzuräumen haben, ob gewisse Akte der Verwaltung – wegen ihrer Verwandtschaft mit dem Urteil der Justiz diesem analog zu gestalten sind (Forderung der Justizförmigkeit der Verwaltung)³⁵, welche Kontrollen zu schaffen sind, um die Beobachtung der Rechtsnormen durch die *Organe* zu garantieren (Verwaltungsgerichte, persönliche Haftung der Organe für rechtswidrigen Schaden, Haftung des Staates für Unrecht seiner Organe), das sind sekundäre, aus dem Prinzipie des Rechtsstaates sich ergebende, der Rechtsstaatsidee aber nicht wesentliche rechtspolitische Postulate, die mehr oder weniger verwirklicht werden können³⁶. Das wesentliche Moment bleibt einzig: die Unterwerfung des Staates in der Totalität seiner Machtäußerungen unter die Rechtsordnung, das politische Prinzip der ausschließlichen Herrschaft des Gesetzes. Und als juristische Konsequenz dieses politischen Prinzipes: die allseitige Personifizierung des Staates; *die Rechtsstaatsidee als logische Voraussetzung des Staatsrechtes*.

II. Kapitel.

Wenn man nun den gegenwärtigen Stand der Rechtstheorie in bezug auf das Problem des Gegensatzes von priva|tem und öffentlichem Rechte auf Basis der |76

³⁵ Vgl. *Otto Mayer*, a. a. O. S. 65.⁵³ |75

³⁶ Vgl. *Richard Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, IV. Bd. 1910, S. 214.⁵⁴

⁵³ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 65.

⁵⁴ *Richard Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. Die Abhandlung gibt in der Hauptsache eine akademische Antrittsrede wieder, die der Verf. am 9. Dezember 1909 an der Universität Tübingen gehalten hat, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 4 (1910), S. 196–218 (214).

vollzogenen Rechtsstaatsidee zu prüfen versucht, um die Bedeutung festzustellen, die der fragliche Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte im Rahmen einer Theorie des Rechtsstaates angenommen hat, möchte man an dem Erfolg solchen Beginnens beinahe verzweifeln. Wenn irgend etwas den beispiellosen Tiefstand der heutigen Rechtstheorie bezeichnen kann, ist es der Zustand, in dem sich die für die gesamte Rechtswissenschaft grundlegende Lehre vom Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Rechte befindet. Nicht nur, daß vollkommene Unklarheit über das Objekt der Einteilung besteht! Es ist schlechterdings unmöglich, eine auch nur halbwegs einheitliche Lehrmeinung darüber festzustellen, ob die Rechtsform oder der Rechtsinhalt durch die fragliche Distinktion geschieden werden sollen. Im großen und ganzen scheint man der Ansicht zuzuneigen, daß die Unterscheidung in Privat- und öffentliches Recht formalrechtlicher Natur sei, während die Art und Weise, in der man sich der Unterscheidung bedient, offenkundig den Inhalt der Rechtserscheinung, die besondere Natur der durch das Recht zu regelnden Lebensverhältnisse als Gegenstand der Einteilung verrät. Auch ist keine eindeutige Antwort auf die Frage zu erzielen, ob die Einteilung sich auf das Recht in seiner objektiven Erscheinungsform – die Rechtsnormen – oder auf seine subjektiven Erscheinungsformen – Rechtspflicht, Berechtigung, Rechtsverhältnis – bezieht. Und ebensowenig wie über das Objekt der Einteilung ist über das Einteilungskriterium eine communis opinio zu erzielen. Nicht weniger als 17 verschiedene Theorien hat eine aus diesem Grunde sehr verdienstliche Doktorarbeit³⁷⁾ über das Kriterium des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht in | der heutigen Literatur vorgefunden und zusammengestellt. Und diese 17 Theorien differenzieren sich nicht etwa durch nebensächliche Abweichungen. Manche von ihnen gehen so weit auseinander, daß man kaum begreift, wie so Heterogenes unter der gleichen Terminologie versteckt werden kann. Dieser Umstand müßte schon für sich allein Bedenken erwecken, ob es denn noch einen Sinn hat, die alte Terminologie des römischen Rechtes in einer modernen Rechtstheorie mitzuschleppen, und die Brauchbarkeit der fraglichen Einteilung, die schon im corpus juris auf recht schwachen Beinen stand, wird durch die neuen Bedeutungen, die man ihr zu geben versucht, nicht erhöht.

Auf dem Gebiet der neueren Staatsrechtslehre hat sich nun das Gewirre der Meinungen wenigstens insoferne geklärt, als hier im großen und ganzen zwei Theorien sich als vorherrschend erkennen lassen. Da ist zunächst die alte, schon

|76

³⁷⁾ Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht. Zürich Diss. 1904.⁵⁵

⁵⁵ Jakob Hollinger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes, Affoltern a. A. 1904.

von *Ulpian* vertretene Interessentheorie,⁵⁶ die, unverwüstlich, noch heute ihre Anhänger findet. Ihr zufolge unterscheidet sich öffentliches von privatem Recht (in objektivem und subjektivem Sinne) dadurch, daß das erstere öffentliche, das letztere private Interessen realisieren soll; das Unterscheidungsobjekt ist hier offenbar der Rechtsinhalt, denn Interessen sind das Objekt des Rechtes, dasjenige, was vom Recht geschützt wird, dessen das Recht nur die Form ist. Wenn man an der – freilich nur allzuleicht verlierbaren – Erkenntnis festhält, daß Recht im objektiven und subjektiven Sinne nur die mögliche Form und nichts als die Form gewisser menschlicher Beziehungen ist, muß die Interessentheorie als auf das Begreifen des *Rechtsinhaltes*, nicht also der Form, sondern des Substrates der Rechtserscheinung gerichtet, abgelehnt werden. Für eine formal-juristische Betrachtung käme sie höchstens sekundär in Frage. Aber ganz abgesehen davon ist die Interessentheorie an sich so unzulänglich, und als solche schon so oft erkannt, daß man kaum begreifen kann, wie sie noch immer eine Rolle – und noch dazu die längste und bedeutendste Rolle in der modernen Rechtswissenschaft spielt. Man muß tatsächlich noch immer und immer wieder vergeblich darauf aufmerksam machen, daß die Einteilung nach dem maßgebenden Interesse niemals ein objektives Kriterium und daher niemals eine eindeutige Scheidung des objektiven oder subjektiven Rechtes liefern kann. Handelt es sich doch dabei nicht um eine konstante Verschiedenheit des Objektes, sondern um eine durchaus variable, nach dem jeweiligen Standpunkt des Betrachters wechselnde Qualität. Jeder objektive Rechtssatz, und damit jedes subjektive Recht, kann sowohl im öffentlichen wie im Privatinteresse stehend angesehen werden. Von einem kollektivistischen, das heißt auf die Rechtsgesamtheit gerichteten Standpunkt aus ist jeder Rechtssatz und damit jede Pflicht, die er statuiert, jedes Recht, das er gewährt, öffentlichen Charakters. Auch das sogenannte Privatrecht! Der Wille des Staates – oder wie sonst man die rechtsetzende Autorität, das Symbol der Rechtsgemeinschaft nennen mag – und damit das Interesse des Staates, das öffentliche Interesse, kommt in den Privatrechtssätzen und damit notwendig auch in deren subjektiven Erscheinungsformen, den Privatrechtspflichten und Privatrechten ebenso zum Ausdruck wie in den anderen Rechtsnormen. Auch die Privatrechtsordnung ist, weil Rechtsordnung, im öffentlichen Interesse gegeben³⁸). Und wenn man in den Privatrechtssatz den Willen des

³⁸) Das ist zum Ueberdruß oft ausgesprochen worden! Vgl. *Leuthold* in *Annalen des deutschen Reiches* 1884, S. 347.⁵⁷

⁵⁶ Kelsen meint D.1.1.1.2. *Ulpianus* 1 inst.: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ...“; dt.: „Das öffentliche Recht befasst sich mit den Verhältnissen des Gemeinwesens, das private Recht mit dem Nutzen der Einzelpersonen.“

⁵⁷ *Carl Edwin Leuthold*, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, in: (*Hirths*) *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* 17 (1884), S. 321–443 (347).

Staates zur Unrechtsfolge, zur Exekution, aufnimmt, also das gewöhnlich als öffentlich betrachtete Exekutionsrecht als einen untrennbaren Teil des sog. Privatrechtes ansieht, dann ist die öffentliche Natur des letzteren schon um dieses seines Bestandteiles willen unverkennbar. Wenn das bürgerliche Gesetzbuch nur die Tatbestände fixiert, an welche die Unrechtsfolge der Exekution geknüpft ist, dann müssen nicht bloß die Privatrechtsnormen, dann müssen auch die nur durch die Androhung der Exekution statuierten „Privat“rechtspflichten und die ihnen formal korrespondierenden „Privat“rechte gleichfalls öffentlicher Natur sein. Die Pflicht des Darlehensschuldners und das Recht des Eigentümers statuiert die Rechtsordnung im öffentlichen Interesse, weil ja die ganze Rechtsordnung nur der Ausdruck des öffentlichen Interesses ist. Nun hat man gerade diesen Teil der Rechtsordnung – sehr zu seinem Nachteil – bisher fast ausschließlich vom Standpunkt des individuellen Interesses aus betrachtet. Und diesen Standpunkt kann man auch gegenüber dem sog. öffentlichen Rechte einnehmen. Der Strafrechtssatz schützt das Interesse an Eigentum, Leben und Ehre, das nicht um ein Haar weniger privater, d. h. individueller Natur ist, als das vom Privatrecht geschützte; ja es sind überhaupt die gleichen Interessen, die durch beide Arten von Rechtsnormen geschützt werden. Vom Standpunkt des durch den Strafrechtssatz Geschützten ist das Interesse nicht um ein Haar weniger privat, als dasjenige des durch den Privatrechtssatz Geschützten vom Standpunkt dieses letzteren. Vom Standpunkt des Rechtskollektivums aber, der Rechtsordnung, kommt im Privatrechtssatz nicht anders als im Strafrechtssatz das öffentliche Interesse zum Ausdruck. Aber – wendet man ein – das öffentliche Interesse ist im Strafrecht deshalb stärker betont als im Privatrecht, weil hier die Unrechtsfolge nur über Klage des verletzten Interessenten realisiert wird, während im Strafrecht ohne Rücksicht auf die Geltendmachung des verletzten individuellen Interesses die Strafgewalt in Funktion tritt. Was bedeutet das aber? Nichts anderes, als daß das öffentliche Interesse, das im sog. Privatrechtssatze zum Ausdruck kommt, das öffentliche Interesse an der Unrechtsfolge, das ja identisch ist mit dem öffentlichen Willen zur Unrechtsfolge, bedingt ist durch ein Privat-(individuelles) Interesse. Nur wenn das verletzte Privatinteresse so stark ist, daß es die Form der *actio* annimmt, ist auch das öffentliche Interesse gegeben. Beim Strafrecht ist das öffentliche Interesse an diese Voraussetzung nicht gebunden. So daß zwar der Strafrechtsschutz, niemals aber der Privatrechtsschutz ohne Privatinteresse realisiert werden kann. Das bedeutet aber nicht, daß das Privatinteresse im Strafrecht *weniger* geschützt werde als im Privatrecht, oder daß das öffentliche Interesse im Privatrecht mehr zurückträte als im Strafrecht. In beiden wird immer und ausnahmslos öffentliches Interesse realisiert, in dem einen aber ausnahmslos, in dem andern bloß regelmäßig *auch* Privatinteresse, so daß, wenn das Interessemoment das Kriterium bildet, das Privatrecht ebenso wie das Strafrecht öffentliches Recht wäre, das Privatrecht aber notwendigerweise, das Strafrecht aber nur möglicherweise auch Privatrecht. Und beim Staats- und Verwaltungsrecht, das in der herrschenden Lehre bedingungslos dem

öffentlichen Rechte zugezählt wird, steht es nicht anders. Der Rechtssatz, der jemandem ein Wahlrecht einräumt, ist im öffentlichen Interesse da, wenn man den kollektivistischen Standpunkt einnimmt, und im privaten Interesse für den, der durch das Wahlrecht seine privaten Interessen geltend macht. Ja, wenn ein subjektives öffentliches *Recht* gegeben sein soll, muß das öffentliche Interesse im Rechtssatz ebenso an das individuelle Interesse gebunden sein wie beim sog. Privatrechtssatz. Auch das subjektive „öffentliche“ Recht – z. B. das Wahlrecht – besteht ebenso wie das subjektive Privatrecht in der Möglichkeit den Rechtssatz für sich in Anspruch zu nehmen, in der Disposition über diesen Bestandteil | der Rechtsordnung. Der objektive Rechtssatz wird dadurch zu *meinem* Rechte, daß der in ihm zum Ausdruck kommende Wille des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten des Staates, daß das Funktionieren des Staats- und Rechtsapparates durch *meinen* Individualwillen bedingt ist, durch mich in Funktion gesetzt wird. Mit anderen Worten, daß das öffentliche Interesse an das private Interesse gebunden wird. Ein Wahlrecht gewährt die Rechtsordnung dadurch, daß der Staat in einem Rechtssatz erklärt (und dadurch verpflichtet wird), durch bestimmte Behörden den Stimmzettel einer bestimmt qualifizierten Person (die dadurch berechtigt wird) in Empfang zu nehmen und in bestimmter Weise zu behandeln (alle Stimmzettel zu zählen und den mit Majorität bezeichneten als Abgeordneten anzuerkennen usw.). Diese Pflicht des Staates ist darum ein subjektives Recht des Wählers, weil nur durch seinen Willensakt: Abgabe des Stimmzettels, die Handlung des Staates, die zur Bestimmung des Abgeordneten führt, bedingt und ausgelöst wird. Das Interesse des Staates, das öffentliche Interesse, ein Organ (den Abgeordneten) zu bekommen, ist gebunden an das private Interesse, das der Einzelne daran hat, sich am Wahlakt zu beteiligen. Und wenn Wahlpflicht statuiert ist? Das Nichtwählen des Einzelnen mit Strafe bedroht? Ist es nicht das private Interesse, das der Einzelne an der Vermeidung der Strafe hat, das diese Pflicht konstituiert? Ist wegen dieser Verkoppelung des öffentlichen mit dem Privatrechte, das übrigens technisch der Verknüpfung beider Elemente im sog. Privatrechtssatz völlig analog ist, der Wahlrechtssatz, die Wahlpflicht oder das Wahlrecht *privater* Natur? Und doch wäre ein solcher Schluß genau so berechtigt, wie bei dem Rechtssatz, der die Pflicht des Depositors⁵⁸ und jenem, der das Recht des Darlehensgläubigers statuiert! Und das gleiche im Verwaltungsrecht! Der Rechtssatz, der den Staat verpflichtet, | über Ansuchen einer Partei und bei Gegebensein | 81 gewisser Bedingungen eine Eisenbahnkonzession zu erteilen, oder über Verlangen (und *nur* über Verlangen) einer Gemeinde bei Vorhandensein gewisser sachlicher Voraussetzung eine Schule zu bauen, verknüpft das öffentliche staatliche Interesse an der Eisenbahnkonzession und an dem Schulbau mit dem privaten Interesse der Konzessionswerber und der ansuchenden Gemeinde (privat ist das Interesse der Gemeinde verhältnismäßig, im Verhältnis zum allgemeinen, höheren Interesse des

⁵⁸ Ein Depositar ist ein Treuhänder.

Staates!). Führt aber diese rechtssatzmäßige Verbindung des öffentlichen mit dem privaten Interesse zur Einreihung dieser Rechtssätze, dieser subjektiven Rechte und Pflichten ins Privatrecht? Gewiß nicht, aber sie müßte es, käme die Interessentheorie zur Anwendung!

Die öffentliche Natur des gesamten Rechtes in seiner objektiven Erscheinungsform, mit dem Maßstabe der Interessentheorie gemessen, ist so offenkundig, daß sie auch heute ausdrücklich kaum gezeugnet wird. Es ist vornehmlich die subjektive Erscheinungsform des Rechtes, und zwar speziell die Berechtigung eben wegen ihrer Beziehung zum Einzelinteresse des Subjektes, die einen Anhaltspunkt für die Einteilung in privates und öffentliches Recht bietet, wobei freilich die Theorie beim subjektiven öffentlichen Rechte das im Grunde genommen die beiden als einander ausschließend gedachten Kriterien vereinigen soll, in arge Nöte[...] gerät. Wenn man aber nicht die bloß *mögliche* subjektive Erscheinungsform des Rechtssatzes – nämlich die Berechtigung – sondern seine *begriffsnotwendige* subjektive Erscheinungsform: die Rechtspflicht ins Auge faßt – was die Theorie bis heute leider arg vernachlässigt hat – dann zeigt sich deutlich, wie unmöglich es ist, das Interessenmoment zum Unterscheidungsprinzip (der subjektiven Erscheinungsform) des | Rechtes, des Rechtes im subjektiven Sinne zu machen. Es kann nicht öffentliche *oder* private Rechtspflichten geben, denn alle Rechtspflichten sind öffentlich und privat zugleich. Öffentlich sind sie, weil das öffentliche Interesse, der öffentliche, d. i. der staatliche Wille, in der Rechtsordnung sie statuiert. Hätte der Staat, d. h. die Öffentlichkeit, kein Interesse daran, statuierte er eben weder die Rechtspflicht des Darlehensschuldners, noch die der Diebstahlunterlassung! Weder die des Wohnungsmieters noch die des Steuerzahlers. Und jede Rechtspflicht ist privater Natur. Denn welches Mittels bedient sich die Rechtsordnung, um die Erfüllung der Pflicht zu garantieren, wodurch wird überhaupt eine Rechtspflicht der Untertanen statuiert? Dadurch daß die Pflichterfüllung in das private Interesse des Verpflichteten gerückt wird. Die Nichtbefolgung wird durch den die Pflicht statuierenden Rechtssatz mit einem Nachteil bedroht: Strafe oder Exekution! Wenn die Realisierung des öffentlichen Interesses vom Einzelmenschen abhängt – und das ist im Grunde immer der Fall – muß das öffentliche Interesse mit dem privaten Interesse zusammenfallen. Die Erfüllung der Rechtspflicht, an der die Öffentlichkeit interessiert ist, wird von der Rechtsordnung als Vermeidung eines Uebels konstituiert und so zum höchst privaten Interesse des Verpflichteten gemacht. Es ist unmöglich bei irgendeiner Rechtspflicht eine Verschiedenheit in diesem Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Interesse zu konstatieren. Nirgends „übertragt“ das öffentliche oder das private Interesse; überall ist beides, in seiner Intensität und Quantität gar nicht meßbar, gegeben. Das Verhältnis des Rechtsindividuums zum Rechtskollektivum ist das gleiche, wie das des Individuums zum Kollektivum überhaupt und findet sein gewaltiges Urbild in der Beziehung zwischen Einzelwesen und Gattung. Der Akt, der sich im eminentesten Interesse der Gattung | vollzieht, ist zum intensivsten aller Individualinteressen

| 83

| 84

gemacht. Es wäre töricht, ihn als Individual- oder als Gattungsfunktion zu qualifizieren, denn er ist beides; nur der verschiedene Standpunkt, von dem aus man ihn betrachtet, läßt bald die eine, bald die andere Seite hervortreten. Es ist ein unmögliches, weil im Grunde unlogisches Beginnen, den Gegensatz von privat und öffentlich, der ja nur der Gegensatz von Individuum und Kollektivum ist, im Objekt des Rechtes zu suchen, d. h. die Rechtsbeziehungen nach privaten und öffentlichen einzuteilen. Denn jede Rechtsbeziehung ist immer auch – wenn nicht *nur* – eine Beziehung zwischen Rechtsindividuum und Rechtskollektivum, zwischen dem Privaten und dem Oeffentlichen. „Privat“ und „öffentlich“ sind Richtungsbezeichnungen wie Süd und Nord, rechts und links. Wenn eine Straße nach Nord führt, muß sie auch – und zwar im selben Grade – nach Süd führen. Wenn ein Rechtsverhältnis privat ist, muß es auch, von der anderen Seite gesehen, öffentlich sein!

Deutlich tritt die Unzulänglichkeit des Interessenkriteriums hervor, wenn man versucht die Pflichten und Rechte des Staates und die sie begründenden Tatbestände: *die Rechtsgeschäfte* (im weitesten Sinne) nach dem Interessenkriterium zu scheidern. Die herrschende Lehre, richtiger die herrschende Terminologie stellt bekanntlich den spezifisch öffentlichen Rechtsgeschäften des Staates seine privaten gegenüber. Vom Standpunkte der Interessentheorie ist diese Unterscheidung schlechterdings sinnlos. Denn es ist ein Widerspruch in sich selbst, daß der Staat, der doch der juristische Ausdruck der Rechtsgemeinschaft, des Rechtskollektivums ist, dessen Interesse doch, wenn schon nicht allein, so doch in allererster Linie als das öffentliche[...] par excellence gelten muß, in irgend einer Beziehung als Träger von Privatinteressen erscheint. | Wenn ein Interesse als das des Staates erkannt | 85 wird, muß es schon deshalb als öffentliches Interesse angesehen werden. Ein öffentliches Interesse ist doch überhaupt gar nichts anderes als das Interesse einer Gesamtheit im Gegensatz zum Interesse eines Einzelnen, ist vor allem anderen das Staatsinteresse gegenüber dem Interesse aller anderen Rechtssubjekte. Nur wenn neben dem Staate noch andere Kollektiva anerkannt sind, kann als öffentliches Interesse auch das Interesse anderer Gemeinschaften, z. B. der Gemeinden oder sonstigen Korporationen bezeichnet werden. Jedenfalls kann aber der Staat kein anderes als ein öffentliches Interesse haben. Daß an irgend etwas ein öffentliches Interesse besteht, heißt doch gar nichts anderes, als daß dieses Etwas, dieser Vorgang oder diese Sache vom Standpunkt eines Kollektivums, vor allem des Staates, und nicht vom Standpunkt eines Individuums aus betrachtet wird. Und nun gibt es sog. private Pflichten und Rechte, private Rechtsgeschäfte des Staates. Wenn der Staat einen Kaufvertrag schließt, ist dieser Tatbestand, wie die für den Staat daraus erwachsenden Pflichten und Rechte – nach herrschender Terminologie privater, nicht öffentlicher Natur. Legt man dem Gegensatz von privat und öffentlich das Interesse zugrunde, dann muß man wohl oder übel beweisen, daß dieses Rechtsgeschäft, daß diese Pflichten und Rechte des Staates private Interessen realisieren! Wenn der Staat für seine Soldaten Uniformen, für seine Artillerie Pulver kauft, so

muß dies in Verfolgung privater Interessen geschehen, wenn man Rechtsformen, die diesen Inhalt haben, als privater Natur begreifen soll. Das begreife aber wer kann! Wenn die Armee im öffentlichen Interesse steht, weil sie nur ein Organ des Staates ist, der an sich das öffentliche Interesse verkörpert, dann kann nichts, was diesem Zwecke und daher letztlich dem obersten Zwecke: dem Staate dient, als ein privates Interesse gelten. | Darum können Rechtsgeschäfte des Staates, darum können Pflichten und Rechte des Staates, weil sie und sofern sie des Staates sind, nur öffentlicher Natur sein. Für den einzelnen Untertanen aber, mit dem der Staat seine Geschäfte abschließt, sind diese sowie die für ihn erwachsenden Pflichten und Rechte privater Natur, weil sie seine privaten Interessen realisieren, und nur weil sie seine privaten Interessen realisieren, läßt er sich in sie ein, erfüllt er die Pflichten, erwirkt er die Rechte. Der Begriff eines privaten Rechtsgeschäftes des Staates ist ungefähr von der gleichen logischen Qualität wie die Vorstellung vom Nordpol aus nach Norden zu marschieren³⁹⁾.

|³⁹⁾ Eine Scheidung der juristischen *Methoden* in eine zivilistische und eine publizistische versucht Stoerk, *Zur Methodik des öffentlichen Rechtes*. Wien, 1885.⁵⁹ „Während also bei den Privatrechtserscheinungen das Individuelle neben dem Typischen verschwindet, tritt hier (im öffentlichen Recht) das Typische in den Hintergrund und das Individuelle des nationalen, historischen, wirtschaftlichen Tatbestandes verlangt aus der Masse herausgegriffen, auf seine spezifische Substanz geprüft und im logischen Zusammenhange untersucht zu werden“ (a. a. O. S. 76).⁶⁰ Dieser von Stoerk⁶¹ behauptete Gegensatz innerhalb der juristischen Methoden beruht jedoch auf einem primitiven methodologischen Fehler: Stoerk hält die Theorie des öffentlichen Rechtes für eine historische Wissenschaft vom sozialen Geschehen mit der Aufgabe, das Wirkliche, das Sein zu erklären, während doch offenbar jede *Rechtswissenschaft*, also auch die Wissenschaft vom „öffentlichen Rechte“, keine Seins-, sondern eine Sollbetrachtung postuliert, keine explikative, sondern eine normative, d. h. auf Begreifen von Rechtsnormen gerichtete Disziplin ist. Was Stoerk für die Methode des Staatsrechtes fordert, wäre tatsächlich richtig, wenn sein Grunddogma richtig wäre: „Staatsrecht soll Staatsleben bedeuten“ (a. a. O. S. 75).⁶² Dieses ist aber ein fundamentaler Irrtum. Soziologie und Geschichte haben es mit dem Staatsleben zu tun, nicht aber das Staatsrecht, das ebenso wie das Privatrecht nur Rechtsnormen (in ihrer objektiven und subjektiven Erscheinungsform) zum Gegenstand hat. Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 3 ff.⁶³ Der Gegensatz, den Stoerk zwischen Privat- und öffentlichem Rechte sah, ist jener Gegensatz, den jetzt *Windelband*⁶⁴ und

⁵⁹ Stoerk, *Methodik* (Anm. 21).

⁶⁰ Stoerk, *Methodik* (Anm. 21), S. 76 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen, Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁶¹ Felix Stoerk (1851–1908), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1880 Habilitation in Wien, 1881 Honorarprofessor ebendort. Ab 1882 a. o. Prof. für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie in Greifswald, ab 1888 bis zu seinem Tode o. Prof. ebendort (1902/1903 Rektor). Er war gemeinsam mit Paul Laband Begründer und Herausgeber des ab 1886 erscheinenden „Archiv für öffentliches Recht“, ab 1888 Mitglied des „Institut de Droit international“ (1904 Vizepräsident). Wichtige Werke: *Option und Plebiszit bei Eroberungen und Gebietszessionen*, Leipzig 1879; *Handbuch der Deutschen Verfassungen*, Leipzig 1884 (2. Aufl., München und Leipzig 1913, bearb. von Friedrich Wilhelm von Rauchhaupt); *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, Wien 1885.

⁶² Stoerk, *Methodik* (Anm. 21), S. 75 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶³ Kelsen, *Hauptprobleme* (Anm. 3), S. 3–33 = HKW 2, S. 21–878 (80–116).

⁶⁴ Wilhelm Windelband (1848–1915), Philosoph. Er studierte Medizin, Naturwissenschaften, Geschichte und Philosophie in Jena, Berlin und Göttingen. 1876–1877 o. Prof. in Zürich,

|Neben der alten Interessenlehre macht sich insbesondere auf dem Gebiete des |87
Verwaltungsrechtes eine Theorie geltend, die das entscheidende Kriterium zwi-

*Rickert*⁶⁵ konstruieren, zwischen Naturwissenschaft und historischen (Kultur-)Wissenschaften,⁶⁶ ist ein Gegensatz innerhalb von Seins-Disziplinen. –| Daß die irrtümliche Uebertragung der |87
naturwissenschaftlichen Methode auf die allgemeine Rechtslehre den logisch unhaltbaren Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte aufrecht erhalte, behauptet *Weyr* a.a.O. S. 538 ff.⁶⁷ So treffend seine Ablehnung der naturwissenschaftlichen Methode für die Rechtstheorie ist, so korrekt seine Auffassung der allgem. Rechtslehre als „abstrakte Normenlehre“ (a.a.O. S. 542),⁶⁸ so muß doch seine Charakterisierung der juristischen Methode (der allgem. Rechtslehre) abgelehnt werden, wenn er behauptet, sie stehe dem künstlerischen Schaffen nahe (S. 548).⁶⁹ Zwar hat *Weyr*⁷⁰ ihren synthetisch-konstruktiven Charakter richtig erkannt, allein das Wesen einer spezifisch normativen Methode ist ihm noch fremd geblieben.

1877–1882 in Freiburg i.Br., 1882–1903 in Straßburg und 1903–1915 in Heidelberg. Er ist der Begründer der um 1890–1930 in Freiburg i.Br., Straßburg und Heidelberg wirkenden Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus. Ihr gehörten neben Heinrich Rickert (1863–1936) u. a. Hermann Lotze (1817–1881), Jonas Cohn (1869–1947), Emil Lask (1875–1915), Bruno Bauch (1877–1942), Hans Pichler (1882–1958), Richard Kroner (1884–1947) und Eugen Herriegel (1884–1955) an. Sie vertrat eine Wertphilosophie auf dem Boden der kantischen Philosophie. Namentlich Windelband schrieb Werten ein vom Sein der realen Dinge zu unterscheidendes Sein zu. Diese besondere Existenzform der Werte nannte er – wie später auch Kelsen – das „Gelten“ als Sollen. Wichtige Werke: Präludien, Freiburg i.Br. und Tübingen 1884; Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, Tübingen 1892; Prinzipien der Logik, Tübingen 1912; Einleitung in die Philosophie, Tübingen 1914.

⁶⁵ Heinrich Rickert (1863–1936), Philosoph. 1891 Habilitation in Freiburg i.Br., ab 1894 a.o. Prof., ab 1896 o. Prof. ebendort, 1915–1934 o. Prof. in Heidelberg. Er gehörte zu den Exponenten der Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus (Anm. 64), die in Freiburg i.Br., Straßburg und Heidelberg beheimatet war. Im Anschluss an Kant vertritt diese philosophische Richtung eine Wertlehre, die insbesondere durch die Unterscheidung von Sein und Sollen gekennzeichnet ist. Rickert erzielte mit seiner Gegenüberstellung von Wertbeziehung und Werturteil prägende Wirkung. Wichtige Werke: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, Freiburg i.Br. 1899 (6. und 7. Aufl., Tübingen 1926); Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Tübingen 1902 (5. Aufl., Tübingen 1929); Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen 1921.

⁶⁶ Vgl. *Wilhelm Windelband*, Geschichte und Naturwissenschaft. Rede zum Antritt des Rektorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg gehalten am 1. Mai 1894, Straßburg 1894 (3. Aufl., Straßburg 1904); *Heinrich Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 1910.

⁶⁷ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 538–555.

⁶⁸ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 542.

⁶⁹ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 548.

⁷⁰ František (Franz) Weyr (1879–1951), führender tschechoslowakischer Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Begründer der Brüner rechtstheoretischen Schule. 1908 Habilitation an der Böhmisches Universität in Prag für Verwaltungswissenschaft und österreichisches Verwaltungsrecht, ab 1912 a.o. Prof., ab 1919 o. Prof. an der Technischen Universität Brünn. 1919 Gründungsdekan und Prof. an der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn. 1918–1920 Mitarbeiter an der tschechoslowakischen Verfassung. Seit 1926 mit Kelsen und Léon Duguit (1859–1928) Herausgeber der „Revue internationale de la théorie du droit“. Wichtige Werke: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580; Základy filozofie právní (Grundzüge der Rechtsphilosophie), Brünn 1920; Soustava československého práva státního (System des tschechoslowakischen Staatsrechts), Brünn 1922 (2. Aufl., Prag 1924); Teorie práva (Rechtstheorie), Brünn und Prag 1936; Československé ústavní právo (Das tschechoslowakische Verfassungsrecht), Prag 1937.

schen privatem und öffentlichem Rechte nicht so sehr im Momente der zu realisierenden Interessen, als in der Qualität der beteiligten *Subjekte* sehen will⁴⁰⁾. Wo nicht gleichgeordnete, sondern über- und untergeordnete Subjekte einander in einem Herrschaftsverhältnis gegenüberstehen, dort soll öffentliches und nicht privates Recht gegeben sein. Es sind somit eigentlich zwei Kriterien, die in der heutigen Theorie nicht scharf genug auseinandergehalten werden: die Qualität der in Relation stehenden Rechtssubjekte und der Inhalt des zwischen den Subjekten bestehenden Rechtsverhältnisses. Daß beide Kriterien nicht identisch sind, wird sich bald zeigen.⁷²

Der Begriff des Rechtsverhältnisses, der für diese Herrschaftstheorie von Bedeutung ist, kann in einer doppelten Weise gestaltet werden. Jedes Rechtsverhältnis stellt sich dar als das Verhältnis eines Verpflichteten oder eines Berechtigten, oder als eine einfache oder mehrfache Kombination beider. Die Rechtspflicht und die Berechtigung sind die letzten subjektiven Einheiten, aus denen sich jede Rechtsfigur zusammensetzt. Bedient man sich nun einer rein formalen Methode, hält man an der Erkenntnis fest, daß Recht nur Form, niemals Inhalt ist, dann kann als Rechtsverhältnis, dann kann als subjektive Pflicht oder Berechtigung nur eine formale Relation begriffen werden; jene Relation, derzufolge der objektive Rechtssatz zu *meiner* Pflicht oder zu meinem Rechte wird. Das Rechtsverhältnis erscheint von diesem rein formalen Standpunkte aus auf seine letzte Einheit: die subjektive Rechtspflicht und die Berechtigung reduziert, als die Beziehung des objektiven Rechtes zu dem Verpflichteten und Berechtigten, als ein Verhältnis zur Rechtsordnung⁴¹⁾. Für diese rein formale Abstraktion ist der Inhalt der Rechtsnorm ebenso gleichgültig wie der Inhalt der durch die Norm statuierten Pflichten und Rechte. Der Begriff des Rechtsverhältnisses erfaßt nur die formelle Relation, die sich daraus ergibt, daß die Rechtssätze auf Rechtssubjekte anwendbar sind (Pflicht) oder von Rechtssubjekten in Anspruch genommen werden können (Berechtigung). Der Begriff des Rechtssubjektes oder der Rechtspersönlichkeit ergibt sich einfach daraus, daß irgend jemand Subjekt von Pflichten oder Rechten ist, d. h. daß ein Rechtssatz auf ihn angewendet werden oder daß er einen Rechtssatz für sich in Bewegung setzen kann. Dieser Begriff des Rechtssubjektes oder der Person ist ebenfalls nur formaler Natur: der Inhalt des Rechtssatzes, der die Personqualität verleiht, mit anderen Worten, der Inhalt der Pflichten und Rechte, deren Subjekt die Person ist, bleibt für den Begriff der Person gleichgültig. Eine Differenzierung des Personen- oder Rechtsverhältnis-Begriffes nach dem Inhalt

⁴⁰⁾ Vgl. *Layer*, Prinzipien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902. S. 331.⁷¹

| 88 ⁴¹⁾ Eine eingehende Analyse dieser Beziehung geben meine Hauptprobleme, S. 311 ff. und 702 ff.⁷³

⁷¹ *Max Layer*, Principien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902, S. 331.

⁷² Vgl. unten S. 272–278.

⁷³ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 311–346, 702–709 = HKW 2, S. 21–878 (435–473, 870–878).

des objektiven oder subjektiven Rechtes ist daher unmöglich. Aus dem Inhalt der Rechtsverhältnisse läßt sich eine Verschiedenheit der Rechtssubjekte, eine Wertdifferenzierung unter ihnen nicht ableiten. Sind irgendwelche materielle Beziehungen *Rechts*verhältnisse, weil Inhalt von Pflichten oder Rechten, dann sind ihre Subjekte eben wegen dieses rechtlichen Charakters, eben wegen dieser Rechtsform – oder in bezug auf die Rechtsform – untereinander gleichartig; wozu immer sie berechtigt oder verpflichtet sein mögen, sie sind Rechtssubjekte, Personen, und in dieser formalen Relation einander gleichgeordnet. Das gilt insbesondere auch dann, wenn als materielle Inhalte von Rechtsverhältnissen Gewalt oder Herrschaftsbeziehungen erscheinen. So verschieden solche Verhältnisse von anderen in *materieller* Hinsicht sein mögen: auf ihre Rechtsform hin geprüft, ergibt sich daraus keine Differenzierung. Es sind *Rechts*verhältnisse und ihre Subjekte Rechtssubjekte oder Personen, und wegen des besonderen Inhaltes *rechtlich* weder mehr noch minderwertig als andere. |89

Anders muß natürlich das Ergebnis ausfallen, wenn man die formaljuristische Betrachtungsweise aufgebend, als Rechtsverhältnis nicht die durch das Verhältnis zur Rechtsordnung gegebene Form, nicht die rechtliche Qualität von Beziehungen, sondern die Substanz dieser Beziehungen selbst, den Inhalt des Verhältnisses erfaßt, dessen *Form* die spezifische Differenz gegenüber anderen Beziehungen ausmacht, die nicht als *Rechts*verhältnisse gelten; wenn man als subjektives Recht rechtlich geschützte Interessen, als Pflicht rechtlich garantierte psychische Substrate, als Rechtsverhältnisse rechtlich geregelte Verhältnisse zwischen Menschen, rechtlich qualifizierte Verhältnisse und nicht die rechtliche Qualifikation gewisser Verhältnisse (diese Qualifikation ist eben die Relation zur Rechtsordnung) ansieht, dann kann man natürlich aus dem Inhalt dieser Beziehungen ein Merkmal der Unterscheidung für diese Verhältnisse finden. Dann kann man auch die rechtlich qualifizierten Verhältnisse in Herrschafts- und andere Verhältnisse einteilen, muß sich aber darüber klar sein, daß diese Einteilung mit der Rechtsform nichts zu tun hat. Die Eigenschaft, ein Herrschaftsverhältnis zu sein, sagt über die Besonderheit des *Rechts*verhältnisses gar nichts aus. Denn das Herrschaftsmoment ist keine Qualität, die einem Verhältnis anhaftet, sofern oder weil es *Rechts*verhältnis ist. Das Recht verleiht die Qualität der Herrschaft ebensowenig, wie es die Qualität des Goldes bei einem Eigentumsrecht verleiht, das einen Goldgegenstand zum Inhalt hat; die Rechtsordnung verleiht die Herrschaftsqualität nicht so, wie es die Qualität der Person oder die des Rechtsverhältnisses verleiht. Die Herrschaftsqualität ist keine Rechtsqualität. Herrschaftsverhältnis ist das fragliche Verhältnis auch ohne Rechtsordnung, auch außerhalb der Rechtsordnung. Und die Rechtsverhältnisse in Herrschaftsverhältnisse und Nicht-Herrschaftsverhältnisse einzuteilen, bedeutet ebensowenig eine juristische, rechtlich relevante Einteilung derselben, wie es keine geometrische Einteilung der Kugeln ist, die sie nach ihrem Stoff, Metall oder Holz usw. unterscheidet. Daß die Rechtsqualität aber tatsächlich nicht im Inhalt, sondern ausschließlich in der Form der Beziehungen besteht, und zwar |90

in der durch die Relation zur Rechtsordnung gegebenen Form, daß Rechtsverhältnis nicht ein rechtlich qualifiziertes Verhältnis, sondern nur die rechtliche Qualifikation eines Verhältnisses ist, und lediglich ein unpräziser Sprachgebrauch das Ganze mit einem Begriff erfaßt, der nur einen Teil, nur eine Eigenschaft des Ganzen aussagt – totum pro parte – das wird sofort selbstverständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß all die Lebensverhältnisse, die eine unpräzise Terminologie in toto als Rechtsverhältnisse erklärt, an sich auch ohne Rechtsordnung, ganz außerhalb alles Rechtsbereiches möglich sind, daß die Rechtsordnung diese Verhältnisse und insbesondere die Herrschaftsverhältnisse nicht schafft, sondern nur vorfindet und nur zu Rechtsverhältnissen | qualifiziert, sofern sie diese Verhältnisse zu sich in Relation setzt. Wenn ich von irgendeinem Verhältnisse aussage: es ist ein Rechtsverhältnis, von irgendeinem Tatbestande: er ist Recht oder Unrecht, so hat solches Urteil den gleichen logischen Charakter wie jenes, das irgendein menschliches Verhalten als gut oder böse, irgendeinen Gegenstand als schön oder häßlich bezeichnet: es hat zum Gegenstand das Verhältnis des Objektes, d. h. des Verhältnisses, des Tatbestandes, der Handlung, des Gegenstandes, zu einer Norm, ist ein *Werturteil*, kein *Wirklichkeitsurteil*! Das Urteil, das irgendeine menschliche Beziehung als Rechtsverhältnis erklärt, spricht die Relationsmöglichkeit dieses Tatbestandes zur Rechtsordnung aus, das Urteil, das einen Tatbestand als „Recht“, einen andern als „Unrecht“ erklärt, spricht ein positives oder ein negatives Werturteil, spricht aus, daß der eine Tatbestand der Rechtsnorm entspricht, der andere der Rechtsnorm widerspricht; genau so wie „gut“ und „schön“ die Uebereinstimmung mit einer Moralnorm, resp. einer ästhetischen Regel, „böse“ und „häßlich“ die Diskrepanz der Wirklichkeit, der Realität, mit der Norm, der Idealität zum Ausdruck bringt. Es ist einer der primitivsten Denkfehler, die Realität mit der Idealität zu verwechseln, etwas, was nur Eigenschaft eines Wirklichen, dessen Relation zur Norm bedeutet, mit dem Wirklichen zu identifizieren. Wenn man als Rechtsverhältnis die faktischen, zwischen den Menschen bestehenden Beziehungen erklärt, die durch die Rechtsordnung geregelt werden, so ist das ein Schulbeispiel für die unzulässige Verwechslung eines Werturteils mit einem Wirklichkeitsurteil. Wenn man im Bereiche der Ethik und Aesthetik und aller anderen normativen Disziplinen einen Fehler längst vermeidet, der auf dem Gebiete rechtswissenschaftlicher Arbeit scheinbar zum eisernen Bestand der Theorie gehört, so ist das offenbar nur darauf zurückzuführen, daß hier | noch niemals eine ernstliche methodologische Revision der Begriffe versucht wurde.

Sofern die neuere Theorie der Rechtswissenschaft den Gegensatz von Privat- und öffentlichem Recht auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse gründet, indem sie dem öffentlichen Rechte die spezifischen Herrschaftsverhältnisse zwischen Staat und Untertan zuweist, stützt sie sich auf eine fehlerhafte Voraussetzung; denn nur soferne sie als Rechtsverhältnisse die realen Relationen der Subjekte begreift, also den Inhalt einer Erscheinung, deren *Wert* nur das spezifische Rechtselement bildet, kann sie das unterscheidende Kriterium in einem Momente erblicken, das gar

nicht dem Objekte angehört, das sie zu unterscheiden hat; es liegt in der Wirklichkeits-, nicht in der Wertebene, es ist ein tatsächliches, kein juristisches Moment. Die Einteilung der Rechtsverhältnisse nach ihrem besonderen Inhalt in Herrschafts- und Nicht-Herrschaftsverhältnisse hat ungefähr den gleichen systematischen Wert, wie eine *ästhetische* Gruppierung von Gemälden nach der Qualität des Rahmens oder der Substanz der Farben.

Immerhin könnte auch eine solche Einteilung, konsequent durchgeführt, gewissen praktischen Zwecken dienen, sofern sie den Stoff gruppiert und so die Orientierung erleichtert. Allein die Unterscheidung in Herrschafts- und Nicht-Herrschaftsverhältnisse ist gar nicht konsequent durchführbar, und von der Theorie in noch viel geringerem Maße als dies möglich wäre, durchgeführt.

Ganz absehen davon will ich, daß sich jedes Verhältnis zwischen Menschen für eine auf die Wirklichkeit gerichtete Betrachtung bei näherem Besehen stets als Herrschaftsverhältnis darstellen muß⁴²⁾. Denn als Herrschaft stellt sich jene Beziehung zwischen Menschen dar, bei welcher der eine nach dem Willen des anderen sich zu verhalten gezwungen ist. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Zwang rein psychischer oder physischer Natur ist, ob es sich um ein Motivations- oder um ein mechanisches Kausalverhältnis handelt. Daß in jedem Verhältnis zwischen Menschen, auch in jenem, das schon seiner inneren Natur nach jeder herrschaftlichen Gestaltung scheinbar widerstrebt, daß auch im Liebes- und Freundschaftsverhältnis eine Ueber- und Unterordnung sich entwickelt, daß es tieferer psychologischer Untersuchung nicht entgehen kann, wie in jedem Verhältnis zwischen Menschen immer der eine führt und der andere geführt wird, der eine Wille sich dem andern Willen aufzwingt, weil diese Stellung der Individuen zueinander die einzige wirkliche Relationsmöglichkeit darzustellen scheint oder doch das immanente Ziel und Ergebnis aller auf gegenseitige Beziehung gerichteten Entwicklung ist, darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden. Aber auch einer viel größeren, lediglich auf die von der Rechtsordnung erfaßten menschlichen Beziehungen gerichteten Betrachtung müssen sich weit mehr Herrschaftsverhältnisse ergeben, als die heutige Rechtswissenschaft aus diesem Titel dem öffentlichen Rechte zuweist. Das Verhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter ist durchaus ein Herrschaftsverhältnis; nicht nur wegen der wirtschaftlichen Uebermacht des Unternehmers, die den Arbeiter zwingt, in dessen Dienste zu treten und selbst ungünstige Arbeitsbedingungen zu akzeptieren, sondern auch deshalb, weil der Arbeitnehmer den einseitigen Anordnungen, den Befehlen des Arbeitgebers innerhalb der Schranken des Arbeitsvertrages gehorcht, gehorchen muß und auch von Rechts wegen gehorchen soll. Das Verhältnis von Vater und Kind ist ein Herrschaftsverhältnis, nicht nur ein Verhältnis psychischer Motivation, sondern

⁴²⁾ Ein Gedanke, den schon *Aristoteles*, Politik, I. Buch, 2. Kap. deutlich ausdrückt.⁷⁴

⁷⁴ *Aristoteles*, Pol. I, 2; 1252a 24–1253a 39.

|94

auch physischen Zwanges. Und alle diese Verhältnisse, | die den größten Teil des sogenannten Privatrechtes ausfüllen, unterscheiden sich in bezug auf das Herrschaftsmoment durch nichts von jenen Verhältnissen, welche die heutige Theorie als spezifische Herrschaftsverhältnisse zwischen Staat und Individuum anerkennt und aus diesem Grunde dem öffentlichen Rechte zuordnet. Wenn die Theorie des öffentlichen Rechtes die spezifischen Erscheinungsformen der staatlichen Herrschergewalt im einseitigen Befehl, den zu respektieren der Untertan rechtlich verpflichtet ist, und dem körperlichen Zwang erblickt, den staatliche Organe unter bestimmten Voraussetzungen gegen Untertanen auszuüben berechtigt, ja verpflichtet sind (Verhaftung, Strafvollzug, zivilgerichtliche Exekution usw.), so muß demgegenüber hervorgehoben werden, daß auf dem Gebiete des Privatrechtes der einseitige Befehl die Rechtswirkung der Gehorsamspflicht haben kann und daß auch auf dem Gebiete des Privatrechtes die Ausübung unmittelbaren körperlichen Zwanges gegen einen andern Inhalt privater Pflichten und Rechte eines Untertanen sein kann: das Züchtigungsrecht des Vaters gegenüber seinen Kindern, das Recht der Selbstpfändung und ähnliches. Im übrigen sei bemerkt, daß dort, wo es sich um die Ausübung körperlichen Zwanges handelt, von einem Rechtsverhältnis im Sinne der herrschenden Lehre gar nicht die Rede sein kann; denn solches Rechtsverhältnis setzt die materielle Beziehung zwischen zwei Rechtssubjekten voraus. Eine solche ist aber bei Ausübung körperlichen Zwanges gar nicht gegeben, hier ist nur das Verhältnis eines Rechtssubjektes zu einem Objekt vorhanden; der vom Staate mit Gewalt Verhaftete, der vom Staat mit Gewalt seiner Freiheit beraubte Sträfling ist als solcher, d. h. in Beziehung zu dem seine Gewalt äußernden Staat nicht Rechtssubjekt, weil nicht Subjekt von Pflichten oder Rechten, sondern Rechtsobjekt, d. h. Gegenstand der Gewaltäußerung. Ver|pflichtet die Gewalt zu dulden, wäre er nur insofern, als Widerstand gegen die Gewalt mit Unrechtsfolge verbunden; der faktischen Aeußerung der Gewalt gegenüber aber kommt er nur als Objekt in Betracht. Die Rechts- resp. Pflichten-subjektivität kommt gegenüber der Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt nicht zur Erscheinung.

|95

Macht man das Herrschaftsmoment zum Unterscheidungskriterium zwischen privatem und öffentlichem Rechte, dann muß man dieses Kriterium auch innerhalb des Privatrechtes berücksichtigen, wo es als Inhalt von Rechtsverhältnissen erscheint. Weil im sog. Privatrecht zahlreiche wirtschaftliche und moralische Gewaltverhältnisse normiert werden, müßte dieser Teil der Rechtsordnung ebenso in prinzipielle Gegensätze zerfallen, wie nach herrschender Lehre das Privatrecht vom öffentlichen Rechte getrennt ist, weil das letztere *politische* Herrschaftsverhältnisse zum Gegenstand hat. Wobei freilich dieses ganze, auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse gestellte Einteilungsprinzip mit der fundamentalen Erkenntnis in Widerspruch steht, daß Gewalt oder Herrschaft, d. h. Macht, in demselben Augenblick aufhört Gewalt oder Herrschaft zu sein, sobald sie die Form des Rechtes annimmt. Wenn die Aeußerung der Gewalt, die Ausübung der Herrschaft, Inhalt einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung werden, wird die *Macht* zum

Recht. Das ist ja der Sinn des uralten Gegensatzes, in dem Macht und Recht dem Denken erscheinen: Nicht der Gegensatz zweier Inhalte, wie Holz und Metall, sondern der Gegensatz einer Form zu einem Inhalt. Immer muß Macht der Inhalt des Rechtes sein, aber nicht immer ist Recht die Form der Macht. Darauf kommt es aber für eine *juristische* Erkenntnis an, ob die Macht in die Form des Rechtes gezwungen ist. So wie Farbe und Leinwand durch die künstlerische Form zum Gemälde wird, so wird die Macht zum |Recht. Und wie eine Aesthetik es nicht mit den Substanzen der Farbe und Leinwand zu tun hat, sondern mit der künstlerischen Form, so hat es eine Rechtswissenschaft nicht mehr mit der Macht – weder mit wirtschaftlicher noch mit moralischer, noch auch mit politischer Macht – sondern mit der Form: dem Rechte zu tun. |96

Daß es im Grunde genommen unrichtig ist, die Qualität der bei den Rechtsverhältnissen beteiligten Rechtssubjekte als das entscheidende Kriterium zwischen Privat- und öffentlichem Recht auszugeben, wenn doch der Inhalt der Beziehung, das Herrschaftsmoment in Wahrheit maßgebend ist, bedarf kaum näheren Beweises. Rechtssubjekt ist, wer Subjekt von Pflichten und Rechten ist. Das rein Formale dieser Qualität ist übrigens auch in der herrschenden Lehre so sehr anerkannt, daß man kaum ernstlich eine Differenz der Rechtssubjekte aus der Verschiedenheit des Inhaltes zu deduzieren versucht, den ihre Pflichten und Rechte aufweisen⁴³⁾. Nicht als Rechtssubjekt, nicht als Person ist man Herrscher oder Beherrscher, sondern lediglich als Mensch; denn nur der Mensch als physisch-psychische Einheit kann der Träger jener psychischen und physischen Bewegungen sein, die den spezifischen Kausal- oder Motivationsnexus bilden, den man als „Herrschaft“ erkennt. Als „Person“ oder Rechtsobjekt⁷⁶ kommt man lediglich insofern in Betracht, als man berechtigt und verpflichtet ist, zu herrschen oder sich beherrschen zu lassen. Dieselbe Theorie, die immer wieder den Unterschied von Mensch und Person hervorhebt, kann nicht, ohne zu sich selbst in Widerspruch zu geraten, zwischen Herrschafts- und Nicht-Herrschafts-Personen *juristisch* unterscheiden wollen.

Die Anschauung, welche den Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht auf das Herrschaftsmoment stützt, tritt |mitunter in einer Formulierung auf, die den Anforderungen formal-juristischer Konstruktion mehr zu entsprechen scheint, als jene, die direkt den spezifischen Inhalt des Rechtsverhältnisses als ausschlaggebend erklärt. Als öffentliches Recht bezeichnet man zum Unterschiede vom Privatrechte jenes, welches ein Verhältnis regelt, in welchem notwendig der Staat (oder ein anderes Rechtskollektivum) als Subjekt erscheint. Dabei setzt man voraus, daß es ein spezifisches Herrschaftsverhältnis, das Imperium, ist, das notwendig den Staat zum Subjekt hat. Es ist im Grunde die alte Herrschaftstheorie, |97

⁴³⁾ Vgl. dazu die ausgezeichneten Ausführungen *Weyrs* a. a. O. S. 559.⁷⁵ |96

⁷⁵ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 559.

⁷⁶ «Rechtsobjekt»] müsste wohl heißen: «Rechtssubjekt».

die hier in formalistischem Gewande wiederkehrt. Alle Einwände gegen diese können also auch hier geltend gemacht werden. Ich brauche mich nur auf Widerlegung der *Formel* zu beschränken. Und da ist denn zunächst hervorzuheben, daß es überhaupt keine vom Rechte geregelte Beziehung gibt, in welcher der Staat als Rechtssubjekt (d. h. der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt) natur- oder begriffsnotwendig erscheinen muß. Auch die Rechtsschutzbeziehung, an die ja hier vornehmlich gedacht wird, die Pflicht und das Recht zu strafen oder zu exequieren, muß von der Rechtsordnung nicht notwendig, d. h. in allen Fällen ausnahmslos dem Staate zuerkannt werden. Die Rechtsordnung kann auch dem einzelnen, dem Verletzten selbst die Exekutions- und Straffunktion übertragen. Sie *kann* es, hat es früher in gewissen Fällen getan, tut es aber heute faktisch nicht. Der Staat hat das Straf- und Exekutionsmonopol. Wenn aber die Rechtsordnung dem Staate das Branntwein-, Tabak- oder Salz-Verkaufs*monopol* einräumt, und sie kann dies natürlich ohne weiteres tun und tut es auch heute nicht selten, dann wäre nach der oben zitierten Formel das Rechtsverhältnis eines Salz-, Tabak- oder Branntweinkäufers zum verkaufenden Staate ein öffentliches. Denn es ist ein Rechtsverhältnis, in welchem der Staat notwendig – d. h. | *rechtsnotwendig* und eine andere als eine Rechtsnotwendigkeit gibt es für Gestaltung von Rechtsverhältnissen nicht – das eine Subjekt ist.

Solange sich der Staat tatsächlich auf Strafe und Exekution beschränkt, mag ja immerhin eine derartige inhaltliche Scheidung der Rechtsverhältnisse durchführbar sein. Allein sobald seine Kompetenz durch die Rechtsordnung ausgedehnt, d. h. der Staat auch zu anderen Funktionen als strafen und exequieren verpflichtet und berechtigt wird, sobald der Staat Schulen bauen, Eisenbahnen betreiben, Telefonverkehr vermitteln kann und soll, ist es schlechterdings unmöglich die obzitierte Formel mit dem tatsächlichen Umfang, den man dem öffentlichen Rechte heute gibt, in Einklang zu bringen. Die Verwaltung des modernen Staates umfaßt ja zum größten Teil Tätigkeiten, in denen der Staat – sofern sie ihm nicht rechtlich monopolisiert sind – mit Privaten konkurriert. (Schluß folgt.)

| 190

| (Schluß.)
III. Kapitel.

Anders freilich gestaltet sich das Bild, wenn man den Staat nicht als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Rechten ins Auge faßt, als welcher er ja ausschließlich und allein für die herrschende materielle Auffassung des Rechtsverhältnisses in Betracht kommt, sondern wenn man den Staat als Träger der Rechtsordnung begreift, als Subjekt des verpflichtenden und berechtigenden Willens, dem für die juristische Betrachtung alle übrigen Subjekte – bildlich gedacht – untergeordnet sind; wenn man den Staat nicht als Rechtssubjekt, sondern als Rechtsautorität (d. h. als Rechtsordnung) voraussetzt und nun das Verhältnis

der Rechtssubjekte zu diesem Staat, d. h. hier: zur Rechtsordnung betrachtet. Diese formale Relation ist stets ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis, allein diese formale Relation ist stets und immer gegeben, so oft eine Pflicht oder ein Recht vorliegt. In diesem formalen Sinne ist jedes Rechtsverhältnis, weil ein Verhältnis zur Rechtsordnung, ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis nämlich zwischen der *Rechtsordnung*, der verpflichtenden und berechtigenden Autorität und dem verpflichteten oder berechtigten Subjekte. In diesem Sinne ist jedes Rechtssubjekt *Untertan*, Untertan der Rechtsordnung, und *nur* der Rechtsordnung, auch der Staat, sofern er eben ein der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt von Pflichten und Rechten ist! |191

Es ist von allergrößter Bedeutung – und es ist dies der Sinn der Rechtsstaatsidee – den Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten, als Person, vom Staat als Träger der *Rechtsordnung*, als Rechtsautorität, formal zu scheiden. Nur als *Rechtsordnung* erscheint er den Rechtssubjekten übergeordnet, als Person ist er allen anderen Rechtssubjekten *gleichgeordnet*, welches immer auch der Inhalt jener Pflichten und Rechte sein mag, den die Rechtsordnung dem ihr unterworfenen Staate zuerkennt. Nur soferne man den Staat in seiner Qualität als Rechtsordnung oder Rechtsautorität mit dem Staat als Rechtssubjekt verwechselt, nur soferne man ihn dort, wo er als Rechts- und Pflichtsubjekt in Betracht kommt – d. h. im ganzen Bereich der Exekutive – als Rechtsordnung, als verpflichtende und berechtigende Autorität gelten läßt, d. h. dem Staat als Rechts- und Pflichtsubjekt, als Person, eine Eigenschaft zuspricht, die ihm nur als Träger der Rechtsordnung, als Rechtsautorität zukommt, nur auf Grund dieses *Denkfehlers* kann man sich zu der Scheinkonstruktion eines *juristischen* Ueber- und Unterordnungsverhältnisses zwischen dem Rechtssubjekt Staat und allen übrigen Rechtssubjekten verirren. Dabei begeht man den weiteren fundamentalen logischen Fehler, daß man ein Moment, das zur *Voraussetzung* juristischer Konstruktion gehört, in die Konstruktion hineinnimmt, zu einem Element juristischer Konstruktion macht. Denn das Moment der *Ueberordnung*, die Autoritätsqualifikation, kommt der *Rechtsordnung* eben wegen ihrer verbindlichen, normierenden Kraft | zu. Die Rechtsordnung ist aber die Voraus- |192
setzung aller juristischen Konstruktion. Wenn also ein Verhältnis zwischen zwei der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten (ein Rechtsverhältnis im Sinne der herrschenden Lehre) juristisch konstruiert werden, d. h. die Qualität festgestellt werden soll, die irgend einem solchen Verhältnis durch die Rechtsordnung verliehen wurde, dann kann man unmöglich eine Qualität, die der Rechtsordnung selbst, an sich, zukommt, an diesem Verhältnisse konstatieren. Die Qualität der Ueberordnung, die der Rechtsordnung den Rechtssubjekten gegenüber gebührt, ist gar keine *juristische*, sondern eine außer- oder überjuristische Qualität, denn es ist keine Qualität, *welche die Rechtsordnung verleiht, sondern welche der Rechtsordnung zukommt*, damit sie irgendeine rechtliche Qualität ihrerseits verleihen kann.

Und dieser Fehler zeigt sich deutlich bei jener Theorie, die vornehmlich auf dem Gebiete des neueren Verwaltungsrechtes den Gegensatz zwischen öffentli-

chem und privatem Rechte auf einen rechtlichen *Mehrwert* der Staatsperson gegenüber den Untertanen in allen jenen Verhältnissen gründet, in denen die öffentliche Gewalt, das Imperium des Staates zum Ausdruck kommt⁴⁴⁾. „Öffentlich rechtlich ist das Rechtsverhältnis, wenn es die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Inhalte hat“, sagt *Otto Mayer*⁴⁵⁾, dessen deutsches Verwaltungsrecht am deutlichsten diese Auffassung des öffentlichen Rechtes vertritt. Die beiden spezifischen Aeußerungen des staatlichen Imperiums aber sind: „Der Befehl und die Gewaltanwendung“⁴⁶⁾. „Das Verhältnis zwischen Staat und Untertan ist das einer rechtlichen Ungleichheit: der Staat hat auf seiner Seite die öffentliche Gewalt. Gewalt bedeutet die Fähigkeit eines rechtlich | überwiegenden Willens“⁴⁷⁾. Wenn aber der Befehl des Staates in der Exekutive, also der Staatsperson, nur deshalb bei den Untertanen die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht hat, weil die *Rechtsordnung*, d. h. ein Rechtssatz an den Tatbestand eines staatlichen Befehles (d. h. eines unter bestimmten, *von der Rechtsordnung* bestimmten, Voraussetzungen von einem gleichfalls durch die Rechtsordnung bestimmten Organe ausgesprochenen Imperativs) die Rechtspflicht, dem Befehle zu gehorchen, statuiert (soferne eben der Ungehorsam mit Strafe bedroht ist), dann ist kein wesentlicher Unterschied gegenüber irgendeiner anderen einseitigen Willensäußerung irgendeiner anderen Person gegeben, die von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen ausgestattet wurde. Dann besteht insbesondere auch, und darauf wurde ja hier schon hingewiesen,⁸¹ kein wesentlicher Unterschied des staatlichen Befehls zu dem Dienstbefehl, der Dienstesanordnung des Arbeitgebers, welcher zu entsprechen – innerhalb des Dienstvertrages zu entsprechen – Rechtspflicht des Arbeitnehmers ist. Der Begrenzung durch den Arbeitsvertrag entspricht durchaus die Begrenzung durch die Kompetenz des Organs; nur daß hier die Grenze unmittelbar durch die Rechtsordnung, dort mittelbar durch die Rechtsordnung, nämlich durch den nur durch die Rechtsordnung wirksamen Vertrag erfolgt. Und wenn die Staatsperson in der Exekutive physische Gewalt, körperlichen Zwang nur deshalb rechtmäßig ausüben kann, weil und soferne sie hierzu durch die Rechtsordnung, d. h. durch einen Rechtssatz ermächtigt, i. e. berechtigt oder verpflichtet wurde, so ist ebenfalls keine wesentliche Differenz zwischen dem staatlichen Zwangsakt und irgendeinem anderen Zwangsakt zu konstatieren, zu dem die Rechtsordnung irgendeine andere Person berechtigt oder verpflichtet. Ebensowenig wie die Person des | Arbeitgebers

| 192 |⁴⁴⁾ Vgl. *Fleiner*, a. a. O. S. 147.⁷⁷

⁴⁵⁾ A. a. O. S. 107.⁷⁸

⁴⁶⁾ A. a. O. S. 50.⁷⁹

| 193 |⁴⁷⁾ A. a. O. S. 67.⁸⁰

⁷⁷ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 147.

⁷⁸ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 107.

⁷⁹ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 50 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁰ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 67 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸¹ Vgl. oben S. 275.

der Person des Arbeitnehmers rechtlich übergeordnet ist, einen rechtlichen Mehrwert repräsentiert, weil nicht sie, sondern die Rechtsordnung die juristisch relevante verbindliche Autorität darstellt, so ist auch nicht die Staatsperson, die in der Exekutive einen Befehl setzt, dem zu Gehorsam verpflichteten Untertanen übergeordnet, denn nicht die Staatsperson, sondern die Rechtsordnung, nicht der Staat als Rechts- und Pflichtenobjekt, sondern der Staat als Rechtsordnung ist die verbindliche, rechtsverpflichtende, und als solche ausschließlich dem Untertan übergeordnete Autorität. In diesem Sinne wird jede Rechtspflicht der Rechtsordnung oder dem Staate als Rechtsordnung gezollt, auch die Rechtspflicht der Staatsperson, und in diesem Sinne ist jede Rechtspflicht Gehorsamspflicht, auch die der Staatsperson. Daß bei Ausübung der physischen Zwangsgewalt niemals ein rechtliches Ueber- und Unterordnungsverhältnis, überhaupt kein Rechtsverhältnis zwischen der zum Zwang berechtigten oder verpflichteten *Person* und dem gezwungenen, überwältigten *Menschen* besteht, ist bereits früher dargetan worden.⁸² Eine rechtliche Niveaudifferenz zwischen *zwei Personen* könnte nur im Falle des Befehles denkbar sein. Und dies nur dann, wenn nicht von der Rechtsordnung, sondern von der zum Befehl berechtigten und verpflichteten Person die rechtsverbindliche Kraft abgeleitet wird, die den Adressaten des Befehls zu Gehorsam verpflichtet! Denn dann ist die befehlende Person der Gehorchenden gegenüber mit Rechtsautorität, also mit wahren, echtem Mehrwert ausgestattet. Nicht weil diese autoritäre Person befiehlt, sondern weil ihr Befehl Gehorsamspflicht statuiert, ist sie rechtlich „übergeordnet“, hat sie die Autorität der Rechtsordnung in sich. Ihr Befehl ist zugleich auch verpflichtender Rechtssatz. Nun ist es nicht selten, daß ein vulgärer, die rechtslogischen Beziehungen verdunkelnder Sprachgebrauch |Rechtspflichten und Berechtigungen durch die Rechtssubjekte selbst entstehen, statuieren läßt. Besonders im Privatrecht ist die unpräzise Formel üblich, daß die Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäftes durch den Willen der Parteien entstehen. Man sagt: der Testator schafft das Recht des Erben, die Vertragsschließenden statuieren gewisse gegenseitige Rechte und Pflichten. Man ist sich dabei meist des Ungenauen dieser abbrevierenden Ausdrucksweise bewußt und setzt als selbstverständlich voraus, daß nicht der Wille der Parteien, sondern die Rechtsordnung die Rechte und Pflichten statuiert, daß der geäußerte Wille der Parteien, Testament, Vertrag usw. lediglich die Voraussetzung, der Tatbestand ist, an den die Rechtsordnung die spezifischen Rechtswirkungen anknüpft. Im Staats- und Verwaltungsrechte aber, wo die Tatbestände, an welche die Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft, von einer besonderen Partei, nämlich der Staatsperson gesetzt werden, dort wird der unpräzise und unlogische Sprachgebrauch wörtlich genommen. Nicht die Rechtsordnung, nicht ein Rechtssatz, sondern die Staatsperson selbst, die in der Exekutive, also als Rechts- und Pflichtenobjekt, einen Befehl setzt, ihr Imperium geltend macht, bewirkt die Gehorsamspflicht des Untertanen! *Otto*

⁸² Vgl. oben S. 276 f.

Mayer hat dies ausdrücklich ausgesprochen: „In obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Aeußerung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht“⁴⁸⁾.

Wenn *Otto Mayer* der vollziehenden Gewalt die gleiche rechtserzeugende, verpflichtende Kraft zuspricht wie der Rechtsordnung, wenn er den Aeußerungen des Staatswillens, der Staatsperson innerhalb der Exekutive Rechtswirkung oder „Geltung“⁸⁴ zuerkennt, ohne Rücksicht auf irgendeinen Rechts|satz, der die erwünschten Pflichten und Rechte der Untertanen als Rechtsfolgen an den Tatbestand einer staatlichen Willensäußerung knüpft, wenn er den Staatsakt im bewußten Gegensatz zum Rechtsgeschäfte der Privaten aus „eigener Kraft“ und nicht aus der Rechtsordnung heraus wirken läßt, so sieht er sich doch auffallenderweise zu einer wesentlichen Einschränkung genötigt. Obgleich er diese „Wirkung aus“⁸⁵ eigener Kraft“ aus dem Wesen der exekutiven Staatsgewalt als solcher ableitet, der ebenso wie der Rechtsordnung – dem „Gesetz“ (offenbar im materiellen Sinne) sagt *Otto Mayer* – zustehe, „in obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll“, so muß er doch jene Aeußerung der exekutiven Staatsgewalt, die man als *Urteil* bezeichnet, selbst ausnehmen und sein Dogma eigentlich auf den Verwaltungsakt, die zweite der beiden typischen Erscheinungsformen, in denen der obrigkeitliche Wille der Staatsperson sich äußert, beschränken. Denn das Urteil, das sind *Otto Mayers* eigene Worte, „gründet sich stets auf das Gesetz, das es auf den Einzelfall in“⁸⁶ Anwendung bringt“⁴⁹⁾. Das richterliche Urteil, das auch nach *Otto Mayer* die obrigkeitliche Gewalt in eminentester Weise zum Ausdruck bringt, ja im Grunde genommen nach *Otto Mayers* Konstruktion noch in höherem Maße als der Verwaltungsakt den obrigkeitlichen Charakter der Staatsgewalt manifestiert, da es in der Stufenfolge: Rechtsgeschäft, Verwaltungsakt, Urteil, an oberster Stelle steht, dieses Urteil hat nicht die Fähigkeit, *aus eigener Kraft*, d. h. ohne Rechtssatz dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn im Einzelfalle Rechtens ist, denn es bringt ja nur den Rechtssatz auf den Einzelfall zur Anwendung! Der Verwaltungsakt aber soll – mit einer später zu berücksichtigenden Ausnahme⁸⁸ – diese Fähigkeit haben. Für den | Verwaltungsakt weist *Otto Mayer* ausdrücklich die Anschauung zurück,

| 195 | 48) A. a. O. S. 97.⁸³

| 196 | 49) A. a. O. S. 97.⁸⁷

⁸³ Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 – vgl. ergänzend unten bei Anm. 94, 100, 112.

⁸⁴ Z. B. Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 80.

⁸⁵ «Wirkung aus»] Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97: «Wirkung übt aus».

⁸⁶ «in»] Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97: «zur».

⁸⁷ Vier Zitate: Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97.

⁸⁸ Kelsen meint das bei Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 Anm. 4, angesprochene Rechtsinstitut der Verleihung, das Mayer ausführlich in Bd. 2 behandelt, vgl. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Leipzig 1896, S. 19, insb. 147–163, 224, 294, 375 Anm. 12.

er hole wie das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit aus einem Rechtssatz.⁸⁹ Der Wille der Staatsperson, der im Verwaltungsakt erscheint, hat die bezweckte Rechtspflicht oder Berechtigung des Untertanen aus eigener Kraft zur Folge. Der Verwaltungsakt unterscheidet sich von einem Rechtssatz nach *Otto Mayer* nur dadurch, daß der letztere generell – für eine unbeschränkte Anzahl von Fällen – der erstere individuell, für einen Einzelfall, Geltung hat.⁹⁰ Allein das Wesen der Norm im allgemeinen und der Rechtsnorm im besonderen ist nicht in ihrem generellen Charakter gelegen – es gibt auch Normen, die nur Individualpflichten statuieren, die Normen der autonomen Moral können durchaus so gedacht werden – sondern in ihrer Fähigkeit, eine Pflicht zu statuieren. Der Verwaltungsakt, der aus eigener Kraft eine Rechtspflicht statuiert, wäre eine Rechtsnorm; allein ganz abgesehen von allen anderen Einwänden, sei zunächst hervorgehoben, *daß es nicht nur von größtem begriffsökonomischem und denkästhetischem Werte ist, den Begriff der Rechtsordnung und den Begriff der Verwaltung so zu begrenzen, daß beide einander ausschließen*⁵⁰, *sondern daß gerade dieses ausschließende Verhältnis von Rechtsordnung und Verwaltung die rechtslogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee sein muß.* Denn wie kann ein Verwaltungsakt als Inhalt einer Rechtspflicht des Staates oder einer staatlichen Berechtigung erkannt werden, wenn er selbst die verpflichtende und berechtigende Norm ist? Nur wenn eine Relation des Verwaltungsaktes zu einer über ihm stehenden, von ihm formal verschiedenen Rechtsnorm möglich ist, kann ihm die rechtliche Qualität zugesprochen | werden, die er | 198 nach dem Prinzipie des Rechtsstaates haben muß: Inhalt einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung des Staates. Wie es unmöglich ist, die Rechtsordnung als solche juristisch zu qualifizieren, weil sie selbst die Quelle aller rechtlichen Qualitäten ist; wie es logisch unmöglich ist, den Prozeß der Rechtserzeugung als Rechtspflicht des Staates und damit als Funktion des Staates im juristischen, d. h. im rechtsstaatlichen Sinne zu denken, so wäre auch die Verwaltung, sofern sie rechtserzeugend wirkt, selbst Rechtsordnung, also rechtlich nicht konstruierbar. Die Qualität einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung kann keinem Tatbestand und somit auch keinem Akte der Verwaltung immanent sein; ein Akt, der Pflichten oder Rechte statuiert, ist darum noch nicht selbst als Pflicht oder Recht qualifiziert. Und wenn man geneigt ist, einem angeblich berechtigenden und verpflichtenden Akte die fragliche Qualität einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung aus immanenten Prinzipien zuzusprechen, so begeht man den gleichen Fehler, der gewissen Kriminalisten vorzuwerfen ist, die irgendwelche psychische Tatbestände an sich als „Schuld“ erklären, also ohne Rücksicht auf eine Norm auf Grund psychologischer Untersuchungen eine rechtliche Qualität finden zu können glauben, wo solche

| 50) Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 556 f.⁹¹

| 197

⁸⁹ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97, insb. Anm. 3.

⁹⁰ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 94–97.

⁹¹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 556 f. = HKW 2, S. 21–878 (708 f.).

doch stets und ausnahmslos nur in der Relation eines Tatbestandes zu einer Rechtsnorm gelegen sein kann⁵¹⁾.

Selbst wenn man schon – unter Verzicht auf das Prinzip des Rechtsstaates der Verwaltung gegenüber und damit zugleich auf das Postulat ihrer rechtlichen Konstruierbarkeit – ablehnt, die Akte oder doch gewisse Akte der Verwaltung als Inhalt staatlicher Rechtspflicht oder Berechtigung zu begreifen, als Träger der Verwaltung das der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt (die „Person“) des Staates anzusehen, ist die Auffassung der Verwaltung als Rechtsordnung oder doch gewisser Verwaltungsakte als Rechtsnormen im konstitutionellen Staate undurchführbar. Denn wenn die Kompetenz, Normen – genereller oder individueller Natur – zu statuieren, zwei voneinander verschiedenen Autoritäten zuerkannt wird, so ist zu bedenken, in welcher Relation normierende Autoritäten zueinander überhaupt stehen können – die Gleichheit des Normobjektes, menschliches Verhalten, vorausgesetzt: Entweder sie sind voneinander gegenseitig unabhängig, ihre Normen können einander auch widersprechen. Das Pflichtsubjekt – der Adressat der Normen – steht vor einer Norm- oder Pflichtkollision, er muß sich für die eine oder die andere Autorität entscheiden. In solchem Verhältnis stehen die Rechtsnormen zu den Imperativen der Moral oder der Religion. Oder aber eine Kollision zwischen beiden Autoritäten ist ausgeschlossen; das ist aber nur dann möglich, wenn die Sphären beider Normen gegenseitig abgegrenzt sind. Diese Grenzziehung kann aber – wenn nicht von einer gemeinsamen über beiden normierenden Autoritäten stehenden Autorität – nur von einem der beiden normsetzenden Faktoren ausgehen. Mit dieser – juristisch ausgedrückt – Kompetenzhoheit, ist aber schon einem von beiden ein Vorrang zuerkannt; die eine Autorität wird über die andere gestellt, die dadurch ihren Charakter als normierende Autorität verliert, denn „Souveränität“ ist tatsächlich das Wesen jeder normierenden Autorität. Es liegen in solchem Falle nicht zwei verschiedene Normsysteme, sondern in Wahrheit nur ein einziges System vor, ebenso wie im Grunde nur eine Normautorität zu erkennen ist. Denn diejenige, deren Bereich durch die andere vorgeschrieben ist, steht mit ihrer normierenden Tätigkeit selbst unter einer Norm, unter der Vorschrift: innerhalb eines bestimmten Bereiches zu normieren. Und insofern ist sie nicht Autorität, sondern Pflicht- und Rechts|subjekt, und die materiell von ihr innerhalb des ihr vorgezeichneten Rahmens gesetzten Normen sind formell letzten Endes Normen der übergeordneten, kompetenzziehenden Autorität, sofern eben sie es ist, welche auch diese Normen gestattet, anerkennt, anordnet, oder wie sonst man die kompetenzziehende Normfunktion charakterisieren will.

[198] ^{[51)} Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 133 ff.⁹²

⁹² *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 133–162, insb. 133–144 = HKW 2, S. 21–878 (235–271, insb. 235–249).

Wenn nun die Kompetenz, *Rechtsnormen* – generelle oder individuelle – zu statuieren, zwei verschiedenen Instanzen: der Legislative und der Exekutive, dem Parlament im Vereine mit dem Monarchen auf der einen Seite und dem Monarchen im Vereine mit den verantwortlichen Ministern auf der anderen Seite zugesprochen wird, darf man nicht vergessen, daß die Rechtsordnung, als Inbegriff aller Rechtsnormen, insofern ein logisch geschlossenes, d. h. widerspruchloses System sein muß, als nicht zwei Rechtsnormen nebeneinander bestehen können, die inhaltlich miteinander unvereinbar sind. Das und nichts anderes bedeutet ja der Interpretationsgrundsatz *lex posterior derogat priori*. Von zwei einander widersprechenden Normen, die beide gleichzeitig Geltung beanspruchen, ohne daß die eine die andere zu vernichten imstande ist, kann nur *eine* als *Rechtsnorm* erkannt werden. Es ist wohl eine Kollision zwischen zwei Normsystemen verschiedenen Charakters, z. B. zwischen Rechtsnormen und Religionsnormen, niemals aber eine Pflichtenkollision innerhalb desselben Normsystems möglich. Die Einheit des Normsystems, dieses Postulat der Begreiflichkeit, der Denkbarkeit eines Normsystems, diese logische Voraussetzung jeder *normativen, d. h. auf Normen gerichteten Erkenntnis* ist nichts anderes als die Einheit des normierenden „Willens“, die Einheit der normierenden Autorität! Wenn daher die Einheit des Staatswillens und die Einheit des Rechtssystems gewahrt bleiben soll, muß die Rechtssetzungskompetenz formal letzten Endes auf *einen* | Punkt zurückgeführt werden | 201 können. Wird der Exekutive neben der Legislative die Möglichkeit, Recht zu setzen, Rechtspflichten zu statuieren, zugesprochen, dann muß die Exekutive diese Kompetenz von der Legislative oder umgekehrt: die Legislative sie von der Exekutive ableiten. Stünden beide unabhängig nebeneinander, gäbe es zwei voneinander verschiedene Normsysteme, die beide mit dem Anspruch Rechtsnormen zu sein, aufträten, obgleich beide miteinander in Widerspruch geraten könnten. Sind aber die Gebiete beider Rechtssatzungsautoritäten gegenseitig abgegrenzt, dann ist eben die Frage zu beantworten, von welcher Stelle diese Grenze gezogen wird. Nur eine von beiden kann es sein. Diese aber ist formal als die letzte und einzige Instanz zu betrachten, über deren Ermächtigung, Auftrag oder Vollmacht die andere innerhalb des ihr von der ersten normierten Rahmens eine delegierte, eine *stellvertretende* Rechtssatzung ausübt. Der delegierenden, mit der Kompetenzhoheit ausgestatteten Instanz sind formal die Rechtsnormen *zuzurechnen*, deren Inhalt die andere, delegierte Instanz bestimmt, so wie nach allgemeiner juristischer Vorstellung formell nur der Delegant, nicht der Delegat, der Vollmachtgeber, nicht der Bevollmächtigte, der Vertretene, nicht der Vertreter als Subjekt des Geschäftes anzusehen ist, das der Delegat, der Bevollmächtigte, der Stellvertreter materiell für ihn geschlossen hat (so wie als Aussteller eines Blankowechsels nicht derjenige gilt, der ihn ausgefüllt, sondern derjenige, der durch seine Unterschrift den andern zur Ausfüllung ermächtigt hat). Die delegierte Instanz ist der delegierenden gegenüber nicht Rechts-Autorität, sondern Rechts- und Pflicht-Subjekt, erfüllt mit ihrer Funktion eine Rechtspflicht oder übt damit ein subjektives Recht aus. Sie kommt

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

Sofern es sich nicht um die historisch-politische, sondern um die juristisch-begriffliche Ableitung oder Delegation rechtssetzender, normierender Funktion von der Legislative auf die Exekutive oder umgekehrt von der Exekutive auf die Legislative handelt, kann die Frage für den *konstitutionellen* Rechtsstaat nicht zweifelhaft sein. Nach konstitutionellem Prinzip – dessen historisch politischer Werteprozess hier bedeutungslos ist – ist als letzte und oberste und darum formal als einzige Rechtssatzungsautorität die Legislative anzusehen. Die Rechtsnorm muß die Form des Gesetzes aufweisen. Wenn die Exekutive eine Rechtssatzungskompetenz hat, so kommt sie ihr nur über Ermächtigung durch einen in Form des Gesetzes erscheinenden Rechtssatz – einen Blankettrechtssatz – zu. Das ist für generelle Rechtsnormen von der herrschenden Lehre allgemein anerkannt. Rechtsverordnungen können nur über gesetzliche Delegation erlassen werden. Daß kraft des Zurechnungsgedankens, der in dem Delegationsbegriffe beschlossen ist, die von der Exekutive inhaltlich bestimmten Normen in das delegierende Gesetz zurückzuverlegen sind, dessen Blankett nur auszufüllen, daß somit auch in diesem Falle das Gesetz die Form des Rechtssatzes ist, darauf habe ich an anderer Stelle hingewiesen⁵²⁾. Dem delegierenden Gesetze als der Rechtsordnung gegenüber erscheint die verordnende *Funktion* | der Exekutive als Erfüllung von Rechtspflicht oder Geltendmachung subjektiven Rechtes, kurz als Exekutive der Rechtsordnung, vollzogen durch das Rechtssubjekt Staat.

Für das Wesen der Rechtsnormierung als Funktion und der Rechtsnorm als deren Produkt ist es ganz gleichgültig, ob die Rechtspflicht, die statuiert wird, genereller oder individueller Natur ist; d. h. ob die Voraussetzungen, an die der Rechtssatz eine Rechtspflicht knüpft, so geartet sind, daß eine unbegrenzte Vielheit von Personen zu unbestimmten Malen oder eine einzige individuell bestimmte Person ein einziges Mal Subjekt dieser Pflicht sein kann. Daß überhaupt eine Rechtspflicht normiert wird, ist das Wesentliche des Rechtssatzes. Von dieser Normierung der Rechtspflicht, die ausschließlich und allein durch die Autorität der Rechtsordnung erfolgt – welche Autorität *rechtlich* einzig und allein als den Rechtssubjekten „übergeordnet“ gedacht werden kann – ist scharf zu unterscheiden die Entstehung einer konkreten Rechtspflicht dadurch, daß die Voraussetzun-

| 202 | ⁵²⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 553 ff.⁹³

⁹³ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 553–566 = HKW 2, S. 21–878 (705–719).

gen in Wirklichkeit eintreten, an die der *Rechtssatz* das rechtliche Sollen bindet. Den Charakter solcher Voraussetzungen hat z. B. das Rechtsgeschäft. Lediglich den Charakter solcher Voraussetzung kann auch der Verwaltungsakt haben, wenn die Rechtspflicht, den obrigkeitlichen Akt zu respektieren, nicht durch den Staatsakt selbst statuiert werden soll, wenn der Staatsakt nicht zugleich Rechtsnorm ist. Im letzteren Falle wäre der Rechtssatz eben so eng gefaßt, daß nur einem einzigen Subjekte eine einzige Pflicht ein einziges Mal zuwächst und zwar in demselben Augenblicke, da der Rechtssatz entstanden ist. In diesem Falle, wo der Verwaltungsakt zugleich Rechtsnorm wäre, fielen beide Akte: die abstrakte Normierung der Rechtspflicht im Rechtssatze und ihre konkrete Entstehung in der Wirklichkeit äußerlich zusammen, weil die Bedingungen, an die der Rechts|satz die Rechts- |204
pflicht knüpft, hier schon im Augenblicke seiner Perfektion gegeben sind.

Nach *Otto Mayer* soll der Verwaltungsakt, der juristisch als Erfüllung staatlicher Rechtspflicht zu gelten hat und die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht nach sich zieht, tatsächlich Rechtspflicht und Rechtsnorm zugleich sein: „In obrigkeitlicher Weise dem Untertanen gegenüber zu bestimmen, was für ihn *im Einzelfalle* Rechtens sein soll, gehört keineswegs zum Vorbehalt des Gesetzes. Das ist eine Aeußerung der öffentlichen Gewalt, die an sich auch der vollziehenden Gewalt zusteht“.⁹⁴ Was hat man darunter zu verstehen, daß dem Untertanen gegenüber bestimmt wird, was für ihn im Einzelfalle Rechtens sein soll? Beim gerichtlichen Urteil, das diese Funktion erfüllt, liegt die Sache so: Eine durch die Rechtsordnung statuierte, durch Rechtsgeschäft oder sonstwie zustandegekommene Pflicht wird verletzt. Ob die Pflicht und daher auch deren Verletzung nach der Rechtsordnung besteht, wird in der Regel streitig sein, muß es aber nicht; der Begriff der Rechtsprechung erfordert nicht den Rechtsstreit, sondern die Rechtspflichtverletzung⁵³). Das Urteil muß auf Grund des die Unrechtsfolge statuierenden Rechtssatzes die Rechtsverletzung feststellen, bevor die Unrechtsfolge – Strafe oder Exekution – verhängt wird. Das Urteil schafft nicht die fragliche Rechtspflicht neu, es stellt lediglich fest, daß die Rechtspflicht durch die Rechtsordnung entstanden ist. Was das Urteil selbst bewirkt, ist die Außerstreitsetzung der bisher nur behaupteten Pflichtverletzung. Das Urteil erfüllt eine letzte vom Rechtssatz geforderte Voraussetzung für die Verhängung der Unrechtsfolge. Was in dem Einzelfalle für den Untertan Rechtens sein soll, bestimmt nicht das Urteil, son|dern der Rechts- |205
satz. Das Urteil stellt nur das Vorhandensein der vom Rechtssatz für die Unrechtsfolge aufgestellten Bedingungen im konkreten Falle fest.

⁵³) Vgl. dagegen *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 63 ff.⁹⁵ |204

⁹⁴ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 – Hervorhebung von Kelsen; vgl. ergänzend oben bei Anm. 83 und unten bei Anm. 100, 112.

⁹⁵ *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 63–66.

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

| 206 | Voraussetzung, an welche die Rechtsnorm die Rechtsfolge einer Rechtspflicht, resp. in Verbindung mit der Pflichtverletzung, eine Unrechtsfolge knüpft. Dann ist aber auch die Möglichkeit gegeben, den Verwaltungsakt als Rechtspflicht oder subjektives Recht der Staatsperson zu begreifen, denn dann ist er formal tatsächlich nur Exekutive eines mit ihm nicht identischen Rechtssatzes, der *Rechtsordnung*, die in Form des Gesetzes⁵⁴⁾ erscheint. Dann ist aber auch der logische Widerspruch vermieden, der darin liegt, daß man den Verwaltungsakt – nach Rechtsstaatsprinzip – den Normen einer Rechtsordnung unterworfen denkt, und dabei dennoch selbst als Rechtsnorm erklärt. Wenn das Verwaltungsrecht ein Inbegriff von Rechtsnormen ist, die unter anderem auch den Verwaltungsakt des Staates regeln, dann kann der Verwaltungsakt nicht selbst Rechtsnorm sein.

| 206 | ⁵⁴⁾ Im *konstitutionellen* Rechtsstaate, der theoretisch nicht die einzig mögliche Form des *Rechtsstaates* ist. Wesentlich für den letzteren ist nicht die spezifische Form des Gesetzes, sondern die Unterscheidung zwischen einer – irgendwie zustande gekommenen – Rechtsnorm und dem durch diese Rechtsnorm determinierten, von der Rechtsnorm formal zu trennenden Staatsakt. Zuzugeben ist allerdings, daß die formale Unterscheidung zwischen Norm und Akt nur im konstitutionellen Rechtsstaate auf Grund der hier durchgeführten Trennung zwischen einer rechtserzeugenden (legislativen) und einer exekutiven Staatsgewalt auch praktisch materielle Bedeutung hat.

Ob im konstitutionellen Staate auch auf Grund vorkonstitutioneller Rechtsquellen staatliche Tätigkeit oder doch gewisse staatliche Tätigkeit entfaltet werden kann, ist eine andere Frage. Dazu vgl. *Thoma*, Der Polizeibefehl im badischen Rechte, Tübingen, J. C. B. Mohr 1906. S. 98 ff. und *Fleiner* a. a. O. S. 118 ff.⁹⁶

⁹⁶ *Richard Thoma*, Der Polizeibefehl im Badischen Recht dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1, Tübingen 1906, S. 98–114; *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 118 f.

Indessen schränkt *Otto Mayer* seine Behauptung, die Exekutive könne dem Untertanen gegenüber ohne gesetzliche Basis bestimmen, was Rechtens sein soll, wesentlich ein. Er sagt: „Soll damit ein *Eingriff* gemacht werden in Freiheit und Eigentum, Befehl, Lastauflegung, Begründung einer Zahlungspflicht, | dingliche |207 Entziehung oder Beschränkung, dann bedarf es hiezu selbstverständlich einer gesetzlichen Grundlage. Nicht weil überhaupt bestimmt wird, daß etwas für ihn Rechtens ist, sondern weil bestimmt wird, daß ein solcher *Eingriff* gegen ihn stattfinden soll. Der Verwaltungsakt kann aber auch umgekehrt dem Untertanen einen *Vorteil* zuwenden, ein Besitzrecht, eine Nutzung, einen Geldbezug. Da ist der Vorbehalt des Gesetzes nicht in Frage und es zeigt sich sofort, daß der Verwaltungsakt seine Wirkung übt aus eigener Kraft“⁵⁵⁾.

Diese Unterscheidung gründet sich auf die Tatsache, daß die sogenannten Freiheitsrechte solche Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen seitens des Staates ohne gesetzliche Ermächtigung verbieten. Allein auch wenn die Verfassungen der konstitutionellen Staaten keinen Katalog von Freiheitsrechten enthielten, wäre solcher Eingriff ohne gesetzliche Basis nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, nach dem Prinzip, daß die Verwaltung des Staates als Inhalt von Rechtspflichten gedacht werden muß, Rechtspflichten des Staates aber nur durch Rechtssatz statuiert werden können, unmöglich. Und da kein Recht ohne korrespondierende Pflicht denkbar ist, kann die Exekutive niemals einem Rechts-subjekte ein Recht, Besitzrecht, Nutzungsrecht, Recht auf Geldbezug, einräumen, ohne zugleich eines anderen Subjektes korrespondierende Pflicht zu statuieren, den Besitz oder die Nutzung zu dulden, das Geld zu zahlen usw. Jede Rechtspflicht ist aber ein Eingriff in Freiheit oder Eigentum des Verpflichteten. Und wenn auch dem durch Verwaltungsakt Berechtigten der Staat selbst als Pflichtsubjekt gegenübersteht – können die Rechtspflichten des Staates, können Ein|griffe in die |208 Rechtssphäre der Staatsperson anders als durch Rechtssatz statuiert werden?

Wenn irgendein Akt, der sich für eine bloße Wirklichkeitsbetrachtung als menschliche Handlung darstellt, als *Staatsakt* gelten, d. h. wenn irgendeine menschliche Handlung der juristischen Staatsperson *zugerechnet* werden soll, dann kann, sofern die Zurechnung eine *rechtliche* sein, der Akt *juristisch* sich als Staatsakt qualifizieren soll, das Zurechnungskriterium nur aus der Rechtsordnung, aus einer Rechtsordnung geholt werden, die über diesem Akte stehend, diesem Akte die fragliche juristische Qualität verleiht. Wenn man Staatsakte für möglich hält, die ohne Beziehung zu einem Rechtssatz als solche zu gelten haben, so läßt man die Frage offen, warum denn diese Akte überhaupt *rechtlich* Staatsakte sein müssen. Weil der Akt von einer bestimmten Behörde, d. h. bestimmt qualifizierten

|⁵⁵⁾ A. a. O. S. 97.⁹⁷ Vgl. dazu auch *Thoma*, Polizeibefehl S. 98 ff. und *Fleiner*, a. a. O. S. 116 ff.⁹⁸ |207

⁹⁷ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁹⁸ *Thoma*, Polizeibefehl (Anm. 96), S. 98–103; *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 116–126.

Menschen in einer bestimmt qualifizierten Form gesetzt wurde? Ja, aber welche Norm bestimmt eben diese Qualifikation der Menschen und die Form ihrer Tätigkeit, wenn nicht eine *Rechtsnorm*? Und werden denn wirklich *alle* Tätigkeiten solch qualifizierter Menschen, wenn sie nur in der qualifizierten Form erscheinen, schon als Staatsakte anerkannt, dem Staate zugerechnet? Liegt ein Staatsakt vor, wenn ein Bezirkshauptmann verfügt, eine Partei habe einen Diebstahl auszuführen, oder auf dem Seil zu tanzen? Liegt ein Staatsakt vor, wenn ein Schutzmann jemandem den Polizeibefehl erteilt, eine Unsittlichkeit zu dulden? Es ist hier gewiß auch nach *Otto Mayer* ein nichtiger Staatsakt gegeben, also einer, „der in Wirklichkeit keiner ist, sondern nur der Schein eines solchen“⁵⁶⁾. Der Akt muß also auch inhaltlich gewissen Normen entsprechen, um ein Staatsakt zu sein, und diese Normen können doch gewiß nur | *Rechtsnormen* sein, Rechtsnormen, die eben nicht mit dem konkreten Befehl des obrigkeitlichen Organs identisch sind; *Rechtsnormen*, wenn die menschliche Handlung *rechtlich* dem Staate zugerechnet werden soll. Und alle diese formalen und materiellen Rechtssätze können bei jedem Staatsakt zur Anwendung kommen; die menschliche Handlung, die sie als Staatsakt qualifizieren, ist ihnen gegenüber *Exekutive*, Erfüllung der durch sie normierten Rechtspflicht, Geltendmachung der durch sie gewährten Berechtigung des Staates; und sofern der Akt ein über solche solutio hinausgehende Rechtswirkung hat, z. B. die Gehorsamspflicht des Untertanen, dann fixieren diese Normen doch nur die Voraussetzungen, unter denen eine menschliche Handlung, als Staatsakt, die Gehorsamspflicht des Untertanen zur Folge hat, die Bedingungen, die zusammen mit dem *Ungehorsam* des Untertanen den gesamten Voraussetzungstatbestand für die Unrechtsfolge bilden. Diese Unrechtsfolge, ohne die es eine Gehorsamspflicht der Untertanen nicht gibt, wird nicht durch den obrigkeitlichen Befehl, den Verwaltungsakt an sich bestimmt, sondern durch einen besonderen Rechtssatz, der – meist ganz allgemein gehalten – den Ungehorsam gegen bestimmte Verfügungen mit Strafe bedroht. Und auch aus diesem Grunde kann die Rechtsfolge der Gehorsamspflicht nicht durch den als *Imperativ rechtmäßigen Verhaltens auftretenden* „*obrigkeitlichen*“¹⁰⁰ Akt, sondern nur durch den als *hypothetisches Urteil konstruierten Rechtssatz* statuiert sein, der an den obrigkeitlichen Akt – als eine von mehreren Voraussetzungen – die Unrechtsfolge bindet.

Wie der „hoheitliche“ Staatsakt, der die Willensäußerung der Staatsperson im Bereich der Exekutive, Urteil wie Verwaltungsakt, als Erfüllung von Rechtspflicht oder Geltendmachung | einer Berechtigung durchaus der privatrechtlichen solutio oder Rechtsausübung entspricht, so kommt der Staatsakt, sofern er eine darüber hinausgehende Wirkung, z. B. die Gehorsamspflicht der Untertanen, auslöst, ebenso wie das *private* Rechtsgeschäft als Bedingungstatbestand in Betracht, an

| 208 | ⁵⁶⁾ A. a. O. S. 100.⁹⁹

⁹⁹ Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 100 Anm. 7.

¹⁰⁰ Vgl. Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 83, 94, 112.

den die Rechtsordnung diese Wirkung knüpft. Der Rechtsordnung gegenüber steht der „hoheitliche“ und darum öffentlich-rechtliche Staatsakt der Exekutive, sofern er Pflichten erfüllt und Rechte ausübt, aber auch sofern er Pflichten und Rechte begründet, auf gleicher Basis mit den Tatbeständen des Privatrechtes, die Staatsperson auf gleichem Niveau wie alle übrigen Rechtssubjekte. Weil die spezifische Qualität des rechtlichen *Mehrwertes*, die in der *rechtsnormierenden*, rechtsverbindlichen, rechtspflichtstatuierenden Autorität beruht, ausschließlich und allein der Rechtsordnung, d. h. dem Staate als Rechtsordnung, nicht aber dem Staate als dem der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte der Exekutive, als Person zukommt, muß die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsverhältnissen, soferne sie die Ueberordnung der Staatsperson über die Person des Untertanen *in einem unter der Rechtsordnung stehenden Verhältnis* – und nicht im Verhältnis zur Rechtsordnung – als unterscheidendes Kriterium gegenüber anderen Rechtsverhältnissen zwischen gleichgeordneten Subjekten geltend macht, abgelehnt werden. *Rechtlich* gibt es nur Untertanen der Rechtsordnung. Denn die Rechtsordnung ist für die juristische Betrachtung die einzige relevante Autorität, sie hat – bildlich gesprochen – gleichsam alle rechtlich relevante „Macht“, „Gewalt“ absorbiert, sie bildet den einzigen juristischen Punkt, der „über“ den Rechtssubjekten steht; sie allein ist die Quelle von Recht und Unrecht, wie überhaupt alles rechtlichen Wertes. Die Subordination unter die Rechtsordnung | ist in diesem |211 Sinne rein logischer Natur: Nur aus der Rechtsordnung sind die Erkenntnisgründe für alle rechtlichen Werturteile zu holen. Soferne aber der Staat in der Exekutive unter diese Rechtsordnung gestellt wird, sofern seine Beziehungen rechtlich nach dieser Ordnung zu beurteilen sind, muß an Stelle des Gewaltverhältnisses zwischen Staat und Untertan ein Rechtsverhältnis treten, das den Staat *neben* den übrigen Untertanen der gemeinsamen Rechtsordnung unterwirft. Vom Standpunkt der Theorie des rechtlichen Mehrwertes kann man konsequenterweise zu keiner Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte gelangen; denn jedes Rechtsverhältnis ist für eine formale Betrachtung ausschließlich ein Verhältnis zur Rechtsordnung, d. h. zum Staat in der Rechtsordnung, also zu einer übergeordneten Autorität; und für eine materielle Betrachtung ist jedes Rechtsverhältnis zumindest *auch* ein Verhältnis zur Rechtsordnung. Und nur insoferne es ein Verhältnis zum Staat in der Rechtsordnung, *zum Staat als Rechtsautorität* ist, kann es als *Ueberordnungsrelation* erkannt werden; auch dann, wenn es – materiell – zugleich ein Verhältnis zum Staat als der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt, zum Staat in der Exekutive bedeutet.

Die allgemeine Erkenntnis, daß der Staat in der Exekutive als Rechts- und Pflicht-Subjekt, sowie als Subjekt rechts- und pflichtbegründender Tatbestände allen übrigen Personen sowohl als Pflicht- und Rechtssubjekten, wie auch als Subjekten recht- und pflichtbegründender Tatbestände koordiniert ist, und die besondere Erkenntnis, daß der Staat als Rechtssubjekt der Exekutive auch dort, wo seine einseitige, „hoheitliche“ Willensäußerung die Gehorsamspflicht der Unter-

|212 tanen zur Folge hat, juristisch nicht als „übergeordnet“ angesehen werden darf, daß ihm kein rechtlicher Mehrwert dem Unter|tanen gegenüber zukommt, daß Staatsakt und Rechtsgeschäft der Untertanen – als Tatbestände, an welche die gemeinsame Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft – auf gleicher Basis stehen, eine Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte somit aus dem Titel eines „Herrschafts-“ oder Ueberordnungsverhältnisses, eines rechtlichen Mehrwertes undurchführbar ist – all diese Erkenntnis ist nur die logische Konsequenz jener Idee, die den Staat in der Exekutive als Person derselben *Rechtsordnung* unterwirft, die auch für die übrigen Untertanen verbindlich ist; ist nur die Konsequenz der Rechtsstaatsidee. Und sofern eine juristische Erfassung des Staates nur möglich ist unter der Voraussetzung seiner Unterwerfung unter die Rechtsordnung, ist die Idee des Rechtsstaates die logische Voraussetzung alles Staatsrechtes.

Otto Mayer hält der Auffassung, derzufolge der Verwaltungsakt ganz so wie das Rechtsgeschäft, „auch seine Kraft nicht sich selbst, sondern dem Gesetze entnimmt“⁵⁷⁾, entgegen, sie verlasse „eigentlich sogar schon das¹⁰² Vorbild der Justiz“⁵⁸⁾, dem die Verwaltung im Rechtsstaate zu folgen habe⁵⁹⁾; er sieht nämlich die Durchführung der Rechtsstaatsidee in bezug auf die Verwaltung in dem Prinzipie „die Verwaltung *gleich den Gerichten* dem Gesetze zu unterwerfen“⁶⁰⁾; er sieht das Wesen der rechtsstaatlichen Verwaltung in ihrer „Justizförmigkeit“⁶¹⁾. Schon früher habe ich darauf hingewiesen,¹⁰⁷ daß das Wesen des Rechtsstaates ausschließlich in der fundamentalen Tatsache beruht, daß die Staatsgewalt – Justiz wie Verwaltung – der Rechtsordnung ebenso als unterworfen zu denken ist, wie irgendein
|213 anderes | Rechtssubjekt; wenn der Verwaltung eine der Justiz analoge Stellung zukommt, so kommt eben der Justiz – der Rechtsordnung gegenüber als eine analoge Stellung wie allen Rechtssubjekten – „Untertanen“ zu, die im Rechtsstaat – darin kommt ja das Prinzip der ausschließlichen Herrschaft des Gesetzes zum Ausdruck – nur mehr Untertanen der Rechtsordnung, nicht mehr des Staates sind,

|212 |⁵⁷⁾ *Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht S. 15.¹⁰¹

⁵⁸⁾ A. a. O. S. 97.¹⁰³

⁵⁹⁾ A. a. O. S. 53 ff.¹⁰⁴

⁶⁰⁾ A. a. O. S. 57.¹⁰⁵

⁶¹⁾ A. a. O. S. 65.¹⁰⁶

¹⁰¹ *Heinrich Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Verwaltungsrechtlich entwickelt und dargestellt, Breslau 1882, S. 15 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁰² «sogar schon das»] *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 Anm. 3: «sogar das».

¹⁰³ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 Anm. 3 – Mayer bezieht sich hier auf *Rosin*, Polizeiverordnungsrecht (Anm. 101), S. 15.

¹⁰⁴ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 53–66.

¹⁰⁵ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 56f. – Hervorhebung des Autors teilweise nicht übernommen.

¹⁰⁶ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 65 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen; vgl. ergänzend unten bei Anm. 110.

¹⁰⁷ Vgl. oben S. 260–263.

da dieser selbst der Rechtsordnung untertan ist. Eben wegen der Unterordnung der Justiz wie der Verwaltung unter die Rechtsordnung ist, wie früher schon bemerkt,¹⁰⁸ eine Abstufung in der Stellung der Staatsperson und jener der übrigen Rechtssubjekte nicht mehr möglich, da jede Ueberordnung des Staates in Justiz und Verwaltung nur aus der Möglichkeit rechtlicher Bindung der Untertanen abzuleiten wäre, solche Rechtsautorität, solcher rechtliche Mehrwert aber von der Rechtsordnung absorbiert ist, kraft Rechtsstaatsidee nur dem Gesetz, d. h. der Rechtsordnung zukommt. Auch habe ich in anderem Zusammenhange bereits darauf hingewiesen,¹⁰⁹ daß die Forderung der Justizförmigkeit der Verwaltung nur die spezielle Konsequenz einer besonderen Modalität ist, nach der das politische Prinzip des Rechtsstaates durchgeführt werden kann, nicht aber das Wesen der Rechtsstaatsidee als solcher.

Im übrigen ist die Analogie zwischen den Tatbeständen der Justiz und denen der Verwaltung, sofern sie über das rein formale Moment (beide sind Erfüllung staatlicher, durch die Rechtsordnung statuerter Pflichten und von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen ausgestattete staatliche Handlungen) hinausgehen soll, nur in sehr beschränktem Ausmaß möglich. Dazu einige Bemerkungen. Das Urteil ist als eine spezielle Form jener Staatstätigkeit anzusehen, die sich materiell als Rechtsprechung charakterisiert; diese aber ist keineswegs auf die Justiz beschränkt; man hat längst erkannt, daß auch die Verwaltung Rechtsprechungsfunktionen |214 ausübt. Allein es wäre eine ungebührliche, den ursprünglichen im „Urteil“ zusammengefaßten Sinn des Rechtsprechungsbegriffes gegen den Sprachgebrauch verändernde Bedeutung, wenn man unter Rechtsprechung etwas anderes als die Feststellung verletzter Rechtspflicht verstehen wollte. Was das Zivil- wie Strafurteil stets charakterisiert, ist die vom Rechtssatz geforderte der Realisierung der (zivilen oder kriminellen) Unrechtsfolge notwendig vorausgehende Feststellung, daß eine durch Rechtssatz statuierte Rechtspflicht verletzt wurde. Läge keine (zunächst bloß behauptete) Pflichtverletzung vor, könnte es überhaupt gar nicht zur Urteilsfunktion der Gerichte kommen. Der Rechtsprechungsakt der Gerichte (das Urteil) ist doch nur die notwendige Vorbedingung für die Realisierung der Unrechtsfolge, die wiederum nur die Rechtskonsequenz einer Pflichtverletzung ist. Die besonderen Rechtswirkungen, welche die Rechtsordnung an den Urteilsakt knüpft, sind ausschließlich auf diese Eigenschaft desselben zurückzuführen: Materielle und formelle Rechtskraft sind nur deshalb nötig, weil – solange nicht einwandfrei festgestellt ist, ob eine Rechtspflicht verletzt wurde – die auf die Pflichtverletzung gesetzte Unrechtsfolge nicht verhängt werden soll.

Wenn daher dem Verwaltungsakt *durch die Rechtsordnung* die gleiche oder doch eine analoge Stellung eingeräumt werden soll wie dem Urteil, so ist dies nur insoweit gerechtfertigt, als der Verwaltungsakt Rechtsprechung in dem Sinne eines

¹⁰⁸ Vgl. oben S. 278–284, 291.

¹⁰⁹ Vgl. oben S. 261–263.

zivilen oder Strafurteils ist, d.h. als der Verwaltungsakt die Feststellung einer Pflichtverletzung durch die staatliche Behörde beinhaltet. Dies gilt aber keineswegs von jedem oder auch nur den meisten Verwaltungsakten. Eine kurze Ueberlegung soll dies klarstellen.

|215 Für die juristische Konstruktion der Staatstätigkeit, ins|besondere aber für das Verhältnis von Justiz und Verwaltung ist eine Unterscheidung von größter Bedeutung. Den durch die Rechtsordnung verschiedentlich verpflichteten und berechtigten Rechtssubjekten steht der Staat in seinen Zivil- und Strafgerichten mit der durch die Rechtsordnung statuierten Rechtspflicht gegenüber: bei einer vorkommenden Pflichtverletzung der Untertanen diese festzustellen, um so die Voraussetzung für die Realisierung der Unrechtsfolge zu schaffen. Faßt man speziell das dem Verwaltungsrecht naheliegende Zivilrecht ins Auge, so gestaltet sich der Ablauf des Rechtsapparates, schematisch dargestellt, folgendermaßen: Zuerst das Rechtsgeschäft der Parteien – ein Tatbestand, an den die Rechtsordnung Pflichten und Rechte knüpft; dann Pflichtverletzung seitens einer der Kontrahenten, bestritten oder nicht; hierauf Anrufung des Staates. Schließlich Urteil des Staates. Ganz anders auf dem Gebiete der Verwaltung. Hier ist regelmäßig schon der erste Akt eine Tätigkeitsäußerung des Staates; z. B. es wird eine Eisenbahnkonzession erteilt, ein Gebot der Gewerbebehörde betreffs Anbringung einer Sicherungsvorkehrung in einem gefährlichen Betrieb erlassen, eine Schankkonzession wegen nachträglich zutagetretender Umstände entzogen usw. Der für die Rechtsprechung wesentliche, das Urteil der Zivil- und Strafgerichte stets charakterisierende Tatbestand der Feststellung einer *Pflichtverletzung* ist hier – in der 1. Instanz des Verwaltungsverfahrens zumindest – regelmäßig nicht gegeben. Vielmehr bedeutet der Verwaltungsakt neben der damit beabsichtigten Pflichterfüllung einen Tatbestand, an den die Rechtsordnung weitere Rechtsfolgen: Pflichten und Rechte des Staates wie der Partei geknüpft hat. Dieser Verwaltungsakt ist demnach nicht dem Urteil, sondern dem Rechtsgeschäft innerhalb des zivilen Rechtes und Prozesses analog. Anders, wenn durch den Verwaltungsakt das|subjektive Recht einer Partei, resp. die Rechtspflicht des Staates verletzt, oder eine solche Verletzung behauptet wird. Das Rechtsmittel, das gegen solchen Verwaltungsakt eingelegt wird – es ist der zivilen Klage zu vergleichen – führt zu einer Entscheidung der im Instanzenzuge übergeordneten Verwaltungsbehörde, und dieser Verwaltungsakt erst bedeutet materiell eine Rechtsprechung: die seitens des Staates erfolgte Feststellung einer Pflichtverletzung.

Die Idee des Rechtsstaates kann in bezug auf die Verwaltung sich nicht in dem Postulate der „Justizmäßigkeit der Verwaltung“¹¹⁰ erschöpfen, denn die Verwaltungstätigkeit ist nur zu einem geringen Teil „Verwaltungsjurisdiktion“¹¹¹. Nur

¹¹⁰ «Justizmäßigkeit der Verwaltung»] Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 65: «*Justizförmigkeit der Verwaltung*» – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen; vgl. ergänzend oben bei Anm. 106.

¹¹¹ Mayer, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 64 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

wenn man den Begriff der Jurisdiktion über jene Grenzen ausdehnt, die er im gerichtlichen Urteil behauptet, kann man die „Rechtsprechung“ in der Verwaltung einen größeren Raum einnehmen lassen. Allein dann hat es keinen Sinn mehr für *diese* Rechtsprechungsfunktion der Verwaltung „Justizförmigkeit“ zu fordern, denn diese Verwaltungsakte sind etwas wesentlich anderes als zivilgerichtliche Urteile. Faßt man etwa Rechtsprechung als obrigkeitliche Bestimmung dessen, was im konkreten Falle Rechtens ist⁶²⁾, oder als staatliche „Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses“⁶³⁾, ist in jedem Verwaltungsbefehl, in jeder Konzessionserteilung ein Akt der „Jurisdiktion“ zu sehen, dann ist für den, der die Rechtswirkungen dieses Verwaltungsaktes: die Entstehung von Pflichten und Rechten – und diese Rechtswirkungen sind es doch, die durch den Akt „bestimmt“ oder „festgestellt“ werden sollen – aus der Rechtsordnung und nicht aus einer immanenten Kraft des Aktes ableitet, ebenso auch jedes Rechtsgeschäft der Untertanen Rechtsprechung. Wenn die Anstellung | eines Beamten in den Staatsdienst, die Aufnahme eines Fremden in den Staatsverband Rechtsprechung ist, dann muß man, macht man mit der Annahme ernst, daß der Staat ein der Rechtsordnung unterworfenen Rechts- und Pflichtsubjekt ist, auch die Aufnahme eines Vereinsmitgliedes und die Anstellung eines Privatbeamten als Rechtsprechung ansehen. Denn weder bei der Aufnahme in den Staatsverband, noch bei der Anstellung des Beamten erscheint das Staatssubjekt ebenso wie der Untertan bei den analogen Rechtsgeschäften als das, was die spezifische Stellung des Gerichtes ausmacht: als Entscheider über eine Pflichtverletzung. | 217

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

| 62) *Otto Mayer* a. a. O. S. 97. ¹¹²

⁶³⁾ *Bernatzik*, a. a. O. S. 64. ¹¹³

¹¹² *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 97 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 83, 94, 100.

¹¹³ *Bernatzik*, Rechtsprechung (Anm. 95), S. 64 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

aber schließt alle drei Tatbestände: Urteil, Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft in sich ein: Es handelt sich in allen drei Fällen um Willensäußerungen von | Rechts-
 |218 subjekten, an welche die Rechtsordnung, der diese Rechtssubjekte in gleicher Weise unterworfen sind, gewisse Rechtswirkungen knüpft. Die gemeinsame Basis ist die einheitliche Idee der Rechtssubjektivität, als eine von der Rechtsordnung verliehene Qualität, die dem Staat als Subjekt von Urteil und Verwaltungsakt nicht anders zukommt wie den Untertanen als Subjekten der Rechtsgeschäfte. Das oberste rechtslogische Prinzip dieser wie jeder anderen juristischen Erkenntnis ist das Dogma, daß alle Rechtswirkung nur durch die Rechtsordnung und nicht durch irgendeine dem Tatbestand immanente Qualität geschaffen wird.

Aus den bisherigen Ausführungen geht mit voller Klarheit hervor, daß die Idee des Rechtsstaates unvereinbar ist mit der Scheidung in *privates und öffentliches Recht*⁶⁴, weil und soferne diese Scheidung – wie die historische Begriffsentwicklung dieses Gegensatzes zeigt – nichts anderes als den Gegensatz der rechtlichen Gebundenheit zur Freiheit vom Recht, den Gegensatz von Recht und Macht, Recht und politischer Gewalt im Verhältnis zum Staat zum Ausdruck bringt. Nur solange es Beziehungen zwischen Staat und Untertanen gibt, die nicht der Rechtsordnung unterworfen sind, nur solange der Staat nach irgendwelchen Richtungen, vor allem noch in der Verwaltung, seine Gewalt anders denn als Inhalt von Rechtspflichten oder Berechtigungen und nicht als Rechts-, sondern als Machtsubjekt ausüben kann, kommt der Staat in diesen Relationen den Untertanen gegenüber als übergeordnetes Machtsubjekt und nicht als gleichgeordnetes Rechtssubjekt in Betracht,
 |219 ist ein Begriff berechtigt, der diese Ueberordnungs-, | diese reinen Machtbeziehungen des Staates zu den Untertanen zusammenfaßt und den Rechtsverhältnissen gegenüberstellt, in denen der Staat und die übrigen der Rechtsordnung unterworfenen Subjekte einander koordiniert sind. Sobald aber der Staat in allen Beziehungen der gleichen einheitlichen Rechtsordnung unterstellt wird, wie alle übrigen Subjekte, sobald alle Aeußerungen des Staates nur als Erfüllung von Rechtspflichten oder Geltendmachung von Berechtigungen erkannt werden müssen, Pflichten und Rechte des Staates aber ebenso wie Pflichten und Rechte aller übrigen Subjekte nur durch die gemeinsame Rechtsordnung (d.h. dem Staat nur in der Rechtsordnung) statuiert werden, ist jedes Ueber- und Unterordnungsverhältnis zwischen dem Staat (in der Exekutive) und dem Untertan geschwunden; in einem Ueberordnungsverhältnis zu den Rechtssubjekten steht einzig und allein die Rechtsordnung. Nur wenn man irrtümlicherweise die verpflichtende und berechtigende Autorität der Rechtsordnung der ihr unterworfenen Staatsperson zuschreibt, kann diese im Verhältnis zu den Untertanen den Schein eines „Mehrwertes“ erlangen. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten

|218 |⁶⁴ Den Gedanken, daß die Idee des Rechtsstaates mit dem Gegensatz von *privatem und öffentlichem Rechte* unvereinbar ist, hat schon *Weyr* ausgesprochen. Vgl. a. a. O. S. 534.¹¹⁴

¹¹⁴ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 533–535.

Rechtsverhältnissen aus dem Titel irgendeines „Mehrwertes“ ist daher ausgeschlossen⁶⁵⁾.

| Lehnt man ab, der Staatsperson jenen „Mehrwert“ zuzusprechen, der in der | 220
 verpflichtenden und berechtigenden Autorität beruht, die ausschließlich der
 Rechtsordnung zukommt, und will man trotzdem die Staatsperson in ihren Ver-
 hältnissen zu anderen Personen, sowie in den von ihr gesetzten Rechtstatbestän-
 den – den Staatsakten – zum Unterschied von | jenen der Untertanen (den Rechts- | 221
 geschäften) in formeller Beziehung prinzipiell charakterisieren, so kann eine sol-
 che Differenzierung zwischen Staat und Untertan, Staatsakt und Rechtsgeschäft,
 präziser: zwischen öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft und damit schließ-
 lich zwischen öffentlichem und privatem Rechte überhaupt, nur aus der Rechts-
 ordnung selbst begründet werden.

|⁶⁵⁾ Diese *rechtslogische* Konsequenz der Rechtsstaatsidee bleibt völlig unberührt von dem gr- | 219
 ößeren oder geringeren Ausmaße, in dem diese Idee *rechtspolitisch* realisiert ist. Ob die Staatsgewalt,
wenn sie nur überhaupt als der Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, durch diese
 Rechtsordnung mehr oder weniger determiniert ist, ob auf dem Gebiete der Verwaltung von der
 Rechtsordnung ein größerer oder geringerer Spielraum freien Ermessens den Organen eingeräumt
 ist, ob die Rechtsordnung mehr oder weniger Garantien dafür bietet, daß die Organe sich auf die
 Erfüllung staatlicher Rechtspflicht, des in der Rechtsordnung ausgedrückten „Willens“ des Staates
 beschränken, ist für die rechtslogische Grundstruktur der exekutiven Staatstätigkeit als Erfüllung | 220
 staatlicher Rechtspflicht, als „Exekutive“ der Rechtsordnung | gleichgültig. Geradeso wie die Justiz
 diesen ihren rechtslogischen Charakter nicht ändern würde, wenn bei Verhängung von Strafe und
 Exekution dem Richter *von der Rechtsordnung* ein weit größerer Spielraum für freies Ermessen
 eingeräumt würde als dies tatsächlich der Fall ist. Es geht nicht an – wie dies mitunter versucht
 wird – den Staat als Verwalter für die juristische Konstruktion als der Rechtsordnung teils unter-
 worfen, teils aber von der Rechtsordnung frei anzusehen; denn der Staat kann juristisch kon-
 struiert werden nur insoweit, als er als Rechtssubjekt, als Person erkannt, als er der Rechtsordnung
 unterworfen gedacht wird. Was rechtslogische Voraussetzung aller juristischen Konstruktion des
 Staates, alles Staatsrechtes ist, kann nicht zum Teil weggedacht werden. Und wenn man einem
 konkreten konstitutionellen Staate gegenüber auf Grund einer konkreten Verfassung den Grund-
 satz aufstellen zu müssen glaubt, daß der Staat in der Verwaltung zu allem *berechtigt* (sic!) ist, was
 ihm nicht durch die Rechtsordnung (in Form des Gesetzes) untersagt ist, dann muß man diesen
 Satz eben als *Rechtssatz* aus der Rechtsordnung nachweisen, wenn man den Staat nicht als *Poli-
 zeistaat* erklären und auf eine juristische Konstruktion seiner Funktionen nicht verzichten will.
 Auch die Allgemeinheit und Inhaltlosigkeit eines solchen ermächtigenden Blankettrechtssatzes
 genügt, um die Rechtsstaatsidee in ihrer rein formalen rechtslogischen Konsequenz zu wahren
 und so die Denkmöglichkeit eines Staatsrechtes zu erhalten. Darum ist nur im rechtspolitischen
 Sinne richtig, im rechtslogischen Sinne aber falsch, wenn *Otto Mayer* erklärt, ein Staat sei „als
 Rechtsstaat vollkommen oder unvollkommen“¹¹⁵⁾,¹¹⁶⁾ je nach dem Maße, in welchem seine Ver-
 waltung durch Gesetze determiniert und die Beobachtung der Gesetze seitens der Organe durch
 einen urteilsähnlich gestalteten Verwaltungsakt gesichert sei. Denn rechtslogisch ist ein Staat
 entweder Rechtsstaat oder nicht, so wie er nur entweder Person oder nicht Person, und nicht teils
 Rechtssubjekt, teils über dem Recht stehendes Machtsubjekt sein kann; nämlich für eine *juristische*
 Erkenntnis des Staates, die eben nur unter der Voraussetzung einer über dem Staate stehenden
 Rechtsordnung möglich ist.

¹¹⁵⁾ «vollkommen oder unvollkommen»] *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 66: «vollkommener oder unvollkommener».

¹¹⁶⁾ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 66.

Eine solche durch die Rechtsordnung selbst geschaffene Differenzierung kann auf einen Unterschied zwischen der *formalen* Struktur der Rechtspflichten des Staates und jener der Untertanen hinauslaufen; dann kann sie aber keinerlei Ueber- und Unterordnung zwischen Staat und Untertan bedeuten. Die Möglichkeit dieser Differenzierung habe ich an anderer Stelle angedeutet⁶⁶⁾. Jede andere kann nur materieller Natur sein. Die Pflichten und Rechte des Staates unterscheiden sich durch einen besonderen Inhalt von denen der Untertanen: Befehl und Zwang; das Unzulängliche dieses Kriteriums wurde bereits früher dargetan.¹¹⁸ Allein es ist noch ein anderes materielles Kriterium möglich. Die Rechtsordnung kann Rechtswirkungen an Tatbestände knüpfen, die sich als Willensäußerung einer einzigen Person darstellen; sie kann aber die Rechtswirkung auch von der Tatsache abhängig machen, daß eine Uebereinstimmung zwischen den Willenserklärungen zweier oder mehrerer Personen zustande gekommen ist. Soferne nun der übereinstimmend erklärte Wille der Parteien auf die Rechtswirkungen gerichtet ist, welche die Rechtsordnung an den so charakterisierten Tatbestand knüpft, wird dieser ein Vertrag genannt.

| 222 Der hier für das gesamte Rechtsgebiet entwickelte Gegensatz, demzufolge alle *Tatbestände*, an welche die Rechtsordnung Rechtswirkungen knüpft, eingeteilt werden | können, gleichgültig ob sie nach herrschender Lehre dem Privat- oder öffentlichen Rechte angehören, ist bisher nur auf dem erstgenannten der beiden Teilgebiete in dem Gegensatz von einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften zum Ausdruck gekommen. Das Privatrecht kennt zahlreiche Fälle, in denen die Willenserklärung eines einzigen Rechtssubjektes von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen für das erklärende Subjekt selbst wie für andere Subjekte ausgestattet ist. Das öffentliche Recht, das gewissen einseitigen Willenserklärungen der Staatsperson Rechtswirkungen gegenüber Dritten einräumt, unterscheidet sich darum also vom Privatrechte prinzipiell nicht. Und selbst wenn eine positive Rechtsordnung tatsächlich der einseitigen Willenserklärung eines Privaten (d. h. aller Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates) niemals rechtliche Wirkung für Dritte zuerkennen würde, könnte diese Tatsache für das Wesen des Privatrechtes zum Unterschiede vom öffentlichen Rechte in keiner Weise ausschlaggebend sein; denn der Privatrechtsordnung stünde ja solche Möglichkeit jederzeit zur Verfügung. Es kann auch nicht von Bedeutung sein, daß die Normen, die man üblicherweise zum Privatrecht zählt, durch einseitiges Rechtsgeschäft regelmäßig – nicht ausnahmslos – dritten Personen nur *Rechte*, Rechtspflichten aber nur dem einseitig handelnden Rechtssubjekte zuwachsen lassen, während der dem öffentlichen Rechte unterworfenen Staat durch einseitige Willenserklärung sehr häufig

| 221 |⁶⁶⁾ Vgl. meine Hauptprobleme S. 268 ff.¹¹⁷

¹¹⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 268–270 = HKW 2, S. 21–878 (388f.).

¹¹⁸ Vgl. oben S. 276f., 279–281.

Rechtspflichten der übrigen Subjekte kraft Rechtsordnung bewirkt. Der einseitige Verwaltungsbefehl z. B. hat die Gehorsamspflicht der Untertanen zur Folge. So wenig dieses Moment für das formale System allgemeiner Rechtsbegriffe von Bedeutung sein kann, weil die beiden subjektiven Erscheinungsformen der Rechtsnorm: die Rechtspflicht wie die Berechtigung, einander durchaus gleichwertig gegenüber stehen und es sich ja dabei – wie | früher bereits gesagt¹¹⁹ – nicht um eine spezifische, aus dem Wesen der Staatsperson zu erschließende Qualität handelt, so mag dieses Kriterium für eine *materielle Systemisierung der Tatbestände* immerhin von gewisser Relevanz sein. Einen Gegensatz der Rechtsnormen oder der Rechtsverhältnisse – wie solcher in der formalen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte behauptet oder beabsichtigt wird – kann es jedoch niemals begründen. Darin, daß gewisse einseitige Willensäußerungen der Staatsperson auf Grund der Rechtsordnung Rechte und insbesondere Pflichten dritter Personen begründen, ist kein zureichender Grund dafür gegeben, diese Tatbestände, weil spezifisch öffentlich-rechtlicher Natur, als „publizistische“¹²⁰ Rechtsgeschäfte den *privaten* Rechtsgeschäften entgegenzustellen. |223

Freilich liegt in jenen Fällen, wo sich an den einseitigen Willensakt der Staatsperson Gehorsamspflichten der Untertanen anschließen, die Vorstellung nahe, daß die verpflichtende Autorität von der einseitigen befehlenden Staatsperson selbst ausgehe; man ist in diesen Fällen leicht geneigt, das, was bloß Tatbestand ist, an den die Rechtsordnung erst Rechtswirkung knüpft, mit dieser Rechtsordnung selbst zu identifizieren, in den nur von der Rechtsordnung qualifizierten Akt eines Rechtssubjektes eine immanente rechtsverbindliche Kraft hineinzudenken. Zumal für den „gesunden Menschenverstand“ des praktischen Juristen und Laien, der, dem abstrakt Formalen von vornherein weniger zugewandt, mit seinem Blick leichter und lieber am konkret Realen des sichtbaren, in der Welt der Wirklichkeit sich abspielenden Tatbestandes haften bleibt. Der Denkfehler, der dabei vom rechtslogischen Standpunkte aus unterläuft, ist ein ganz ähnlicher wie jener, der in der Annahme einer den realen Dingen selbst innewohnenden, kausalen „Kraft“ oder einer immanenten „Zwecktenenz“ | besteht. Wie hier, was bloß kausaler |224 oder teleologischer Denkprozeß ist, also außerhalb der Welt der sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung, dennoch in diese hineinprojiziert wird, so wird dort, was nur Eigenschaft der gedachten (abstrakten) Rechtsnorm ist, in den realen Tatbestand verlegt, der alle Qualifikation nur durch die Rechtsordnung erhält⁶⁷); wobei

|⁶⁷ Fleiner¹²¹ unterscheidet (a. a. O. S. 163 ff.),¹²² ob Pflichten und Berechtigungen der Untertanen „unmittelbar“¹²³ auf dem Gesetze, d. h. der Rechtsordnung beruhen oder ob „zwischen das Gesetz |224

¹¹⁹ Vgl. oben S. 262 f., 280 f., 296 f.

¹²⁰ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 49 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 4 und unten bei Anm. 128, 145.

¹²¹ Fritz Fleiner (1867–1937), schweizerischer Staatsrechtslehrer. 1892 Habilitation an der Universität Zürich, ab 1892 Privatdozent und ab 1895 a.o. Prof. für Französisches Zivilrecht, Kirchenrecht und „eventuell“ (sic) Öffentliches Recht ebendort, ab 1897 o. Prof. für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Universität Basel (1901 Rektor), ab 1906 o. Prof. an der Universität

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

IV. Kapitel.

Daß in dieser irrigen Vorstellung von der rechtsautoritären Qualität der Staatsperson in Justiz und Verwaltung die letzte Wurzel der rechtslogisch unhaltbaren Scheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsgeschäften und letzten Endes zwischen privatem und öffentlichem Rechte überhaupt steckt, das geht mit absoluter Sicherheit aus der Lehre vom öffentlichen oder publizistischen Vertrag hervor, so wie sie von der heute herrschenden Theorie des öffentlichen Rechtes

und den Untertan eine Verfügung der Verwaltungsbehörde eingeschoben ist“,¹²⁴ die feststellt, wozu der Untertan verpflichtet oder berechtigt sei. „Anspruch und Pflicht beruhen dann *nicht direkt* auf dem Gesetz, sondern auf diesem Verwaltungsakt“ (a. a. O. S. 166).¹²⁵ Diese Unterscheidung verdunkelt jedoch insofern das rechtslogische Verhältnis, als Pflicht und Recht (Anspruch) stets *nur* auf dem Gesetze d. h. der Rechtsordnung beruhen; der Verwaltungsakt hat rechtslogisch ebenso nur den Charakter eines Tatbestandselementes wie irgendeine andere Voraussetzung, an welche der Rechtssatz Pflicht und Recht einer Person knüpft. Wenn z. B. die Pflicht des Hausbesitzers zur Reinigung des Trottoirs (*Fleiner* a. a. O. S. 163)¹²⁶ an die Voraussetzung gebunden ist, daß das Trottoir schmutzig sei, und die Pflicht des Darlehensschuldners zur Rückerstattung des Darlehens an den Eintritt des Fälligkeitstermines, so sind all diese Bedingungen in keinem anderen Sinne *Tatbestände* (richtiger Elemente eines Tatbestandes), an welche die Rechtsordnung Rechtspflichten knüpft, wie etwa ein Polizeibefehl, wenn die Rechtsordnung einen solchen zur Voraussetzung einer Gehorsamspflicht der Untertanen macht. „Direkt“ beruht die Gehorsamspflicht im letzteren Falle ebenso auf dem Polizeibefehl, wie die Pflicht des Schuldners „*direkt*“ auf dem Eintritt des Zahltages oder die des Hausbesitzers auf einem reinigungsbedürftigen Zustand des Trottoirs beruht. „Indirekt“ aber beruhen in gleicher Weise alle diese Pflichten auf der Rechtsordnung. Wichtig ist, daß *Fleiner* die Pflichten und Rechte der Untertanen, auch wenn sie „*direkt*“ auf pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakten beruhen, letzten Endes auf das Gesetz, d. h. die Rechtsordnung zurückführt, wo wenigstens „indirekt“ der Sitz der verpflichtenden und berechtigenden Autorität zu denken ist. Den pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakten kann dann aber kaum mehr aus dem Titel ihrer rechtserzeugenden, „rechtmachenden“ Kraft – wie *Otto Mayer* sagt¹²⁷ – ein Mehrwert zugesprochen werden. Dann sind diese pflicht- und anspruchbegründenden Staatsakte in keiner anderen Weise von der Rechtsordnung zur Voraussetzung von Rechtswirkungen gemacht wie die einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäfte des Privatrechtes.

Tübingen, ab 1908 o. Prof. an der Universität Heidelberg, ab 1915 bis zu seiner Emeritierung 1936 o. Prof. für Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht an der Universität Zürich (1932–1934 Rektor). Wichtige Werke: Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, Tübingen 1907 (2. Aufl., Tübingen 1907); Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1911 (8. Aufl., Tübingen 1928); Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Zürich 1916; Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

¹²² *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 163–169.

¹²³ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 163 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹²⁴ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 166.

¹²⁵ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 166 – Hervorhebung von Kelsen.

¹²⁶ *Fleiner*, Institutionen (Anm. 1), S. 163.

¹²⁷ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 33 – vgl. ergänzend unten bei Anm. 160, 166.

entwickelt wurde. Solange man nämlich nicht klar und deutlich ausspricht, was bei den meisten Theoretikern nur unklar und mehr unter der Schwelle ihres juristischen Bewußtseins ruht: daß dem Staat bei den sogenannten „öffentlichen“ Verträgen nicht die Rolle eines Kontrahenten, ja überhaupt nicht die Rolle eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes, einer Person im Rechtssinne, sondern die Stellung einer Rechtsautorität, des *Gesetzgebers* zukommt – und diese Konsequenz dürfte man, weil sie gegen eine allgemein akzeptierte Voraussetzung verstößt, nicht gerne ziehen – solange muß sich die Theorie in einem plumpen *circulus vitiosus* bewegen. Ein Beispiel für viele soll das Gesagte beweisen. Doch vorher einige allgemeine Bemerkungen.

Der „Vertrag“ ist nicht ein Begriff des privaten *oder* des öffentlichen Rechtes, sondern, weil rein formaler Natur, ein Begriff der allgemeinen Rechtslehre. Das juristisch Relevante dieses Tatbestandes ist: daß der Eintritt der Rechtswirkungen von der Rechtsordnung an die Erklärung einer Willensübereinstimmung geknüpft ist. Nun ist, soferne man | den Staat als Rechtspersönlichkeit auffaßt, im modernen Staats- und Verwaltungsrechte sehr häufig der Fall gegeben, daß gewisse Rechtswirkungen von der Rechtsordnung an einen Tatbestand geknüpft werden, der sich deutlich dadurch charakterisiert, daß zu einer in einem Staatsakte zum Ausdruck kommenden Willenserklärung des Staates eine übereinstimmende oder zustimmende, d. h. das gleiche Ziel verfolgende Willenserklärung eines anderen Rechtssubjektes – eines Untertanen – hinzukommen muß (oder umgekehrt), damit die von der Rechtsordnung vorgesehenen Rechtswirkungen eintreten können. Dieser Tatbestand unterscheidet sich nach herrschender Lehre von einem Verträge – „des Privatrechtes“, wie diese Auffassung immer hinzufügt – lediglich dadurch, daß die beiden Subjekte nicht wie beim Kauf, Darlehen usw. einander koordiniert, sondern einander über- und untergeordnet sind. Und darum sprechen die einen von einem spezifischen, vom privatrechtlichen wesentlich verschiedenen „publizistischen“ Verträge,¹²⁸ die anderen erklären die Kategorie des Vertrages überhaupt in solchen Fällen für unzulässig. „Das, was hinzutreten muß, um die Willensübereinstimmung zum Vertrag zu erheben, ist die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen; sie aber gerade fehlt nach der modernen staatsrechtlichen Auffassung in dem Verhältnis zwischen dem Untertan und dem überragenden Inhaber des Imperium“⁶⁸). Zwischen beiden Richtungen besteht im Grunde nur eine terminologische Differenz. Worauf es ankommt, darin sind beide einig; sie sehen in dem fraglichen Tatbestande aus demselben Grunde einen vom Kauf, Darlehen usw. wesensverschiedenen Tatbestand.

| 226

⁶⁸) *Kormann* a. a. O. S. 36/7.¹²⁹ Vgl. auch die dort zitierte Literatur.

| 226

¹²⁸ Etwa *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 49 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 4, 120, und unten bei Anm. 145.

¹²⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 36f.

Zugegeben, daß zum Wesen des Vertrages die „rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen“ gehört, so muß man | natürlich die Frage aufwerfen, warum gerade in diesen Fällen eine *rechtliche* Wertdifferenz zwischen dem Staate und einem Untertan angenommen werden muß, da doch die herrschende Lehre zahlreiche andere Fälle kennt, in denen Staat und Untertan einander *rechtlich* gleichwertig entgegentreten; Kaufverträge, Darlehensverträge des Staates mit Untertanen usw. Und es muß daran festgehalten werden, daß die behauptete Niveaudifferenz eine *rechtliche*, d. h. von der *Rechtsordnung* statuierte sein, daß die *Rechtsordnung* selbst beide Rechtssubjekte verschieden werten muß, wenn ihre *rechtliche* Verschiedenheit von der Theorie behauptet wird. Worin kommt nun diese verschiedene Wertung beider Rechtssubjekte durch die Rechtsordnung zum Ausdruck? Warum wertet die Rechtsordnung Staat und Untertan bei einem zwischen beiden abgeschlossenen Kaufvertrag gleich, bei einer vom Staate vorgenommenen Beamtenernennung aber ungleich, *wenn* die gewünschten Rechtswirkungen in beiden Fällen von der erklärten Willensübereinstimmung beider abhängen? Es ist geradezu beschämend, wenn man in der neueren Literatur bei Aufwerfung dieser primitiven Grundfrage immer wieder auf den gleichen Fehlschluß stoßen muß. Um nur Einen für Viele zu zitieren, sei *Kormann*¹³⁰ angeführt, der zuletzt am ausführlichsten zur Frage der rechtsgeschäftlichen Staatsakte Stellung genommen hat und dessen selten umfassende Kenntnis der einschlägigen Literatur ihn geradezu prädestiniert, den geläuterten Niederschlag der herrschenden Lehrmeinung zu formulieren. Auf die Frage, ob im konkreten Falle ein publizistischer oder ein privater Vertrag vorliege, antwortet er wörtlich: „Einen allgemeinen Anhaltspunkt für die Entscheidung dürfte der Satz bilden, daß ein *öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft* immer dann vorliegt, wenn es auf den Eintritt *öffent|lich-rechtlicher Wirkungen* gerichtet ist“⁶⁹. Es wäre gewiß ungerecht, *Kormann* persönlich dafür verantwortlich zu machen, daß in seinem tüchtigen und scharfsinnigen Buche solch logischer Unsinn steht. Denn diese nichtsbeweisende Argumentation wird in der heutigen Theorie des öffentlichen Rechtes ganz allgemein als bare Münze genommen; diese offenkundige Scheinwahrheit genießt in der Wissenschaft des öffentlichen Rechtes Zwangskurs! Und gleichfalls typisch für den heutigen Stand des Problems eines „öffentlichen“ Rechtes ist die Art und Weise, wie *Kormann* seine

| 228 | ⁶⁹ A. a. O. S. 33.¹³¹

¹³⁰ Karl Kormann (1884–1914), Staatsrechtslehrer. 1913 Habilitation in Berlin, 1914 als o. Prof. an die Universität Leipzig berufen. Er versuchte, einen Allgemeinen Teil für das ganze Öffentliche Recht zu entwerfen. 1914 als Leutnant d. R. in der Schlacht bei Tannenberg in Ostpreußen gefallen. Wichtige Werke: Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht, Berlin 1907; System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910; Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechtes, in: (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 44 (1911), S. 850–922 sowie 45 (1912), S. 36–129, 195–218.

¹³¹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 33 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Argumentation fortführt! Unter der Vorgabe von „Erläuterungen“ zu dem oben aufgestellten Prinzipie erklärt er nun: „Gänzlich unzweifelhaft ist der privatrechtliche Charakter bei den gewöhnlichen Kauf-, den Pacht-¹³² usw. Verträgen des Fiskus“⁷⁰). Ebenso erklärt er den Anleihevertrag bei Ausgabe von Staatspapieren für privatrechtlich,¹³⁴ obgleich z. B. *Löning*⁷¹) ihn für öffentlich rechtlich hält. Dann zählt er eine Reihe anderer Verträge auf, die ebenfalls seiner Meinung nach privatrechtlich sind und hält sich dabei im großen und ganzen an die von der Praxis gezogene Grenze, derzufolge gewisse „Verträge“ den ordentlichen Gerichten, andere den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung in Streitfällen überlassen werden.¹³⁶ Und das ist im Grunde genommen die tatsächliche Lösung, die das fragliche Problem in der gesamten Literatur erfährt: Die Grenze zwischen dem, was man Privatrecht und dem, was man öffentliches Recht nennt, wird nicht nach einem formalen, allgemein gültigen theoretischen Prinzip, sondern im großen und ganzen nach der positiv rechtlichen Zuteilung zu Gericht oder Verwaltungsbehörde, und wo das Gesetz darüber schweigt, durch |praktisch-politische Erwägungen und das allgemeine Herkommen fixiert. Nur post festum kommt dann die Theorie und erklärt, daß der Staat in jenen Fällen, die man schon vorher aus irgendwelchen Motiven dem öffentlichen Rechte zuzurechnen geneigt ist, als dem Untertan übergeordneter Träger des Imperiums auftritt. Daß damit freilich nur der Begriff des „Öffentlich-Rechtlichen“ mit anderen Worten umschrieben wird, ist selbstverständlich. | 229

Nur um das Typische des charakterisierten *circulus vitiosus* aufzuzeigen, der immer wiederkehrt, sobald es sich darum handelt, ein Kriterium für den behaupteten Unterschied zwischen Privat- und öffentlichem Recht zu liefern, will ich die Argumentationen *Kormanns* noch weiter verfolgen. Ich zitiere der Genauigkeit wegen einen längeren Absatz wörtlich: „Weniger sicher ist die Entscheidung bei den ‚Verträgen‘, ‚Vereinbarungen‘ und ‚Einigungen‘, die ohne gleichmäßige Terminologie und ohne gleichmäßige Rechtsnatur im Wegerecht vorkommen. Wir lernten vorhin schon publizistische Verträge über die Wegebaulast kennen, betonten aber schon damals, daß es auch privatrechtliche gebe. *Als privatrechtlich aber wird man alle diejenigen Rechtsgeschäfte zu betrachten haben, welche die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen unberührt lassen*“⁷²). Es gibt also privatrechtliche und

⁷⁰) A. a. O. S. 33. ¹³³

⁷¹) Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. S. 131. ¹³⁵

⁷²) A. a. O. S. 34. ¹³⁷

¹³² «Kauf-, den Pacht-»] *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 33: «Kauf-, Miet-, Pacht-».

¹³³ Beide Zitate: *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 33.

¹³⁴ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 33.

¹³⁵ *Edgar Loening*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. Eine Festschrift, Frankfurt a.M. 1879, S. 131.

¹³⁶ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 33–35.

¹³⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 34 – Hervorhebung von Kelsen.

öffentlich-rechtliche Wegbaulastverträge. Öffentlich-rechtlich sind diejenigen, die öffentlich-rechtlich sind! Das ist dieser Weisheit letzter und immer wiederkehrender Schluß. Und beinahe humoristisch berührt es einen, wenn *Kormann* gerade im Beamtenrecht seine doch niemals versagende Formel nicht so recht anwenden will. Er meint vorsichtig: „Auch die im Beamtenrecht zulässigen *Verträge* können zu erheblichen | Zweifeln Anlaß geben. So hat vor allem *Preuß* behauptet, die Vereinbarungen oder *Festsetzungen* über die Gehaltsansprüche seien wenigstens insoweit privatrechtliche Geschäfte, als sie sich auf bereits entstandene Ansprüche bezögen; und er hat dies damit begründet, daß die Gehaltsansprüche selbst privatrechtlicher Natur seien⁷³⁾. Wäre dieser Begründungssatz richtig, so hätten wir nach unserem vorhin aufgestellten allgemeinen Grundsatz hier allerdings privatrechtliche Akte anzunehmen“.¹³⁹ Und nun fährt *Kormann* fort: „Ob es freilich richtig ist und ob nicht die Gehaltsansprüche der Beamten als publizistische Ansprüche aufzufassen sind, kann hier nicht so im Vorbeigehen entschieden werden; es ist eine schwierige und bekanntlich stark umstrittene Frage“⁷⁴⁾. Nicht schwieriger und nicht weniger bestreitbar als irgendeine andere Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Und im Sinne der herrschenden Lehre durchaus befriedigend nach der bewährten Schablone zu lösen: Gehaltsansprüche der Beamten sind öffentlich-rechtlich, wenn oder weil sie öffentlich-rechtliche Wirkungen haben!

Daß es bei der heute üblichen Methode oder Methodenlosigkeit zum großen Teil vom Geschmack des Einzelnen abhängt, ob er einen Akt für privat- oder öffentlich-rechtlich erklärt, das verrät *Kormann* aufs deutlichste, wenn er – nur als Sprachrohr der *communis opinio* – sagt: „Ueberhaupt soll man in der Zuweisung an das Privatrecht nicht zu weit gehen und nicht vergessen, daß eine unverkennbare Entwicklungstendenz darauf hinzielt, das Gebiet des privaten zugunsten des Verwaltungsrechtes einzuengen“⁷⁵⁾. Ja, liegt es denn im Belieben des Theoretikers, wo er die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Rechte ziehen darf, wenn die spezifisch öffent|lich-rechtliche Qualität eines Rechtsverhältnisses in dem *von der Rechtsordnung* verliehenen Mehrwert des Staates gegenüber dem Untertanen beruht? Kann der Theoretiker einem solchen durch die positiven Rechtsvorschriften fixierten Symptom gegenüber überhaupt im Zweifel sein, wie seine Qua-

| 230 |⁷³⁾ Städtisches Amtsrecht. Berlin 1902. S. 440.¹³⁸

⁷⁴⁾ A. a. O. S. 34/35.¹⁴⁰

⁷⁵⁾ A. a. O. S. 35.¹⁴¹

¹³⁸ *Hugo Preuß*, Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902, S. 445 – Kelsen hat die Fundstelle *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 34 Anm. 31, entnommen, der allerdings zutreffend S. 445 nennt.

¹³⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 34 f. – Hervorhebungen von Kelsen beim Autor lediglich in Anführungszeichen gesetzt.

¹⁴⁰ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 35.

¹⁴¹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 35 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

lifizierung auszufallen hat? Gibt es denn überhaupt eine andere juristische Qualifizierung als eine durch die Rechtsordnung begründete? Kann denn die „Entwicklungstendenz“, von der *Kormann* spricht, und die auf die Einengung des Privatrechtes zugunsten des öffentlichen Rechtes gerichtet sein soll, anderswo als in der Gesetzgebung bestehen; und wäre es nicht ein törichter Irrtum der Rechtswissenschaft, der Theorie solche Tendenz zu imputieren, da diese doch nur aus der Rechtsordnung die Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht ablesen kann, wenn wirklich das fragliche Kriterium, wie die herrschende Lehre behauptet, in der „rechtlichen“, d. h. durch die Rechtsordnung erfolgten Höherwertung der Staatspersönlichkeit besteht? Zu einer solchen Annahme aber bieten jene Fälle gar keinen Anlaß, in denen die Rechtswirkungen seitens der Rechtsordnung nicht bloß von der im Staatsakt zum Ausdruck kommenden Willenserklärung der Staatsperson allein, sondern auch von der damit inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärung eines anderen Rechtssubjektes abhängig gemacht sind. Welche Bedeutung für eine materielle Einteilung der Tatbestände die Tatsache hat, daß die Rechtsordnung in gewissen Fällen Berechtigungen und insbesondere Rechtspflichten dritter Personen an die einseitige Willenserklärung der Staatsperson knüpft, habe ich bereits früher dargelegt.¹⁴² Daß die Rechtsordnung in diesen Fällen den Staat „besser“ behandelt als den Untertanen, der ohne seinen eigenen Willen verpflichtet wird, daß sie die Staatsperson „höher“, d. h. „über“ den Untertanen stellt, ihm einen „Mehrwert“ verleiht, das mag | für eine auf den Rechts*inhalt* gerichtete | 232 Betrachtung irgendwie ausdrucksbedürftig sein. Nur muß man sich darüber klar werden, daß diese „Wirkung“ nicht Ausfluß eines staatlichen *Imperiums* sein kann, das nur der Inhalt jenes der Staatsperson (in der Exekutive) zuzurechnenden, als Ausübung einer Rechtspflicht zu denkenden Tatbestandes ist, sondern daß die Verpflichtung von der Rechtsordnung ausgeht, die solche Wirkung eben so gut an irgendeinen anderen Tatbestand – etwa die Willensäußerung eines Privaten – knüpfen kann; und daß nach positivistischen Prinzipien für die der Rechtsordnung unterworfenen Person des Staates keinerlei *præsumptio juris* spricht, dahingehend, daß ihre Willenserklärung als solche – natürlich ist hier nur von der Exekutive die Rede – die „Kraft“ habe, einseitig Pflichten und Rechte dritter Personen hervorzurufen. Nur sofern die positive Rechtsordnung dem Staatsakt solche Wirkung verleiht, kann die Interpretation sie anerkennen.

Man halte sich aber auch stets gegenwärtig, daß jede Rechtswirkung zu dem sie begründenden Tatbestand im Verhältnis einer Erkenntnisfolge zum Erkenntnisgrund steht, daß daher *alle* von der Rechtsordnung fixierten Voraussetzungen konstatiert sein müssen, wenn eine bestimmte Rechtsfolge als gegeben angenommen werden kann, und daß alle Bedingungen rechtslogisch als gleich notwendig, als gleichbedeutend oder gleichwertig anzusehen sind. Hat daher die Rechtsordnung irgendeine Rechtswirkung nicht bloß von einer Willenserklärung der Staats-

¹⁴² Vgl. oben S. 297–300.

person, sondern auch von einer inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärung eines anderen Subjektes (speziell jenes, für welches Pflichten und Rechte begründet werden sollen) abhängig gemacht, dann sind beide Willenserklärungen gleichbedeutend, gleich notwendig; dann hat aber auch eine materielle Betrachtung nicht die geringste | Handhabe, eine Höher- oder Mehrwertung der Staatsperson (resp. deren Willenserklärung) gegenüber der Person des Untertanen (resp. deren Willenserklärung) *durch die Rechtsordnung* anzunehmen. Wenn die Staatsperson auf Grund der Rechtsordnung – und das ist natürlich *quaestio facti* – einen Beamten nicht ohne seinen Willen anstellen kann, dann ist der Staatsdienstvertrag oder die Anstellung in den Staatsdienst ebenso ein zweiseitiges Rechtsgeschäft wie die *locatio conductio operarum*¹⁴³ zwischen Unternehmer und Arbeiter. Und *wenn* (was wiederum *quaestio facti* ist) nach positiv-rechtlicher Vorschrift der Staat niemanden in seinen Verband aufnehmen kann, der nicht um diese Aufnahme ansucht oder mit dieser Aufnahme sich einverstanden erklärt, dann ist die Naturalisation juristisch ebenso als Vertrag zu qualifizieren wie das Rechtsgeschäft, durch das irgend jemand irgendeinem Geselligkeitsverein beitrifft.

Die herrschende Lehre hat nun versucht, aus den hier als Verträgen erkannten Tatbeständen einseitige Akte der Staatsgewalt zu machen, die eben die Eigentümlichkeit haben, an zustimmende Willenserklärungen der Untertanen gebunden zu sein. So hat bekanntlich *Otto Mayer* die fraglichen Tatbestände ursprünglich als öffentlich-rechtliche Verträge charakterisiert, später aber daraus „Verwaltungsakte auf Unterwerfung“¹⁴⁴ konstruiert und mit diesem Begriff hauptsächlich Naturalisation und Beamtenernennung erfassen wollen. Und *Kormann* erklärt von allen vertragsähnlichen Staatsakten, wenn sie „publizistischen“¹⁴⁵ Charakter haben: „Hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur sind alle diese Akte den vorhin erwähnten Verwaltungsakten auf Unterwerfung durchaus gleichartig. Ihr Unterschied von diesen besteht lediglich in ihrem andersartigen Inhalt; das, was sie schaffen, ist ein anderes, | ihre Rechtswirkungen sind andere als bei jenen; aber nicht ist die Kraft, durch die sie dies schaffen, nicht ist ihr Rechtsgrund und ihre Rechtsform, ihre Rechtsnatur eine andere. *Auch sie wirken nicht durch vertragsmäßige Willensübereinstimmung, sondern durch ihre eigene publizistische Kraft als einseitige publizistische Willenserklärungen, deren Besonderheit ebenso wie die der Verwaltungsakte auf Unterwerfung nur darin besteht, daß sie nicht ergehen dürfen ohne die Zustimmung des Betroffenen*, und daß der Mangel dieser Zustimmung gewisse später zu erörternde Folgen nach sich zieht“¹⁴⁷. Solange die herrschende Lehre an der Voraus-

| 233 |¹⁴⁶ A. a. O. S. 98.¹⁴⁴

| 234 |¹⁴⁷ A. a. O. S. 38.¹⁴⁶

¹⁴³ Lat.: *locatio conductio operarum*; dt.: Dienstvertrag.

¹⁴⁴ *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 98 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁴⁵ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 49 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 4, 120, 128.

setzung festhält, daß der Staat in der Exekutive als der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt den übrigen Rechtssubjekten gegenübersteht, daß zwischen Staatsperson und Untertanen ein Rechtsverhältnis besteht, so lange kann eine solche Konstruktion ebensowenig berechtigt sein wie etwa jene, welche auch die zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossene *locatio conductio* als einen einseitigen Akt des wirtschaftlich mächtigen Unternehmers ansehen wollte, der eben die merkwürdige Eigenart hat, die gewünschten Rechtswirkungen nur dann hervorzubringen, wenn er mit einer zustimmenden Willenserklärung des Arbeiters verbunden ist.

Sieht man aber näher zu, so stellt sich klar und deutlich heraus, daß der „Mehrwert“, den die herrschende Lehre dem Staate im Verhältnis zum Untertanen in jenen hier als Verträgen charakterisierten Tatbeständen zuerkennt, daß die eigene publizistische Kraft gewisser (übrigens warum nicht aller?) Staatsakte tatsächlich unvereinbar ist mit der Annahme, daß es sich um ein Rechtsverhältnis (im Sinne der herrschenden Lehre), nämlich um ein Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten handelt, daß der Staat gar nicht als der Rechtsordnung unterworfenen Person, sondern als Rechtsautorität, als Rechtsordnung selbst angesehen wird. Die Willenserklärung des Staates soll hier Rechtsnorm und nicht Erfüllung einer Rechtspflicht, Handlung eines Rechtssubjektes sein, soll ebenso verpflichtend wirken wie z. B. der Rechtssatz, der den Willen des Staates, zu exequieren, ausspricht, ihn aber von der Willensäußerung des Interessenten – der *actio* – abhängig macht. Eben- sowenig wie hier ein Vertrag zwischen dem Staat (in der Rechtsordnung) und dem Kläger vorliegt, obgleich beide Willenserklärungen zusammentreffen müssen, weil eben nur ein Subjekt unter der Rechtsordnung steht, so soll auch die Willenserklärung des Staates in der Exekutive zusammen mit der zustimmenden Erklärung der Partei keinen Vertrag darstellen.

Vollkommen unzweideutig tritt diese Grundanschauung in der bekannten Abhandlung hervor, die *Otto Mayer* zur Lehre vom öffentlichen Verträge publiziert hat⁷⁸⁾. *Otto Mayer* geht dort vom römischen Rechte aus, weil der Staat der römischen Republik dem unsrigen verwandter sei als der Feudal- und Patrimonialstaat. In den zensorischen Verträgen soll die Analogie zu den sogenannten publizistischen Verträgen des modernen Verwaltungsrechtes zu finden sein.¹⁴⁸ Und diese werden folgendermaßen charakterisiert: Die magistratische Willenserklärung schaffe *allein* das Rechtsverhältnis, „ist also mehr als eine bloße Vertragseinwilligung, sie ist ein *einseitiger rechtsbegründender Akt, dem Gesetze vergleich-*

⁷⁸⁾ Arch. d. öffentl. Recht, III. Band, 1888, S. 1ff.¹⁴⁷

¹⁴⁶ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 38 – Hervorhebung von Kelsen; vgl. ergänzend unten bei Anm. 157.

¹⁴⁷ *Otto Mayer*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 1–86.

¹⁴⁸ Vgl. *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 6–9.

| 236 *bar*⁷⁹⁾. Aber schon *Karlowa*¹⁵⁰, auf den sich *Otto Mayer* hier beruft,¹⁵¹ glaubt eine Quelle für die verbindliche | Kraft der magistratischen Willenserklärung anführen zu müssen: „Sie leiten ihre Kraft her aus der den Magistraten mit ihrem Amte erteilten *Vollmacht*, den *populus* bei Abschluß solcher Geschäfte zu vertreten“⁸⁰⁾. Wenn solche Staatsakte, um rechtsverbindlich zu sein, einer Vollmacht bedürfen, dann ist der von *Otto Mayer* und *Karlowa* herangezogene Vergleich mit Gesetzen unzutreffend, denn darin liegt ja gerade das Wesen des Gesetzes, des Rechtssatzes, daß er einer höheren *rechtlichen* Rechtfertigung für seine verbindliche Kraft nicht bedarf, weil er selbst die höchste, letzte Rechtfertigung ist. Das ist ja die Souveränität des Rechtssatzes. Darum ist auch unverständlich, wie *Otto Mayer* angesichts der zensorischen Verträge gegen das spezifisch „zivilistische“¹⁵³ Bedürfnis Stellung nimmt, jeden Tatbestand, der eine Rechtswirkung hat, auf einen Rechtssatz zurückzuführen. Der magistratische Akt ist entweder selbst Rechtssatz oder er muß eine rechtliche Wirkung aus einem solchen ableiten; und diese Ableitung nimmt *Karlowa* nicht anders vor als *Pernice*¹⁵⁴, den *Otto Mayer* im gegnerischen Sinne anführt.¹⁵⁵ Denn auch *Pernice* glaubt, die Kraft der magistratischen Akte aus einer von diesen Akten verschiedenen Norm ableiten zu müssen und findet diese Norm, ganz so wie *Karlowa*, in der den Zensoren durch Ermächtigung des Volkes erteilten Befugnis zur Eingehung von Verträgen. Mit Recht erklärt er: „Und das ist die gesetzliche Grundlage für die Geltung der Verträge“⁸¹⁾. Denn nichts anderes als ein Blankettrechtssatz ist mit dieser Vollmacht gegeben. Ob durch diesen Blankett-

79) A. a. O. S. 9. 149

| 236 | 80) Römische Rechtsgeschichte I. S. 245, Anm. 1. 152

81) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, N. F. V. S. 114 ff. 156

149 *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 9 – Hervorhebung teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

150 *Otto Karlowa* (1836–1904), Rechtshistoriker. 1862 Habilitation in Bonn, ab 1867 o. Prof. an der Universität Greifswald, ab 1872 o. Prof. für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte in Heidelberg. Wichtige Werke: Die Formen der Römischen Ehe und Manus, Bonn 1868; Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877; Römische Rechtsgeschichte, 2 Bde., Leipzig 1885 und 1901 (unvollendet).

151 Vgl. *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 9 Anm. 7.

152 *Otto Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1: Staatsrecht und Rechtsquellen, Leipzig 1885, S. 245 Anm. 1 – Hervorhebung von Kelsen; die Fundstellenangabe und das Zitat hat Kelsen vermutlich entnommen *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 9 Anm. 7.

153 *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 10 – Kelsen paraphrasiert.

154 (Lothar Anton) Alfred *Pernice* (1841–1901), Professor für Römisches Recht. Nach seiner Habilitation 1867 in Halle (Saale) Privatdozent, ab 1870 a.o. Prof., ab 1871 o. Prof. für Römisches Recht ebendort, ab 1871 o. Prof. in Greifswald, ab 1877 wiederum in Halle (Saale), ab 1881 in Berlin. Mitherausgeber der „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte“, ab 1884 Mitglied der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Wichtige Werke: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, Weimar 1867; Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit, 3 Bde., Halle (Saale) 1873–1892 (Bd. 2: 2. Aufl., 2 Bde., Halle (Saale) 1895 und 1900).

155 Vgl. *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 10 Anm. 11.

156 *Alfred Pernice*, Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 5 (1884), S. 1–135

rechtssatz dem einseitigen magistratischen Akte Rechtswirkung für dritte Personen verliehen, oder ob dabei die Rechtswirkung auch von einer übereinstimmenden Willenserklärung der betreffenden Partei abhängig gemacht wurde, | ist hier zunächst gleichgültig. Worauf es ankommt ist: daß der magistratische Akt nicht, gleich dem Gesetze, seine verbindliche Kraft aus sich selbst hat, daß also keine „eigene publizistische Kraft“¹⁵⁷ der magistratischen Akte vorliegt, sondern daß auch dieser Staatsakt, wie jeder Rechtstatbestand und insbesondere auch das Privatrechtsgeschäft, seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung holt. Und diese Auffassung findet eigentlich durch die Darstellung *Otto Meyers* selbst ihre Bestätigung. Wenn *Otto Mayer* von einer „Begrenztheit“¹⁵⁸ der Amtsgewalt oder davon spricht, daß der Zensor zu seiner Tätigkeit „ermächtigt“¹⁵⁹ ist, so muß man fragen, welcher Art denn die Normen sind, die die Amtsgewalt des Zensors begrenzen, den Zensor ermächtigen, seine Amtspflicht statuieren? Wenn es nicht Rechtsnormen sind – Rechtsnormen, die von den einzelnen magistratischen Akten des Zensors formal zu scheiden sind, dann sind es überhaupt nicht Rechtsverhältnisse, von denen die Rede sein kann.

Nur sofern *Otto Mayer* jede Scheidung zwischen dem Willen des Staates in der Rechtsordnung und dem der Rechtsordnung unterworfenen Willen des Staates, der Exekutive, der Rechtspersönlichkeit des Staates ignoriert, kann er auch bezüglich des modernen Rechtsstaates für richtig halten, was ihm als das Charakteristische der römischen Staatsidee erscheint: In jedem Organ, welches gemäß der verfassungsmäßigen und sonstigen Zuständigkeitsordnungen Geschäfte des Staates besorgt, erscheint die für das Gesetz wesentliche bindende Kraft der staatlichen Willensäußerung. Der Wille des Staates in Justiz und Verwaltung ist Exekutive und Rechtsordnung zugleich. Das Wesen des staatlichen Willens ist in allen Fällen, nicht nur wenn er in Form der Rechtsordnung erscheint, „der des einseitigen Bestimmens des Rechtsverhältnisses, des Rechtmachens | für den Einzelnen, welcher dem Staate gegenübersteht“⁸²⁾. Auch hier muß man wieder fragen, ob die „verfassungsmäßigen und sonstigen Zuständigkeitsordnungen“¹⁶¹ nicht Rechtsnormen sind, und ob die innerhalb ihrer Grenzen ausgeübte Staatsgewalt nicht Ausübung einer gesetzlichen Vollmacht, Erfüllung von staatlicher Rechtspflicht, Geltendmachung staatlicher Berechtigung ist; ob der Staat in Justiz und Verwaltung nicht einer Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, wenn er als

|⁸²⁾ A. a. O. S. 33.¹⁶⁰

| 238

(114) – das Zitat hat Kelsen vermutlich entnommen *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 10, die Fundstellenangabe S. 10 Anm. 11.

¹⁵⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 1), S. 38 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 146.

¹⁵⁸ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 13.

¹⁵⁹ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 14, vgl. auch 10.

¹⁶⁰ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 33 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 127 und unten bei Anm. 166.

¹⁶¹ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 32.

Rechtsstaat gelten soll? Und ob die Rechtsstaatsidee gerade durch die Unterwerfung des Staates unter die Rechtsordnung nicht alle verpflichtende Kraft der Rechtsordnung, d. h. dem in der spezifisch konstitutionellen Form der Rechtsordnung erscheinenden Staatswillen vorbehält so daß Akte der staatlichen Exekutive, der juristischen Person des Staates ihre verbindliche Kraft nur dieser Rechtsordnung entlehnen können? Auf die Rechtsstaatsidee freilich scheint *Otto Mayer* hier keinen sonderlichen Wert zu legen, wenn er das Wesen unseres modernen Staates darin erblickt: „Die römische Staatsidee ist wiedergefunden für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan“⁸³⁾. Denn ob der römische Staat ein Rechtsstaat war, das muß auch dann noch fraglich sein, wenn der Nachweis gelingt, daß die magistratischen Akte, soweit sie den Inhalt der sogenannten zensorischen Verträge setzten, d. h. auf ein Kaufen, Verkaufen, Mieten, Verpachten usw. hinausliefen, mit anderen Worten auf dem Gebiete des Privatrechtes sich bewegten, einer Rechtsordnung unterstanden.

Nach *Otto Mayer* sind wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht denkbar⁸⁴⁾. Und zwar eben wegen der von ihm angenommenen „allgemeinen einseitig bindenden Kraft des Staatswillens“.¹⁶⁴ Aber selbst wenn man den Staat in der Exekutive – unter Aufgabe der Rechtsstaatsidee – nicht prinzipiell als einer Rechtsordnung unterworfen denkt, ist absolut nicht einzusehen, warum nicht durch besonderen Rechtssatz für irgendeine Rechtswirkung neben einem Staatsakt auch eine inhaltlich übereinstimmende Willenserklärung des betroffenen Untertanen zur Voraussetzung gemacht werden kann, da dieser Effekt doch für die Stellung der Staatsperson zur Privatrechtsordnung tatsächlich erzielt ist. Wenn durch Gesetz der Erwerb der Staatsbürgerschaft bedingt wird durch einen Akt des Staates, in welchem der Wille des Staates, den Fremden aufzunehmen erklärt ist, aber auch durch eine – das gleiche Ziel verfolgende – Willenserklärung des Aufzunehmenden, dann ist *erstens* unwiderleglich zu konstatieren, daß die Rechtswirkung, daß insbesondere die ganz bestimmte Rechtswirkung, der Zeitpunkt ihres Eintrittes, der Umfang der Pflichten und Rechte usw. nicht durch den Naturalisationsakt des Staates, sondern durch den Rechtssatz festgestellt wird. Daß der Naturalisationsakt nur *deshalb* Rechtswirkungen nach sich zieht, *weil* die Rechtsordnung an ihn Rechtswirkungen knüpft, ebenso wie der Tatbestand des Kaufes, und daß der Naturalisationsakt – ebenso wie der Rechtstatbestand des Kaufes – nur jene und ausschließlich nur jene Rechtswirkungen hat, welche die Rechtsordnung, ein von dem Staatsakt verschiedener Rechtssatz, an den Rechtstatbestand der Naturalisation knüpft. Dahingestellt sei, ob – falls die Rechtsord-

⁸³⁾ A. a. O. S. 33. ¹⁶²

⁸⁴⁾ A. a. O. S. 42. ¹⁶³

¹⁶² *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 33.

¹⁶³ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 42.

¹⁶⁴ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 42.

nung weder direkt noch indirekt eine Naturalisation Fremder vorsähe – die Staatsperson solche Akte *rechtsgültig* vornehmen könnte. Wenn die Rechtsordnung, d. h. hier das Gesetz, die Rechtswirkungen der Naturalisation normiert, dann muß eben nach den unumstößlichen Prinzipien der Rechtslogik die *Rechtsordnung* und nicht der von ihr genau umschriebene Rechtstatbestand, | von ihr als Bedingung, als *Voraussetzung* fixierte Tatbestand der Naturalisation – als die verpflichtende und berechtigende Autorität, als die Quelle der rechtlichen Verbindlichkeit angesehen werden. Und dann kann *zweitens*, wenn die Rechtsordnung den Eintritt der Rechtswirkungen ebenso von dem Staatsakt der Aufnahme wie von der Willenserklärung der Partei abhängig macht, so daß die Rechtswirkung ohne eine der beiden Willensäußerungen *nicht* eintreten kann, keiner der beiden eine höhere rechtliche Bedeutung, ein rechtlicher *Mehrwert* zugesprochen werden, da beide im gleichen Maße Erkenntnisgründe für das Urteil sind, das den Eintritt der fraglichen Rechtsfolge behauptet. Dann ist aber der Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Rechtswirkung knüpft, ohne alles Bedenken als wahrer „Vertrag“ anzusehen, wenn „Vertrag“ die geäußerte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen ist, an welche die Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtswirkungen knüpft. Solche Konstruktion ist keine „juristische Liebhaberei“¹⁶⁵ wie *Otto Mayer* glaubt; dies scheint eher der Versuch zu sein, den fraglichen Tatbestand in einen einseitigen, die Rechtswirkung aus sich selbst erzeugenden Staatsakt auf der einen Seite, Gesuch und Annahmeerklärung auf Seite der Partei aufzulösen und die Zuständigkeit der Organe zur Vornahme des Staatsaktes von dieser Parteienerklärung abhängig zu machen. Solcherweise könnte auch jeder Kaufvertrag als einseitig wirkende Willenserklärung der einen Partei konstruiert werden, deren Wirkung bedingt ist durch die Offerte und Annahmeerklärung der anderen Partei. Denkt man sich die erste Partei in bezug auf den Gegenstand des Kaufes in Monopolstellung, dann käme in dieser Konstruktion ihre wirtschaftliche Ueberlegenheit, ihr wirtschaftlicher Mehrwert ebenso zum Ausdruck wie die *Otto Mayersche* Konstruktion der Naturalisation die politische | Machtüberlegenheit des Staates, den politischen *Mehrwert* des Staates zum Ausdruck bringen will. Allein diese politische Machtdifferenz zwischen Staat und Partei ist ebensowenig juristisch zu konstruieren wie die wirtschaftliche. Die Konstruktion des einseitig verbindlichen Staatsaktes, der von einer zustimmenden Willenserklärung der Partei bedingt ist, übersieht zudem noch eines. Sofern die Staatsperson in Justiz und Verwaltung als der Rechtsordnung unterworfen gedacht werden muß, ist all ihre Tätigkeit als Erfüllung von Rechtspflichten anzusehen. Auch dann, wenn dem freien Ermessen der Organe der weiteste Spielraum eingeräumt ist, muß die Grenze dieses freien Ermessens ein Rechtssatz bilden. Wenn die Rechtsordnung die Erteilung einer Eisenbahnkonzession, die Aufnahme in den Staatsverband u. a. auch von dem freien Ermessen bestimmter Behörden abhängig macht, ist das nur so zu verstehen, daß die Rechts-

¹⁶⁵ Mayer, Vertrag (Anm. 147), S. 42.

ordnung die Feststellung der Voraussetzungen, unter denen die Erteilung einer Eisenbahnkonzession, die Aufnahme in den Staatsverband zweckmäßig und wünschenswert scheinen, nicht selbst und von vornherein für alle Fälle vornimmt, sondern – durch ein Blankett gleichsam – einem Organ überläßt. Sind diese Umstände aber nach Ermessen des Organs gegeben, dann ist der Staat in der Person des Organs rechtlich *verpflichtet*, den rechtsgeschäftlichen Akt zu setzen, die Konzession zu erteilen, den Fremden aufzunehmen usw. Denn in Erfüllung einer staatlichen Rechtspflicht wird die Eisenbahnkonzession erteilt, der Fremde aufgenommen, erfolgt die ganze exekutive Tätigkeit des Staates, der hier nur darum, weil er Subjekt solcher Rechtspflichten ist, Rechtssubjekt, *Person* ist. Ein Akt, der selbst als Erfüllung einer Rechtspflicht gedacht werden muß, die ein von diesem Akte verschiedener Rechtssatz statuiert, kann nicht selbst normierende Kraft haben, kann nicht | Rechtsnorm sein, weil ihm die Rechtssouveränität fehlt. Durch diese Vorstellung der allgemeinen Rechtsgebundenheit der Staatsperson unterscheiden sich die rechtsgeschäftlichen Staatsakte durchwegs von den Rechtsgeschäften der Privaten, für die Vertrags-, resp. Geschäftsfreiheit besteht. Und dadurch ist die Kluft zwischen Rechtsordnung und Staatsakt noch viel tiefer als jene zwischen Rechtsordnung und Rechtsgeschäft der Untertanen; der Staatsakt ermangelt noch viel deutlicher der rechtsverbindlichen, „rechtsmachenden“¹⁶⁶ Qualität der Rechtsordnung, als die Rechtsgeschäfte der Untertanen, deren Freiheit in der Wahl der von der Rechtsordnung mit Rechtswirkungen verknüpften Tatbestände ihnen noch eher den Schein einer der Rechtsordnung adäquaten Stellung verschaffen könnte als den nur als Erfüllung der Rechtsordnung vorzustellenden Staatsakten.

Da es Staatsakte gibt, denen auch nach herrschender Meinung diese einseitig rechtmachende Qualität nicht zukommt, jene Staatsakte nämlich, die den Normen des Privatrechtes unterstellt sind, die Kauf-, Pacht-, Miet-, Darlehensgeschäfte usw. zum Inhalt haben – so ist natürlich die Frage zu beantworten, welche Akte des Staates diesen Mehrwert, die Fähigkeit, einseitig Recht zu machen, eigentlich aufweisen. Antwortet man: die spezifisch öffentlich-rechtlichen, so liegt darin offenbar wiederum der früher¹⁶⁷ gerügte *circulus vitiosus*, sofern man auf die Frage, welche Akte denn spezifisch öffentlich-rechtlicher Natur seien, die Antwort erhält: jene, in denen der Staat mit rechtlichem Mehrwert dem Untertanen gegenübertritt. Diesem Fehler wollte *Otto Mayer* bewußt ausweichen. Er sagt: „Die Frage muß also bereits vorher entschieden sein: nicht weil die bindende Kraft des Staatswillens darin wirksam wird, wird der Akt als ein öffentlich-rechtlicher anerkannt, sondern weil er aus irgendeinem anderen Grunde zum öffentlichen Rechte gehört, rechnet man bei seiner juristischen Behandlung mit jener Kraft“⁸⁵⁾. Und diesen

| 243 | 85) A. a. O. S. 34.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Vgl. *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 33 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 127, 160.

¹⁶⁷ Vgl. oben S. 300f., 303f.

¹⁶⁸ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 34.

anderen Grund findet *Otto Mayer* darin: Der Staat ist dann zivilrechtlich zu behandeln, wenn er tut, was auch ein Privater tun könnte, in allen anderen Fällen aber öffentlich-rechtlich⁸⁶⁾. Daß diese materielle Grenze zwischen zivilem und öffentlichem Rechte undurchführbar ist, habe ich bereits früher gezeigt.¹⁷⁰ Der Staat kann von vornherein keine Handlung setzen, die *ihrer inneren Natur* nach nicht auch ein Privater setzen könnte. Da Handlung des Staates nichts anderes ist als menschliche Handlung, die dem Staate zuzurechnen ist, gibt es keine Handlung, die ihrer inneren Natur nach dem Staate zugerechnet werden muß, ausschließlich und allein nur als Handlung des Staates gelten kann. Und daß irgendeine Handlung dem Staate zugerechnet wird, geschieht bloß auf Grund *rechtlicher Vorschrift*. Nun ist es durchaus möglich, daß auf Grund der Rechtsordnung bestimmte Handlungen, wenn sie Rechtswirkungen haben sollen, nur vom Staate gesetzt werden können. Dem Staat kann die Rechtsordnung das Straf- und Exekutionsmonopol, sie kann ihm aber auch irgendein anderes Monopol, z. B. das des Salzhandels vorbehalten. Kein Vertreter der herrschenden Lehre würde aber im letzteren Falle den Staat in seinen Salzhandelsgeschäften „öffentlich-rechtlich“ behandeln, d. h. im Sinne *Otto Mayers* seinen bezüglichlichen Akten einseitig rechtsverbindliche Kraft ohne Rücksicht auf irgendeinen Rechtssatz zuerkennen, zumal ja nur durch Rechtssatz dem Staate solche Monopolstellung eingeräumt werden kann. In Wirklichkeit verbindet man mit dem Begriff des Öffentlich-Rechtlichen doch immer mehr oder weniger bewußt die Vorstellung einer Ueberordnung des Staates über den Untertan, *welche die Rechtsordnung durchbricht* und | teilt dem | 244 öffentlichen Rechte alle jene Fälle zu, in denen man eine solche spezifische Stellung des Staates aus politischen Gründen für zweckmäßig hält.

Im übrigen ist die Argumentation *Otto Mayers* völlig unvereinbar mit den Prinzipien des Positivismus. Daß der Staat, wenn er tut, was auch ein Privater tun könnte, privatrechtlich, d. h. so zu behandeln sei, daß die ihm zugerechneten Tatbestände nur jene Rechtswirkungen haben, die ein Rechtssatz an sie knüpft, daß der Staat aber in allen anderen Fällen öffentlich-rechtlich, d. h. so zu behandeln sei, daß seine Akte alle jene Rechtswirkungen haben, die in ihnen als vom Staate gewollt einseitig erklärt werden – woher stammt dieser Grundsatz? Muß er nicht ein Rechtssatz sein, wenn es sich dabei nicht um ein willkürlich erdachtes politisches Prinzip handeln soll? Auch die einseitigen Akte des Polizeistaates waren rechtsverbindlich, hatten alle Rechtswirkungen, die sie als vom Staate gewollt aussprachen. Wie kann dieser Zustand als spezifisch öffentlich-rechtlich bezeichnet werden, wo nach *Otto Mayers* Behauptung für die Staatsgewalt im Polizeistaat kein öffentliches Recht galt?¹⁷¹ Wodurch unterscheidet sich die Staatsgewalt im Rechts-

⁸⁶⁾ A. a. O. S. 35.¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 35.

¹⁷⁰ Vgl. oben S. 300–306.

¹⁷¹ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 31), S. 45 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 45.

staat von der im Polizeistaat, wenn Staatsakte in beiden Fällen ohne einen übergeordneten, vom einzelnen Akt verschiedenen Rechtssatz die beabsichtigten Rechtswirkungen in allen Fällen einseitig herbeiführen können? Wenn das Wesen des Rechtsstaates zum Unterschied vom Polizeistaat nicht darin besteht, daß die gesamte Staatsgewalt einer Rechtsordnung unterstellt wird, so daß jeder Staatsakt seine rechtliche Rechtfertigung aus einem logisch ihm vorausgehend gedachten Rechtssatz abzuleiten hat, müßte da nicht auch für den Rechtsstaat gelten, was *Otto Mayer* vom Polizeistaat sagt: Das öffentliche Recht bedeutet in euphemistischer Redeweise den Ausdruck für das Gebiet, auf welchem es im Gegensatz zu dem des Zivilrechts für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan kein Recht gibt?¹⁷² Denn ein Verhältnis zwischen dem Staat als *Rechtsautorität* und dem Untertan war auch im Polizeistaat jede Beziehung zwischen Staat und Untertan; und Recht gibt es im Verhältnis zwischen Staat und Untertan, oder mit anderen Worten: ein Rechtsverhältnis ist die Beziehung zwischen Staat und Untertan nur unter der Voraussetzung einer über Staat und Untertan gleichermaßen stehenden Autorität, einer Rechtsordnung, der Staat und Untertan gleichermaßen unterworfen, eines Rechtssatzes, durch den Staat und Untertan gleichermaßen verpflichtet und berechtigt werden, so daß der Staat als *Rechtssubjekt*, nicht als Rechtsautorität dem Untertan entgegentritt! Wenn es das Wesen des öffentlichen Rechtes ist, daß sich dabei der Staat in der Lage befinde „in der Form eines einseitigen Aktes Rechte zu begründen und Verbindlichkeiten aufzuerlegen“ (wie *G. Meyer*, von *Otto Mayer* zustimmend zitiert,¹⁷³ sagt)⁸⁷⁾, dann hat es auch im Polizeistaat für den ganzen Umfang der Staatsgewalt und nach allen ihren Richtungen hin ein öffentliches Recht gegeben. Und wenn die von *Otto Mayer* akzeptierte Formel *Zorns*⁸⁸⁾ richtig ist: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes wird der Staat seinen Untertanen gegenüber immer *nur gesetzlich* (im weitesten Sinne des Wortes), d. i. übergeordnet tätig“, dann ist schlechterdings jeder Unterschied zwischen Polizeistaat und Rechtsstaat geschwunden, dann hat der Polizeistaat im selben Sinne und im selben Umfange ein „öffentliches Recht“ wie der Rechtsstaat.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die spezifische Gestaltung, welche die herrschende Staats- und Verwaltungsrechtstheorie dem „öffentlichen“ Rechte im

| 245 | ⁸⁷⁾ In *Hirths Annalen* 1876, S. 671.¹⁷⁴

⁸⁸⁾ *Reichsstaatsrecht* S. 105.¹⁷⁵

¹⁷² Vgl. *Mayer*, *Verwaltungsrecht* I (Anm. 31), S. 54 – vgl. ergänzend oben bei Anm. 49.

¹⁷³ *Mayer*, *Vertrag* (Anm. 147), S. 32 Anm. 46.

¹⁷⁴ *Georg Meyer*, [Buchbesprechung:] Paul Laband: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Erster Band. Tübingen 1876. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung. XI, 618 S. S., in: (*Hirths*) *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* 9 (1876), S. 656–681 (671) – das Zitat hat Kelsen vermutlich entnommen *Mayer*, *Vertrag* (Anm. 147), S. 32, die Fundstellenangabe S. 32 Anm. 46.

¹⁷⁵ *Philipp Zorn*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1: *Das Verfassungs- und Militärrecht*, Berlin und Leipzig 1880, S. 105 – Hervorhebung von Kelsen; das Zitat hat Kelsen entnommen *Mayer*, *Vertrag* (Anm. 147), S. 32, die Fundstellenangabe S. 32 Anm. 47.

Gegensatz zum Privatrechte zu geben bemüht ist, ein Steckenbleiben in den |
 | Anschauungen des Polizeistaates bedeutet, daß mittels einer pseudojuristischen |246
 Terminologie als „öffentliches“ Rechtsverhältnis, als „öffentliches“ Rechtssubjekt
 bezeichnet wird, was im Grunde nur Gewaltverhältnis und Machtsubjekt ist. Wird
 dies für eine formaljuristische Betrachtung nicht klar und deutlich zugegeben,
 wenn *Otto Mayer* z. B. vom Staats-Dienstverhältnis sagt: „Das Oeffentlich-Recht-
 liche ist es eben, was das Dienstverhältnis zu einem Gewaltverhältnis macht“⁸⁹⁾?
 Wo doch das Wesen des Rechtsstaates gerade darin besteht, Gewaltverhältnisse zu
 Rechtsverhältnissen umzugestalten, die Beziehung zwischen Staat und Beamten |247
 einer Rechtsordnung zu unterwerfen, die beide als Subjekte von wechselseitigen
 Pflichten und Rechten einander gegenüber treten läßt. Es kann keinem Zweifel
 unterliegen, daß die moderne Staats- und Verwaltungsrechtstheorie mit ihren Re-
 sultaten, die rechtslogisch im Widerspruch zur vorausgesetzten Rechtsstaatsidee
 geraten, (ohne welche Voraussetzung es kein Staats- und Verwaltungsrecht gibt)
 nur der Ausdruck eines hochbedeutsamen politischen Prinzipes ist, das sich – wie
 ich gerne zugestehe – bei den meisten Theoretikern unbewußt in die juristische
 Konstruktion eingedrängt hat. Denn es sind ausschließlich außerhalb der juristi-
 schen Konstruktionsebene liegende, von den Rechtsbegriffen nicht erfassbare po-
 litische Machtelemente, deren Berücksichtigung zu dem schiefen und wider-
 spruchsvollen Resultat eines bewußt in einem Gegensatz zum Privatrecht entwik-
 kelten spezifischen öffentlichen Rechtes geführt hat. Dies tritt gerade in der Lehre
 vom „öffentlichen“ Vertrag deutlich hervor. Ob man den Vertragsbegriff des „Pri-
 vatrechts“ ablehnt, weil die Akte des Staates an sich, ohne Beziehung zu einem

|⁸⁹⁾ A. a. O. S. 57.¹⁷⁶ Vgl. dazu die scharfsinnige und durchaus zutreffende Kritik *Weyrs*: „Es ist |246
 ziemlich schwer, die Zweckmäßigkeit dieser Theorie einzusehen. Mir wenigstens erscheint es
 unzuweckmäßig, *den feststehenden Begriff des Rechtsverhältnisses derart zu gestalten, daß seine her-
 vorragendste Eigenschaft, die darin besteht, daß es eben das kontradiktorische Gegenteil eines Gewalt-
 oder Machtverhältnisses ist, verwischt wird.* Denn solange beide Kontrahenten streng auf dem
 Boden des Rechts stehen, bleibt der Begriff des Gewaltverhältnisses ziemlich unklar. Was heißt es,
 wenn ich mit obrigkeitlicher Macht die Rechte und Pflichten meines Kontrahenten handhabe,
 falls ich gleichzeitig *berechtigt* bin, sie zu handhaben? Ich kann da doch nur das verlangen, wozu
 ich berechtigt bin und wozu mein Kontrahent verpflichtet ist, was ja so ziemlich bei jedem
 Verträge der Fall ist. Ganz ebenso, wie der *Rechtsstaat* seinen Angestellten gegenüber, handhabt
 jeder Haushaltungsvorstand seinen Dienstboten gegenüber ihre Rechte und Pflichten. – Ich erin-
 nere hier an die schöne *Labandsche Charakteristik des Rechtsstaates, wonach dieser von seinen
 Untergebenen nicht verlangt, ihnen befiehlt oder verbietet, es sei denn auf Grund eines Rechtssatzes.*
 Verlangen, befehlen und verbieten auf Grund eines Rechtssatzes kann aber gegebenenfalls auch
 der Privatmann“ (a. a. O. S. 562).¹⁷⁷ Und in anderem Zusammenhang: „Denn streng genommen
 herrscht ja nicht nur der Monarch oder Präsident einer Republik, sondern jedes Rechtssubjekt,
 welches auf Grund eines Rechtssatzes dazu berechtigt ist, anderen Rechtssubjekten etwas zu ge-
 bieten bzw. zu verbieten“ (a. a. O. S. 563).¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Mayer*, Vertrag (Anm. 147), S. 57.

¹⁷⁷ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 562 Anm. 15 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Her-
 vorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

¹⁷⁸ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 563 Anm. 16.

Rechtssatz rechtliche Wirkung haben, oder weil sie auch dann einseitig verpflichtende Kraft haben, wenn sie an zustimmende Willenserklärung der Parteien gebunden sind: in beiden Fällen ist es das Bestreben, einen politischen Machtfaktor – dessen Existenz nicht, nur dessen juristische Konstruierbarkeit ich leugnen muß – zum Ausdruck zu bringen; ein Bestreben, das aus dem Bereiche juristischer Konstruktion hinausführt. Im ersten Falle verliert der Staat in seinem Verhältnis zum Dritten den Charakter eines Rechtssubjektes, da dieser Charakter mit dem einer Rechtsautorität (die man ihm hier zuspricht) unvereinbar ist; der Staat als Rechtsordnung kann juristisch nicht konstruiert werden, weil die Rechtsordnung selbst
 |248 Voraussetzung der juristischen Konstruktion ist. Das | Verhältnis des Staates zu jenem Dritten ist überhaupt nicht mehr Rechtsverhältnis im Sinne der herrschenden Auffassung. Und im zweiten Falle wird einem von zwei *rechtslogisch* gleichwertigen Voraussetzungen einer Rechtswirkung ein Mehrwert zugesprochen, den keine juristische, sondern nur eine politische Norm verleihen kann.

Ich verhehle mir nicht, daß die praktisch-politischen Bedürfnisse, denen die herrschende Theorie des Staats- und Verwaltungsrechtes mit ihren Konstruktionen Rechnung trägt, wenn sie den Staat auch im Bereiche des Rechtes, auch sofern er nur Rechts- und Pflichtsubjekt zu sein scheint, als machtvolle Autorität aufzurichten versucht, einstweilen *stärker sind* als die theoretischen Resultate reiner
 |249 juristischer Methode, mit denen die Konstruktionen der herrschenden Lehre unvereinbar sind⁹⁰. Aber ich zweifle nicht, daß der Tag | kommen wird, an dem man den heutigen Zustand unserer Rechtswissenschaft als eine schwere Verirrung verurteilen und nur als einen vorübergehenden Rückfall der Theorie in den Gedankenkreis des Macht- und Polizeistaates auf ihrem Wege zur Idee des Rechtsstaates greifen wird.

|248 ⁹⁰ Daß der Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Rechte trotz seiner logischen Haltlosigkeit bisher dennoch aufrecht erhalten wurde, dafür gibt *Weyr* einen *psychologischen* Grund an: „Man sah sich im allgemeinen einem überaus¹⁷⁹ mächtigen *Rechtssubjekte*, dem Staate gegenüber. Es war genug, wenn der noch vor kurzem ‚gehorsamste Untertan‘ diesem mit allen Mitteln der Souveränität ausgestatteten Rechtssubjekt gegenüber (daß „Souveränität“ nicht dem der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt Staat, sondern der staatlichen Rechtsordnung zukommt, unterläßt *Weyr* hervorzuheben)¹⁸⁰ sich im allgemeinen als Rechtssubjekt und nicht mehr als willenloses Objekt zu fühlen beginnt. Man kann von ihm nicht verlangen, daß er so weit gehen solle, *die neugeschaffenen rechtlichen Relationen zwischen ihm und dem Staat als wesensgleich mit jenen, die ihn von altersher mit anderen ‚gehorsamsten Untertanen‘ verbanden, zu betrachten*. Dieser in seinem Wesen psychologische Grund der Unterscheidung trifft aber nun begreiflicherweise bei allen juristischen Schriftstellern, die sich mit der Rechtsnatur des Staates beschäftigen, in größerem oder kleinerem Maße zu: Er ist so stark, daß nicht einmal die für naive Gemüter verblüffende Aehnlichkeit beider Arten von rechtlichen Relationen darüber hinweghalf“ (a. a. O. S. 537/38).¹⁸¹

¹⁷⁹ «einem überaus»] *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 537: «einem neuen überaus».

¹⁸⁰ Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁸¹ *Weyr*, Rechtssystem (Anm. 13), S. 537f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (1914/1915)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876.

Nachdrucke:

- in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992, Text Nr. 4 (S. 839–876).
- in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003, S. 3–54.

Übersetzungen:

- *Italienisch*: Una fondazione della sociologia del diritto (übersetzt von Agostino Carrino), in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Formalismo giuridico e realtà sociale, Neapel 1992, S. 109–147. – Nachdruck in: Scienza giuridica e sociologia del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 67–105.
- *Japanisch*: 法社会学の一つの基礎づけ Hōshakaigaku no ichitsu no kiso zuke (Eine Grundlegung der Rechtssoziologie) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンス・ケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushū IV Hōgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 276–342.

Dieser Beitrag bildet einen Teil der literarischen Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich: *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Eugen Ehrlich*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844–849; *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Eugen Ehrlich*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609f.; *Hans Kelsen*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614.

| Eine Grundlegung der Rechtssoziologie^{*)}

[I.]

Wenn einer der Führer und Begründer der neustens immer stärker vordringenden sogenannten „soziologischen“ Rechtswissenschaft mit einem großen Werke vor die Öffentlichkeit tritt, dessen Titel ankündigt, die *Grundlegung* dieser neuen Wissenschaft zu geben, so hat man alle Ursache, an solches Unternehmen mit gespannter Erwartung und großer Hoffnung heranzutreten. Denn was all den zahlreichen Versuchen, die Rechtswissenschaft an Haupt und Gliedern zu reformieren, den vielen, mitunter sehr leidenschaftlichen Attacken, die unter der Fahne der „Soziologie“ gegen eine rückständige und unwissenschaftliche Jurisprudenz geritten wurden, gänzlich gefehlt hat, so sehr gefehlt hat, daß man ernstlich bezweifeln mußte, ob hinter dem gemeinsamen Schlagwort der „Soziologie“ tatsächlich ein einheitliches, auf ein klares und bestimmtes Ziel gerichtetes Streben steht, das war eine wissenschaftliche *Grundlage*. Und wenn überhaupt jemand imstande und berufen war, diese Grundlagen auszubauen, so ist es sicherlich *Eugen Ehrlich*², dessen geistreichen³ und in ihrer lebendigen Rhetorik bestechenden⁴ Schriften seit mehr als zwei Jahrzehnten in diesem Kampfe um die Rechtswissenschaft stets führend und richtunggebend eine starke Gefolgschaft gewonnen haben.

Der fundamentale Gegensatz, der die Rechtswissenschaft in bezug auf Gegenstand und Methode in zwei von Grund aus verschiedene Richtungen zu spalten droht, ergibt sich durch die doppelte Betrachtungsweise, der man die Rechtser-

|^{*)} *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig, Duncker u. Humblot 1913. 409 Seiten. Preis geheftet M. 10.–.¹

¹ *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1913.

² Eugen Ehrlich (1862–1922), Rechtssoziologe und Rechtshistoriker. Ab 1894 Privatdozent in Wien, ab 1896 a.o.Prof. für Römisches Recht in Czernowitz, 1900–1914 o.Prof. ebendort (1906/1907 Rektor). Er gilt zusammen mit Émile Durkheim (1858–1917), Max Weber (1864–1920) und Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940; Pseudonym Gnaeus Flavius) als einer der Begründer der Rechtssoziologie und neben Kantorowicz und Ernst Fuchs (1859–1929) als Hauptvertreter der Freirechtsbewegung. Wichtige Werke: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903; *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Leipzig 1907; *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1913 (2. Aufl., München und Leipzig 1929).

³ «geistreichen»] recte: «geistreiche».

⁴ «bestechenden»] recte: «bestechende».

scheinung unterwerfen zu können glaubt. Man kann das Recht als *Norm*, d. h. als eine bestimmte Form des *Sollens* als spezifische Sollregel betrachten und demgemäß die Rechtswissenschaft als eine *normative* und *deduktive Wertwissenschaft*, wie die Ethik oder Logik, konstituieren¹⁾. Man versucht aber auch, das Recht als einen Teil | der sozialen *Wirklichkeit* zu begreifen, als Tatsache oder Vorgang, | 840 dessen *Regelmäßigkeit* auf *induktivem* Wege erfaßt und kausal *erklärt* wird. Das Recht ist hier eine *Seinsregel* bestimmten menschlichen Verhaltens, die Rechtswissenschaft eine nach dem Muster der Naturwissenschaften arbeitende *Wirklichkeitswissenschaft*. Ob und inwiefern sie als solche auch eine *Sozialwissenschaft* ist, wird zwar damit noch keineswegs gesagt. Allein sofern man einer Regel, die ein gewisses gleichartiges Verhalten der Menschen in ihrem Zusammenleben aussagt, den Charakter des *Sozialen* zuspricht, ist eine Wissenschaft, die solche „soziale“ Regeln, die Regeln des Rechtslebens oder die Rechtsregeln aufzusuchen bemüht ist, als Sozialwissenschaft oder, wenn man will, als Soziologie zu bezeichnen. Daß eine solche Soziologie theoretisch möglich und zur Erklärung des menschlichen Zusammenlebens wünschenswert ist, soll zunächst nicht bezweifelt werden. Ob und inwiefern eine Soziologie des *Rechtes* möglich ist, wird später noch zu untersuchen sein.⁶ Jedenfalls muß man sich darüber klar sein, daß eine Soziologie des Rechtes nach Gegenstand und Methode von einer Rechtswissenschaft wesentlich verschieden ist, die sich zur Aufgabe stellt, zu erkennen, nicht was tatsächlich ist, sondern was von Rechts wegen sein soll, einer *wertenden*, nicht erklärenden, m. a. W.: einer *normativen* Rechtswissenschaft. Von einem Kampf beider Disziplinen in dem Sinne, als ob vom allgemeinen Standpunkte wissenschaftlicher Erkenntnis nur entweder die eine oder die andere möglich und berechtigt sei, kann natürlich nicht die Rede sein²⁾. Ganz und | gar unzulässig ist lediglich eine Ver- | 841

¹⁾ Das rechtliche Sollen steht *neben* dem sittlichen, dem ästhetischen, dem logischen, dem grammatischen Sollen als eine von mehreren Soll-Möglich|keiten. Der Rechts-Wert ist somit nicht als absoluter, sondern nur als relativer Wert zu denken. Der Begriff des Sollens muß eben – gerade mit Rücksicht auf die Rechtswissenschaft – in einem rein *formalen* Sinne genommen werden. Dies wird hier gegenüber der allerdings jetzt regelmäßig vertretenen Auffassung betont, die das „Sollen“ nur im materiellen Sinne eines absoluten Wertes versteht. Die *Erkenntnis* (nicht aber die *Statuierung*) des rechtlichen Sollens obliegt der Rechtswissenschaft; in diesem Sinn ist sie normative Charakter. Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S. 3 ff.⁵ | 840

²⁾ Neuerdings hat *Radbruch*⁷ (Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914)⁸ den Versuch

⁵ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 3–33 = HKW 2, S. 21–878 (80–116).

⁶ Vgl. unten insb. S. 352–358.

⁷ *Gustav Radbruch* (1878–1949), Rechtsphilosoph, Strafrechtslehrer und Reichsjustizminister. Ab 1904 Privatdozent in Heidelberg, ab 1910 a. o. Prof. ebendort, ab 1914 a. o. Prof. in Königsberg, ab 1919 o. Prof. in Kiel, ab 1926 in Heidelberg, 1933 von den Nationalsozialisten entlassen, 1945 zurückberufen, 1948 emeritiert. 1920–1924 war er Mitglied des deutschen Reichstags, 1921–1922 sowie 1923 Reichsjustizminister (SPD). Radbruch betonte, in Anlehnung an die Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus, die strikte Unterscheidung von Sein und Sollen und vertrat eine im Ansatz relativistische Rechtslehre, ohne deswegen aber ohne weiteres als Rechtspositivist eingeordnet werden zu können. Größten Einfluss gewann er nach dem Zweiten Weltkrieg mit der nach

mengung der Problemstellung beider Richtungen, *ein Synkretismus der Methoden normativer Jurisprudenz und explikativer Rechtssoziologie*³⁾.

gemacht, im Anschluß an das *Rickertsche*⁹ Wissenschaftssystem dem Begriff des Rechtes und sohin der Rechtswissenschaft *zwischen* den Kategorien des Seins und Sollens ihren Platz anzuweisen. Dieses „merkwürdige Zwischenreich“ (S. 38)¹⁰ ist das Reich der „Kultur“; der Rechtsbegriff ein Kulturbegriff, die Rechtswissenschaft eine Kulturwissenschaft. Zu einer nähern Auseinandersetzung mit dieser Auffassung ist hier kein Anlaß. Ihre logische Unmöglichkeit ergibt sich aber schon aus den einleitenden Ausführungen *Radbruchs* selbst. „Kulturerscheinung ist ein *Seinsgebilde* insoferne es zum Gegenstande einer *Beurteilung* (i. e. *Bewertung*) gemacht werden kann, insofern es mögliches Substrat eines Wertes oder Unwertes ist“ (S. 39).¹¹ Und so ist nach *Radbruch* auch das Recht ein „*Seinsgebilde*“, soferne es dem Gerechtigkeitswerte zum Substrate dient (S. 39).¹² Allein wie kann ein *Seinsgebilde* zum Substrate eines Wertes werden, wenn *Radbruch* | selbst ganz korrekt einige Seiten vorher (S. 35),¹³ nachdem er als eine „Grundeinteilung alles Denkbaren“ die Kategorien Sein und Sollen (respektive synonym dazu Wirklichkeit–Natur und Wert–Zweck) aufgestellt hat, erklärt: Die „Gegebenheit“ werde zum Reich des *Seins*, wenn man ihr „unbekümmert um Wert und Unwert, wertblind entgegentritt; stellt man sich ihr bewertend gegenüber, so ordnet sie sich zu einem Reich des Sollens, einem Reiche der Werte usw.“¹⁴ Ein *Seinsgebilde* kann somit das Recht oder sonst eine Kulturerscheinung nur sein, sofern die Betrachtung „wertblind“ ist. Es ist aber doch das Recht nach *Radbruch* gerade als Kulturerscheinung Objekt einer Bewertung oder Substrat eines Wertes! Hier klafft ein logischer Widerspruch. Ein *Seiendes* kann eben nicht *bewertet* werden, weil sich etwas als *seiend* nur in einer wesentlich anderen Betrachtungsrichtung darstellt als jene ist, die zu einer Bewertung führt. Der Widerspruch ist einfach darauf zurückzuführen, daß die Kategorien Sein und Sollen – wie ja *Radbruch* selbst sagt – eine „Grundeinteilung alles Denkbaren“ und zwar eine erschöpfende Einteilung in zwei sich ausschließende Begriffe darstellen, daher ein Ding, das weder als *seiend* noch als *gesollt* oder als beides zugleich gelten soll, nicht gedacht werden kann.

³⁾ Vgl. dazu meine Abhandlung: Zur Soziologie des Rechtes im Archiv für Sozialwissenschaft Bd. XXXIV, S. 601 ff.¹⁵

ihm benannten *Radbruchschen* Formel, wonach (allerdings auch nur) extrem ungerechtem positiven Recht der Rechtscharakter abzusprechen sei. Wichtige Werke: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig 1910 (11. Aufl., Stuttgart 1964); Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914; Rechtsphilosophie, Leipzig 1932 (8. Aufl., Leipzig 1973); Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, S. 105–108.

⁸⁾ *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.

⁹⁾ Heinrich Rickert (1863–1936), Philosoph. 1891 Habilitation in Freiburg i. Br., ab 1894 a. o. Prof., ab 1896 o. Prof. ebendort, 1915–1934 o. Prof. in Heidelberg. Er gehörte zu den Exponenten der Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus, die in Freiburg i. Br., Straßburg und Heidelberg beheimatet war. Im Anschluss an Kant vertritt diese philosophische Richtung eine Wertlehre, die insbesondere durch die Unterscheidung von Sein und Sollen gekennzeichnet ist. Rickert erzielte mit seiner Gegenüberstellung von Wertbeziehung und Werturteil prägende Wirkung. Wichtige Werke: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, Freiburg i. Br. 1899 (6. und 7. Aufl., Tübingen 1926); Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Tübingen 1902 (5. Aufl., Tübingen 1929); Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen 1921.

¹⁰⁾ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 8), S. 38.

¹¹⁾ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 8), S. 39 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

¹²⁾ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 8), S. 39 – Hervorhebung von Kelsen.

¹³⁾ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 8), S. 35.

¹⁴⁾ «unbekümmert ... usw.»] Der gesamte Satz lautet bei *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 8), S. 35: „Tritt man der Gegebenheit unbekümmert um Wert und Unwert, wertblind entgegen, so wird sie zum Reich des Seins, zum Reich der Wirklichkeit, zum Reich der Natur; stellt man sich ihr bewertend gegenüber, so ordnet sie sich zu einem Reich des Sollens (und Nicht-Dürfens), einem Reich der Werte (und Unwerte)“.

Ob es unter solchen Umständen noch einen Sinn haben kann, beide Arten wissenschaftlicher Erkenntnisrichtung gemeinsam als *Rechtswissenschaft* zu bezeichnen und so den Schein eines gemeinsamen Objektes zu erwecken, muß fraglich sein. Denn mit der Verschiedenheit der Betrachtungsrichtung und Denkform – hier Sein, dort Sollen – hat sich auch eine vollständige Verschiedenheit des Objekts ergeben. Dasjenige, was die Menschen in irgend einer Beziehung regelmäßig *tun*, und dasjenige, was sie von Rechts wegen *tun sollen*, muß selbst dann noch als etwas *formal* gänzlich Verschiedenes gelten, wenn der *Inhalt* der Normen, die bestimmen, was geschehen soll, mit dem Inhalt jener Regeln zusammenfällt, die aussagen, was tatsächlich geschieht; m.a.W., wenn es kein anderes als ein Gewohnheitsrecht gäbe. Es kann von einem rein methodologischen Standpunkte aus darüber kein Streit herrschen, daß die Art der Erkenntnisse, deren Inbegriff die *normative* Jurisprudenz bildet, die Urteile über *Rechtspflichten* und *Berechtigungen*, über *Rechtsnormen* im Sinne von *Sollregeln* und *Sollrelationen*, einer soziologischen Rechtswissenschaft, die es nur mit dem *Sein* zu tun hat, völlig fremd sein müssen. Eine „soziologische“ *Rechtswissenschaft* kann niemals aussagen, wozu und unter welchen Bedingungen eine Person oder eine Kategorie von *Personen* rechtlich verpflichtet oder berechtigt ist, sondern lediglich, *was* bestimmte *Menschen* (sogar der Begriff der „Person“ ist ja ein rein normativer!) unter gewissen Voraussetzungen tatsächlich zu tun oder zu unterlassen pflegen. Alle Erkenntnisse einer soziologischen Rechtswissenschaft | können nur Wirklichkeitserkenntnisse, Tatsachenerkenntnisse, d.h. Urteile über den kausalen Zusammenhang bestimmter regelmäßiger Vorgänge sein, und können irgendwelche Werturteile, wie etwa „dies ist recht, jenes unrecht“, „dazu ist jemand verpflichtet, dazu berechtigt“, ebensowenig enthalten, wie etwa die Biologie, die Chemie oder die Psychologie, für die es kein gut oder böse, kein Recht oder Unrecht, keine Pflicht und keine Berechtigung, sondern nur wertindifferente Tatsachen und deren kausale Verknüpfung gibt. | 842

Es mag zunächst dahingestellt bleiben, ob und wie sich ein Stück der sozialen Wirklichkeit für eine rein kausale, also (relativ) voraussetzungslose Betrachtung ohne jede Beziehung auf gewisse, *vom Betrachter* als gültig vorausgesetzte *Normen* (Sollregeln) als *Recht* oder *Rechtsleben* gegenüber einer anderen Art von sozialer Wirklichkeit differenzieren läßt; m.a.W.: ob und wie das Postulat, das Recht als eine besondere Art von *Seinsregeln* des menschlichen Zusammenlebens zu erfassen und gegenüber den andern Regeln sozialen Verhaltens zu unterscheiden, realisiert werden kann. Die Lösung dieses Problems muß offenbar den Eck- und Grundstein einer soziologischen Rechtslehre bilden. Festgestellt sei hier nur das Folgende: Nicht nur dann, wenn sich die Lösung dieses Problems theoretisch als unmöglich erweisen sollte, sondern auch dann, wenn man als das Wesen der

¹⁵ *Hans Kelsen*, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92.

juristischen Erkenntnisse, als das Spezifikum der etwas *Rechtliches* aussagenden Urteile eine Aussage über ein *Sollen*, eine Norm, eine Pflicht oder Berechtigung, kurz ein *Werturteil* erkennt, weil eine Analyse aller juristischen Urteile auf ein solches Wert- oder Soll-Element stößt: dann ist es im höchsten Grade irreführend, diese normative Jurisprudenz und jene soziologische Spezialdisziplin in gleicher Weise als *Rechtswissenschaft* zu bezeichnen. Womit natürlich die Existenzberechtigung einer Wissenschaft, welche das regelmäßige soziale Verhalten der Menschen nach irgend einer Richtung hin untersucht und erklärt, *neben* der normativen Rechtswissenschaft nicht im entferntesten in Frage gestellt wird. Selbst wenn es gelänge, gewisse Regeln tatsächlichen Verhaltens als „*Recht*“ von anderen sozialen Regeln zu scheiden und so einer speziellen Soziologie des Rechtes das Fundament zu liefern, wäre doch offenbar dieser Begriff des Rechtes – der eine Kategorie des sozialen Seins darstellte – etwas wesentlich anderes als der normative Begriff des Rechtes, der das Recht als Norm erfaßt und daher als eine Kategorie des Sollens gelten muß. Ob zwischen beiden Begriffen irgend eine Beziehung besteht, die eine Gleichheit der *Bezeichnung* rechtfertigt, wäre dann eine weitere Frage.

| 843

Es muß als ein schwerer Mangel des *Ehrlich'schen* Werkes empfunden werden, daß seine Grundlegung der Rechtssoziologie von allem Anfang an die klare und deutliche Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung vermissen läßt. *Ehrlich* spricht zwar davon, die Rechtssoziologie im Gegensatz zur bisherigen „praktischen“ Jurisprudenz als rein „theoretische“ Wissenschaft etablieren zu | wollen.¹⁶ Er wirft der falschen Jurisprudenz vor, daß sie „abstrahierend deduktiv“ sei. „Als ob es für den menschlichen Geist keine höhere Errungenschaft gäbe, als blutleere Gebilde zu schaffen, die, je abstrakter sie sind, umso mehr jede Fühlung mit der Wirklichkeit verlieren. Sie setzt sich damit in einen schroffen Widerspruch zu aller echten Wissenschaft, bei der die induktive Methode vorherrscht, die durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht“ (S. 6).¹⁷ *Ehrlich* ist offenbar der naiven Meinung, daß alle Wissenschaft nur *induktiv* verfahren könne und scheint die Möglichkeit wissenschaftlicher Erkenntnis mit *deduktiver* Methode gar nicht zu kennen. Auch scheint er bei seiner Abneigung gegen „blutleere“ Abstraktionen zu vergessen, daß keine Erkenntnis auf Abstraktionen oder Begriffe verzichten kann, die gegenüber der konkreten Einzelerscheinung notwendig „blutleer“ sein müssen. Was aber die „Fühlung mit der Wirklichkeit“ anlangt, so kann deren Mangel nicht ein Vorwurf gegen eine Wissenschaft sein, die von vornherein keine Erklärung der Wirklichkeit sein will. Was aus diesen schlagworthaften Äußerungen hervorgeht, ist die Anschauung, eine „Wissenschaft“ vom Recht sei nur als induktive und kausalerklärende Disziplin möglich. Als solche müßte zweifellos eine Rechtssoziologie gedacht werden und so in einen vollkommenen Gegensatz zu einer norma-

¹⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 18 f.

¹⁷ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 6.

tiven Jurisprudenz treten. Allein in einer ganz anderen Richtung sucht *Ehrlich* den Gegensatz seiner Rechtssoziologie zur bisherigen Jurisprudenz. Diese betrachte fälschlicherweise das Recht als „eine Regel für das Handeln *der Gerichte* und anderer (staatlicher) *Behörden*“, während die Rechtssoziologie „das Recht als eine Regel des *allgemeinen* menschlichen Handelns“ (S. 9)¹⁸ auffaßt und so erst den eigentlichen „*wissenschaftlichen* Begriff des Rechtes“ ihrer Erkenntnis zugrunde legt (S. 6).¹⁹ Bei der Doppelbedeutung des Wortes Regel – Seins- oder Soll-Regel – kommt natürlich sehr viel darauf an, in welchem Sinn *Ehrlich* dies zweideutige Wort nimmt. *Er vermengt durchwegs beide Bedeutungen miteinander*, indem er dabei von dem allgemeinen Satze ausgeht, eine Regel des Handelns sei „*selbstverständlich* (?) eine Regel, nach der nicht nur gehandelt²⁰ wird, sondern auch gehandelt werden soll“ (S. 7).²¹ Dieser Satz ist aber offenbar falsch! Denn jene Regel, die von einer kausal-erklärenden Betrachtung aufgesucht wird, ist nichts als eine Seinsregel, die darüber, was soll, gar keine Auskunft gibt. Das was geschehen soll, ist für die kausalerklärende Betrachtung offenbar gar nicht in Frage. Der Biologe sucht doch nicht festzustellen, wie sich bestimmte Lebewesen unter bestimmten Bedingungen verhalten *sollen*, welches ihre Pflichten und Rechte sind, sondern ausschließlich und allein: wie sie sich regelmäßig verhalten. Und genau so kann der Soziologe – sofern eben die Soziologie eine kausalerklärende Seinswissenschaft ist – nur die Seinsregeln menschlichen Verhaltens aufsuchen; und diese Regeln des Handelns geben über | das Sollen ebensowenig einen Aufschluß, wie die Regeln | 844
oder Gesetze der Biologie. Es ist eine von Grund aus andere Betrachtungsweise, die auf Regeln des Sollens, d. h. auf Normen gerichtet ist! Sicherlich mag es Normen geben, die ein Verhalten als gesollt statuieren, das seit jeher regelmäßig geübt wurde. Handle so, wie deine Genossen seit jeher regelmäßig gehandelt haben. Allein diese Soll-Regel will doch nichts erklären, keinen Kausalnexus aufdecken. Diese Norm ist doch nicht die einzig mögliche Norm! Und vor allem: Es wäre doch offenbar unrichtig, zu behaupten, daß dies die einzig mögliche *Rechtsnorm* sei. Es mag Rechtsnormen geben, die solchen Inhalt haben. Aber es gibt doch zweifellos auch andere! So sind auf dem Gebiet des Rechtes Sein- und Soll-Regel der Form nach gänzlich verschieden, dem Inhalt nach aber fallen sie zum Teil – und zwar in der Gegenwart doch nur zum kleinsten Teil – zusammen. Oder will *Ehrlich* ernstlich behaupten, daß er auch heute nur Gewohnheitsrecht als gültig annehme?

Untersucht man den Gegensatz näher, in den *Ehrlich* seine neue „theoretische“ Rechtssoziologie zu der bisherigen „praktischen“ Jurisprudenz zu stellen versucht, so zeigt sich, daß er keinerlei prinzipielle Bedeutung hat, ja überhaupt nicht als

¹⁸ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 9 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

¹⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 6.

²⁰ «nur gehandelt»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 7: «nur in der Regel gehandelt».

²¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 7 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

„Gegensatz“ bezeichnet werden kann. Bisher habe man lediglich die Regeln gesucht, nach denen eine bestimmte Kategorie von Menschen gehandelt haben: die Gerichte oder sonstigen Staatsorgane. Die Soziologie des Rechtes suche aber die Regel, nach denen *alle* Menschen handeln.²² Wobei *Ehrlich* in beiden Fällen kurzerhand die Regeln des tatsächlichen Handelns mit jenen des Handelnsollens identifiziert. Im Grunde wäre also – müßte man meinen – die bisherige Jurisprudenz auch eine Soziologie gewesen, nur keine *allgemeine*, sondern eine *besondere* Soziologie, eine Soziologie der Staatsorgane, wenn man also den Staat mit seinen Organen identifiziert: eine *Staatssoziologie*. Was uns nottut ist aber eine *Rechtssoziologie*, welche die Regeln des „allgemeinen“ menschlichen Handelns aufzeigt. Daß dieses „allgemeine“ menschliche Handeln nicht das Handeln der Menschen im allgemeinen, sondern nur ein ganz *besonderes* Handeln der Menschen, ein Handeln nach bestimmter Richtung sein kann, ist offenbar, da ja doch nicht eine allgemeine Soziologie, sondern eine *Rechtssoziologie* begründet werden soll. Wie *Ehrlich* diese besondere Richtung von allen übrigen Richtungen menschlichen Handelns als „Recht“ differenziert, wird später zu untersuchen sein. „Allgemeines menschliches Handeln“ soll offenbar der – sehr unzutreffende – Ausdruck dafür sein, daß nicht bloß das Handeln der Staatsorgane untersucht werden soll. Schlechterdings unverständlich ist aber wenn *Ehrlich* meint mit dieser Ausdehnung seiner Untersuchung über die Staatsorgane hinaus eine *wissenschaftliche* (theoretische) im Gegensatz zu der *praktischen* „auf den richterlichen Beamten zugeschnittene“²³ Betrachtung zu geben. Es scheint, als ob er den Gegensatz: Regel für das Handeln der Staatsorgane und Regel für das Handeln aller Menschen, mit dem Gegen|satz von theoretisch (wissenschaftlich) und praktisch, d. i. dem Gegensatz von kausal und normativ, von Sein und Sollen, identifiziert! Wenn es richtig wäre, daß die herrschende Jurisprudenz die Regeln aufsucht, nach denen die Staatsorgane handeln (und daher handeln sollen im Sinne *Ehrlichs*) dann wäre dies ebenso eine theoretische und wissenschaftliche Disziplin, wie die *Ehrlichsche* Rechtssoziologie, welche die Regeln aufsucht, nach denen nicht bloß die Gerichte, sondern alle Menschen handeln, zumal ja diese „Regeln des allgemeinen menschlichen Handelns“²⁴ keineswegs bloß Seins- sondern zugleich auch Soll-Regeln, also *Normen* sind! Diese „Regeln“ werden auch eine „Ordnung“ genannt, „die jedem Angehörigen der Genossenschaft seine Stellung, seine Ueber- und Unterordnung in der Gemeinschaft und seine *Aufgabe* zuweist“ (S. 18),²⁵ sind also durchaus auch als *Sollvorschriften* zu denken; ja es heißt sogar, daß in dieser Ordnung „Rechtspflichten“ erfüllt werden. Diese Regeln, deren Aufzeigung Aufgabe der „wissenschaftlichen“, im Gegensatz zur „praktischen“ Jurisprudenz, deren Gewinnung

|845

²² Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 7.

²³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 7.

²⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 9.

²⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 18 – Hervorhebung von Kelsen.

Ziel der „theoretischen“ Rechtssoziologie ist, haben somit zugleich theoretischen und praktischen Charakter!

So beginnt die „*Grundlegung*“ einer neuen Wissenschaft!

II.

Es ist nicht leicht, die *systematische* Kritik eines Werkes zu schreiben, das, wie *Ehrlichs* Grundlegung der Soziologie des Rechtes, so ganz *systemlos*, eigentlich nur die äußerliche Zusammenfassung einiger Essays ist. Nun ist System keineswegs immer ein Vorzug und der Mangel einer strengen Gliederung mitunter – insbesondere bei negativ-kritischen Arbeiten – eine dankenswerte Erleichterung für den Leser. Allein bei der Grundlegung einer neuen Wissenschaft wird man kaum auf einen planmäßigen Aufbau, gewiß nicht auf eine solide Fundierung der wichtigsten Begriffe und Lehrsätze verzichten können, ohne die ja von einem *Fundament* keine Rede sein kann. Leider läßt *Ehrlichs* Arbeit nach dieser Richtung alles zu wünschen übrig. Es ist fast unmöglich, bei diesem Referate der eigenen Darstellung *Ehrlichs* zu folgen, da diese mitunter jeden inneren Zusammenhang vermissen läßt, sich fortwährend wiederholt, wichtige Voraussetzungen erst mitten unter Spezialfragen erörtert und von langen rechtshistorischen Exkursen unterbrochen wird, die mit dem Thema eigentlich nichts zu tun haben.

Im Anschluß an *Ehrlichs* Anschauung von der Rechtssoziologie als einer Wissenschaft, die auf induktivem Wege die Regeln des allgemeinen menschlichen Handelns zu gewinnen hat, seien nun im folgenden die Grundbegriffe und Hauptprobleme analysiert, mit denen er in seiner ganzen Darstellung operiert.

Eine der wichtigsten Resultate der *Ehrlichschen* Arbeit ist die allerdings negative Erkenntnis: das Recht besteht nicht, wie bisher immer geglaubt wurde, aus *Rechtssätzen*. Er kann nicht oft genug, nicht nachdrücklich genug gegen die Irrlehre protestieren, die da meint, das *Recht* sei eine „*Summe von Rechtssätzen*“.²⁶ Bevor nun *Ehrlichs* Argumente geprüft werden sollen, sei zunächst festgestellt, was unter „Rechtssatz“ überhaupt verstanden werden kann. Rechtssatz bedeutet entweder den sprachlichen Ausdruck für ein rechtliches Sollen, ist identisch mit Rechtsnorm; oder es bedeutet den sprachlichen Ausdruck für eine Regel tatsächlichen Geschehens, ist gleichbedeutend mit Rechtsregel im Seinssinne. Eine Differenzierung von „Rechtssatz“ und „Rechtsnorm“ ist zwar nicht rätlich, kommt aber dennoch vor, so wenn man als Rechtsnorm nur den *Imperativ* rechtmäßigen Verhaltens, als Rechtssatz aber ein anderes sprachliches Gebilde, etwa das *Urteil* versteht, das an einen bestimmten Tatbestand eine Unrechtsfolge knüpft. Die Rechtsnorm wird dann mit dem Rechtssatze statuiert. Vielleicht wird es sich empfehlen, um den allgemeinen Sprachgebrauch der Worte „Rechtssatz“ und „Rechtsnorm“ zu

²⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 27 – Hervorhebung von Kelsen.

dokumentieren, einen Autor zu zitieren, dessen Autorität gerade *Ehrlich* voll anerkennt. *Gierke*²⁷ sagt in seinem „Deutschen Privatrecht“ (S.113):²⁸ „*Objektives Recht* ... ist der Inbegriff der Rechtssätze. *Rechtssätze* aber sind *Normen*, die nach der erklärten Ueberzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen.“ *Gierke* identifiziert also Rechtssatz und Rechtsnorm.

Ehrlich behauptet nun, es gäbe in der Urzeit zwar Recht und Rechtsverhältnisse, aber keine Rechtssätze. Das Recht der ältesten Zeit sei identisch mit der „inneren Ordnung“ der urwüchsigen Verbände. „Allgemeine Rechtssätze fehlen auf tieferer Entwicklungsstufe vollständig“ (28).²⁹ Was ist nun diese „innere Ordnung“ der gesellschaftlichen Verbände? Doch offenbar wie alle „Ordnung“ entweder eine Summe von *Normen* oder bestimmte Seinsregeln des Verhaltens der Verbandsmitglieder untereinander, d. h. im letzteren Falle eine gewisse *Regelmäßigkeit* ihres gegenseitigen Verhaltens. Es wäre zu vermuten, daß für die Soziologie gerade jene letztere Bedeutung des Ordnungsbegriffes maßgebend sein müßte. Von dieser „inneren Ordnung“ der primitiven Verbände, die deren *Recht* bedeutet, sagt nun *Ehrlich*: „Es bestimmt die Voraussetzungen und Folgen einer gültigen Ehe, das Verhältnis der Ehegatten zueinander, der Eltern zu den Kindern, und das gegenseitige Verhältnis der anderen Sippen, Familien und³⁰ Hausgenossen“ (22).³¹ Diese „Ordnung“ ist nun freilich alles andere als soziologische Seinsregel! *Ehrlich* schildert sie als ausgesprochene Sollvorschriften. Und es ist nicht einzusehen, was anderes diese, *Rechtsverhältnisse* begründenden Vorschriften, welche die Voraussetzungen einer „gültigen“ Ehe, das Verhältnis der Eltern zu den Kindern usw. „bestimmen“, sein sollen, als Rechtsnormen oder Rechtssätze, und zwar generelle, für alle Mitglieder des Verbandes *geltende* Rechtssätze? Ist nicht jener Bestandteil der „inneren Ordnung“, der – um mit *Ehrlichs* eigenen Worten zu reden – „die Voraussetzungen und Folgen einer gültigen Ehe bestimmt“, ein allgemeiner Eherechtssatz, da er sich doch nicht auf eine einzelne konkrete Ehe, sondern auf *alle* Verbindungen bezieht, die in dem Verband als „Ehe“ *gelten* wollen? Ist nicht in diesem Verbande ein konkreter Tatbestand der Verbindung zweier Menschen nur

|847

²⁷ Otto (Friedrich) von Gierke (1841–1921), Rechtshistoriker, Privat- und Staatsrechtslehrer. 1867 Habilitation in Berlin; 1871 zunächst a.o.Prof. ebendort, im selben Jahr noch o.Prof. in Breslau, ab 1884 in Heidelberg. Er kehrte 1887 an die Universität Berlin zurück (1902–1903 Rektor). Er gilt als Begründer des deutschen Genossenschaftsrechts und als einer der Hauptvertreter einer Organismuslehre des Staates. Wichtige Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868–1881; Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 30 (1874), S. 153–198, 265–335; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a.M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., München und Leipzig 1895–1917.

²⁸ Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Leipzig 1895, S. 113 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

²⁹ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 28.

³⁰ «der anderen Sippen, Familien und»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S.22: «der andern Sippen-, Familien- und».

³¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 22.

deshalb und nur insoferne eine Ehe, als er der „Ordnung“ des Verbandes, und zwar seiner Eheordnung entspricht? Hat jener Tatbestand nicht gerade nur diejenigen Rechtsfolgen, die von der Eheordnung bestimmt werden? *Ehrlich* meint, es gäbe in diesen Verbänden ein „Vertragsrecht“. „Das Vertragsrecht beruht nur auf dem Inhalt der Verträge, die abgeschlossen werden; es fehlt ganz an allgemeinen Rechtssätzen über den Vertrag, es fehlen alle die zwingenden, ergänzenden und auslegenden Regeln, die das Corpus juris und die modernen Gesetzbücher füllen“ (23).³² Gewiß! Die Rechtsordnung des Corpus juris und des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches wird sich von dem Recht „in der Urzeit der Völkerschaften“³³ einigermaßen unterscheiden. Aber wenn ein in der Urzeit von A dem B gegebenes und von diesem angenommenes Versprechen ein *Rechtsverhältnis* begründen, einen Vertrag mit *Rechtswirkung* bedeuten soll, so muß zumindest der Rechtssatz als gültig vorausgesetzt werden, daß eine derartige geäußerte Willensübereinstimmung verbindlich sein solle. Wie anders könnte sonst von Pflicht und Recht die Rede sein? Beschränkt man sich aber auf die Betrachtung des Tatsächlichen und kann man auf Grund seines Beobachtungsmaterials die Behauptung aufstellen: Auch in der Urzeit wurden innerhalb der primitiven Verbände dauernde Geschlechtsverbindungen eingegangen, Verträge faktisch eingehalten, – hat man damit nicht eine Seinsregel, eine *Rechtsregel* in jenem Sinne konstatiert, in dem *Ehrlich* den soziologischen, wissenschaftlichen Rechtsbegriff entwickelt? Liegt etwas anderes vor als ein Rechtssatz, ein *allgemeiner*, d. h. eben innerhalb des Verbandes *allgemeiner Rechtssatz* in der zweiten Bedeutung des Wortes von Rechtsregel im Seinssinne? Man muß auf jede Verständnismöglichkeit verzichten, wenn *Ehrlich*, nachdem er als den einzig *wissenschaftlichen* Begriff des Rechtes: „*Regel menschlichen Handelns*“³⁴ definiert hat, behauptet, das ältere römische Staatsrecht sei ein Recht *ohne* Rechtsregel gewesen: „Was uns Mommsen unter diesem Titel gibt, ist ... eine Beschreibung dessen, was die römischen Staatsorgane während der Dauer des römischen Reiches tatsächlich getan haben. Mommsen gelangt wohl überall zu allgemeinen Rechtssätzen; aber diese sind, mit verschwindenden Ausnahmen, ein Ergebnis seiner eigenen geistigen Arbeit, sie sind von ihm aus den Tatsachen abgezogen, sie waren in Rom nie eine Regel für die Tatsachen“ (24).³⁵ Oder: „Tacitus erzählt uns manches über die *Rechtsverhältnisse* der alten Germanen, es genügt jedoch schon ein flüchtiger Blick auf seinen Bericht, um zu sehen, daß er keine Rechtssätze enthält, sondern nur Angaben über das, was die Germanen geübt und gelassen haben“ (25).³⁶ Ja kann es denn für eine „*soziologische*“ Rechtswissenschaft, der das Recht eine Regel tatsächlichen Verhaltens ist, ein anderes römisches Staatsrecht geben, als jenes, das schildert, was | die römischen | 848

³² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 23.

³³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 22.

³⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 8 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 24.

³⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 25 – Hervorhebung von Kelsen.

Staatsorgane tatsächlich getan, ein anderes deutsches Recht als jenes, das erzählt, was die Germanen tatsächlich geübt haben? Besteht das Recht in etwas anderem als in diesen Regelmäßigkeiten, in diesen Seinsregeln? Sind diese Regeln nicht gerade dasjenige, was *Ehrlich* später³⁷ als „*lebendes*“ Recht für den eigentlichen Gegenstand der Jurisprudenz bezeichnet? Und können diese Rechtsregeln anders als aus den Tatsachen „abgezogen“ werden, sind denn diese soziologischen Rechtsregeln etwas anderes als irgendwelche biologischen oder meteorologischen Regeln, die ja auch nur aus der Wirklichkeit abstrahiert werden können? Aber *Ehrlich* versteht vielleicht unter „Rechtssatz“ eine *Sollregel*? Ja hat er aber nicht erklärt, jede Seinsregel sei zugleich eine Sollregel? Als „Rechtssatz“ bezeichnet *Ehrlich* in einer ganz willkürlichen Terminologie: „Die feste, *in Worte gefaßte Rechtsregel*, die von einer über dem einzelnen stehenden Gewalt ausgehend, diesem von außen auferlegt wird“ (22).³⁸ Er meint offenbar die *heteronome Rechtsnorm* (im Sollsinn). An anderer Stelle meint er wieder: „Der Rechtssatz ist die *zufällige allgemein verbindliche* Fassung einer *Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuche*“ (29).³⁹ Aber seit wann gehört zum Wesen des Rechtssatzes, daß er *schriftlich* niedergelegt sein muß? *Solche* Rechtssätze hat es natürlich in ältester Zeit nicht gegeben, aus *solchen* Rechtssätzen allein besteht natürlich auch heute die Rechtsordnung nicht! Wenn aber *Ehrlich* unter „Rechtssatz“ eine allgemein verbindliche Norm, also eine *Sollvorschrift* versteht, dann ist allerdings nicht zu begreifen, daß er das *Recht* wenigstens zum Teil aus solchen Rechtssätzen bestehen läßt. Ist das Recht also zum Teil Seinsregel, zum Teil Sollvorschrift? Das ist doch nicht möglich wenn es überhaupt einen einheitlichen Begriff des Rechtes geben soll! Es hat manchmal den Anschein, als ob er nur der Meinung wäre, daß es ursprünglich keine „*allgemeinen*“ Rechtssätze gegeben habe (23, 24);⁴⁰ nur die individuell verschiedenen „inneren“ Ordnungen der einzelnen Verbände. Aber diese Ordnung müßte doch – wenn sie überhaupt eine „Ordnung“ war – innerhalb des Verbandes *allgemeingültige* oder allgemeinwirkende Regel sein! Die Rechtssätze hatten eben einen beschränkteren Geltungsumfang. Erst im Laufe der Entwicklung erweitern sich die Rechtsgemeinschaften, die Rechtskreise.

Indem *Ehrlich* den Begriff des Rechtssatzes im Sinne von Rechtsnorm, Sollregel versteht, wendet er sich gegen die fehlerhafte Anschauung der Juristen, daß von Rechtsverhältnissen, Rechtsgeschäften usw. nur die Rede sein könne unter Voraussetzung von Rechtsnormen oder Rechtssätzen. „Wenn die Juristen meinen, bevor ein *verbindlicher* Vertrag abgeschlossen, ein verbindliches Testament errichtet worden ist, müsse ein *Rechtssatz* vorhanden gewesen sein, wonach *Verträge oder Testamente verbindlich seien* (man beachte hier die Bedeutung des | Rechtssatzbegriffes!), so setzen sie damit das Abstrakte vor das Konkrete“ (28).⁴¹ Sie begehen

| 849

³⁷ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 393–407 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 22 – Hervorhebung von Kelsen.

³⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁴⁰ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 23, 24.

also nach *Ehrlich* einen *logischen* Fehler. „Der Staat war früher da als die Staatsverfassung, die Familie ist älter als die Familienordnung, der Besitz ging dem Eigentum voraus, es gab Verträge bevor noch ein Vertragsrecht vorhanden war, und selbst das Testament, wo es urwüchsig entstanden ist, reicht über das Testamentsrecht hinaus“ (28).⁴² Es fällt wirklich schwer, eine so primitive Verwechslung von zeitlicher und logischer Relation für möglich zu halten, wie sie hier tatsächlich vorliegt. Nie hat ein vernünftiger Mensch behauptet, daß Rechtsnormen *zeitlich* den Tatbeständen vorausgehen müssen, die durch die Rechtsnormen juristisch qualifiziert sind! Nur *logisch* muß eine Rechtsnorm *vorausgesetzt* werden, wenn ein konkreter Tatbestand rechtliche *Bedeutung* haben soll. Oder glaubt *Ehrlich* wirklich, daß man irgend einem Seinsvorgang, etwa einer Willensäußerung darüber, was nach dem Tode des Äußernden mit gewissen Gegenständen zu geschehen habe, *voraussetzungslos* ansehen könne, daß sie bestimmte *rechtliche* Wirkung haben soll? Glaubte er ernstlich, daß die Qualitäten „Recht“ und „Unrecht“, Pflicht und Berechtigungen den Seinsvorgängen so anhaften wie Farbe oder Wärme? Daß objektive *Wert- oder Bedeutungsurteile*, wie solche die juristischen Urteile sind, durch eine bloße Betrachtung der Wirklichkeit möglich sind? Es ist schlechterdings sinnlos, zu sagen, es gäbe Verträge, „*bevor*“ noch ein Vertragsrechtssatz „vorhanden“ war, wenn „Vertrag“ eine reale Seinsstatsache in der Außenwelt ist und der Vertragsrechtssatz eine Norm, eine Betrachtungsvoraussetzung im Denken des diese Tatsache Beurteilenden! Es ist sinnlos, zu behaupten, es gäbe „*verbindliche*“ Verträge, d. h. es könne ein verbindlicher Vertrag vorgestellt werden, ohne daß auch eine Norm *vorausgesetzt* wird, die an die Bedingung der geäußerten Willensübereinstimmung gewisse *Pflichten* knüpft, d. h. ein Sollen des ihren Willen Äußernden statuiert. Wenn *Ehrlich* mit überlegener Verachtung den Juristen zu ruft, „daß sich nicht aus Rechtssätzen, sondern aus Beziehungen der Menschen Rechte ergeben, aus der Ehe, aus dem Verträge, aus dem Testamente“,⁴³ so muß ein derart vollständiges Mißverstehen der logischen Beziehung zwischen Rechtsnorm und Tatbestand bei einem Rechtslehrer einfach verblüffen. Warum in aller Welt ist jemand *rechtlich verpflichtet*, das zu leisten, was er einem andern zu leisten versprochen hat, d. h. warum *soll* er von Rechts wegen sich in bestimmter Weise verhalten? Nach dem *Erkenntnisgrund* dieses Sollurteiles ist die Frage, nicht nach irgend einer *zeitlich* vorangehenden *Ursache*! Nur weil und nur insoferne das gegebene und angenommene Versprechen als Bedingung eines *Sollens*, einer Pflicht gedacht wird, ist es doch ein *verbindlicher Vertrag*. Und dieses Sollen läßt sich doch nicht als Seinsstatsache wahrnehmen – wie der Vertragstatbestand –, noch auch aus Seinsurteilen erschließen! Nur wenn ich einen Satz | *voraussetze*, der aussagt, daß unter bestimmten Bedingungen bestimmte Personen sich in be-

| 850

⁴¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 28 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

⁴² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 28.

⁴³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 28.

stimmter Weise verhalten *sollen*, also unter Voraussetzung einer *Norm*, kann ich zu der Behauptung einer Pflicht und daher zu der Annahme eines *verbindlichen* Vertrages kommen. Ist es möglich, daß solche Selbstverständlichkeiten noch gesagt werden müssen? Den Gipfelpunkt der Verwirrung bedeutet es aber, wenn *Ehrlich* der von ihm bekämpften Anschauung von dem Verhältnis des Rechtssatzes zu den rechtserheblichen Tatbeständen schließlich mit Emphase entgegenhält: „Gesellschaftliche Erscheinungen können nicht dadurch erklärt werden, daß man sie juristisch konstruiert ...“ (28)⁴⁴ Natürlich nicht, aber wann hätte sich die Jurisprudenz so gänzlich verirrt um mit der logischen Relation von Rechtssatz und Tatbestand „gesellschaftliche Erscheinungen“ zu „erklären“?

Wenn unter „Rechtssatz“, wie üblich, die allgemein verbindliche Rechtsnorm zu verstehen ist, dann ist es logisch unmöglich, Rechtsverhältnisse ohne (logische) Voraussetzung solcher Rechtssätze zu denken. Die Terminologie *Ehrlichs* weicht allerdings von der üblichen wesentlich ab. Der Begriff des Rechtssatzes, der in dem *Ehrlichschen* Werke eine so hervorragende Bedeutung hat, daß es sich beinahe wie eine Normentheorie ausnimmt – die wichtigsten Erkenntnisse beziehen sich gerade auf diesen Begriff –, ist hier beispiellos unklar und schwankend. Es wird betont: „Rechtsnorm ist mit Rechtssatz nicht zu verwechseln. Der Rechtssatz ist die zufällige (?) allgemein verbindliche Fassung einer *Rechtsvorschrift* in einem Gesetz- oder einem Rechtsbuche“ (29).⁴⁵ In Gesetz- und Rechtsbüchern niedergelegte, also schriftlich fixierte Rechtsnormen, die gibt es natürlich erst in sehr vorgeschrittener Entwicklung. Hat dies aber irgend jemand bezweifelt? Sollte die große Entdeckung *Ehrlichs*, daß es in der Vorzeit keine Rechtssätze gibt, auf diese Trivialität hinauslaufen? Wir wollen es im Interesse des *Ehrlichschen* Werkes nicht annehmen. Unter Rechtssätzen kann man doch auch nicht die grammatischen Sätze eines Gesetzes oder Rechtsbuches verstehen. Ein solcher Begriff hätte doch überhaupt keine dogmatische Bedeutung! Was ist also ein „Rechtssatz“ im *Ehrlichschen* Sinne? „Eine *Rechtsnorm*“, die von einem Rechtssatz unterschieden werden muß, „ist dagegen der ins *Handeln* umgesetzte Rechtsbefehl, wie er in einem bestimmten, *vielleicht ganz kleinem* Verbands herrscht, auch ohne jede wörtliche Fassung“ (30).⁴⁶ Gut, eine Rechtsnorm ist ein „Rechtsbefehl“; wodurch unterscheidet sich ein „Rechtsbefehl“ von einer „Rechtsvorschrift“, als welche der Rechtssatz bezeichnet wird? Der Rechtsbefehl muß ins „Handeln umgesetzt“ sein, wenn er eine Rechtsnorm sein soll. Und wenn die Rechtsnorm nicht befolgt – das heißt doch wohl: ins Handeln umgesetzt ist –, hat sie da noch nicht den Charakter einer Rechtsnorm? Was heißt das: „ohne wörtliche Fassung“? Muß sich nicht jeder Rechtsbefehl, jede Rechtsvorschrift in Worte fassen lassen? Wie sollten denn Rechtsvorschriften oder Rechtsbefehle anders als in *Worten* vermittelt | werden?

⁴⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 28.

⁴⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

⁴⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29f. – Hervorhebungen von Kelsen.

Daß sie deshalb nicht in Gesetz- oder Rechtsbüchern niedergeschrieben sein müssen, ist selbstverständlich. Wenn Rechtssätze „wirklich wirksam geworden sind, ergeben sich aus den Rechtssätzen auch Rechtsnormen“.⁴⁷ Man kann sich beim besten Willen darunter nichts vorstellen! „In jeder Gesellschaft gibt es weit mehr Rechtsnormen als Rechtssätze, weil es immer weit mehr Recht *für einzelne* als für alle *gleichartigen* Verhältnisse gibt, und auch mehr Recht, als den zeitgenössischen *Juristen*, die es in Worte zu fassen suchen, zum Bewußtsein gekommen ist“ (30).⁴⁸ Ja, aber wie soll „Recht“ für ein *einzelnes* Verhältnis möglich sein, wenn Recht eine *Regel* ist? Müssen nicht alle gleichartigen Verhältnisse *innerhalb der Rechtsgemeinschaft* in gleicher Weise bestimmt sein, damit von *Recht* die Rede sein kann? Was bedeutet nun die „innere Ordnung“ des Verbandes, die *Ehrlich* den allgemeinen Rechtssätzen *entgegenstellt*, anderes, als daß bestimmte gleichartige Verhältnisse innerhalb des Verbandes in gleicher Weise bestimmt werden? Von dieser „*inneren* Ordnung“, die nicht aus Rechtssätzen besteht, die *vor* der Existenz von Rechtssätzen Recht bedeutet, sagt doch *Ehrlich* u. a.: „sie bestimmt die Voraussetzungen und Folgen einer gültigen Ehe“.⁴⁹ Einer *einzig*en Ehe oder jeder Ehe, die im Verbands geschlossen wird? Liegt hier „Recht“ für ein „einzelnes“ Verhältnis oder „für alle gleichartigen Verhältnisse“ vor? Sagt ja *Ehrlich* selbst an anderer Stelle (S. 96):⁵⁰ „Eine vereinzelt in der Gesellschaft aufgekommene Tatsache ist keine gesellschaftliche Tatsache ... Erst ... *allgemein* geworden kann sie sich als Bestandteil der *gesellschaftlichen Ordnung* erweisen“. Es gibt mehr Rechtsnormen als Rechtssätze, sagt *Ehrlich*, weil es mehr Recht gibt, als den Juristen ins Bewußtsein gekommen, als von ihnen in Worte gefaßt ist!⁵¹ Was haben aber hier plötzlich die Juristen zu tun? Ist eine Rechtsvorschrift kein Rechtssatz, wenn sie von einem Nicht-Juristen in Worte gefaßt wird? Kann es Recht geben, das niemandem zum Bewußtsein gekommen, von niemandem in Worte gefaßt, richtiger: in Worte faßbar ist? Was soll man aber von dem ganzen, für das *Ehrlichsche* Werk grundlegenden Unterschied zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm halten, wenn er, der auf Seite 22 und 29⁵² erklärt hat: Der Rechtssatz ist *in Worte gefaßt*, die Rechtsnorm nicht, auf S. 135⁵³ als Unterschied der *Rechtsnorm* gegenüber anderen *Normen* erklärt: „Andererseits ist die *Rechtsnorm* im Gegensatz zu den anderen *Normen stets in klaren, bestimmten Worten ausdrückbar*. Sie gibt dadurch den Verbänden, die auf der Rechtsnorm beruhen, ihre Festigkeit. ... Auch *Normen der Sittlichkeit, der Sitte und des Anstandes* werden oft zu Rechtsnormen, sobald sie aus ihrer *Allgemeinheit* heraustreten *und in klare Worte gefaßt* werden“! Und was soll man

⁴⁷ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 30.

⁴⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 30 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁴⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 22.

⁵⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 96 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁵¹ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 30.

⁵² Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 22, 29 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 135 – Hervorhebungen von Kelsen.

|852 sich unter dem *Ehrlichschen* „Rechtssatz“ vorstellen, wenn er auf S. 39⁵⁴ erklärt, er sei eine qualifizierte „Rechts-vorschrift“ und in anderem Zusammenhang die verbindliche Rechtsordnung wenigstens zum Teil aus solchen „Rechtssätzen“, bestehen läßt, auf Seite 138⁵⁵ aber den Begriff des Rechtssatzes mit dem *des formellen Gesetzes* identifiziert, sich selbst desavouiert und die herrschende Terminologie somit vollständig auf den Kopf stellt: „In die Form des Rechtssatzes, zumal in die Form des Gesetzes kann der verschiedenste Inhalt gekleidet werden. Es gibt daher Rechtssätze ohne jeden normativen Inhalt, mit unverbindlichem Gesetzesinhalt, Gesetze im formellen Sinn.“ Hier ist jede Kritik unmöglich geworden! Es ist beispiellos, wie *Ehrlich* mit diesen, für sein System grundlegenden Begriffen herumspringt. Sagt er auf S. 30,⁵⁶ die Rechtsnorm sei Recht für ein Einzelverhältnis (im Gegensatz zum Rechtssatz der „allgemein“ oder für „gleichartige Verhältnisse“ gelte), so definiert er schon auf der folgenden Seite „Normen“ als „abstrakte“ Befehle und Verbote und behauptet, was geradezu unbegreiflich ist, zum Wesen der Norm gehöre, daß sie sich „auf das Zusammenleben der Menschen beziehe“: darum seien die Sprachregeln, die Regeln des Geschmacks oder der Hygiene keine Normen!⁴⁾.⁵⁷

|852 |⁴⁾ Neben den Begriffen der „Rechtsnorm“ und des „Rechtssatzes“ unterscheidet *Ehrlich* noch den der „Entscheidungsnorm“ und bezeichnet es als die erste und wichtigste Aufgabe der soziologischen Rechtswissenschaft (S. 33),⁵⁸ „die Bestandteile des Rechtes, die die Gesellschaft regeln, ordnen und bestimmen, von den bloßen Entscheidungsnormen zu sondern“. Leider muß ich mit Rücksicht auf den mir zur Verfügung stehenden Raum auf eine eingehendere Analyse jenes Teiles der *Ehrlichschen* Arbeit verzichten, der die Lösung dieser „ersten und wichtigsten Aufgabe der soziologischen Rechtswissenschaft“ bringt. Ein verwirrter Knäuel von Widersprüchen, deren größte ich hier nur anmerkungsweise vorbringe. Die Entscheidungsnorm, nach der ein Rechtsstreit wegen einer Rechtsverletzung entschieden wird, steht nach *Ehrlich* im schärfsten Gegensatz zu der in der Gesellschaft wirkenden lebendigen Rechtsregel, nach welcher die Menschen im allgemeinen tatsächlich handeln (S. 33).⁵⁹ Dennoch ist die Entscheidungsnorm (S. 98)⁶⁰ eine Regel, nach der die Gerichte – immerhin ein speziell für die Rechtssoziologie doch recht bedeutsamer Bestandteil der menschlichen Gesellschaft – nicht nur handeln sollen, sondern tatsächlich auch regelmäßig handeln! Bei *Ehrlich* macht also die soziologisch relevante Regelmäßigkeit tatsächlich vor den Gerichten halt! Die von den Gerichten mit dem gewaltigsten Zwangsapparat angewendeten Regeln stellen nach *Ehrlich* keine lebendige Wirklichkeit dar! – Um den fundamentalen Gegensatz zwischen „lebendiger“ Rechtsregel und „bloßer“ Entscheidungsnorm zu illustrieren, führt *Ehrlich* an: „Wenn es in der Gegend Regel ist, daß der Mann über das Vermögen der Frau unbeschränkt verfügt, so wird eine vom Manne über das Vermögen der Frau getroffene Verfügung als für sie verbindlich behandelt (das ist die Entscheidungsnorm) unbekümmert darum, ob man es auch in dieser Familie so gehalten habe“ (die lebendige Rechtsregel!) (S. 300).⁶¹ Wie das in einer konkreten Familie im Widerspruch zu dem in der Gegend Regelmäßigen „Recht“ sein kann,

⁵⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 138.

⁵⁶ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29f.

⁵⁷ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 31 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁵⁸ Beide folgenden Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 33 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁹ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 33.

⁶⁰ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 98.

⁶¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 100 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

| Wenn man *Ehrlich* beim Wort nimmt und seine im Anfang als einzig „wissenschaftliche“ bezeichnete Begriffsbestimmung des Rechtes als „eine Regel menschlichen Handelns“ und als „Ordnung“ akzeptiert, dann muß das Recht, d. h. jede Rechtsordnung ein Inbegriff von Regeln sein. Auf Seite 68⁶⁸ begegnet man aber der Versicherung: „das Recht besteht nicht aus Rechtssätzen, sondern es besteht *in den Rechtseinrichtungen*.“ Nun könnte von einem gewissen Standpunkte aus das Recht *aus* Rechtssätzen, d. h. aus Rechtsregeln (im Soll- oder im Seinssinne) und zugleich *in* den Rechtseinrichtungen bestehen, soferne eben unter „Rechtseinrichtung“ oder Rechtsinstitut nach herrschender Terminologie nichts anderes verstanden wird als eine Summe inhaltlich auf ein und denselben Zweck bezogener Rechtssätze. Als „Rechtseinrichtungen“ führt *Ehrlich* an: Staat, Kirche, Gemeinde, Fa-

mag fraglich bleiben; daß aber die Entscheidungsnorm, d. h. nach *Ehrlichs* eigener Voraussetzung die in einem großen Kreise wirkende *Regel* oder (nach einem anderen Beispiele, dasjenige, „*was im Lande allgemein üblich ist*“⁶² also keineswegs mehr die „bloße *Gerichtsregel!*“), in einem Gegensatz zu den lebenden, die *Gesellschaft* faktisch ordnenden Regeln stehen soll, ist unbegreiflich! Ebenso unverständlich | ist die Behauptung, daß die „bloße“ Entscheidungsnorm, die als Gegensatz zur lebenden Rechtsregel charakterisiert wird, vom Richter „in jedem Rechtsstreite aus der inneren Ordnung der Verbände“, „den Tatsachen des Rechtes“, d. h. doch der Rechtsordnung im Sinne der lebendigen Regeln des Handelns zu entnehmen sei, auf der jede Entscheidungsnorm „in erster Linie beruht“ (S. 98).⁶³ Es ist ein offenkundiger Widerspruch zu dem oben Gesagten, wenn *Ehrlich* erklärt, die Entscheidungsnorm sei „immer mehr und anderes als die⁶⁴ innere Ordnung“ (S. 99),⁶⁵ denn das streitige Verhältnis, das durch die Entscheidungsnorm geschlichtet wird, sei nicht das friedliche; und es bedeutet die vollständige Umkehrung des Gegensatzes, wenn *Ehrlich* (S. 102)⁶⁶ erklärt, bei den Entscheidungsnormen werde „nicht eine *lebende* Ordnung, sondern ein Rechtsstreit um eine *tote* vorausgesetzt“: denn jetzt hat er die verletzte Regel des Handelns (wegen der einzelnen Verletzung, die *Ehrlich* selbst in anderem Zusammenhange nur als zu vernachlässigende *Ausnahme* behandelt wissen will!) als *tote* Ordnung charakterisiert, obgleich er ursprünglich gerade diese Ordnung der Entscheidungsnorm als lebendige Regel entgegengesetzte! – Obgleich *Ehrlich* die Entscheidungsnorm – übrigens vollkommen unbegründet – der eigentlichen Rechtsregel gegenüber dadurch charakterisiert, daß er sie „schöpferisch“, d. h. durch die freie Erfindung eines Einzelnen entstehen läßt – jede Rechtsnorm entsteht letzten Endes so –, erklärt er an anderer Stelle, sie sei „nicht nach Willkür und Gutdünken, sondern aus einem allgemeinen Grundsatz abzuleiten“ (S. 98).⁶⁷ Die Entscheidungsnorm ist bei *Ehrlich* bald die Norm, durch welche Art und Ausmaß der Unrechtsfolge oder der Schadenersatzpflicht bestimmt wird, bald erklärt er, die *Entscheidung*, ob ein konkreter Tatbestand unter einen im Rechtssatze enthaltenen Begriff falle (z. B. ob ein Gegenstand „Zubehör“ sei) erfolge auf Grund einer Entscheidungsnorm. Danach ist jede Begriffsbestimmung eine Entscheidungsnorm. Hier spricht *Ehrlich* von „konkreten“ im Gegensatz zu „abstrakten“ Entscheidungsnormen. Dann stellt er als wichtige soziologische Erkenntnis die Behauptung auf, die meisten „Rechtssätze“ entstünden aus „Entscheidungsnormen“, die Entscheidungsnorm sei hier das „Konkrete“, das dem „Abstrakten“ des Rechtssatzes vorausgehe. Diese Proben dürften genügen, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß es schlechterdings unmöglich ist, sich von den *Ehrlichschen* Entscheidungsnormen, die in seiner „Grundlegung“ eine große Rolle spielen, auch nur einigermaßen eine feste Vorstellung zu machen!

⁶² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 100 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 98 – Kelsen paraphrasiert.

⁶⁴ «als die»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 99: «als bloß die».

⁶⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 99.

⁶⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 102 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁶⁷ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 98.

⁶⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 – Hervorhebung von Kelsen.

milie, Eigentum, Erbe.⁶⁹ Es bleibe dahingestellt, ob tatsächlich alle diese Begriffe in | demselben Sinne unter die Kategorie des Rechtsinstitutes zu subsumieren sind. Eigentum, Familie, Vertrag, Erbe sind zweifellos Rechtseinrichtungen. Was stellt sich aber *Ehrlich* unter diesen „Rechtseinrichtungen“ vor? Entweder sind dies physische oder psychische Tatsachen oder Vorgänge in der Außenwelt (vom Standpunkte des Betrachters aus gesehen) oder aber es sind irgendwelche *Bedeutungen*, die solchen Tatsachen oder Vorgängen vom Betrachter auf Grund gewisser vorausgesetzter Normen beigelegt werden.

Ehrlich sagt, indem er offenbar den normativen Rechtsbegriff im Auge hat, wohl durchaus zutreffend: „Recht und Rechtsverhältnis ist ein *gedankliches Ding*, das nicht in der *greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit*, sondern in den Köpfen der Menschen lebt“ (68).⁷⁰ Nur daß eben die Wirklichkeit nicht bloß eine körperliche, d. h. mit äußeren Sinnen, sondern auch eine psychische, d. h. mit inneren Sinnen wahrnehmbare ist. Recht und Rechtsverhältnis sind aber offenbar auch nicht solche *psychische* Realitäten in der Außenwelt (vom Standpunkt des Betrachters). Sonst wäre ja Jurisprudenz ein Spezialgebiet der Psychologie. Die Behauptung: Dieser Tatbestand ist Unrecht, oder: Der A ist dazu verpflichtet, sagt doch weder eine körperliche noch auch eine seelische Tatsache in der Außenwelt (des Aussagenden) aus; sagt doch nicht, daß irgend ein bestimmter Seelenakt in der Außenwelt sich abspielt. Der A ist zu irgend etwas verpflichtet, aber er denkt nicht daran, noch fühlt er es oder will es gar! Es wird ja damit überhaupt kein *Sein*, weder ein körperliches noch ein seelisches Sein (in der Außenwelt) ausgesagt, sondern ein Sollen, d. h. es ist irgend ein geistiger oder körperlicher Tatbestand als Inhalt eines Sollens, einer vom Aussagenden als gültig *vorausgesetzten* Norm behauptet. Das und nichts anderes bedeutet der Satz, daß das Recht nicht sinnlich wahrnehmbar, daß es ein *Gedankending* sei. Wenn *Ehrlich* dann fortfährt: „Es gäbe kein Recht, wenn es keine Menschen gäbe, die sich mit der Vorstellung vom Rechte tragen würden“⁷¹ so ist auch dieses richtig, in dem Sinne eben, daß es überhaupt kein Denken gäbe, wenn nicht denkende Menschen wären: eine psychologische Tatsache, die allerdings für die Erkenntnis des Wesens des Rechtes nicht relevant ist. Wie vor einem Rätsel steht man aber, wenn *Ehrlich* im folgenden Satze das gerade Gegenteil dessen sagt, was er soeben behauptet hatte. Er sagte gerade, das Recht sei eine Vorstellung, die *nichts sinnlich Wahrnehmbares* zum Inhalt habe. Und nun: „Aber wie sonst überall so sind auch hier *unsere Vorstellungen aus einem Stoffe geformt, den wir der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit entnehmen*“.⁷² Was soll man dazu sagen? Und dann heißt es weiter: „Es liegen ihnen (unsern Vorstellungen) stets *Tatsachen* zugrunde, die wir *beobachtet* haben. Solche Tatsachen müssen vorhanden gewesen sein bevor im menschlichen

⁶⁹ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

⁷⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁷¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

⁷² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 – Hervorhebung von Kelsen.

Hirn überhaupt der Gedanke an Recht und Rechts|verhältnis aufzudämmern be- |855
 gann“.⁷³ Was soll das heißen: unseren Vorstellungen liegen Tatsachen „zu
 Grunde“? Es gibt Vorstellungen von Tatsachen und Vorstellungen die keine Tat-
 sachen *zum Inhalt* haben. Die Vorstellungen von Gut und Böse sind keine Tat-
 sachen, die Handlung ist eine Tatsache, mit der die Vorstellung gut oder böse
 verbunden wird. Wäre das Recht eine Tatsache, oder der Begriff des Rechtes eine
Abstraktion aus Tatsachen, dann wäre das Recht doch kein bloßes „Gedanken-
 ding.“ Dann wäre es doch sinnlich wahrnehmbar, *beobachtbar!* „Und auch in der
 Gegenwart müssen jedenfalls gewisse Tatsachen vorliegen bevor wir von einem
 Recht und Rechtsverhältnis reden können.“⁷⁴ Das mag richtig sein, sofern Recht
 und Rechtsverhältnis von einer Tatsache ausgesagt, d. h. eine Relation einer Tat-
 sache zu einer Rechtsnorm ausgesagt wird. Doch ist die Rechtsnorm auch an sich
 und ohne Beziehung zu einer konkreten Tatsache Recht. Niemals ist aber die
Tatsache Recht oder Rechtsverhältnis, weil eben diese als *Sein* gegebene Tatsache
 an sich wertindifferent ist, *bedeutungslos* sofern sie eben nicht auf eine Norm, d. h.
 einen objektiven Wert bezogen wird, genauer gesprochen: Sofern irgend ein Tat-
 bestand nicht in der Form des Seins, sondern in der des Sollens gedacht wird.
 Darum ist es nicht nur grundfalsch, sondern in direktem Widerspruch zu der
 einige Zeilen vorher akzeptierten, offenbar aber gänzlich unverstandenen Auffas-
 sung, wenn *Ehrlich* behauptet: „hier (nämlich in den Tatsachen –) ist also die
 Werkstätte des Rechtes zu suchen“.⁷⁵ Und „die erste Frage der Rechtswissenschaft“
 so wie sie *Ehrlich* als Ergebnis dieser völlig verwirrten Argumentation formuliert:
 „welche tatsächlichen Einrichtungen werden im Laufe der geschichtlichen Ent-
 wicklung zu Rechtsverhältnissen und durch welche gesellschaftlichen Vorgänge
 werden sie es?“⁷⁶ Diese Frage ist in dieser Form überhaupt unbeantwortbar, weil
 sinnlos. Denn für eine auf die *Tatsächlichkeit* gerichtete Betrachtung gibt es eben
 immer nur Tatsachen, Wirklichkeiten und keine Werte. Aus einer Wirklichkeit
 kann für die Erkenntnis durch keine Entwicklung ein Wert werden, weil eben der
Wert für eine andere Erkenntnisrichtung gegeben ist, als jene, die sich der Wirk-
 lichkeit zuwendet. Nicht eine Rechtswissenschaft, die über Recht und Unrecht,
 Pflicht und Berechtigung, also *wertende* Erkenntnisse zu befinden hat, sondern
 eine erklärende Sozialpsychologie, die es nur mit wahrnehmbaren Gegebenheiten
 der Wirklichkeit, mit Tatsachen zu tun hat, kann das Problem aufwerfen, wie
 gewisse Sollvorstellungen, Normen als reale psychische Tatsachen, entstanden
 sind, kann vielleicht – als ihren wichtigsten Gegenstand – die Frage aufwerfen,
 durch welche Ursachen es bewirkt wird, daß Menschen einer bestimmten Gruppe
 und Zeitperiode tatsächlich in bestimmter Weise *werten*, speziell auch *rechtlich*

⁷³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

⁷⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

⁷⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁷⁶ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

werten. Solche Soziologie hat es nicht mit dem Wert, sondern mit den *Wertungen* der Menschen zu tun, ist nicht *wertende* sondern *werterklärende* Wissenschaft. Für sie ist insbesondere das Recht | nicht eine als gültig vorausgesetzte Norm, kein objektiver Wert, sondern ein tatsächlicher – an sich wertindifferent – Vorgang, ein bestimmtes geistiges und körperliches Verhalten von Menschen, das in seiner Regelmäßigkeit zu erfassen ist. Ihr Gegenstand ist genau genommen gar nicht das Recht, sondern das Denken, Fühlen oder Wollen des Rechtes, das was die Menschen vom Rechte meinen und in dieser Meinung tun oder lassen. Solche Betrachtungsweise führt niemals zu dem Urteil: dies ist recht oder Unrecht, d. h. dies soll sein oder nicht sein, sondern immer nur zu den Urteilen: dies wird gedacht und getan, d. h.: dies *ist* oder *war*. Die Erkenntnisse solch soziologischer Betrachtung sind ebenso *wertfrei*, wie die der Biologie. Der Unterschied solcher Soziologie zur Rechtswissenschaft (in normativem Sinne) ist der gleiche wie der einer Naturgeschichte der menschlichen Moralvorstellung zu einer dogmatischen Ethik, oder einer Religionsgeschichte zu einer Theologie. Die heillose Konfusion *Ehrlichs* kommt eben daher, daß er diese beiden Betrachtungsweisen nicht zu trennen weiß, daß er auf eine soziologische Seinserklärung *explikativer* Betrachtung hinzieht, dabei aber immer wieder an dem *normativen* Rechtsbegriff, an dem Standpunkt der wissenschaftlichen Wertung festhält.

III.

Als ein wichtiges Ergebnis seiner rechtssoziologischen Untersuchung betrachtet *Ehrlich* die Erkenntnis der von ihm sogenannten „Tatsachen des Rechtes“. Was ist darunter zu verstehen? Es sollen dies jene Tatsachen sein, „an welche der menschliche Geist die Regeln anknüpft“⁷⁷, als welche sich die Organisation der Menschengruppen zu Verbänden darstellt; jene Regeln „die jedem Einzelnen im Verbands seine Stellung und seine Aufgaben zuweisen“⁷⁸ (S. 68/69). Es ist nicht gleich verständlich, was darunter zu verstehen ist, daß eine Regel „an eine Tatsache angeknüpft“⁷⁹ wird. Es scheint, daß darunter nichts anderes verstanden werden kann als daß eine Regel sich auf eine Tatsache als *den Gegenstand der Regelung* bezieht. Die Tatsachen des Rechts sind also vielleicht die Gegenstände der rechtlichen Regelung. Als solche Tatsachen führt *Ehrlich* an: „die Uebung, die Herrschaft, der Besitz, die Willenserklärung“ (69).⁸⁰

Die „Uebung“ soll nach *Ehrlich* etwas anderes sein als Gewohnheitsrecht; Uebung bedeutet hier: „wie es bisher gehalten wurde, soll in Zukunft die Norm

⁷⁷ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 f.

⁷⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

⁷⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68 f. – Kelsen paraphrasiert.

⁸⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 69.

abgeben“.⁸¹ Aber das Gewohnheitsrecht ist doch zweifellos eine solche „Uebung“! „Durch Uebung wird die Stellung des Hauptes, der Organe sowie der Angehörigen des Verbandes (die Ueber- und Unterordnung) und die Aufgaben des Einzelnen bestimmt.“⁸² Also müßte eigentlich die „Uebung“ die einzige Tatsache des Rechts sein; denn einige Zeilen vorher hat *Ehrlich* als Tatsachen des Rechts jene Tatsachen bezeichnet, an welche die Regeln angeknüpft werden, „die jedem Einzelnen im Verbands seine Stellung und Aufgabe anweisen“ (68).⁸³ Auch könnte ja die „Uebung“ nicht so wie der Besitz | oder der Vertrag oder ein Herrschaftsverhältnis | 857 als eine „Tatsache des Rechts“ im Sinne eines Gegenstandes der Regelung aufgefaßt werden. Denn die „Uebung“ ist ja die *Regel* selbst, ist ja nur ein anderes Wort dafür, daß eine Tatsache sich *regelmäßig* wiederholt. Der Besitz, Verträge, Herrschaftsverhältnisse stehen in Uebung, werden „geübt“, d.h. wiederholen sich regelmäßig, sind Inhalt einer Regel, aber doch nicht die Uebung selbst. Wenn irgendwelche *Herrschafts-* oder *Besitzverhältnisse*, wenn irgendwelche Willenserklärungen aus rein faktischen Tatsachen zu Rechtstatsachen werden sollen, so können sie es doch offenbar nur durch *Uebung*; ganz im *Ehrlichschen* Sinne: „so wie es bisher gehalten wurde, soll in Zukunft die Norm abgeben“.⁸⁴ Genauer gesprochen: das was regelmäßig geübt wird, wird zum Inhalt einer Sollvorstellung, einer Norm, die fordert, daß es so sein *solle*. Und *unter Voraussetzung* einer solchen Norm werden jetzt die in der Norm bestimmten Tatbestände rechtlich relevant, Tatsachen des Rechtes. Die Uebung ist der Weg, auf dem in diesem Sinne die Tatsachen zu Tatsachen des Rechtes werden. Die Uebung selbst aber ist keine Tatsache des Rechtes!

Es scheint, daß *Ehrlich* unter „Uebung“ die Ausübung ganz bestimmter Herrschaftsverhältnisse verstanden hat: die Ueber- und Unterordnung im Verbands, die Stellung der Verbandsorgane. Aber da handelt es sich doch offenbar um *Herrschaftsverhältnisse* und *Willenserklärungen* – also zwei *andere* Tatsachen des Rechts im *Eschen* Sinn – die wie alle andern durch Uebung zum Inhalt von Normen wurden! Es ist ein vergeblicher Versuch, sich aus dieser Begriffsverwirrung zu ziehen, wenn *Ehrlich* meint: „Von der in jedem organisierten Verbands vorhandenen Ueber- und Unterordnung, in der sich eben die innere Ordnung des Verbandes ausdrückt, sind die Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse genau zu unterscheiden“.⁸⁵ *Ehrlich* ist in der Neuschaffung von Begriffen und Distinktionen ärger als seine ärgsten Gegner! Eine Verbandsorganisation mit Ueber- und Unterordnung ist also keine „*Herrschafts*“organisation? Die Autoritätsverbände stellen keine Herrschaftsverhältnisse dar? Was ist also „Herrschaft“ zum Unterschied von Ueber- und Unterordnung? „Der Befehl infolge organisatorischer

⁸¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 69.

⁸² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 69.

⁸³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 68.

⁸⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 69.

⁸⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 71.

Ueberordnung ist etwas anderes als der Befehl kraft Herrschaft. Den ersten erteilt der Befehlende für den Verband, den zweiten für sich selbst“ (71).⁸⁶ Gewiß, aber beide Befehle sind doch, sofern sie befolgt werden, für eine *soziologische* Betrachtung Herrschaftsverhältnisse?

Ehrlich unterscheidet zwei Arten von Herrschaftsverhältnissen: „Solche, die sich aus dem Familienverbande ergeben – die Unterwerfung der Kinder unter die väterliche, der Frau unter die eheherrliche Gewalt – und Unterwerfungsverhältnisse rein gesellschaftlichen Ursprungs, die Sklaverei und die Hörigkeit“ (71).⁸⁷ Aber ist denn die Familie nicht *gesellschaftlichen* Charakters und die aus ihr sich ergebenden Herrschaftsverhältnisse nicht | auch „*rein gesellschaftlichen*“ Ursprunges? Der Unterschied liegt wohl in der Tatsache, daß gewisse Herrschafts- und Ausbeutungsverhältnisse, sofern sie zwischen Personen derselben Familie bestehen, durch Beziehungen geschlechtlicher Natur gemildert werden. Diese Tatsache: der Gegensatz wirtschaftlicher und geschlechtlicher Tendenzen wäre Gegenstand soziologischer – allerdings nicht gerade *rechtssoziologischer* Untersuchung. Daß gewisse tatsächliche Herrschaftsverhältnisse auf dem Wege der Uebung im Bewußtsein der Menschen als *gesollte* erscheinen, d. h.: zum Inhalt von Normen werden, ist eine Selbstverständlichkeit. Unrichtig ist aber, wenn *Ehrlich* der herrschenden Auffassung die völlig unvollziehbare Vorstellung in die Schuhe schiebt, erst habe es Rechtssätze gegeben, die gewisse Herrschaftsverhältnisse anbefohlen hätten, und dann erst hätten sich solche in Befolgung der Rechtssätze gebildet: „In der Tat wird auch allgemein angenommen, der Rechtssatz sei es, der die Frau dem Manne, die Kinder der väterlichen Gewalt, den Mündel dem Vormund, den Sklaven und den Hörigen seinem Herrn unterwerfe. Aber die Tatsache der Herrschaft und Unterwerfung war überall früher da als der Rechtssatz, der sie als Bestandteile der Rechtsordnung regelte“ (71).⁸⁸ Wiederum die primitive Verwechslung von *logischer* Voraussetzung der Rechtsnorm und *zeitlichem* Vorgehen einer Tatsache! Um das Verhältnis zwischen Vater und Kind, Herrn und Sklaven als *Rechtsverhältnis* zu deuten, muß eine – irgendwie entstandene – Norm gedanklich vorausgesetzt werden von demjenigen, der solches Rechts-Werturteil abgibt. Das und nichts anderes bedeutet: „Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse ... auf Rechtsvorschriften *zurückführen*“.⁸⁹ Diese Auffassung der „herrschenden Lehre“ ist durchaus vereinbar mit der selbstverständlich von niemandem bisher bezweifelte Tatsache, daß es Herrschaftsverhältnisse gegeben habe, bevor sich im Bewußtsein der Menschen Normen über diese Herrschaftsverhältnisse gebildet haben!

Auch die soziologischen Erkenntnisse, die *Ehrlich* bezüglich des *Besitzes* als Tatsache des Rechts gewinnt, sind im Grunde niemals bezweifelte Selbstverständlichkeiten. Daß das Eigentum als Rechtsinstitut, d. h. die damit bezeichneten

⁸⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 71.

⁸⁷ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 71.

⁸⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 71.

⁸⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 71 – Hervorhebung von Kelsen.

Rechtsnormen im Bewußtsein der Menschen später entstanden sind als die Tatsache der Herrschaft über eine Sache, m. a. W. *daß der Besitz und nicht das Eigentum das Ursprüngliche sei* (76),⁹⁰ hat wohl kein Rechts- und Wirtschaftshistoriker bezweifelt. Auch nicht, daß die Rechtsnormen, aus denen der römisch rechtliche Begriff des Eigentums abstrahiert werden kann, nicht am Anfang der Weltentstehung und auch nicht am Anfang der Rechtsentwicklung fix und fertig aus dem Nichts entsprangen. Es ist auch nicht wahr, was *Ehrlich* behauptet: „Die Lehre von der ‚vollständigen Herrschaft über die Sache‘ wird heute noch zumeist so vorge-
tragen, als ob damit der ganze Inhalt des Eigentums erschöpft wäre, als ob es kein Forstrecht und kein Wasserrecht, kein Bergrecht und kein Agrar[recht, keine Bau- und keine Gewerbeordnung gäbe“ (81).⁹¹ Ob der römisch-rechtliche Begriff des Eigentums mit Rücksicht auf die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen noch einen Sinn hat, ist allerdings eine berechtigte Frage, nur eben keine soziologische, sondern eine der normativen Begriffsbildung. Und es ist auch eine aus der *Ehrlichschen* Darstellung selbst in keiner Weise begründbare Behauptung: „Ueber-
all wird also der *Besitz* zum *Rechtsverhältnis* durch seine *Eingliederung in die Wirtschaftsordnung*“;⁹² es wäre denn, daß die Wirtschaftsordnung zugleich eine *Rechtsordnung* wäre. Daß es *wirtschaftliche* Tatsachen sind, die zur Entstehung von Rechtsnormen über den Besitz führen, dürfte niemand ein Geheimnis sein. Aber nur unter Voraussetzung von solchen Rechtsnormen ist der Besitz ein Rechtsverhältnis. Nun wäre es gewiß ein interessantes Problem, die Entstehung solcher Rechtsnormen durch historisches Material für eine konkrete soziale Gemeinschaft aufzuzeigen. Allein davon findet sich bei *Ehrlich* keine Spur.

Von der Willenserklärung und speziell vom *Vertrage* gibt *Ehrlich* ein durchaus als *Konstruktion* zu charakterisierendes und nicht im entferntesten durch Induktionsmaterial gestütztes Entwicklungsschema. Für alle Gebiete der Erde, wo es in der Rechtsordnung zu Normen über den Vertrag gekommen ist, soll sich die Entwicklung folgendermaßen abgespielt haben: „Man muß bei der Entwicklung der Vereinbarung zu einer Tatsache des Rechtes folgende Stufen unterscheiden: den Barvertrag, den Schuldvertrag, den Haftungsvertrag und den Kreditvertrag“ (87).⁹³ Eine solche Entwicklung ist möglich. Aber ob sie wirklich immer in der Weise vor sich gegangen ist, dafür gibt *Ehrlich* kein selbständiges Material. Er beruft sich auf die „Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte“ (89).⁹⁴ Ueber das Verhältnis von Schuld und Haftung zum *Vertrage* – auf eine Kritik dieser nicht sehr glücklichen Begriffsbildung des deutschen Rechtes kann hier nicht näher eingegangen werden – sagt *Ehrlich*: „Die Schuld ist das *Sollen* des Schuldners, ist das was nach der *Regel des Lebens* als Inhalt einer Verpflichtung

⁹⁰ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 76.

⁹¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 81.

⁹² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 82 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 87.

⁹⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 89.

gilt. Die Haftung ist das Zugriffsrecht des Gläubigers, das ihm auch gegen den Willen des Schuldners Befriedigung verschafft und die Vereinbarung wird aus einer bloßen Tatsache zu einer Tatsache des Rechtes, und damit zum *Vertrage*, wenn aus dem Uebereinkommen auch nur eine Schuld und keine Haftungen entstehen“ (84).⁹⁵ Ehrlich betont, „daß es für das wirtschaftliche Leben vor allem auf die Schuld, nicht auf die *Haftung* ankomme, daß es in der großen Mehrzahl der Fälle fast gleichgültig ist, ob ein Vertrag *klagbar* ist, wenn nur nach der Regel des Handelns, die das Leben beherrscht, auf dessen Erfüllung gerechnet werden kann“ (88).⁹⁶ Und konstatiert schließlich: „Es ist daher notwendig, nicht bloß in der Geschichte, sondern auch im geltenden Rechte daran festzuhalten, daß es neben den *Vereinbarungen, die ganz außerhalb des Rechtes* stehen, Verträge gibt, die eine Schuld, aber keine Haftung, die nur eine Regel, nach der sich die Menschen im Leben richten, nicht aber eine Regel, nach der die Behörden vorgehen, bedeuten, und daß diese Verträge für das *wirtschaftliche Leben* ebenso wichtig sind, wie die klagbaren Verträge“ (80)⁵.⁹⁹

Allein demgegenüber muß die Frage aufgeworfen werden, wie sich eigentlich jene Verträge, „die ganz außerhalb des Rechtes stehen“¹⁰⁰ von jenen unterscheiden, die zwar eine Schuld aber keine Haftung bedeuten in dem Sinne, daß gegen ihre

| 860

| 860

[⁵] Zweifellos ist die von Ehrlich vertretene Auffassung, in der Entwicklung des deutschen Rechtes hätten die Verträge ursprünglich eine Schuld und keine Haftung begründet, durchaus *mißverständlich*. Amira hat (in seiner Rezension des Gierkeschen Werkes über „Schuld und Haftung“ Zeitschr. für Rechtsgesch. XXXI. Bd., S. 486)⁹⁷ mit allem Nachdruck darauf hingewiesen, daß es sich bei der Scheidung von Schuld und Haftung bloß „um einen *logischen Unterschied*“ handle, daß es ein Irrtum sei, zu meinen, Schuld und Haftung seien erst im Laufe der Entwicklung „zusammengewachsen“. Und Schwerin sagt (Deutsche Rechtsgeschichte, S. 57, Anm. 6):⁹⁸ „Es ist nicht anzunehmen, daß zu irgendeiner Zeit der Schuldner nicht auch in der Regel sollte gehaftet haben.“

Wenn „Schuld“ *rechtliches Sollen* bedeutet, dann kann von einer solchen nur dort die Rede sein, wo gegen ihre Verletzung eine Reaktionsmöglichkeit seitens der Rechtsgemeinschaft gegeben ist, eine Exekution auch gegen den Willen des Schuldners gegen ihn geführt werden kann. Völlig irrig ist es aber, wenn Ehrlich die Haftung begründende[n] Obligationen mit *klagbaren* geradezu identifiziert und dabei von Rechtsverbindlichkeiten spricht, die keine Haftung begründen! Jede *Rechtsverbindlichkeit* ist und war auch im Deutschen Rechte *klagbar* und stand hier letzten Endes unter der Sanktion der Friedlosigkeit und Vermögenskonfiskation, d. h. für Forderungen, bei denen nicht ein besonderes Exekutionsobjekt (Pfand oder Bürge) gestellt wurde, *haftet* der Schuldner eben mit seiner ganzen Person und daher mit seinem ganzen Vermögen!

⁹⁵ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 84 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁶ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 88 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁷ Karl von Amira, [Buchbesprechung:] Otto Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte (100. Heft der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechts-Geschichte. Breslau, M. & H. Marcus 1910). XXVIII und 388 SS., in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 31 (1910), S. 484–500 (486).

⁹⁸ Claudius Freiherr von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig und Berlin 1912, S. 75 Anm. 6.

⁹⁹ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 88f. – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁰⁰ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 88.

Verletzung keine spezifische Reaktion der Rechtsgemeinschaft (oder eine Reaktion jener spezifischen Gemeinschaft) einzutreten hat. Jede Vereinbarung – auch die nichtrechtliche – sofern sie überhaupt als verbindlich vorausgesetzt wird, bedeutet eine Schuld, in dem Sinne, daß die vereinbarenden Parteien sich vereinbarungsgemäß verhalten sollen. Dieses Sollen kann ein moralisches oder ein Sollen der Sitte sein – je nachdem man eben eine Norm der Moral oder des Anstandes voraussetzt. Wann ist der Vertrag aber ein *rechtlicher*, das Sollen ein rechtliches, die Schuld eine rechtliche? Welches ist das Kriterium dafür, wenn nicht die Möglichkeit einer spezifischen Reaktion seitens der organisierten Rechtsgemeinschaft, die „Haftung“ im Sinne der *Ehrlichschen* Terminologie, die Haftung und Klagbarkeit identifiziert? Daß nicht-klagbare, haftungslose Verträge für die Wirtschaft von größter Bedeutung sein mögen, wer bezweifelt dies? Aber sind Recht und Wirtschaft identisch? Sind nicht gewisse moralische Pflichten für die Gesellschaft wie für das Individuum von allergrößter Bedeutung, müssen sie *darum* Rechtspflichten sein?

[Nun *Ehrlich* bleibt die Antwort auf diese Frage nicht schuldig, was eigentlich |861 das Wesen jener Normen oder Regeln sei, deren Erklärung den besonderen Gegenstand seiner *Rechtssoziologie* bildet, die ja als eine *besondere* Disziplin sich von einer allgemeinen Gesellschaftslehre unterscheidet. *Ehrlich* anerkennt die Notwendigkeit, den Gegenstand seiner neuen Wissenschaft von dem einer Soziologie der Moral, der Sitte, der Kunst oder Religion abzugrenzen. Aber wie zieht er diese Grenze? Die Wichtigkeit der Frage und die Eigenart der Antwort, die *Ehrlich* auf sie gibt, rechtfertigen ein längeres Zitat: „So schwierig es aber auch ist, wissenschaftlich die Grenze zwischen der Rechtsnorm und anderen Arten der Norm zu ziehen, praktisch besteht diese Schwierigkeit nur selten ... Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der außerrechtlichen Norm¹⁰¹ ist nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie.“¹⁰² Nun drängt sich einem hier schon der Einwand auf, ob denn die „gesellschaftliche Psychologie“ keine Gesellschaftswissenschaft sei, und ob eine Frage, die nichts weniger als die Abgrenzung des Erkenntnisobjektes der *Rechtssoziologie* bezweckt, wirklich keine Frage der Gesellschaftswissenschaft sein kann. Allein dieser Einwand wird entschieden zurückgedrängt durch das Erstaunen, in das einen die nun folgende Lösung des Problems versetzt: „Die *verschiedenen Arten von Normen* lösen verschiedene *Gefühlstöne* aus und wir antworten auf Uebertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der *Empörung*, das einem *Rechtsbruch* folgt, mit der *Entrüstung* gegenüber einer Verletzung des *Sittengebotes*, mit der *Aergernis* aus Anlaß einer *Unanständigkeit*, mit der *Mißbilligung* der Taktlosigkeit, mit der *Lächerlichkeit* beim Verfehlen des *guten Tones* und schließlich mit der *kritischen Ablehnung*, die die

¹⁰¹ «Norm»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 132: «Normen».

¹⁰² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 132.

Modehelden denen angedeihen lassen, die sich nicht auf ihrer Höhe befinden“ (S. 132).¹⁰³ Unter den nicht spärlichen Versuchen das Wesen des Rechtes zu bestimmen, bedeutet dieser sicherlich den Gipfel der Kuriosität! Und es ist wirklich zu bedauern, daß die „herrschende Lehre“ sich diese Theorie noch nicht angeeignet hat, denn dann wäre es gewiß ein Hochgenuß, den Spott der *Ehrlichschen* Kritik zu bewundern! So aber ist es *Ehrlich* vorbehalten geblieben, das Gefühl der „Empörung“ von dem der „Entrüstung“ zu unterscheiden, zwischen dem „Gefühlston“ der „Mißbilligung“ und dem der „kritischen Ablehnung“, des (!) „Aergernis“ und der „Lächerlichkeit“ zu differenzieren! Wahrlich, diese Psychologie eines die Wirklichkeit beobachtenden Soziologen reicht fast an die Orgien der psychologischen Jurisprudenz heran, die freilich nur mit „blutleeren Abstraktionen“ arbeitet. Um die Brauchbarkeit der *Ehrlichschen* Kriterien zu ermessen, muß man sich nur etwa die Rechtsnorm, den Mietzins antizipando zu zahlen oder 6% Zinsen bei Handelsgeschäften zu entrichten, beides doch durchaus *Regeln des Lebens* und nicht bloße Entscheidungs|normen (die freilich *auch* Rechtsnormen sind) und etwa die Moralnorm der Barmherzigkeit, oder die der Wahrhaftigkeit vorstellen. Wie ließe sich das Gefühl der „Empörung“ bei Verletzung der ersteren, mit dem der „Entrüstung“ bei der Verletzung der letzteren verwechseln! Oder ist es vielleicht „Entrüstung“, die eine Rechtsverletzung begleitet und „Empörung“, die eine Unsittlichkeit auslöst? Aber vielleicht sind es viele, die sich schon über eine Taktlosigkeit „empören“ und dabei sagen, daß sie „entrüstet“ seien und sehr viele, die eine Rechtswidrigkeit nur „mißbilligen“. An eueren Gefühlstönen sollt ihr sie erkennen,¹⁰⁴ die Normen nämlich; aber schon viele haben sich, scheint es, „lächerlich“ gemacht und dabei wahrhaftig gegen andere Normen als die des guten Tones verstoßen! Es ist ein zu billiges Vergnügen, die *Ehrlichschen* Kriterien der sozialen Normkategorien zu prüfen. Zumal sie ja *Ehrlich* selbst nicht ganz befriedigt zu haben scheinen. Denn er hat das Bedürfnis, speziell die Rechtsnormen noch in anderer Weise zu charakterisieren, als durch das Gefühl der „Empörung“, das ihre Verletzung auslöst. So sagt er, scheinbar seine Gefühlstheorie erklärend, in Wahrheit aber ein ganz anderes Kriterium heranziehend, „der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben. Danach muß man die Rechtsnorm erkennen“ (132).¹⁰⁵ Nun ist die *opinio necessitatis* bei einer Uebung etwas anderes als das Gefühl der Empörung bei der Normverletzung. Aber abgesehen davon, wie soll das ein Unterschied zwischen Recht und Moral sein? Trägt nicht auch das Moralgesetz den Charakter der Notwendigkeit? Ist nicht die sittliche *necessitas* zumindest eine solche wie die rechtliche?

¹⁰³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 132 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁰⁴ Vgl. Gal 5,19: „An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen“.

¹⁰⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 132.

Kaum ernst zu nehmen ist, wenn *Ehrlich* des weiteren behauptet: „Die Rechtsnorm regelt wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgeht, eine Sache von großer Wichtigkeit, von grundlegender Bedeutung ... Nur Gegenstände von minderer Wichtigkeit werden anderen gesellschaftlichen Normen überlassen“ (134).¹⁰⁶ Enthalten die *moralischen* und *religiösen* Normen wirklich Gegenstände von minderer Wichtigkeit als die Normen über das Darlehen oder das Pachtverhältnis? Ein Tappen nach einem Kriterium ganz anderer Art ist der schon erwähnte Versuch, die Rechtsnormen von den andern Normen dadurch zu scheiden, daß die erstern als „stets in klaren bestimmten Worten ausdrückbar, als in klare Worte gefaßt“¹⁰⁷ bezeichnet werden (135). Nur vergißt *Ehrlich* hier ganz, daß er einige Kapitel früher die Rechtsnorm gerade durch den Mangel dieses klaren In-Worte-gefaßt-Seins charakterisiert und diese Eigenschaft nur den für die Rechtssoziologie nebensächlichen „Rechtssätzen“ zugesprochen hat!¹⁰⁸ Und es bedeutet schließlich wiederum die Akzeptierung eines ganz neuen Kriteriums, wenn *Ehrlich* am Ende erklärt: „Rechtsnormen sind die aus den Tatsachen des Rechts fließenden Normen“ (136).¹⁰⁹ Aber was soll diese Bestimmung bedeuten? Sind doch die „Tatsachen des Rechtes“ nichts anderes als alle nur irgend möglichen Gegenstände der rechtlichen, aber nicht | nur dieser, sondern jeder sozialen Regelung! Herrschaftsverhältnis, Besitz, Willenserklärung! Aber selbst diese Bedeutung wird noch abgeschwächt durch den Zusatz *Ehrlichs*, daß sich Rechtsnormen auch aus „Rechtssätzen des staatlichen und Juristenrechtes ergeben“¹¹⁰ können. Daß sich nur bei diesen Normen *opinio necessitatis* findet, wie *Ehrlich* hier meint, ist wohl kaum zu akzeptieren! Und was nützte selbst diese Annahme! *Ehrlich* versichert, daß nicht alle Normen, die aus den Tatsachen des Rechtes oder aus Rechtssätzen entstehen, Rechtsnormen seien! Aber nur bei ihnen finde sich *opinio necessitatis*. Bei allen, oder nur bei welchen von ihnen? Es ist zwar nicht einzu- sehen, warum Tatsachen, aus denen neben Rechtsnormen auch „Normen, die dem Rechte nicht angehören“,¹¹¹ Moralnormen, Normen der Sitte und Religion usw. „fließen“ können, gerade Tatsachen „des Rechtes“ heißen, aber sei's drum. Schließlich endet *Ehrlich* ja doch bei dem naiven Bekenntnis: „Eine positive Abgrenzung der Rechtsnorm von anderen Normen ist daher durch diese Kennzeichen nicht gegeben! Dies würde wohl *vor allem* eine eingehende Untersuchung der Natur der

| 863

¹⁰⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 134.

¹⁰⁷ «ausdrückbar, als in klare Worte gefaßt»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 135: «ausdrückbar. Sie gibt dadurch den Verbänden, die auf der Rechtsnorm beruhen, ihre Festigkeit. Verbände, die sich nicht auf Rechtsnormen aufbauen, etwa politische Parteien, religiöse Richtungen, verwandtschaftliche Gruppen, gesellschaftliche Beziehungen, haben daher immer etwas Loses, Lokkeres, bis sie die Rechtsform annehmen. Auch Normen der Sittlichkeit, der Sitte und des Anstandes werden oft zu Rechtsnormen, sobald sie aus ihrer Allgemeinheit heraustreten und in klare Worte gefaßt».

¹⁰⁸ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 29f.

¹⁰⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 135f.

¹¹⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 136.

¹¹¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 136.

Normen nichtrechtlicher Art *voraussetzen*“ (136).¹¹² Und eine Soziologie des Rechtes, eine *Grundlegung* dieser Soziologie des Rechtes sollte möglich sein ohne diese Voraussetzung? Ist da der längst verhaltene Zweifel noch zurückzuhalten, ob denn die allgemeinen Sätze, die das Ergebnis der *Ehrlich'schen* Untersuchung sind, sich wirklich auf das *Recht* als ein irgendwie abgegrenztes Objekt oder ob sie sich nicht im allgemeinen auf Regeln sozialen Verhaltens beziehen, in eben dieser Allgemeinheit aber ziemlich nichtssagende Konstruktionen und allgemeine Platitüden sind?

IV.

Ein besonders charakteristischer Zug der *Ehrlich'schen* Rechtssoziologie ist die scharfe Scheidung von Recht und Staat. Mit dem größten Nachdruck hebt *Ehrlich* immer wieder als einen der schwersten Irrtümer der heutigen Jurisprudenz hervor, daß sie das Recht auf den Staat zurückführe, daß sie „nur *staatliches* Recht anerkenne, während doch das außerstaatliche oder gesellschaftliche Recht den weitaus größeren und wichtigeren Bestandteil der Rechtsordnung bilde“ (S. 9 ff. 49 ff. 110 ff. 295 ff.).¹¹³ Was *Ehrlich* eigentlich unter „staatlichem“ Rechte versteht, ist nicht leicht festzustellen. Es wird bald als das „vom Staate geschaffene“ Recht (S. 8)¹¹⁴ bezeichnet, bald mit dem „Gesetz“, mit dem „vom Staat als Gesetz verkündeten Recht“ (S. 11)¹¹⁵ identifiziert; bald wieder unter staatlichem Recht die Regeln für das Verhalten der Gerichte und andere[r] staatlichen Behörden (im Gegensatz zu den Regeln allgemeinen menschlichen Handelns) verstanden (S. 15).¹¹⁶ Dann scheint es wieder, als ob staatliches Recht der Inbegriff der staatlichen zwangandrohenden Normen wäre (57).¹¹⁷ Zwar werden auf S. 9 ff.¹¹⁸ staatliches Recht und Gesetz identifiziert, indem der Vorwurf: „*Die heutige Jurisprudenz kennt nur staatliches Recht*“¹¹⁹ | auch mit den Worten ausgedrückt wird: „*Wo wird dieses außerstaatliche Recht erforscht? wo wird es dargestellt? Wo wird es gelehrt? Es ist gewiß nicht allzu gewagt, wenn hier behauptet wird, Forschung, Literatur und Unterricht kennen heutzutage auf dem europäischen Festlande kein anderes Recht als das Gesetz*“ (9);¹²⁰ doch S. 110¹²¹ wird behauptet: „Staatliches Recht ist genau vom Gesetz zu unterscheiden. Staatliches Recht geht nicht der Form, sondern dem Inhalte nach vom Staate aus. Es ist ein Recht, das nur durch den Staat entstanden

¹¹² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 136 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹¹³ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 9–19, 49–66, 110–137 und 295–314 – Zitat n.e.

¹¹⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 8.

¹¹⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 11.

¹¹⁶ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 15.

¹¹⁷ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 57.

¹¹⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 9–19.

¹¹⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 10 – Hervorhebung von Kelsen; Kelsen zitiert den Kolummentitel.

¹²⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 8 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

¹²¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 110.

ist und ohne Staat nicht bestehen könnte. Es ist dabei gleichgültig in welcher Form es besteht¹²².“ S. 115¹²³ wird das Wesen des staatlichen Rechtes charakterisiert als staatlicher Befehl „an die Gerichte und die sonstigen Behörden, wie sie vorgehen sollen“. S. 296¹²⁴ wird aber differenziert. Für das staatliche Recht werden zwei Haupttypen genannt: „Für den Staat gibt es zwei Wege, um durch sein Recht zu wirken, der eine ist durch *Entscheidungsnormen*. Der Staat schreibt seinen Gerichten und anderen Behörden vor, wie sie Angelegenheiten, die ihnen von den Beteiligten zur Entscheidung vorgelegt werden, entscheiden sollen. Die Mehrzahl der Entscheidungsnormen sind allerdings dem Juristenrechte entnommen: *staatliches Recht* sind sie nur dann, wenn sie *unabhängig vom Juristenrechte entstanden* und *staatliche Zwecke zu fördern* bestimmt sind. Die andere Art des staatlichen Rechts sind die *Eingriffsnormen*: sie weisen die Behörden an einzugreifen, ohne Rücksicht darauf, ob sie angerufen sind“. Es wird nicht leicht fallen, festzustellen, was an dem in Form des Gesetzes niedergelegten Rechte gesellschaftliches und was *staatliches* Recht ist, was Rechtssatz gewordenes Juristenrecht, was Entscheidungsnorm und was Rechtsnorm im eigentlichen Sinn von allgemeiner Regel des Handelns ist. Das alles steckt offenbar im Gesetzesrecht drinnen. Jedenfalls ist dieser zuletzt entwickelte Begriff des staatlichen Rechtes ein ganz anderer und zwar ein viel engerer als jener, der in dem zu Beginn der *Ehrlich'schen* Arbeit erhobenen Vorwurf liegt, daß sich die heutige Jurisprudenz nur mit „staatlichem Recht“, weil nur mit dem „Gesetze“ befasse.¹²⁵ Ob die Scheidung des auf dem Wege der Gesetzgebung entstandenen Rechtes in staatliches und nicht-staatliches durchführbar ist, muß ernstlich bezweifelt werden. Soweit die Ausführungen *Ehrlich's* verständlich sind, ist „staatliches Recht“ nur in dem Maße halbwegs abgrenzbar, als darunter „Staatsrecht“, nämlich Staats- und Verwaltungsrecht zu verstehen ist.

Das *Auftreten des staatlichen Rechtes* neben dem bisher nur gesellschaftlichen charakterisiert *Ehrlich* folgendermaßen: „Noch viel später als staatliche Rechtspflege tritt *staatliches Recht* in die Geschichte ein. Zunächst erzeugt der Staat selbstverständlich seine eigene Ordnung, das *Staatsrecht* und wenn er Behörden schafft, von was immer für einer Art, so schreibt er ihnen ihre Zuständigkeit, ihre Geschäftsordnung, zuweilen auch | das Verfahren vor.“¹²⁶ Nun muß es höchst rätselhaft erscheinen, wie eine staatliche Rechtspflege möglich sein soll, bevor es eine staatliche Ordnung gibt. Aber was ist dieses Rätsel, neben der geheimnisvollen Vorstellung eines Staates, der seine eigene Ordnung schafft! Da doch in dem „Staat“ kaum etwas anderes als eine bestimmte Ordnung verstanden werden kann, so liegt einfach das Problem vor: wie eine Ordnung sich selber schafft. Wie dem aber auch sei, das eine scheint doch aus diesen Äußerungen *Ehrlich's* hervorzu-

| 865

¹²² «besteht»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 110: «entsteht».

¹²³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 115.

¹²⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 296 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹²⁵ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 14.

¹²⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 115 – Hervorhebungen von Kelsen.

gehen: Daß „*staatliches Recht*“ vor allem (historisch zumindest) in erster Linie Staatsrecht sei: das vom Staate geschaffene Recht. Allein diese auf S. 115¹²⁷ klar und unzweideutig ausgesprochene Auffassung *Ehrlichs* widerspricht leider *Ehrlich* selbst. Auf S. 304¹²⁸ sagt er nämlich: „Wenn der Staat sich selbst oder seinen Behörden die Stellung und die Aufgabe vorschreibt, *so ist das allerdings nicht staatliches Recht* im eigentlichen Sinn des Wortes, sondern ein Recht des Staates. Der Staat gibt sich und seinen Behörden damit die Ordnung, wie sich jeder andere gesellschaftliche Verband eine Ordnung geben muß.“ Was demnach eigentlich staatliches Recht sein soll, muß Geheimnis bleiben. In demselben Kapitel, es ist: „Das staatliche Recht“ betitelt,¹²⁹ untersucht *Ehrlich* die Wirkungen des *staatlichen* Rechtes und insbesondere der „staatlichen Entscheidungsnormen“ und hier identifiziert er einfach „*gesetzliches*“ Recht mit staatlichem Recht, obgleich er einige Zeilen vorher (S. 296)¹³⁰ erklärt, daß die Mehrzahl der im Gesetzbuch niedergelegten „Entscheidungsnormen“ *Juristenrecht, nicht staatliches* Recht seien. *Ehrlich* sagt nun (S. 297):¹³¹ „Die Wirkung der staatlichen Entscheidungsnormen wird im allgemeinen sehr überschätzt ... Ich habe vor mehreren Jahren eine Umfrage vorgenommen, die sich darauf bezogen hat, wieviel aus dem seit nunmehr hundert Jahren geltenden *österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch* wirklich ins Leben gedrungen ist.“ Ist das bürgerl. Gesetzbuch staatliches Recht?

Sofern *Ehrlich* die Unabhängigkeit von Recht und Staat gegenüber der Anschauung vertritt, daß der Staat das *Recht* erzeuge, ist ihm beizustimmen. Allein nur von einer Erkenntnis aus, der *Ehrlich* freilich ganz ferne steht: daß nämlich der Staat *überhaupt* nicht imstande sei, Recht zu erzeugen, daß die Vorstellung eines das Recht erzeugenden Staates unvollziehbar sei. Auf den Nachweis dieser Behauptung kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden. Gegen *Ehrlich* muß nur betont werden, daß mit der *Möglichkeit* irgendwelchen *staatlichen* Rechtes von einem juristisch-normativen Standpunkt aus die Konsequenz unvermeidlich ist, staatliches Recht als die einzige oder doch oberste Ordnung gelten zu lassen.

Die sozialen Einheiten, die *Ehrlich* dem Staate vorangehen läßt, bezeichnet er als „Stamm“, „Sippe“, „Hausgemeinschaft“ (S. 111),¹³² „Familie“, „Dorf“. Er spricht von „Dorfgerichten“, „Familiengerichten“ und wird wohl auch Gerichte der Sippe und des Stammes | nicht für ausgeschlossen halten.¹³³ Er setzt also diese Gemeinschaften als *Rechtsgemeinschaften* voraus, von denen Rechtsnormen zur Anwendung kommen.¹³⁴ Er vertritt allerdings, gestützt auf die Autorität *Gierkes*, die Meinung, daß nicht nur die von der Rechtsgemeinschaft resp. deren Organen

¹²⁷ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 115.

¹²⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 304 – Hervorhebung von Kelsen.

¹²⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 295–314.

¹³⁰ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 296.

¹³¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 297 – Hervorhebung von Kelsen.

¹³² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 111.

¹³³ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 113.

¹³⁴ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 21.

angewendeten Normen als Rechtsnormen zu gelten zu haben.¹³⁵ Rechtspflichten seien auch jene Pflichten, zu deren Schutz keine „höhere Verbandsgewalt“ befugt war einzugreifen (128).¹³⁶ Allein wodurch unterscheiden sich diese Pflichten von allen Pflichten der Sitte, der Moral? Wenn das Recht *Verbandsnorm*, Organisationsregel ist, wie kommt in diesen Verhältnissen der *Verband*, die höhere soziale Einheit, die Organisation zum Ausdruck? In der Moral und Sitte wird doch die Gemeinschaft als überindividuelle Einheit gar nicht existent! „Die Vorstellung, daß das, was vom Herren dem Untergebenen zu gewähren ist, im *Rechtssinne geschuldet* wird, ist allem germanischen *Verbandsrecht* immanent. Erzwingbare Pflichten entwickeln sich daraus nur, wenn und soweit eine höhere Verbandsgewalt befugt wurde, zum Schutze der Rechte der Verbandsangehörigen einzugreifen“ (128).¹³⁷ Allein wie kann man von einem „Verbandsrecht“ reden, wenn das Recht keine Beziehung zum Verband als solchen hat?

Nichts anderes als die *Rechtsgemeinschaft* ist seinem innersten Wesen nach der *Staat*, die höchste, oberste Rechtsgemeinschaft, jene soziale Einheit, die in einer Rechtsordnung gedacht wird: die Rechtsorganisation. Nun wird man gewiß einwenden, es sei doch unmöglich, den Stamm, die Sippe als *Staat* zu denken, wo diese Gruppen doch *Bestandteile* höherer sozialer Einheiten, vielleicht sogar des Staates selbst seien. Gesetzt, eine als Rechtsgemeinschaft organisierte Sippe oder sonstige Gruppe niederer Ordnung sei mit andern zu einer höhern Einheit verbunden. Allein worin besteht diese Verbindung? Welcher Art ist diese *Organisation*, durch welche mehrere Untergruppen zu einer höhern Einheit verbunden werden? Diese Ordnung ist doch selbst wieder nur eine *Rechtsordnung*, die Pflichten der Einzelnen statuiert; eine Rechtsordnung, die von bestimmten Organen – den Organen der höheren Gemeinschaft – angewendet wird, und in die sich die Rechtsordnungen der Unterverbände *widerspruchslos* einfügen müssen. Soll die alle Unterverbände zusammenfassende höhere Gemeinschaft wirklich eine soziale *Einheit* sein, d. h. als Einheit gedacht werden können, dann müssen die Organe der Unterverbände denen des Oberverbandes irgendwie subordiniert gedacht werden, dann müssen die im einzelnen differierenden Rechtsordnungen dieser Teilverbände nur innerhalb jener Schranken als gültig und differenzierbar vorgestellt werden, die ihnen durch die Organisation der höheren, sie alle zu einer Einheit zusammenfassenden Gemeinschaft gezogen sind. Eine andere als diese *normative* Konstruktion der sozialen Einheiten ist aber nicht möglich. So werden in der gedanklichen Konstruktion – in der allein die *ideelle* Einheit der sozialen Gruppen gegeben | ist – die Untergruppen zu Organen der obersten Gemeinschaft, und es bilden die innerhalb lokaler und sachlicher Schranken immerhin stark voneinander abweichenden Rechtsordnungen der einzelnen Untergruppen dennoch zu-

| 867

¹³⁵ Vgl. Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 18.

¹³⁶ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 128.

¹³⁷ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 1), S. 128 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

sammen mit der Organisation der oberen Gemeinschaft ein einheitliches System von Normen, eine einheitliche Rechtsordnung. Diese letzte über den Einzelgruppen sich aufbauende Gemeinschaft ist als Rechtsgemeinschaft: *der Staat*. Was anderes sollte denn der Staat sein?

Ehrlich meint, der Staat sei keine Rechtsgemeinschaft; „seinem Ursprunge nach ist der Staat ein *militärischer Verband*, der zum Rechtsleben nur in sehr loser Beziehung steht; und ein ganz überwiegend militärischer Verband ist er, *abgesehen von einigen modernen Staatenbildungen* in den früheren und gegenwärtigen englischen Kolonien in Nordamerika und anderen Weltteilen, seinem Wesen nach bis in die Gegenwart geblieben“ (111).¹³⁸ Schon aus diesen Worten sieht man deutlich, daß es *Ehrlich* bei der Frage nach dem Wesen des Staates offenbar auf etwas ganz anderes ankommt, als auf jenen *Begriff* des Staates, dessen Relation zum Begriff des Rechtes in dem Problem Staat–Recht in Diskussion steht. *Ehrlich* sagt, der Staat sei ein militärischer Verband und gibt im gleichen Atem zu, es gäbe *Staaten*, die keine solchen Verbände wären. Ganz abgesehen aber von den Ausnahmen, die *Ehrlich* selbst macht, ist z. B. ein neutralisierter Staat, der im Vertrauen auf internationale Verträge keinerlei militärische Organisation aufzuweisen hat, keine Heere, keine Festungen, etwa kein Staat? Würden die heutigen Staaten, wenn die Friedensidee siegte, aufhören Staaten zu sein? Die militärischen Zwecke mögen die meisten der historisch bekannten Staaten charakterisieren, aber darum ist der *Begriff* des Staates doch nicht als militärische Organisation zu bestimmen. Ebensovienig wie der *Begriff* des Staates als „Ausbeutungsorganisation“ bestimmt ist, wenn auch die meisten historisch bekannten Staaten Ausbeuterorganisationen waren. Im *Begriff* des Staates müssen nicht nur einige oder die meisten historisch bekannten als „Staat“ bezeichneten Gebilde sondern jeder mögliche oder denkbare Staat Platz finden. Es ist von vornherein ein verfehltes Beginnen, so wie *Ehrlich* und manche andere versuchen, den Staat *materiell* nach seinem Inhalt, nach den Zwecken bestimmen zu wollen, die in der Form des Staates verfolgt wurden. Denn der Staat ist eine *Form* sozialer Einheit, nicht ein Inhalt! *Ehrlich* meint: „Das früheste Gebilde, das noch historisch mit dem heutigen Staate irgendwie zusammenhängt, ist das Bündnis des kriegerischen Adels mehrerer sprachverwandten Stämme, die sich, gefolgt von den übrigen Freien, nicht bloß vorübergehend für den einzelnen Fall, sondern dauernd einen Führer im Kriege geben“ (111).¹³⁹ Allein es ist nicht einzusehen, warum zwar nicht der als Rechtsgemeinschaft *organisierte Stamm*, dagegen aber der „verbündete Adel“ mehrerer Stämme Staat sein soll, zumal *Ehrlich* diesen „Staat“ als eine Art Erpresserbande charakterisiert: „*Der Staat* soll vor allem dem König, dem ständigen Heerführer und seinem Gefolge die erforderlichen materiellen Hilfsmittel beistellen. Das geschieht zuerst durch ein sehr dringliches Abfordern von Geschenken, steigert sich später zumal im Oriente, zu förmlichen

| 868

¹³⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 110f. – Hervorhebungen von Kelsen.

¹³⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 111.

Erpressungen“ (111).¹⁴⁰ Einen *Staat* sollen also mehrere Stämme bilden, weil und sofern eine „Gruppe von Adeligen“ das Volk dieser Stämme erpresserisch ausbeutet? Darin soll die soziale Einheit „Staat“ gegeben sein? Von einem Staat – sofern darunter eine soziale Einheit verstanden werden soll – kann doch nur im Falle einer *Organisation* die Rede sein, die willkürlichen und regellosen Brandschatzungen einer Räuberbande, als welche sich die „Erpressungen“ des „kriegerischen Adels mehrerer sprachverwandter Stämme“¹⁴¹ darstellt, sind doch noch keine staatliche Ordnung. Liegt aber eine militärische *Organisation* vor, d. h. sind *Normen* vorauszusetzen, nach denen die Leistungspflichten der Einzelnen statuiert sind, dann ist ein *Staat* gegeben, nicht wegen des besonderen *Inhaltes* dieser Normen, sondern weil eine *Ordnung* gegeben ist, die ihrer Natur nach eine *Rechtsordnung* sein muß. Wenn *Ehrlich* hervorhebt: Die Rechtsgeschichte lehre, daß die Gesetzgebung dem Staate nicht von Anfang an zustehe (112),¹⁴² so ist das vollkommen richtig! Welcher normale Jurist weiß nicht, daß die Rechtserzeugung durch lange Perioden hindurch auf dem Wege der „Gewohnheit“ vor sich gegangen ist? Allein *Ehrlich* operiert mit einem ganz willkürlichen Staatsbegriff, wenn er behauptet, auch die Rechtspflege, die Rechtsanwendung sei ursprünglich in keinem Zusammenhange mit dem Staate. Dies ist unmöglich, wenn man unter „Staat“ die oberste Rechtsgemeinschaft, die Rechtsorganisation versteht. Und von diesem Standpunkte aus ist es durchaus willkürlich, den kleineren selbständigen Rechtsgemeinschaften, die man als die ursprünglicheren *vermutet*, – historische Belege für die Urgeschichte des Rechtes und Staates fehlen noch – den Charakter von Staaten abzusprechen, und erst den Verbänden zuzuerkennen, die durch das Zusammenfließen mehrerer solcher Gruppen entstehen. Daß aber bei einer *Rechtsorganisation* der großen Gesamtgemeinschaft die Rechtsordnungen der ursprünglich selbständigen Gruppen ihre individuelle, lokale Besonderheit nur innerhalb der Schranken der ersteren beibehalten können, d. h.: mit der Rechtsorganisation der Gesamtgemeinschaft eine Einheit bilden müssen, somit die Rechtsorgane der Teilgruppen als Organe der Gesamtheit gedacht werden können, das ist nur die Konsequenz der Tatsache, daß die ursprünglich selbständigen Gruppen untereinander zu einer höheren Einheit verschmolzen sind.

Es ist wieder eine ganz andere als die juristische Betrachtungsweise und ein anderer als der übliche Staatsbegriff, wenn *Ehrlich* ausführt, *staatliche* Gerichte und damit staatliche Rechtsanwendung gäbe es erst insofern, als solche der „Befehlsgewalt des Heerführers“ entspringen. Nur die vom Heerführer oder dessen Organen ausgeübte Rechtspflege sei *staatlichen* Charakters.¹⁴³ | Allein die Art der Berufung ist für diese Frage gleichgültig; auch von der Gemeinde gewählte Richter sind Organe des Staates, wenn die Gemeinde organischer Bestandteil des Staates

| 869

¹⁴⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 111 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁴¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 111.

¹⁴² Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 112.

¹⁴³ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 113f.

ist. *Ehrlich* meint, die erste staatliche Gerichtsbarkeit sei die des König-Heerführers. Allein in historischer Zeit ist der König ebenso oberster Richter wie oberster Heerführer. Wenn man sich den Staat in eine Reihe von kleineren Rechtsgemeinschaften mit eigenen voneinander gänzlich verschiedenen Rechtsordnungen und eigenen voneinander gänzlich unabhängigen Rechtsorganen (Gerichten) zerfallen denkt, worin besteht dann das all diese Gruppen einigende Band, das aus diesen Einzelgruppen einen einheitlichen *Staat* macht? Irgend eine gemeinsame *Ordnung* muß doch gegeben sein –, eine Ordnung, die für die Rechtsordnungen der einzelnen Gruppen eine Schranke ist! Wenn diese Ordnung keine *rechtliche* wäre, wo wäre dann die *Grenze* des Staates?

Wenn jede Rechtsnorm eine Beziehung zur Rechtsgemeinschaft, zum Staate enthält, so muß deswegen natürlich nicht jedes Rechtsverhältnis mit einer Anrufung der staatlichen Behörde verbunden sein! Muß wirklich noch gesagt werden, daß diese Beziehung zum Staate bloß potentieller Natur ist? Daß man eine Rechtspflicht nur dann für gegeben ansehen kann, wenn ihre Verletzung staatliche Reaktion zur Sollkonsequenz hat, ohne behaupten zu müssen, daß jede Rechtspflicht verletzt werden müsse? Ist eine Säure wirklich erst dann eine Säure, wenn man Lakmuspapier mit ihr in Berührung bringt? Zwingt aber *Ehrlich* nicht zu solcher Erinnerung, wenn er gegen die staatliche Natur des Rechtes allen Ernstes vorbringt: „Es gibt Millionen von Menschen, die in zahllose Rechtsverhältnisse treten, und die so glücklich sind nie eine Behörde anrufen zu müssen“ (130).¹⁴⁴ Darf man, so wie *Ehrlich* tut, der herrschenden Lehre die Meinung unterstellen, daß sich „das menschliche Leben vor den Gerichten abspielt“ (S. 15),¹⁴⁵ dem „heutigen Juristen“ zumuten, er vermag sich ohne „Rechtswang“ „menschliches Zusammenleben gar nicht vorzustellen“ (S. 67)?¹⁴⁶ Glaubt *Ehrlich* wirklich – so wie er seine Leser glauben machen will, – die Theorie, die das Recht in den innigsten Zusammenhang mit dem Staate bringt, die das Recht als staatliche „Zwangsordnung“ auffaßt, vertrete die sozialpsychologische Anschauung, die Menschen verhielten sich nur aus Angst vor staatlicher Strafe oder Exekution rechtmäßig? (S. 15).¹⁴⁷ So töricht ist wirklich kein Vertreter der von *Ehrlich* arg mißverstandenen Zwangstheorie. Wie *Ehrlich* selbst den staatlichen Rechtswang ausdeutet, grenzt allerdings schon ans Groteske! „In der Hauptsache erschöpft sich also die *Wirkung* der rechtlichen Zwangsordnung des Staates in dem Schutze der Person des Besitzes und der Forderung gegen die außerhalb der Gesellschaft Stehenden“ (57),¹⁴⁸ die „Ausgestoßenen“ (55).¹⁴⁹ Sollte die Rechtsordnung – als staatliche Zwangsordnung – keinerlei prävenierende „Wirkung“ haben? Und sind alle diejenigen, gegen welche die zivile

¹⁴⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 130.

¹⁴⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 15 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁴⁶ Drei Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 67.

¹⁴⁷ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 15 f.

¹⁴⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 57 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁴⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 55.

Exekution, die verwaltungsrechtlichen Zwangsmittel durchgeführt werden, | sind | 870
wirklich *alle*, welche von den Gerichten bestraft werden, „Ausgestoßene“, außerhalb der Gesellschaft Stehende? *Ehrlich* bezeichnet den Staat als den „weitesten Verband, der auch sie (,diese Ausgestoßenen‘) noch umfaßt“. ¹⁵⁰ Es ist rätselhaft, wie Individuen die vom *Staat*, also einem gesellschaftlichen Verband „umfaßt“ werden – als „außerhalb“ der Gesellschaft stehend bezeichnet werden können. Ganz abgesehen von der irrigen Vorstellung des Staates als einer Organisation der „Ausgestoßenen“! *Ehrlich* meint: „Hier schützt der *Staat als Organ der Gesellschaft* die Gesellschaft vor denen, die außerhalb der Gesellschaft stehen“ (55). ¹⁵¹ Wohl-gemerkt: der Staat, der als Verband die „Ausgestoßenen“ noch *umfaßt*, ist Organ der Gesellschaft und schützt als solches die Gesellschaft gegen diejenigen, die als Bestandteil des Staates *Organ der Gesellschaft* sind. Er schützt die Gesellschaft gegen sich selbst oder auch gegen einen ihrer *Bestandteile*, der aber doch *außerhalb* der Gesellschaft steht! Daß der Staat ein *Organ* der Gesellschaft sei, ist eine wichtige und oft betonte Erkenntnis des *Ehrlichschen* Werkes (122, 123). ¹⁵² Was *Ehrlich* allerdings nicht hindert, die *soziologische* Erkenntnis auszusprechen: „Daß der *Staat* und ein großer Teil der *Gesellschaft* zueinander in *Gegensatz* getreten sind“ (60). ¹⁵³

Schließlich glaubt *Ehrlich* ein Argument gegen den staatlichen Charakter des Rechtes (was übrigens dasselbe ist wie der rechtliche Charakter des Staates) vorzubringen, wenn er auf das *Kirchenrecht* hinweist und erklärt: „Das Kirchenrecht ist ohne Rücksicht darauf, wie sich der Staat dazu verhält, deswegen ein Recht, weil es die *rechtliche* Ordnung der Kirche ist“ (130). ¹⁵⁴ Merkt *Ehrlich* nicht, daß er damit nur behauptet hat, Kirchenrecht sei *Recht*, weil es *Recht* sei? Eben weil *Ehrlich* bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes auf die Beziehung zum Staat als der spezifischen Rechtsgemeinschaft verzichtet, muß sein Rechtsbegriff – wenn man von dem kaum ernst zu nehmenden Versuch einer Charakterisierung der verschiedenen Normen durch die Gefühlstöne bei ihrer Verletzung absieht – ins Uferlose sich ausdehnen und im Grunde mit dem einer sozialen Norm oder Regel überhaupt zusammenfallen. Vom soziologischen Standpunkt aus verliert sich die *Ehrlichsche* Betrachtung, soweit sie überhaupt eindeutig bestimmt ist und sich nicht selbst widerspricht, in einer Identifizierung von *Recht und Gesellschaft*, während die auf eine klare Grenzziehung zwischen Recht und andern sozialen Normen bedachte Richtung in ihrer deutlichsten Konsequenz zur Identifizierung von *Recht und Staat*, als einer besondern Form der Gesellschaft, führt.

¹⁵⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 55 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹⁵¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 55 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵² Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 122, 123.

¹⁵³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 60 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁵⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 130 – Hervorhebung von Kelsen.

V.

|871 Die beiden Schlußkapitel der *Ehrlichschen* Arbeit behandeln die „Methoden der Soziologie des Rechtes“.¹⁵⁵ Hier faßt er seine Grundanschauungen vom Wesen der neuen Wissenschaft noch einmal zusammen und in dieser gedrängten Darstellung kommt die Unklarheit und der innere Widerspruch, an dem die ganze „Grundlegung“ leidet, besonders deutlich zum Ausdruck. In diesen Schlußkapiteln hebt *Ehrlich* wieder den schon anfangs angedeuteten Gegensatz zwischen einer „theoretischen“ Rechts„wissenschaft“, der Rechtssoziologie, und einer „praktischen“ Jurisprudenz hervor. Schon in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, daß *Ehrlich* diesen Gegensatz – dessen richtige Verwendung von größtem Werte gewesen wäre – höchst unklar entwickelt. Zum Schlusse zeigt sich, daß dieses methodologisch grundlegende Prinzip bei *Ehrlich* jede mögliche Bedeutung verloren hat. Nachdem er von der „soziologischen Rechtswissenschaft“ schon früher (insbesondere S. 314)¹⁵⁶ betont hat, daß sie „wie jede Wissenschaft, die Tatsachen bloß zu verzeichnen und nicht zu bewerten hat“, daß sie also nichts darüber auszusagen hat was sein *soll*, und speziell was von *Rechts* wegen sein soll, wozu man rechtlich verpflichtet oder berechtigt, was Recht und was Unrecht (im Sinne von Werturteilen) ist, erklärt er nun überdies: „Auch die Soziologie, auch die Soziologie des Rechtes muß eine *Beobachtungswissenschaft* sein.“ Er sagt vom Rechtssoziologen, er habe „*Tatsachen* für deren Erkenntnis und *Erklärung* zu sammeln“ (382).¹⁵⁷ Insbesondere wird auch der „Rechtssatz bloß *als Tatsache*, also nur nach seinem Ursprung und seiner Wirkung, nicht auf seine praktische Anwendung und Auslegung hin betrachtet“;¹⁵⁸ was präzise ausgedrückt bedeutet: die Rechtssätze als sozialpsychische Tatsachen auf ihre Entstehung und Wirkung hin erklären, das Recht als Macht erfassen, nicht die Rechtsnormen in ihrer *Sollgeltung* betrachten, das Recht als Norm begreifen. Man muß dieser durchaus korrekten Bestimmung einer rein explikativen Rechtssoziologie gegenüber schon stutzig werden, wenn er von der „praktischen Jurisprudenz“,¹⁵⁹ die offenbar im Gegensatz zur theoretischen Rechtssoziologie – der einzigen *Rechtswissenschaft* nach *Ehrlich* – zu erkennen hat, was von *Rechts* wegen sein soll, die nicht Tatsachen konstatiert und *erklärt*, sondern rechtlich *bewertet*, wenn er von dieser, in seinem Sinne „unwissenschaftlichen“, weil normativen Jurisprudenz erklärt, sie müsse „ein Bild der Gesellschaft geben, für die die Normen (die sie darstellt) gelten sollen“ (384).¹⁶⁰ Allein, wie ist das mit praktisch-juristischen Mitteln möglich? Ist die Darstellung der seienden sozialen Verhältnisse nicht methodologisch gerade Aufgabe der So-

¹⁵⁵ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1) S. 381–392 und 393–409.

¹⁵⁶ Das vorangehende und das folgende Zitat: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 314.

¹⁵⁷ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 382 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁵⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 382 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 384.

¹⁶⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 384 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

ziologie im Gegensatz zur „praktischen“ Jurisprudenz? Der von *Ehrlich* zuerst für das Verhältnis der Rechtssoziologie zur Jurisprudenz ausgeführte Gegensatz von „theoretisch“ und „praktisch“ wird aber vollends auf den Kopf gestellt, wenn er schließlich behauptet, auch die praktische Jurisprudenz sei eine „Wissenschaft“, d. h. im Sinne *Ehrlichs*: sie hat Tatsachen, das *Sein* zu beschreiben und kausal zu erklären, nicht aber zu bewerten. „Die lebende Anschauung der menschlichen Verhältnisse von *rechtlicher* Art, die Verallgemeinerung der Ergebnisse der Anschauung und die dazu gehörenden Entscheidungsnormen, das ist das *Wissenschaftliche* an der Jurisprudenz. So weit ist die Jurisprudenz tatsächlich eine Morphologie der rechtlichen Gestaltungen des gesellschaftlichen Lebens“ oder, wie es in der Seitenüberschrift heißt: geradezu „eine Morphologie der Gesellschaft“ (385).¹⁶¹ Man muß doch annehmen, daß es sich hier um Seinstatsachen handelt, denn diese Erkenntnis soll ja in „wissenschaftlichem“ Sinne erfolgen; allein wo bleibt dann der Gegensatz zur Rechtssoziologie? „Auch der vielverlästerte allgemeine Teil (der „praktischen“ Jurisprudenz) enthält *Wissenschaft*.“¹⁶² Wissenschaft im Sinne *Ehrlichs*?

Die vollständige Vermengung der methodologischen Prinzipien einer theoretischen und einer praktischen Disziplin vollzieht sich aber in dem letzten und bedeutsamsten Resultate der *Ehrlichschen* Rechtssoziologie: der *Erforschung des lebenden Rechtes*.

Weil sich die ganze heutige Rechtswissenschaft nur mit den Rechtssätzen befasse, sei „unser heutiger Rechtszustand zum großen Teile unbekannt“ (395).¹⁶³ Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch ordnet – mangels entgegenstehender Ehepakten als *dispositives* Recht – eheliche Gütergemeinschaft an. Nun lebe zwar die österreichisch-deutsche Bauernschaft tatsächlich in ehelicher Gütergemeinschaft, allein diese werde durch besondere Ehepakten regelmäßig in einer von den – dispositiven – Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuches abweichenden Form geregelt. Die juristische Literatur berichte aber nichts von dem tatsächlichen Inhalt der bäuerlichen Ehepakte. Ebensovienig von dem tatsächlichen Inhalte der Pachtverträge und der Testamente (396, 397),¹⁶⁴ die in gewissen sozialen Gruppen regelmäßig einen bestimmten Inhalt haben, der aus dem Gesetzbuch, das den Parteien überläßt, den Inhalt ihrer Rechtsverhältnisse selbst zu bestimmen, natürlich nicht zu entnehmen ist. Leider gibt *Ehrlich* zum Belege seiner *soziologisch* sehr interessanten Behauptung keinerlei Material. Die juristische Literatur wisse auch nichts von der tatsächlichen „*Agrarverfassung*“, nichts von der effektiven Familienordnung, die in keinem Lande Europas den Normen des gesetzten Rechtes entspräche (397).¹⁶⁵ Hier muß man einen Augenblick innehalten. Das Recht ist die

¹⁶¹ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 385 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶² *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 385 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹⁶³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 395.

¹⁶⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 396–398.

¹⁶⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 397.

| 873

Form, in der sich das wirtschaftliche und politische Leben abspielt oder abspielen soll. Die Rechtswissenschaft hat somit über die Formen, kann aber nicht, nicht mit ihren spezifischen Mitteln und innerhalb der Grenzen ihres Objektes, über den *Inhalt* etwas aussagen, der sich in den Formen des Rechtes abspielen soll (wenn sie normativ gedacht wird) oder tatsächlich abspielt (wenn sie soziologisch aufgefaßt wird). *Ehrlich identifiziert einfach Recht und Gesellschaft*, d. h. er bezeichnet als Recht nicht bloß die Form, sondern auch den Inhalt sozialer Erscheinungen, wenn er von der *Jurisprudenz* fordert, sie solle Auskunft über die regelmäßigen wirtschaftlichen und politischen Beziehungen geben, die den Inhalt von Rechtsformen bilden. *Jurisprudenz* müßte zugleich auch Nationalökonomie, Wirtschaftsgeschichte sein, wenn sie Auskunft über die *Agrarverfassung* eines Landes, über die tatsächlichen wirt[schaftlichen] Beziehungen zwischen den Ehegatten, den Verpächtern und Pächtern usw. geben sollte. Eine derartige vollständige Grenzverwischung zwischen Recht und Wirtschaft, ja Recht und Gesellschaft, und daher auch zwischen *Jurisprudenz* und allen übrigen Sozialwissenschaften ist wohl beispiellos! Was bedeuten aber jene Regeln, die über den Inhalt gewisser Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse etwas aussagen? Diese Regeln sind nach *Ehrlich* das „lebende Recht“. ¹⁶⁶ Sein Wesen offenbart sich deutlich in dem Satze: „Auch hier erfüllt die Wissenschaft als Lehre vom Recht (*Ehrlich* meint die herrschende *Jurisprudenz*) ihre Aufgabe schlecht, ¹⁶⁷ wenn sie bloß darstellt, was das Gesetz vorschreibt, und nicht auch was wirklich geschieht“ (398). ¹⁶⁸ Es ist nach *Ehrlich* keineswegs bloß Aufgabe einer wertfreien, nur Tatsachen konstatierenden und erklärenden Soziologie, sondern auch der *praktischen* *Jurisprudenz*, dieses „lebende Recht“, diese Regeln des tatsächlichen Geschehens zu erforschen und darzustellen. Daß die herrschende praktische *Jurisprudenz* dies nicht tut, wird ihr zum größten Vorwurf gemacht. Allein welches ist der zulängliche Grund, die durch Beobachtung des Seins gewonnenen Regeln tatsächlichen Geschehens als „Recht“ zu bezeichnen, was ja nichts anderes bedeuten kann, als daß, was hier regelmäßig geschieht, auch von *Rechts* wegen geschehen *solle*? Eine *Soziologie* ist zu solcher Folgerung als reine *Seinswissenschaft* – auch im Sinne *Ehrlichs* – nicht befugt; eine *Soziologie* könnte niemals in diesem Sinne Rechtsnormen (als Sollregeln) erkennen und aufzeigen. Für eine praktische *Jurisprudenz* aber ist die Frage, ob irgend ein tatsächliches Geschehen auch geschehen *solle*, nicht aus diesem Sein an sich zu beantworten. Kann denn von allem, was tatsächlich in einer gewissen Regelmäßigkeit geschieht, eben darum schon gesagt werden, daß es auch geschehen *solle*, oder gar, daß es von *Rechts* wegen geschehen *solle*? Das und nichts anderes aber bedeutet die Behauptung, daß lebendes „Recht“ vorliege. Und wenn nun dieses tatsächliche Geschehensein – wie *Ehrlich* häufig hypostasiert –

¹⁶⁶ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 393–407 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶⁷ «Aufgabe schlecht,»] *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 398: «Aufgabe sehr schlecht,».

¹⁶⁸ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 398 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

mit Normen in *Widerspruch* steht, die der praktische *Jurist* aus irgendwelchen Gründen zumindest auch als *Rechtsnormen* gültig voraussetzen muß: heißt es nicht der „*praktischen*“, weil auf Erkenntnis des rechtlichen *Sollens* gerichteten *Jurisprudenz* zumuten, die Grundvoraussetzung aller *Erkenntnis* aufzugeben, wenn von ihr verlangt wird, zwei einander widersprechende Sätze (Sollsätze), die als gültig vorausgesetzte Rechtsnorm und die ihr widersprechende Norm lebenden Rechtes nebeneinander für wahr zu halten, darauf zu verzichten, die Rechtsordnung als ein sinnvolles, d. h. widerspruchslloses Ganzes zu begreifen, m. a. W. das Recht überhaupt zu *begreifen*?

Der durchaus zweideutige und zweifelhafte Charakter der Regeln tatsächlichen Geschehens, die *Ehrlich* lebendes „*Recht*“ nennt, tritt am besten in folgendem Beispiel zutage, das *Ehrlich* selbst gibt. *Ehrlich* berichtet, er habe die Wirkungen des bürgerlichen Gesetzbuches in der Bukowina untersucht.¹⁶⁹ Leider publiziert er diese eminent *rechtssoziologischen* Untersuchungen nicht in diesem Zusammenhang. Das wäre schon deshalb wichtig gewesen, weil damit endlich *Material und Methode* für die Lösung eines wirklich konkreten rechtssoziologischen Problems geliefert worden wäre. *Ehrlich* spricht speziell von der Wirkungslosigkeit der familienrechtlichen Bestimmungen des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuches kann das Hauskind eigenes Vermögen haben und darüber frei verfügen. Der Erwerb kommt diesem und nicht den Eltern zugute.¹⁷⁰ Aber – so berichtet *Ehrlich* – in der Bukowina, „die doch zu Oesterreich gehört und wo das Bürgerliche Gesetzbuch ganz so wie in anderen Teilen Oesterreichs gilt“, dort verfüge der rumänische Bauer tatsächlich über den Erwerb seines Kindes: „Ist solch ein Hauskind im Dienst, so erscheint in jedem Monat pünktlich der Vater oder auch die Mutter beim Dienstherrn und trägt den Dienstlohn ruhig nach Hause“ (298).¹⁷¹ Es ist aus diesen Bemerkungen *Ehrlichs* leider nicht zu entnehmen, in wie vielen Fällen er diese Tatsache konstatiert hat. Es ist zu vermuten, daß sich auch in der Bukowina mehr Fälle der selbständigen Verfügung des Kindes über seinen Erwerb konstatieren lassen, als *Ehrlich* untersucht hat. Aber was sagen die von *Ehrlich* beobachteten Tatsachen? Daß das Hauskind in der Bukowina nicht *verfügungsberechtigt* ist? Wird Herr Professor *Ehrlich* als Rechtsanwalt oder Richter antworten: Du bist rechtlich verpflichtet, dir gefallen zu lassen, daß deine Eltern über deinen Erwerb ohne deine Zustimmung verfügen? Ich zweifle nicht daran, daß Herr Professor *Ehrlich* als Richter oder Rechtsanwalt diesem Hauskind zu seinem Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche verhelfen wird – auch in der Bukowina! Allerdings: Wenn das Hauskind damit einverstanden ist oder, wie *Ehrlich* sagt, „sich ruhig gefallen läßt“,¹⁷² daß sein Vater über sein

| 874

¹⁶⁹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 298.

¹⁷⁰ Vgl. § 149 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946.

¹⁷¹ Beide Zitate: *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 298.

¹⁷² Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 298.

Erworbenes verfügt, dann ist der von *Ehrlich* geschilderte Tatbestand in keiner Weise mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche unvereinbar. Das Gesetz gibt dem Kind ein *Recht*; macht es davon keinen Gebrauch, ist das seine Sache. Es kann sein Recht oder das im konkreten Falle Erworbene dem Vater übertragen, von Rechts wegen schenken, seine Lohnforderungen zedieren, es kann aber auch sein Recht verkümmern lassen, ohne gegen das Gesetz zu handeln. Im übrigen ist die von *Ehrlich* beobachtete Tatsache, sofern sie regelmäßig innerhalb einer gesellschaftlichen Gruppe zu konstatieren ist, vielleicht eine *Sitte*, aber nicht einmal eine dem Recht widerstreitende *Sitte*, wie *Ehrlich* glaubt! (299).¹⁷³ Etwas anderes wäre, wenn das bürgerl. Gesetzbuch eine *Rechtspflicht* des Kindes statuierte. Nun, es ist schon vorgekommen, daß *Rechtspflichten*, die in irgendeinem Gesetze statuiert wurden, tatsächlich nicht beobachtet, von ganzen Gruppen regelmäßig verletzt wurden. Die geltende Rechtsnorm hat gegenüber dieser Gruppe keine *Wirkung*. Sicherlich wäre es die Aufgabe einer Rechtssoziologie, die *Wirkung* von Rechtsnormen zu untersuchen. Allein was kann diese Rechtssoziologie, die nichts als das Seiende betrachtet und erklärt, die, wie *Ehrlich* doch zugibt, „die Tatsachen bloß zu verzeichnen, nicht zu bewerten hat“ (314),¹⁷⁴ darüber ausmachen, ob das, was tatsächlich geschieht, auch geschehen *soll*, von wegen der Moral oder des Rechtes geschehen soll, oder m. a. W. was *Rechtens* ist?

| 875

Dasjenige, was *Ehrlich* als „lebendes Recht“ bezeichnet, ist, soferne darunter der regelmäßige Inhalt der verschiedenen Rechtsverhältnisse verstanden wird, zwar keine juristische Kategorie, aber zweifellos ein für die *Wirtschaftsbeschreibung* und Gesellschaftserklärung interessantes Objekt. Wie die Kenntnis der sozialen Tatsachen überhaupt, so mag auch die Kenntnis dieser Tatsachen dem *Gesetzgeber* von Wert sein. Aber schon für eine von der Wirtschaftsbeschreibung und einer allgemeinen Gesellschaftslehre differenzierte *Rechtssoziologie* muß dieses Erkenntnisobjekt keineswegs mit Selbstverständlichkeit gegeben sein. Soferne sich eine solche Disziplin als selbständige Wissenschaft überhaupt abgrenzen und durchführen läßt, ist ihr Problem: die Entstehung und *Wirkung* von Rechtsnormen, diese als sozialpsychische *Tatsachen* aufgefaßt. Und nur soweit es sich bei der *inhaltlichen* Gestaltung der Rechtsbeziehungen um die *Wirkung* von Rechtsnormen handelt, käme die Erkenntnis dieser *Rechtsinhalte* für eine Rechtssoziologie in Betracht.

Indes scheint es, daß einer Soziologie des Rechtes als *selbständiger Disziplin* die größten Schwierigkeiten entgegenstehen. Möglich ist die Soziologie des Rechtes nur in engster Verbindung mit einer Soziologie der Moral und der Sitte, kurz aller übrigen sozialen Normen. Das tatsächliche Verhalten der Menschen stellt sich, sofern es für die formaljuristische Betrachtung als rechtmäßig gilt, keineswegs bloß durch Rechtsnormen, sondern durch Normen anderer Art *motiviert* heraus. Und

¹⁷³ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 298 f.

¹⁷⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 314.

da eine Rechtssoziologie auch die Ursachen der Wirkungslosigkeit von Rechtsnormen, also hier die Motive des rechtswidrigen Verhaltens zu untersuchen hat, muß sie den ganzen Mechanismus des sozialen Geschehens aufdecken, um ihre Probleme zu lösen. Rechtssoziologie ist im Grunde genommen gar keine eigene Wissenschaft; es ist ein vom Standpunkte *soziologischer Erkenntnis* durchaus *willkürlicher* Ausschnitt aus einer allgemeinen, das soziale Leben betrachtenden und erklärenden Wissenschaft. Denn die Abgrenzung dieser *Rechtssoziologie* muß durch einen Begriff vollzogen werden, dessen Bestimmung von einem ganz anderen Standpunkte aus erfolgt, als der einer explikativen Soziologie ist, nämlich durch den *normativen Rechtsbegriff*. Was *Recht* ist, auf die Entstehung und Wirkung *welcher* Normen die Erkenntnis daher zu beschränken ist, das kann die *Rechtssoziologie* nicht bestimmen; sie muß den *normativen* Rechtsbegriff voraussetzen. Weil es aber der *normative* Rechtsbegriff ist, der ihre Probleme abgrenzt, so müssen ihre Grenzen vom Standpunkte jener Wissenschaft, davon sie ein Zweig sein soll – der *Soziologie* –, willkürlich erscheinen. Ob die Normen, deren Wirkung das soziale Verhalten bestimmt, *Rechtsnormen* oder Normen der Sitte, der Moral sind, das wird vom soziologischen Standpunkte aus ziemlich gleichgültig sein. Für den rein soziologischen Aspekt wird es überhaupt keine *wesentliche* Differenz geben zwischen diesen Normen, d. h. *zwischen den psychischen Tatsachen, den Vorstellungen, die diese Normen zum Inhalte haben*. Nur die irrije Vorstellung, daß die Soziologie überhaupt denselben Gegenstand wie die normative Jurisprudenz: das Recht, erfassen könne, führt zu der Vorstellung einer selbständigen *Rechtssoziologie*. Allein die *Rechtsnorm*, dieses spezifische Objekt der Rechtswissenschaft, ist einer auf das Sein gerichteten Soziologie überhaupt nicht gegeben. Das Vorstellen oder Empfinden der Rechtsnorm des rechtlichen Sollens ist eben etwas völlig anderes! Ein *soziologischer Begriff des Rechtes*, von dem *Ehrlich* und mit ihm viele Neueren sprechen, ist ebenso möglich wie der mathematische Begriff eines biologischen Vorganges oder der sittliche Begriff des freien Falles. Gerade der *Ehrlichsche* Versuch zeigt deutlich, daß eine Soziologie des *Rechtes* zu einer Soziologie der *Gesellschaft* überhaupt wird, weil sich *soziologisch* der Begriff des Rechtes nicht abgrenzen läßt.

Der Versuch *Ehrlichs*, für die Soziologie des Rechts eine Grundlegung zu schaffen, muß als völlig gescheitert gelten: vor allem infolge des gänzlichen Mangels einer klaren Problemstellung und einer präzisen Methode. Was aus dem widerspruchsvollen Wirrsal seiner Ausführungen hervorgeht, ist vielleicht wirklich nichts anderes als die freilich nie bezweifelte Binsenwahrheit, von der *Ehrlich* in seiner Vorrede emphatisch behauptet, daß sie den ganzen Sinn seiner Arbeit darstelle: daß der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung in der Gesellschaft liege. Natürlich! denn die ganze Rechtsentwicklung vollzieht sich doch als gesellschaftlicher Prozeß in der Gesellschaft! Nur sind die Ansprüche, die *Ehrlich* an die von ihm begründete Wissenschaft stellt, ein wenig zu bescheiden, wenn er meint, daß „in diesem Satze der Sinn *jeder* Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthal-

ten“¹⁷⁵ sei. Das wäre etwa ebenso vielsagend, wie wenn man den Sinn jeder Biologie in den Satz faßte, die Entwicklung der Lebewesen liege in der Natur!

¹⁷⁵ Ehrlich, *Grundlegung* (Anm. 1), Vorrede (nicht pag.) – Hervorhebung von Kelsen.

Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)*

* Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S.202–245, 390–438.

Übersetzung:

– *Italienisch*: Legge del Reich e legge del Land nella costituzione Austriaca (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort versehen von Nicoletta Bersier Ladavac), Turin 2006.

| Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung.

Inhalt.¹

I. Die Normkonkurrenz zwischen Reichs- und Landesgesetz	360
§ 1. Das Problem in der herrschenden Literatur	360
§ 2. Die allgemeinen Prinzipien der Normkonkurrenz	364
§ 3. Der Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion	370
§ 4. Reichs- und Landesgesetz nach dem Oktoberdiplom von 1860	373
§ 5. Reichs- und Landesgesetz nach dem Februarpatent von 1861	377
§ 6. Reichs- und Landesgesetz nach der Dezember-Verfassung von 1867	385
§ 7. Identität oder Verschiedenheit der normsetzenden Autorität in Reich und Land	392
§ 8. Die Kompetenzhoheit der Reichs- oder der Landeslegislative	399
§ 9. Die Reichsverfassung vom Dezember 1867 als Ausgangspunkt der juristischen Kon- struktion	408
II. Das fehlerhafte Reichs- und Landesgesetz	412
§ 10. Das richterliche Prüfungsrecht und das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz	412
§ 11. Die Ministerverantwortlichkeit und das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz	416
§ 12. Schlußwort	423

I. Die Normkonkurrenz zwischen Reichs- und Landesgesetz.

§ 1. Das Problem in der herrschenden Literatur.

Die herrschende Lehrmeinung über das gegenseitige Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzen läßt sich dahin formulieren, daß „beiden Gattungen von Gesetzen die gleiche Rechtskraft innewohnt“⁽¹⁾ oder daß beide „inbezug auf ihre verbindliche Kraft | gleichwertig sind“⁽²⁾. Aus dieser Parität schließt man: „Wenn ein Reichs- und

|203

|202

¹⁾ *Jellinek*, Ein Verfassungsgerichtshof für Oesterreich, Wien 1885. S.36.²

|203

²⁾ *Spiegel*, Artikel „Länder“ im Oesterr. Staatswörterbuch von *Mischler* und *Ulbrich*. III. Bd. 2. Aufl. S. 419.³

¹ Die Inhaltsübersicht ist im Original als Fließtext ohne Angabe von Seitenzahlen abgedruckt.

² *Georg Jellinek*, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, Wien 1885, S. 36.

ein Landesgesetz sich widersprechen und eine Harmonie mittels der juristischen Interpretationskunst nicht herbeigeführt werden kann, so gilt nach bekannter Regel die Vorschrift des jüngeren Gesetzes³⁾ oder mit anderen Worten: „Wenn Reichsgesetze mit Landesgesetzen kollidieren, so gilt genau das gleiche wie wenn Reichsgesetze mit Reichsgesetzen oder Landesgesetze mit Landesgesetzen kollidieren, d. h. das spätere Gesetz geht im allgemeinen dem früheren vor“⁴⁾.

Dabei geht die herrschende Lehre im großen und ganzen von der Voraussetzung aus, daß Reichs- und Landesgesetze Normen *derselben* Autorität seien. So lehrt *Jellinek*⁶⁾, „daß die Persönlichkeit des Gesetzgebers im Reiche sowohl als im Lande dieselbe⁷⁾ ist“⁵⁾; und *Spiegel*⁹⁾ stellt fest: „Um so mehr muß man sich für die Gleichwertigkeit von Reichs- und Landesgesetzen und infolgedessen für die Derogierbarkeit des einen Gesetzes durch das andere entscheiden, wenn man Reich[s]gesetze und Landesgesetze in gleicher Weise als *Staatsgesetze* ansieht“⁶⁾. Aber auch wenn man die Identität des Reichs- mit dem Landesgesetzgeber in Abrede stellt, glaubt man dennoch zu dem gleichen Resultate der Parität und gegenseitigen Derogierbarkeit beider Arten von Norm gelangen zu müssen, wie

³⁾ *Jellinek*, a. a. O. S. 36.⁴⁾

⁴⁾ *Spiegel* a. a. O. S. 419. Vgl. auch: *Hauke*, Grundriß des Verfassungsrechtes, Leipzig 1905 S. 101.⁵⁾

⁵⁾ A. a. O. S. 32.⁸⁾

⁶⁾ A. a. O. S. 419.¹⁰⁾

³⁾ *Ludwig Spiegel*, Landesordnungen (Geltendes Recht), in: Ernst Mischler / Josef Ulbrich (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes, Bd. 3: K–O, 2. Aufl., Wien 1907, S. 395–430 (419).

⁴⁾ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 36.

⁵⁾ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 419; *Franz Hauke*, Grundriß des Verfassungsrechtes, Leipzig 1905, S. 101.

⁶⁾ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellinek).

⁷⁾ «Lande dieselbe»] *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 32: «Lande eine und dieselbe».

⁸⁾ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 32.

⁹⁾ Ludwig Spiegel (1864–1926), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1894 Habilitation in Prag, 1887–1905 Finanzprokurator, 1905 a. o. Prof., 1911 o. Prof. für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität in Prag (1926 Rektor). 1920 Mitglied im Senat der tschechoslowakischen Nationalversammlung (Deutsch-Demokratische Freiheitspartei). Mitherausgeber der „Prager juristische Zeitschrift“. Wichtige Werke: Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte, Prag und Wien 1893; Die Verwaltungsrechtswissenschaft, Leipzig 1909; Das tschechoslowakische Staatsproblem, Prag 1922.

¹⁰⁾ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 419 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

z. B. *Pražák*^{11 7)}, so daß die Geltung der Interpretationsregel: *lex posterior derogat priori* im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz in keinerlei Abhängigkeit von der Frage steht, ob es sich dabei um Normen der gleichen oder zweier verschiedener Autoritäten handelt.

| 204

Auffallend ist, daß die herrschende Lehre trotz dieser ihrer | Grundanschauung vom Verhältnisse der beiden Gesetzarten dennoch einen *Konflikt* zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung nicht nur für möglich hält, sondern auch den Mangel einer die unvermeidlichen Kompetenzkonflikte lösenden Bestimmung unserer Verfassung besonders bedauert. Denn *wenn* im Sinne der geltenden Verfassung der Grundsatz: *lex posterior derogat priori* zwischen Reichs- und Landesgesetz ebenso wie zwischen Reichsgesetz und Reichsgesetz oder Landesgesetz und Landesgesetz gilt, dann ist ein *Kompetenzkonflikt* zwischen Reichsgesetzgebung und Landesgesetzgebung ebenso unmöglich wie zwischen Reichsgesetzgebung und Reichsgesetzgebung oder Landesgesetzgebung und Landesgesetzgebung. Deutlich tritt dieser Widerspruch in der herrschenden Lehre dann hervor, wenn man, wie z. B. *Jellinek*, von der Annahme ausgeht, daß die gesetzgebende Autorität im Reich und Land dieselbe, nämlich die Person des *Monarchen* sei. „In Oesterreich steht aber (im Gegensatz zum Bundesstaate, wo die gesetzgebende Gewalt in Reich und Land verschieden ist) dem kaiserlichen Willen im Reiche der kaiserliche Wille im Lande gegenüber. *Ein Konflikt des Kaiserlichen Willens mit sich selbst ist aber nicht denkbar*“⁸⁾. Nur steht dieser Satz merkwürdigerweise in einem Kapitel, das überschrieben ist: „*Konflikte zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung*“;¹⁴ und dieses Kapitel will den Beweis erbringen, daß „die *Gefahr* eines Konfliktes“ zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung in Oesterreich zum Unterschied von dem analogen Verhältnisse im Bundesstaate „umso größer ist, als keine Wertrelation zwischen Reichs- und Landesgesetzen besteht“⁹⁾; und zur Lösung dieser Kompetenz-

⁷⁾ Vgl. *Spiegel* a. a. O. S. 419.¹²

| 204

⁸⁾ A. a. O. S. 32.¹³

⁹⁾ A. a. O. S. 30.¹⁵

¹¹ Jiří Pražák (1846–1905), Staatsrechtslehrer und Politiker. Ab 1879 a. o. Prof. für Öffentliches Recht in Prag (ab 1882 an der Böhmisches Universität), ab 1884 o. Prof. ebendort (1892–1893 Rektor). 1895–1905 Abgeordneter im Böhmisches Landtag (Nichtfideikommissarischer Großgrundbesitz). Wichtige Werke: *Das Recht der Enteignung in Österreich*, Prag 1877; *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními* (Kompetenzstreitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden), 2 Bde., Prag 1883 und 1886; *Rakouské právo ústavní* (Das österreichische Verfassungsrecht), 4 Bde., Prag 1895–1899 (2. Aufl., Prag 1900–1903); *Rakouské právo veřejné* (Das österreichische öffentliche Recht), 6 Bde., Prag 1895–1906.

¹² Kelsen zitiert Pražák (*Jiří Pražák*, *Rakouské právo ústavní. Soustavné výklada* (Das österreichische Verfassungsrecht. Systematischer Kommentar), Prag 1895, S. 199) nach *Spiegel*, *Landesordnungen* (Anm. 3), S. 419.

¹³ *Jellinek*, *Verfassungsgerichtshof* (Anm. 2), S. 32 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹⁴ *Jellinek*, *Verfassungsgerichtshof* (Anm. 2), S. 27 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵ Beide Zitate: *Jellinek*, *Verfassungsgerichtshof* (Anm. 2), S. 30 – Hervorhebung von Kelsen.

konflikte, die in anderem Zusammenhange wegen der Identität der gesetzgebenden Gewalt (zum Unterschied von der Verschiedenheit der gesetzgebenden Gewalten im Bundesstaat) gerade in Oesterreich für „undenkbar“ erklärt wurden, wird ein Verfassungsgerichtshof vorgeschlagen.

| Der innere Widerspruch im System der herrschenden Lehrmeinung wird nicht wenig durch die übliche Auffassung verstärkt, die man in der Frage der *Kompetenzhoheit* vertritt und mit den Anschauungen von der Parität der Reichs- und Landesgesetzgebung der daraus folgenden gegenseitigen Derogierbarkeit und der Möglichkeit eines Kompetenzkonfliktes zwischen beiden verbinden zu können glaubt. Man ist nämlich nicht selten geneigt, eine Kompetenzhoheit der Reichsgesetzgebung anzunehmen. So erklärt z. B. *Jellinek* ausdrücklich, daß „die Rechtsmacht über die Kompetenz nur der Reichsgesetzgebung zusteht“¹⁰⁾. Andere Autoren sprechen diese Ansicht nicht so unumwunden aus, gehen aber bei ihren Argumentationen von dieser oder doch einer ähnlichen Voraussetzung, irgendeiner Vorzugsstellung der Reichsgesetzgebung in Frage der Kompetenzhoheit aus¹¹⁾. Daß die Annahme der Kompetenzhoheit der Reichsgesetzgebung unvereinbar ist mit der Vorstellung von der Parität beider Gesetze und der Geltung des Interpretationsprinzipes *lex posterior derogat priori* erhellt auf den ersten Blick. Wenn ein Reichsgesetz einem Landesgesetz widerspricht, so bedeutet das eine Ausdehnung der Reichskompetenz auf Kosten der Landeskompetenz. Hat das Reich die Kompetenzhoheit und nicht die Länder, so tritt das Landesgesetz zurück, nicht weil es das ältere ist, sondern weil die Landesgesetzgebung ihre Kompetenz verloren hat, die die Voraussetzung für die Gültigkeit des Landesgesetzes war. Das gleiche ist auch dann der Fall, wenn das Landesgesetz das *jüngere* ist. Denn *wenn* das *Reich* und nicht das Land die Fähigkeit hat, seine Kompetenz auszudehnen, dann ist jedes Landesgesetz, das seine Kompetenz auf Kosten des Reiches ausdehnt, eben mangels der rechtlichen Basis ungültig und nicht, weil ihm ein Reichsgesetz entgegensteht. Wenn man es mit Rücksicht darauf, daß es *jünger* ist als ein Reichsgesetz, für gültig, dieses aber dadurch für derogiert erklärt, so muß man eben auch dem Land die Fähigkeit zusprechen, seine Kompetenz auszudehnen (was nur auf Kosten des Reiches möglich ist!). Die Geltung der Regel *lex posterior derogat priori* im Verhältnis zur Reichs- und Landesgesetzgebung setzte – falls sie überhaupt im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung zur Anwendung kommen könnte, und es sich dabei um zwei verschiedene normsetzende Autoritäten handelte – offenbar voraus, daß Reich und Land Kompetenzhoheit

|¹⁰⁾ A. a. O. S. 28.¹⁶

¹¹⁾ Vgl. dazu *Weyr*, Rahmengesetze, Wien 1913 S. 20.¹⁷

¹⁶ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 28.

¹⁷ *Franz Weyr*, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, Leipzig und Wien 1913, S. 20 – *Weyr* selbst teilt diese Ansicht nicht; ihm zufolge stellt sie sich „bei näherer Betrachtung als völlig falsch heraus“.

haben. Merkwürdigerweise ist diese Auffassung bis vor kurzem überhaupt nicht vertreten worden. Erst Weyr¹⁸ hat sie klar und deutlich in seiner Arbeit über „Rahmengesetze“¹²⁾ ausgesprochen.

Bevor nun im folgenden eine Ueberprüfung des Verhältnisses zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung versucht werden soll, wird es sich empfehlen, die allgemeinen Prinzipien klarzustellen, nach denen sich die juristische Beurteilung zu orientieren hat.

§ 2. Die allgemeinen Prinzipien der Normkonkurrenz.

Vor allem ist das Wesen der Interpretationsregel: *lex posterior derogat priori* zu untersuchen. Daß eine jüngere Norm eine ältere, mit der sie inhaltlich im Widerspruch steht, aufhebt und nunmehr an ihrer Stelle ein bestimmtes Verhalten als gesollt statuiert, das gilt *als rechtslogisches Prinzip* natürlich nur innerhalb eines einheitlichen Normensystems. Innerhalb desselben Normensystems stellt der Grundsatz, demzufolge die jüngere Norm die ältere inhaltlich widersprechende aufhebt, den Regulator dar, durch den die logische Geschlossenheit des Normsystems – dieses Grundpostulat aller Normerkenntnis – stetig aufrecht erhalten wird. Innerhalb desselben Normsystems können zwei Normen, von denen die eine den Inhalt a, | die andere den Inhalt non a setzt, nicht nebeneinander gelten, *wenn das System vernünftig sein* und das den Normen unterworfenen Pflichtsubjekt jede Norm befolgen können soll, ohne eine andere Norm desselben Systems zu verletzen. Von dem allgemeinen logischen Grundsatz, daß das Urteil a mit dem Urteil non a unvereinbar ist, unterscheidet sich das spezielle logische Prinzip der Normerkenntnis dadurch, daß nicht *entweder* die Norm a *oder* die Norm non a *gültig* sein kann, wie *entweder* das logische Urteil a *oder* das logische Urteil non a *wahr* ist, sondern daß nur die jüngere von beiden Normen *gültig* sein kann unter der Voraussetzung, daß es Normen desselben Systems sind. Die Forderung, daß die jüngere der älteren Norm vorangehe und nicht umgekehrt, ist eine rein *logische* Konsequenz, die sich aus der Natur der Norm und dem Wesen der Einheit im

| 207
| 206 |¹²⁾ A. a. O. S. 20.¹⁹

¹⁸ František (Franz) Weyr (1879–1951), führender tschechoslowakischer Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Begründer der Brünner rechtstheoretischen Schule. 1908 Habilitation an der Böhmisches Universität in Prag für Verwaltungswissenschaft und österreichisches Verwaltungsrecht, ab 1912 a. o. Prof., ab 1919 o. Prof. an der Technischen Universität Brünn. 1919 Gründungsdekan und Prof. an der Juristischen Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn. 1918–1920 Mitarbeit an der tschechoslowakischen Verfassung. Seit 1926 mit Kelsen und Léon Duguit (1859–1928) Herausgeber der „Revue internationale de la théorie du droit“. Wichtige Werke: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580; Základy filozofie právní (Grundzüge der Rechtsphilosophie), Brünn 1920; Soustava československého práva státního (System des tschechoslowakischen Staatsrechts), Brünn 1922 (2. Aufl., Prag 1924); Teorie práva (Rechtstheorie), Brünn und Prag 1936; Československé ústavní právo (Das tschechoslowakische Verfassungsrecht), Prag 1937.

¹⁹ Weyr, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 20.

Normsystem ergibt. Der Interpretationsgrundsatz der *lex posterior* gilt offenbar nicht zwischen zwei verschiedenen Normsystemen. Ein jüngerer Rechtssatz des französischen Rechtssystems kann keinen älteren Rechtssatz der österreichischen Rechtsordnung aufheben und irgendeine noch so alte Moralnorm bleibt in ihrer Sollgeltung gänzlich unberührt von jeder beliebigen später statuierten ihr widersprechenden Rechtsnorm. Zwei einander widersprechenden Normen verschiedener Systeme gegenüber steht das Pflichtsubjekt tatsächlich vor der Frage: *Entweder* die eine *oder* die andere Norm anzuerkennen, und das Dilemma ist nach *logischen* Prinzipien nicht zu lösen. Daß zwischen verschiedenen Normsystemen eine Konfliktsmöglichkeit besteht, daß das Pflichtsubjekt zu den Normen zweier verschiedener Systeme in eine Pflichtenkollision gesetzt werden kann, das rührt einzig daher, daß der Grundsatz der *lex posterior* hier nicht zur Anwendung kommt. Worin besteht aber die Einheit eines Normensystems? Welche gemeinsame Eigenschaft müssen mehrere Normen haben, damit sie zu demselben System gehörig erkannt werden und die fragliche Interpretationsregel in ihrem gegenseitigen Verhältnis | zur Anwendung kommt? Bei jeder Norm sind drei Elemente zu unterscheiden: Ihre Form, ihr Inhalt und die Autorität von der sie gesetzt wird. Das letzte Element ist allein maßgebend für die Einheit des Normsystems. Ein einheitliches System bilden diejenigen Normen, die von der gleichen Autorität ausgehen. Nur zwischen Normen, die durch die gleiche Autorität statuiert werden, gilt der Interpretationssatz: *lex posterior derogat priori*; und zwar als normlogisches Prinzip. Denn jede Autorität kann, wie sie eine Norm setzt, so diese Norm wieder aufheben, ein Sollen schaffen und wieder vernichten, und jede Norm gilt nur so lange als sie nicht von derselben Autorität beseitigt ist. Das liegt eben im Wesen der Normgeltung. Aufgehoben werden kann eine Norm natürlich nur durch eine *zeitlich* auf sie folgende Norm, weil die Geltung der Norm eben in der Zeit verläuft. Die Aufhebung kann erfolgen entweder durch eine Norm, die keinen anderen Inhalt hat als den einer bloßen Verneinung. An Stelle der durch die ältere Norm statuierten Pflicht tritt keine neue, die derogierende Norm hat lediglich Vernichtungseffekt. Oder aber die Derogierung erfolgt dadurch, daß die jüngere Norm eine Pflicht statuiert, deren Inhalt mit dem der älteren logisch unvereinbar ist. Wenn z. B. die eine Rechtsnorm, die ein Delikt mit 10jährigem Kerker bestraft, durch eine jüngere ersetzt wird, die auf dasselbe Unrecht nur eine 5jährige Kerkerstrafe setzt. Hier erfolgt die Derogierung *implicite* nicht ausdrücklich. In beiden Fällen ist die ältere Norm vernichtet, weil sie von der Autorität, deren Normen als verbindlich anerkannt sind, vernichtet wurde.

Von einem rein logischen Standpunkt aus muß jede Norm so lange als gültig angesehen werden, als sie nicht von derselben Autorität, die sie gesetzt hat, aufgehoben wurde. Denn jede Norm kann nur durch eine Norm der gleichen Autorität aufgehoben werden. Das ist eine logische Konsequenz der Normgeltung. Sofern man die Normen, die irgendeine Autorität gesetzt hat, als gültig anerkennt, d. h. sofern man eben eine Autorität als kompetent anerkannt hat, bedeutet das, daß

| 208

| 209

man den Befehl *dieser* und keiner anderen Autorität in dieser Sache für verbindlich ansieht. Mit der Voraussetzung, daß eine bestimmte Autorität für eine bestimmte Angelegenheit kompetent ist, ist logisch unvereinbar, daß die Norm dieser Autorität durch die Norm einer anderen aufgehoben werde. *Zwei Autoritäten sind für denselben Geltungsbereich ebenso unvereinbar, wie zwei Körper in demselben Raume.* Wie die körperliche Welt des Seins, hat auch die geistige Welt des Sollens ihr Gesetz der Undurchdringlichkeit. Wenn ich die Norm der einen Autorität durch die Norm einer anderen Autorität für aufgehoben ansehe, bedeutet das einfach, daß ich die erstere Autorität negiere und die zweite an ihre Stelle setze. Auch wenn die siegreiche Norm die jüngere ist, ist in diesem Falle der Interpretationsgrundsatz *lex posterior derogat priori* *nicht* zur Anwendung gelangt; denn dieser sagt bloß, daß die jüngere Norm der älteren Norm *ein und derselben Autorität* vorangeht. Bei inhaltlich sich widersprechenden Normen derselben Autorität ist der Geltungsgrund der älteren und der jüngeren Norm identisch: denn dieser Geltungsgrund ist nichts anderes als die Autorität selbst. Auf die Frage: Warum soll eine Norm beobachtet werden, kann als *letzte* Antwort nur erfolgen: weil die Norm von einer bestimmten Autorität herrührt, die als oberste vorausgesetzt wird. Daß die jüngere Norm der älteren vorangeht, das folgt ja geradezu aus der Identität der Autorität beider sich widersprechender Normen. Sehe ich aber die Norm der einen Autorität durch die einer anderen für aufgehoben an, dann ist es nicht *derselbe* Geltungsgrund, sondern zwei verschiedene, miteinander unvereinbare Geltungsgründe, durch die die jüngere und die ältere Norm gerechtfertigt werden, d. h. die Verdrängung der älteren Norm durch eine jüngere geht nicht mehr aus dem Geltungsgrunde der zu verdrängenden Norm selbst hervor, die ältere Norm rechtfertigt nicht mehr selbst ihre eigene Aufhebung. Es liegt | ein offener Pflichtenkonflikt vor, der seine *außerlogische* Lösung nur durch die tatsächliche Eliminierung einer der beiden Autoritäten im Bewußtsein des Pflichtsubjektes finden kann. Die „*Derogierung*“ der einen Norm durch die andere, die eine *logische* Lösung des Konfliktes bedeutet, ist zwischen verschiedenen, d. h. voneinander unabhängigen, selbständigen Autoritäten nicht möglich. In solchem Verhältnis stehen zueinander z. B. Rechtsnormen und Moralnormen.

|210

Dabei muß die normsetzende Autorität als *oberste* vorausgesetzt sein, d. h. ihre Normen müssen einer weiteren Rechtfertigung durch höhere Normen, Normen einer übergeordneten Autorität für nicht bedürftig und unfähig angesehen werden. Will man diese Eigenschaft eines Normsystems als dessen *Souveränität* bezeichnen, so ist nichts dagegen einzuwenden. Mit dieser Souveränität schon begrifflich (implicite) gegeben ist jene Eigenschaft, die man als „*Kompetenzhoheit*“ bezeichnet, die Fähigkeit das Geltungsgebiet der Normen *selbst* zu bestimmen. Denn mangelt einer normsetzenden Autorität diese Fähigkeit, das Geltungsgebiet ihrer Normen *selbst* auszudehnen oder einzuschränken, kommt vielmehr diese Fähigkeit einer anderen Autorität zu, dann kann die erstere nicht mehr als *oberste* angesehen werden, ja überhaupt nicht mehr als normsetzende Autorität im stren-

gen Sinne des Wortes gelten. Zumindest der übergeordneten, mit Kompetenzhoheit ausgestatteten Autorität gegenüber erscheint sie nur mehr als Pflicht- oder Rechtssubjekt, sofern sie sich eben innerhalb der Grenzen zu halten verpflichtet oder berechtigt ist, die ihr vorgezeichnet sind. Ihre von der übergeordneten Autorität festgelegte *Kompetenz* ist ein Pflicht- oder Rechtskreis, den sie mit Normen auszufüllen hat, die letzten Endes der übergeordneten Autorität zuzurechnen sind, zumal sie jederzeit durch diese aufgehoben werden können.

In diesem Falle – man denke etwa an das Verhältnis von Gesetz und Verordnung im Einheitsstaate – liegt somit nur scheinbar die Konkurrenz zweier Autoritäten vor. Eine solche ist | dagegen – und zwar bei räumlich ganz zusammenfallenden Geltungsgebieten – in dem Verhältnis der Normen des Gesetzesrechtes zu denen des Gewohnheitsrechtes gegeben. Solange nicht das Gewohnheitsrecht durch das Gesetz anerkannt ist, oder – wie mitunter geschieht – das Gesetzesrecht durch den Geltungsgrund der Gewohnheit gerechtfertigt wird, stehen sich Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht als zwei selbständige und souveräne Normsysteme gegenüber, die das Pflichtsubjekt in einen *rechtslogisch* unlösbaren Konflikt setzen. Die Lösung kann im Einzelfalle stets nur eine faktische sein und nur unter Verletzung der Norm einer der beiden anerkannten Autoritäten erfolgen. Daß eine ältere Gesetzesnorm durch einen jüngeren Gewohnheitsrechtssatz auch *objektiv* ihre Sollgeltung verliert, Gesetzesrecht durch Gewohnheitsrecht zerstört wird, ist eine rechtslogisch nicht begreifbare These und ein Problem, das außerhalb dieser Untersuchungen liegt. Hier kommt es nur darauf an, den Unterschied aufzuzeigen, der im Verhältnis von Normen derselben und Normen verschiedener Autoritäten besteht. Der Unterschied gilt natürlich nur für eine *Logik* des Rechtes, für eine *Normerkennntnis*, nicht für *die Praxis* des Handelns, an die sich ja *Denknormen* der Logik nicht richten. Wenn man in dem Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht den Grundsatz *lex posterior derogat priori* als rechtslogisches Prinzip zur Anwendung bringen will, muß man voraussetzen können, daß beide Normsysteme auf eine identische Autorität zurückführbar sind, d. h. nicht mehr im Verhältnis der Koordinierung, sondern dem der Unter- und Ueberordnung zueinander stehen. Das ist zweifellos der Fall, wenn durch *Gesetz* die Geltung des Gewohnheitsrechtes aufrecht erhalten wird, indem bestimmt wird, daß eine jüngere Gewohnheit einer älteren Gesetzesnorm vorangeht. Der Grundsatz *lex posterior* usw. gilt jetzt nicht mehr als rechtslogisches Prinzip, sondern als gesetzlich ausgesprochene Vorschrift. Das ganze Gewohnheitsrecht erscheint somit als ein Normsystem zweiten Grades, | die Autorität des Gewohnheitsrechtes durch jene des Gesetzesrechtes delegiert. Das Gesetz ist als oberste und letzte Form alles Rechtes gedacht, soferne eben *letzten Endes* eine in Form des Gesetzes erscheinende Norm als oberste Rechtfertigung auch des Gewohnheitsrechtes dient. Was die Frage der Kompetenzhoheit betrifft, so scheint es, als ob hier sowohl dem System des Gesetzesrechtes als auch jenem des Gewohnheitsrechtes Kompetenzhoheit zukomme, sofern jedes der beiden sein Gebiet auf Kosten oder zu gunsten

des anderen ausdehnen oder einschränken kann. Allein es darf nicht vergessen werden, daß sofern der Annahme nach die Geltung des Gewohnheitsrechtes auf der Anerkennung durch das Gesetz beruht, diese Geltung durch das Gesetz jederzeit eingeschränkt oder aufgehoben werden kann, weshalb die Kompetenzhoheit ausschließlich und allein der Autorität des Gesetzes zuzusprechen ist, zumal ja *formal* überhaupt nur diese, nicht aber eine solche des Gewohnheitsrechtes in Betracht kommen kann.

Dieser Fall, ins Allgemeine erhoben, zeigt die Möglichkeit, daß Normen der einen Autorität *kraft eigener Bestimmung* durch jüngere Normen einer anderen Autorität abgeändert oder aufgehoben werden können. Soll die Regel *lex posterior derogat priori* zwischen Normen verschiedener Autorität Anwendung finden, muß dies ausdrücklich durch die eine von beiden normiert werden. Die fragliche Regel gilt dann als *Norm* (z. B. als Rechtssatz), nicht als rechts-logisches Prinzip. Als oberste und damit *als einzige* Autorität ist aber dann jene zu erkennen, auf deren Anordnung hin die Regel angewendet wird. Die andere Autorität verliert ihren spezifischen Charakter und damit ist die Regel *lex posterior* nunmehr *auch* als rechtslogisches Prinzip in Geltung. Als solches bleibt es von vornherein aufrecht, wenn man, um die Einheit der Rechtsautorität zu wahren, nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetzesrecht zurückführt (falls mangels gesetzlicher Anerkennung eine solche Zurückführung unmöglich | ist), sondern umgekehrt das ganze Gesetzesrecht nur als Gewohnheitsrecht gelten lassen will, d. h. den Geltungsgrund und die Autorität des Gesetzesrechtes nur in der Gewohnheit erblickt. Daß solches nicht ohne höchst problematische Fiktion möglich, gehört in einen anderen Zusammenhang.

|213

Der Konkurrenz von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ist in mancher Richtung analog die Beziehung zwischen Reichsgesetz und Landesgesetz im zusammengesetzten Staate. Nimmt man von vornherein eine Verschiedenheit der normsetzenden Autoritäten an, unterscheidet man zwischen dem Reichs- und dem Landesgesetzgeber in formaler und materieller Beziehung, dann unterscheidet sich die fragliche Relation von der zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht hauptsächlich dadurch, daß sich die Normkonkurrenz nicht auf das ganze räumliche Geltungsgebiet beider Systeme erstreckt, sondern lediglich innerhalb eines Teils des Reichsgesetzgebietes vor sich geht. Setzt man eine vollkommene Koordinierung der Reichs- und der Landesgesetzgebung voraus, d. h. läßt man beide als oberste souveräne und mit Kompetenzhoheit begabte normsetzende Autoritäten gelten, dann kann naturgemäß von einer rechtslogischen Lösung des unvermeidlichen Normenkonfliktes keine Rede sein. Der Grundsatz *lex posterior* etc. kann als rechtslogisches Prinzip keine Anwendung finden. Und soferne die Staatseinheit in der juristischen Konstruktion gegeben sein soll, d. h. die juristische Einheit des Staates in der Einheit der Rechtsordnung gegeben ist, kann bei einem derartigen Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, bei der zwei voneinander unabhängige Rechtsnormsysteme zu unterscheiden sind, die Verbindung der die ein-

zelen Landesgesetzgebungen tragenden Gliedstaaten mit dem Träger der Reichsgesetzgebung zu einem einheitlichen Oberstaate nicht erkannt werden.

Eine rechtslogische Lösung des Konfliktes beider Normsysteme und damit die juristische Einheit der normtragenden oder normsetzenden Autoritäten ist nur denkbar bei einem Ueber- und Unter|ordnungsverhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung. Diese kann in verschiedener Weise durchgeführt sein, etwa in der Weise, daß die Kompetenzhoheit ausschließlich einer von beiden zukommt, indem der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen ist, daß das Reichsrecht dem Landrecht oder umgekehrt das Landrecht dem Reichsrecht unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf die zeitliche Priorität vorgehe. So ist das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz im Bundesstaat des Deutschen Reiches.²⁰ Die Landesgesetzgebung kann hier tatsächlich nur innerhalb jener Grenzen entfaltet werden, die durch die Reichsgesetzgebung statuiert sind. Der Landesgesetzgeber ist dem Reichsgesetzgeber gegenüber in einem ganz analogen Verhältnis wie die Verordnungsgewalt gegenüber der gesetzgebenden Gewalt im Einheitsstaat. Spricht man dennoch von einer Verschiedenheit der normsetzenden Autoritäten, so ist dies nur in einem materiellen Sinne richtig; für eine formaljuristische Betrachtung kommt ausschließlich die mit Kompetenzhoheit und Souveränität ausgestattete Gewalt des Reiches als normsetzende Autorität in Betracht. Der Landesgesetzgeber ist im Verhältnis zum Reichsgesetzgeber ebenso wie die Verordnungs- im Verhältnis zur gesetzgebenden Gewalt nicht Autorität, sondern subordinierter Delegat. So muß sich das Verhältnis für die *dogmatische* (normative) *Konstruktion* darstellen. Nicht in Widerspruch dazu kann die Erkenntnis der historischen Realität geraten, sofern sie aufzeigt, daß die Reichsstaatsgewalt aus den Gliedstaatsgewalten entstanden ist. |214

Das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz kann aber nicht bloß in der Weise zu einem Ueber- und Unterordnungsverhältnis werden, daß der Grundsatz, Reichsrecht bricht Landrecht oder Landrecht bricht Reichsrecht, d. h. also der *materielle* Vorrang eines der beiden Normsysteme bedingungslos als *Rechtsnorm* aufgestellt wird; Ueber- und Unterordnung kann bei Aufrechterhaltung der vollen *materiellen* Parität beider Normarten bloß *formalen* Charakter annehmen und dies ist dann der | Fall, wenn im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz der Grundsatz *lex posterior derogat priori* als Rechtsnorm zur Anwendung zu kommen hat. Muß eine Verschiedenheit der normsetzenden Autoritäten von vornherein angenommen werden, dann kann dieser Grundsatz, wie aus allem bisher Gesagten deutlich hervorgeht, nur kraft ausdrücklicher Normierung zur Geltung kommen. Formell ist dann jene normsetzende Autorität als oberste zu betrachten, auf deren Anordnung hin der fragliche Grundsatz zur Anwendung kommt. Ihr ist |215

²⁰ Vgl. Art. 2 Satz 1 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63 (im Folgenden: Dt. Reichsverf. 1871): „Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.“

Souveränität und Kompetenzhoheit zuzusprechen und damit die formelle Identität der normsetzenden Autorität bei Reichs- und Landesgesetz wiederhergestellt.

Muß man aber a priori mit einer Identität der normsetzenden Autorität in Reich und Land rechnen, dann gilt im Verhältnis beider Normenarten der Grundsatz *lex posterior* als rechtslogisches Prinzip, wenn sich nicht von vornherein die eine Gesetzgebung als Delegat der anderen nachweisen läßt. Letzterenfalls – das typische Beispiel bietet das Verhältnis von gesetzgebender und Verordnungsgewalt – ist eine Derogierung der Normen der delegierenden durch Normen der delegierten Gesetzgebung ausgeschlossen, sofern diese Möglichkeit nicht durch die delegierende Gewalt ausdrücklich normiert ist.

§ 3. Der Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion.

Die spezifisch juristischen Erkenntnisse lassen sich deutlich in zwei Gruppen scheiden. Bei den einen stehen reale Tatbestände in der Außenwelt den Rechtsnormen (als geistigen Elementen, Vorstellungen im Bewußtsein des Erkennenden) gegenüber und es handelt sich darum, die vorliegenden realen Tatbestände nach den im Bewußtsein gegebenen Normen zu beurteilen, so z. B. ob irgendein Tatbestand sich als Unrecht darstellt und welche Unrechtsfolgen sich an ihn knüpfen, ob ein anderer Tatbestand ein Rechtsgeschäft ist und welche Wirkungen ihm nach | der geltenden Ordnung zukommen etc. Es ist *Rechtsanwendung*, Anwendung gegebener Rechtssätze auf konkrete Tatbestände.

[216

Bei der zweiten Art juristischer Erkenntnisse hat man es nicht mit realen Tatbeständen *und* Rechtsnormen, resp. dem Verhältnis der letzteren zu den ersteren zu tun, sondern ausschließlich und allein mit den Rechtsnormen. So wenn man die auf einen bestimmten Gegenstand sich beziehenden Normen aufsucht und in ein System bringt, wenn man ohne Rücksicht auf einen konkreten Tatbestand und dessen Beurteilung feststellt, was nach irgend einer Richtung hin Rechtens ist, d. h. welche Normen in Geltung stehen. Wenn man das System des französischen Privatrechtes oder des österreichischen Verwaltungsrechtes darstellt oder die Grundbegriffe zu gewinnen sucht, mit deren Hilfe ein spezielles Rechtssystem oder die Rechtsordnungen überhaupt zu begreifen sind. Es ist nicht, wie im ersten Falle, Rechtspraxis, sondern Rechtstheorie, und das Verhältnis beider gleicht noch am meisten dem zwischen den theoretischen Naturwissenschaften und der Technik.

Das Objekt rechtstheoretischer Erkenntnis sind *Rechtsnormen* und *nicht* als Rechtsnormen. Diese Wahrheit muß ausdrücklichst eingangs der Behandlung eines Problems hervorgehoben werden, dessen *rechtstheoretische* Lösung man für gewöhnlich nicht bloß, ja nicht so sehr aus den geltenden Rechtsnormen, als vielmehr aus gewissen historisch-politischen Tatbeständen zu gewinnen sucht. Es ist das Verhältnis von Reichsgesetz und Landesgesetz innerhalb der österreichischen Verfassung. Die Frage ist gerichtet auf das Verhältnis bestimmter Normarten zueinander, und die Antwort kann – wenn sie methodisch einwandfrei sein soll

– nur aus diesen oder anderen mit ihnen in Beziehung stehenden *Normen* gewonnen werden.

Alle juristische Konstruktion muß von bestimmten Normen als gültigen Rechtssätzen ausgehen. Ob es sich dabei um die Beurteilung konkreter Tatbestände oder bestimmter Normen selbst | und deren gegenseitiges Verhältnis handelt, immer muß von irgendeiner letztlich selbst als gültig vorausgesetzten und obersten Norm (oder einem Normensystem) der Ausgang genommen werden. Die Frage der Gültigkeit dieser letzten als Voraussetzung aller juristischen Erkenntnis angenommenen Norm liegt dann außerhalb dieser juristischen Erkenntnis. Diese letzten Endes als oberste vorausgesetzte Norm ist dann gleichsam der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird. Die Auswahl dieses Standpunktes ist im Grund keine juristische, sondern eine politische Frage und muß daher vom Standpunkt juristischer Erkenntnis immer den Anschein von Willkürlichkeit haben. Der tatsächlichen Kontinuität der historischen Entwicklung entspricht keineswegs eine ununterbrochene Rechtskontinuität; fast alle heute geltenden Rechtsordnungen ruhen auf revolutionärer Grundlage, beginnen ihre Entwicklung mit einem Bruch der alten Ordnung, von der aus beurteilt alle späteren Normen ungültig erscheinen würden, weil die Art und Weise der Normentstehung und damit die normsetzende Autorität eine andere geworden ist. In der Regel wird bei der Umwandlung einer absoluten Monarchie in eine Republik oder eine konstitutionelle Monarchie die Rechtskontinuität unterbrochen. Allein denkbar ist auch die Begründung der neuen Staatsform durch eine Norm der alten Autorität. So ist erst kürzlich die chinesische Monarchie durch ein Gesetz des absoluten Monarchen in eine Republik gewandelt,²¹ so ist z. B. in Oesterreich die Verfassung durch einseitige Normen des faktisch absolut regierenden Kaisers ins Leben gerufen worden: mit Oktoberdiplom von 1860²² oder Februarpatent von 1861²³ beginnt die Kontinuität unserer Verfassungsentwicklung. Denn wie diese beiden Gesetze vom Standpunkt älterer Verfassungsnormen aus – z. B. von der verfassungswidrig (also de jure überhaupt nicht) aufgehobenen 49iger Verfassung²⁴ – zu beurteilen wären, muß fraglich erscheinen; wäre auch ziemlich müßig zu untersuchen. Diese beiden Gesetze werden eben faktisch zum Ausgangspunkt gemacht, von dem aus die Beurteilung der heute | geltenden Verfassung im allgemeinen und die Lösung des speziellen Problems:

²¹ Vgl. Art. 1 Vorläufige Verfassung der Republik China vom 11. März 1912, abgedruckt in: The China Year Book 1914, Shanghai 1914, S. 460–464 (460).

²² Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226 (im Folgenden: Oktoberdiplom 1860).

²³ Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20 (Verweise auf die Gesamtverfassung von 1861 oder auf das Patent im engeren Sinne im Folgenden: Februarpatent 1861).

²⁴ Kaiserliches Manifest vom 4. März 1849, wodurch der Reichstag von Kremsier aufgelöst, und den Völkern Oesterreichs aus eigener Macht des Kaisers eine Reichsverfassung für das gesammte Kaiserthum Oesterreich verliehen wird, RGBl 1849/149, und Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, RGBl 1849/150.

Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz erfolgt. Geht man von der Voraussetzung aus, daß Oesterreich im Jahre 1860 eine absolute Monarchie war, d. h. daß nur die einseitig durch den Monarchen erlassenen Gesetze rechtsgültig waren, daß daher durch einseitige Norm des absoluten Monarchen *alles* geregelt werden konnte, muß man auch die Möglichkeit anerkennen, durch eine solche Norm des absoluten Monarchen neue Rechtssetzungsorgane zu schaffen und deren Kompetenz zu bestimmen. Durch Norm des absoluten Monarchen kann bestimmt werden, daß in Zukunft als rechtsgültige Normen nur mehr die durch eine Volksvertretung oder von ihm in Verbindung mit einer solchen erlassenen Gesetze angesehen werden sollen, und ähnliches. Wird der Kompetenz dieser neuen normsetzenden Autorität keine Grenze gezogen, dann ist ihr die Kompetenzhoheit übertragen. Zumindest materiell. Denn formell könnte man ja noch immer die neue normsetzende Autorität als *Delegaten* des absoluten Monarchen ansehen und diesem letztlich alle Normen des neuen Gesetzgebers zurechnen. Bei einer in Form Rechtsens durch den absoluten Monarchen gewährten konstitutionellen Verfassung *kann* man eben aus dieser formalen Erwägung heraus nach wie vor den Monarchen als alleinigen Gesetzgeber ansehen. Allein aus demselben Grunde, weshalb man nicht nach einer weiteren Legitimation des absoluten Monarchen zur Gesetzgebung fragt (die Berufung auf Gottes Gnaden ist zumindest keine juristische Rechtfertigung, entspricht aber zweifellos einem solchen Rechtfertigungsbedürfnis), kann man auch dem konstitutionellen Gesetzgeber gegenüber auf eine Zurückführung seiner Gesetzgebungskompetenz auf den absoluten Monarchen *faktisch* verzichten, d. h. man kann das Parlament, sei es allein, sei es in Verbindung mit dem Monarchen ohne Rücksicht auf ein delegierendes Gesetz aus vor-konstitutioneller Zeit, als oberste normsetzende Autorität *voraussetzen*. | Politische Schlagworte wie Volkssouveränität und ähnliches drücken diese Auffassung aus. Man muß sich nur hüten, darin irgendwelche *juristische* Konstruktion zu erblicken! Für eine streng juristische Betrachtung handelt es sich dabei um rechtlich irrelevante, rein faktische, sozusagen präjuristische Prämissen. Bedient sich die juristische Konstruktion zwar des den Konstitutionalismus einführenden Gesetzes des absoluten Monarchen, um gleichsam wie auf einer Leiter zu der Stellung des neuen konstitutionellen Gesetzgebers (Parlament in Verbindung mit dem Monarchen) zu gelangen, dann muß sie diese Leiter – um im Bilde zu bleiben – gleichsam wieder wegstoßen, wenn sie nicht den absoluten Monarchen, sondern den konstitutionellen Gesetzgeber auch formell als letzte und oberste normsetzende Autorität, mit nicht bloß materieller, sondern auch formaler Souveränität und Kompetenzhoheit ausgestattet wissen will.

Die Uebertragung der gesetzgebenden Gewalt durch den absoluten Monarchen auf eine andere Stelle kann verbunden sein mit einer Kompetenzabgrenzung. Allein eine solche Kompetenzbeschränkung kann sich als sinnvoll nur in zwei Fällen erweisen. Entweder der absolute Monarch überträgt überhaupt seine gesetzgebende Gewalt nur zum Teil auf den konstitutionellen Gesetzgeber und behält sich

den anderen Teil der Legislative vor. Mit dieser Präsumtion pflegt man in sog. altmonarchischen Staaten²⁵ ein primäres Gesetzgebungs- resp. Verordnungsrecht des Monarchen, neben der konstitutionellen Legislative zu rechtfertigen. Die Kompetenz des Parlamentes reicht nur so weit, als der Monarch in dem die Konstitution verleihenden Gesetze auf sein Gesetzgebungsrecht ausdrücklich verzichtet hat. Oder aber der Monarch überträgt seine legislative Gewalt restlos auf zwei (oder mehrere) normsetzende Autoritäten. In diesem Falle muß von vornherein zugleich auch eine Grenze zwischen beider Kompetenz gezogen werden. Wie eine künftige Aenderung der Grenze zu erfolgen hat, ist eine | andere Frage, von deren | 220 Lösung es abhängt, bei welcher Instanz Kompetenzhoheit und Souveränität liegt.

§ 4. Reichs- und Landesgesetz nach dem Oktoberdiplom von 1860.

Durch das Oktoberdiplom von 1860 hat der bis dahin absolute Monarch seine gesetzgebende Gewalt auf mehrere normsetzende Autoritäten übertragen: die Landesgesetzgeber auf der einen Seite, den Reichsgesetzgeber auf der anderen. Es muß mit Nachdruck hervorgehoben werden, daß die gesetzgebende Gewalt des absoluten Monarchen im Oktoberdiplom *restlos* auf diese konstitutionellen Autoritäten übertragen wurde, daß von irgendeiner dem Monarchen allein reservierten Gesetzgebung keine Rede sein kann. Ausdrücklich wird erklärt, daß das Recht, *Gesetze* zu geben, abzuändern und aufzuheben auf den Reichsrat in Verbindung mit dem Monarchen, resp. die mit dem Monarchen verbundenen Landtage übergehen soll.²⁶ Der Begriff „Gesetz“ kann in diesem Zusammenhange natürlich nur im materiellen Sinne des Wortes: rechtsverbindliche Norm, verstanden werden; *Rechtsnormen* sollen in Hinkunft nur in konstitutioneller Weise gesetzt werden. Die mitunter zur Rechtfertigung einer dem Monarchen allein reservierten primären Normierungskompetenz vertretene Interpretation des Wortes „Gesetz“ im *formellen* Sinn von sanktionierten Parlamentsbeschlüssen, derzufolge der absolute Monarch nur auf das Recht *Gesetze im formellen Sinn* zu geben verzichtet hätte, ihm somit Setzung aller Rechtsnormen, die keiner Gesetzesform bedürfen, reserviert geblieben wäre, ist sinnlos¹³⁾. Denn erstens gab es im Augenblick des Okto-

¹³⁾ Vgl. dazu mein: Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. Jurist. Blätter 1913, Nr. 20.²⁷ | 220

²⁵ Zur Wendung *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 338 (3. Aufl., Berlin 1914, S. 347).

²⁶ Vgl. Art I Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22): „Das Recht, Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben, wird von Uns und Unseren Nachfolgern nur unter Mitwirkung der gesetzlich versammelten Landtage, beziehungsweise des Reichsrathes, ausgeübt werden, zu welchem die Landtage die von Uns festgesetzte Zahl Mitglieder zu entsenden haben.“

²⁷ *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246.

|221 berdiploms noch gar keine formellen Gesetze. Der Monarch spricht aber von seinem ihm bisher schon zustehenden Rechte, | *Gesetze* zu geben. Unter den Gesetzen, die er bisher geben konnte, können aber nur materielle zu verstehen sein, d. h. eben schlechtweg Rechtsnormen, da der Begriff des formellen Gesetzes erst durch die Schaffung der Konstitution möglich wurde. Zweitens wäre es eine leere Tautologie, wenn der Monarch versprechen würde, in Hinkunft formelle Gesetze, d. h. sanktionierte Parlamentsbeschlüsse nur in Verbindung mit den Parlamenten zu geben, d. h. sanktionieren zu wollen. Schließlich geht die Absicht, die Rechtsnormierung gänzlich und restlos in die konstitutionelle Form zu kleiden, auch daraus hervor, daß im Abs. III²⁸ nach Aufzählung der Kompetenzen des Reichsrates „*alle anderen Gegenstände der Gesetzgebung, welche in den vorhergehenden Punkten nicht enthalten sind*“, den Landtagen zugewiesen werden. Die Interpretation des Wortes „Gesetzgebung“ im formellen Sinne wäre in diesem Zusammenhange nur dann möglich (und nur dann könnte behauptet werden, daß nicht alle Rechtsnormierung in konstitutioneller Form zu erfolgen habe), wenn das Oktoberdiplom die „Gegenstände einer formellen Gesetzgebung“ irgendwie von denen einer bloß materiellen Gesetzgebung, einer dem Monarchen reservierten Verordnungsgewalt abgegrenzt hätte, oder eine solche Grenze als irgendwo gegeben hätte voraussetzen können. Das ist aber keineswegs der Fall. Das Oktoberdiplom hat das oberste konstitutionelle Prinzip: jede Rechtsnorm hat *in Form* des Gesetzes (als formelles Gesetz) zu erscheinen, rein zum Ausdruck gebracht.

Zwischen Reichsrat und Landtagen (beide in Verbindung mit dem Monarchen) ist die gesamte gesetzgebende Gewalt aufgeteilt. Wie verhält sich aber die Reichsgesetzgebung zur Landesgesetzgebung nach den Bestimmungen des Oktoberdiploms? Auf den ersten Anblick könnte es den Anschein haben, als ob die Reichsgesetzgebung nur als Delegat der Landesgesetzgebungen gedacht gewesen wäre. An erster Stelle erklärt der Monarch sein Gesetzgebungsrecht mit den *Landtagen* teilen zu wollen und nur an | zweiter Stelle spricht er vom Reichsrat.²⁹ Dieser soll nur ein gemeinsamer Ausschuß der Landtage sein. Seine Kompetenz wird als die kleinere speziell und ausdrücklich bestimmt, sie bedeutet nur einen kleinen Ausschnitt aus der allgemeinen, im übrigen unbeschränkten Landesgesetzgebungsgewalt. Das gilt nicht nur für die auf das ganze Reich inklusive Ungarn gedachte Reichsgesetzgebung, sondern auch für den später sogenannten „engeren“ Reichsrat.

Allein realisiert hat das Oktoberdiplom diese scheinbare Tendenz, die Reichsgesetzgebung den Landesgesetzgebungen zu subordinieren, nicht. Was speziell die Frage der Kompetenzhoheit betrifft, die Frage, wer die durch das Oktoberdiplom gezogene Grenze zwischen Reichs- und Landeskompentenz zu ändern berechtigt sei, so ist darüber prinzipiell überhaupt nichts vorgesehen. Folgende Möglichkeiten wären offengestanden. Entweder hätte das Oktoberdiplom die Kompetenz, die

²⁸ Art III Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22) – Hervorhebung von Kelsen.

²⁹ Vgl. Art I Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22).

ursprünglich festgesetzte Grenze abzuändern, *einer* der beiden Gesetzgebungen, dem Reichsrat oder den Landtagen zusprechen können, die andere hätte dann die Stellung einer *delegierten Legislative* gehabt, der Grundsatz *lex posterior* wäre im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzen *nicht* anzuwenden gewesen. Oder aber eine Verschiebung der Kompetenzgrenze zwischen Reich und Land wäre von einem zwischen Reich und Land paktierten Gesetz³⁰ abhängig gemacht worden. Oder aber die Kompetenzhoheit wäre beiden normsetzenden Autoritäten selbständig und unabhängig voneinander eingeräumt worden. Mangels *jeder* ausdrücklichen bezüglichen Bestimmung des Oktoberdiploms könnte weder dem Reichsrat noch den Landtagen (beiden in Verbindung mit dem Monarchen), noch auch beiden zusammen die Fähigkeit zugesprochen werden, die durch das Oktoberdiplom des absoluten Monarchen gezogene Grenze ihrer Kompetenz durch Reichs- oder Landesgesetz abzuändern, und da der Monarch für sich allein die einmal festgelegte Grenze nicht mehr abändern kann – hat er | doch erklärt, | 223 Gesetze nur in Verbindung mit Reichsrat oder Landtag geben zu wollen – schiene eine *verfassungsmäßige* Kompetenzänderung auf Grund des Oktoberdiploms ebenso unmöglich, wie die Abänderung eines Gesetzes, das sich selbst als ewig und unabänderlich bezeichnet. Es wäre denn, daß man sich entschließt, unter den den Landtagen zugewiesenen „allen übrigen Gegenständen der Gesetzgebung“ auch die Kompetenzänderungen zu begreifen. Die rechtlichen Konsequenzen dieser – logisch keineswegs unmöglichen Interpretation – sind aber zweifellos nicht in der Absicht der Männer gewesen, die das Oktoberdiplom geschaffen haben. Denn mit der Kompetenzhoheit und Souveränität des Landesgesetzgebers wäre das Reich in ebensoviele selbständige Staaten zerfallen, die kein Ober-Staat zusammengehalten hätte. Die Kompetenz des Reiches, das selbst ohne Kompetenzhoheit geblieben wäre, hätte jederzeit durch Landesgesetz vernichtet werden können. Die Tatsache, daß der an der Existenz eines Oberstaates interessierte Monarch die zu einem derartigen kompetenzändernden Gesetze erforderliche Sanktion nicht erteilt hätte, ist natürlich als ein juristisch gänzlich irrelevantes Faktum für die Beurteilung ohne Bedeutung. Eine vernünftiger Lösung aber, etwa aus der „Natur der Sache“ scheint tatsächlich nicht gegeben. Denn da dem Reich allein die Kompetenzhoheit auf Grund des Oktoberdiploms auf keinen Fall zugesprochen werden kann, bliebe höchstens die Möglichkeit, sie an *beiden* Legislativen als mit deren Wesen begrifflich gegeben zu konstatieren. Ganz abgesehen von der Unzulänglichkeit des Interpretationsmittels – ob das Oktoberdiplom wirklich zwei souveräne Legislativen schaffen wollte, ist ja gerade fraglich und nicht voraussetzbar! – ist der Interpretationserfolg weit schlechter als der, bei welchem eine Aenderung der Grenze überhaupt nie möglich ist. Dies wird später auseinanderzusetzen sein.³¹

³⁰ Paktierte Gesetze sind gleichlautende Gesetze, die auf Grund einer Vereinbarung unterschiedlicher Normgeber erlassen werden.

³¹ Vgl. unten S. 399–408.

Wenn auch die ausschließliche Kompetenz-Kompetenz der Landesgesetzgebungen mangels einer ausdrücklichen Bestimmung des Oktoberdiploms in Zweifel gezogen werden kann, so muß doch insoferne ein gewisses Uebergewicht der Landtage über den Reichsrat und speziell den engeren Reichsrat zugegeben werden, als nach der ausdrücklichen Vorschrift des Oktoberdiploms (III, 3. Absatz)³² die Landtage wenigstens die Möglichkeit haben, ihre Kompetenz zugunsten des Reichsrates einzuschränken. „Eine gemeinsame Behandlung (durch den engeren Reichsrat) kann auch stattfinden, wenn eine solche in betreff der der Kompetenz des Reichsrates nicht vorbehaltenen Gegenstände von dem betreffenden Landtage gewünscht und beantragt werden sollte“.³³ Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß den Landtagen auf ihre und des Reichsrates Kompetenz ein Einfluß eingeräumt werden sollte, der dem Reichsrat völlig fehlte; und es sollte eine solche Kompetenzeinschränkung des Landtages und Kompetenzerweiterung des Reichsrates nicht einmal eines (Landes-)Gesetzes bedürfen! Ein bloßer „Antrag“, d. h. offenbar ein Beschluß des Landtages war für genügend angesehen. Des weiteren muß daraus aber auch geschlossen werden, daß die Verfasser des Oktoberdiploms zumindest der Meinung waren, den Landtagen keine Kompetenz-Kompetenz eingeräumt zu haben, sonst hätte es ja dieser Bestimmung nicht bedurft. Ob die Absicht in dem tatsächlichen Texte des Diploms mit juristisch tauglichen Mitteln realisiert wurde, ist eine andere Frage. Sicher ist, daß die zweifellos vorhandene Absicht, die Kompetenz des Reichsrates, wie sie einmal im Oktoberdiplom festgelegt war, sei in Hinkunft nicht einzuschränken, sondern höchstens auszudehnen, äußerst ungeschickt zum Ausdruck gebracht wurde. Denn man konnte – mit Rücksicht auf die vorhandenen föderalistischen Tendenzen – die Kompetenzhoheit des in seiner materiellen Kompetenz auf ein Existenzminimum beschränkten Reichsrates nicht aussprechen, konnte aber auch nicht den Schein der Möglichkeit vermeiden, daß den Landtagen diese Kompetenzhoheit allein zukomme. Da man die staatsrechtlichen Konsequenzen der letzteren Konstellation nicht hätte akzeptieren können, wäre nur die Möglichkeit gewesen, die Kompetenz-Kompetenz weder dem Reich noch den Ländern zu gewähren und solchermaßen das Kuriosum einer souveränen Rechtsordnung (nach herrschender Terminologie: der Rechtsordnung eines souveränen Staates) zu schaffen, die sich selbst die Kompetenzhoheit abspricht!

Wenn man auch das Oktoberdiplom eher für ein politisches Programm denn für ein ausreichendes Verfassungsgesetz halten muß, durch welches *juristisch* ein neuer Staat begründet werden sollte, ist die gewaltige Lücke nicht zu rechtfertigen, die dadurch offen gelassen wurde, daß das für die staatsrechtliche Gestaltung der Monarchie grundlegende Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung ungeklärt geblieben ist. Auch die in teilweiser Ausführung des Oktoberdiploms

³² Art III Abs 3 Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22).

³³ Art III Abs 3 Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22) – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

erlassenen vier Landesstatuten (von Steiermark, Kärnten, Salzburg und Tirol)³⁴ füllen diese Lücke nicht aus.

§ 5. Reichs- und Landesgesetz nach dem Februarpatent von 1861.

Eine juristische Kritik des Oktoberdiploms hat eine umso theoretischere Bedeutung, als dieses Gesetz, wie man sich auszudrücken pflegt, nicht in Kraft getreten ist, aber viel mehr noch deshalb, weil es strenggenommen gar nicht zum Maßstabe der Beurteilung der heute geltenden Verfassung genommen werden kann; vom Standpunkte des Oktoberdiploms müßte die ganze folgende Entwicklung für verfassungswidrig erklärt werden, denn das unmittelbar anschließende Februarpatent, das sich als eine Durchführung des Oktoberdiploms ausgibt,³⁵ das Basis und Bestandteil der heute geltenden Verfassung³⁶ bildet, ist als *Gesetz* vom Standpunkte des Oktoberdiploms ungültig, da es ohne die dort bedingungslos statuierte Mitwirkung eines Parlamentes,³⁷ als einseitiger Gesetzgebungsakt des absoluten Monarchen zustande gekommen ist. Das Februarpatent ist nicht nur materiell eine von den föderalistischen Prinzipien des Oktoberdiploms ganz verschiedene (zentralistische) *neue* Basis der staatsrechtlichen Gestaltung Oesterreichs, sondern auch formell der Ausgangspunkt, mit dem eine juristisch einigermaßen konstruierbare verfassungsrechtliche Kontinuität beginnt. Wie im Oktoberdiplom, so wird auch im Februarpatent und seinen Beilagen die gesetzgebende Gewalt des Monarchen auf eine Reichs- und eine Reihe von Landes-Legislativen übertragen und zunächst eine Kompetenzaufteilung zwischen den beiden normsetzenden Autoritäten – als solche seien sie vorläufig angesprochen – durchgeführt. Daß die Kompetenzgrenze zwischen Reich und Land eine Aenderung erfahren hat, indem das vom Oktoberdiplom geschaffene Verhältnis umgekehrt wurde, d. h. die Kompetenz der Landtage durch erschöpfende Aufzählung aller Gegenstände ausdrücklich abgegrenzt und alles übrige (mit Ausnahme der dem weiteren Reichsrathe ausdrücklich vorbehaltenen Angelegenheiten) der Gesetzgebungskompetenz des engeren Reichsrates zugewiesen wurde (§ 11 des als Beilage des Februarpatents erschienenen Grundgesetzes über die Reichsvertretung³⁸ und § 18 der gleichfalls als Beilage zum

³⁴ Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Steiermark erlassen wird, RGBl 1860/227; Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Kärnthen erlassen wird, RGBl 1860/232; Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Salzburg erlassen wird, RGBl 1860/238; Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung für die gefürstete Grafschaft Tirol erlassen wird, RGBl 1860/254.

³⁵ Vgl. Präambel des Februarpatents 1861 (Anm. 23).

³⁶ Vgl. unten S. 408–412.

³⁷ Vgl. Art I Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22).

³⁸ § 11 Abs 2 Grundgesetz über die Reichsvertretung, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage I, S. 72–74 (im Folgenden: GG Reichsvertretung 1861): „Zu diesem engeren Reichsrathe gehören demnach, mit Ausnahme der im §. 10 aufgezählten Angelegenheiten, alle Gegenstände der Gesetzgebung,

Februarpatent publizierten Landesordnungen³⁹), ist für die hier zu erörternde Frage ohne Belang. Wichtig ist, daß die Kompetenzen der Reichsgesetzgebung und die der Landesgesetzgebungen zwar äußerlich in je einem selbständigen Gesetze (dem Grundgesetze über die Reichsvertretung und den 15 Landesordnungen) fixiert wurden, daß diese aber sämtlich *formell* juristisch nur Bestandteile ein und desselben Gesetzes, nämlich des Februarpatentes und als solche alle gleichzeitige Normen des absoluten Monarchen sind.

Was nun das für die juristische Struktur der Monarchie grundlegende Verhältnis der Reichs- zur Landesgesetzgebung betrifft, so muß zunächst festgestellt werden, daß die Umwandlung der absoluten Monarchie in einen konstitutionellen Rechtsstaat mit zwischen Reich und Land geteilter Legislative die positive Regelung des Verhältnisses zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung unumgänglich notwendig machte. Ausschließlich und | allein von der Gestaltung dieses Verhältnisses muß die *juristische Konstruktion* die Beantwortung der Frage abhängig machen, ob der nunmehr juristisch neu geschaffene Staat sich als einheitlicher oder aus Einzelstaaten zusammengesetzter Staat darstellt, ja ob die ursprünglich einheitliche absolute Monarchie nicht juristisch in eine Reihe von staatlichen Gebilden zerfallen ist, die durch kein *rechtliches* Band zu einem Oberstaat zusammengehalten werden. Letzteres ist z. B. im Wege einer Verfassungsänderung im Verhältnis zwischen Oesterreich und Ungarn geschehen.⁴⁰ Und wie in diesem Falle, so könnte auch für das Verhältnis der österreichischen Kronländer zu einem Oberstaate oder einem Einheitsstaate *juristisch* nicht der *faktische Bestand einer Zentralverwaltung* geltend gemacht werden, da deren Funktion vom Standpunkt rechtsstaatlicher Grundsätze nach der Rechtsordnung oder den Rechtsordnungen zu konstruieren ist, denen sie als unterstellt zu denken sind. Die staatsrechtliche Struktur der sogenannten österreichischen Reichshälfte darf *juristisch* nicht primär daraus erschlossen werden, daß eine einheitliche staatliche Zentralverwaltung besteht und seit jeher bestanden hat; denn ob der gegebene Tatbestand, den man in seiner Totalität als zentrale Staatsverwaltung bezeichnet, Verwaltung eines Einheitsstaates, Verwaltung eines Bundesstaates oder gemeinsame Verwaltung mehrerer Einzelstaaten ist, das darf von der juristischen Konstruktion nicht vorausgesetzt, sondern muß auf Grund des Verhältnisses beurteilt werden, in welchem Reichs- und Landesgesetzgebung zueinander stehen. Dieselbe Tatsache kann unter verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt eine verschiedene Bedeutung haben.

welche nicht ausdrücklich durch die Landesordnungen den einzelnen im engeren Reichsrathe vertretenen Landtagen vorbehalten sind.“

³⁹ Z. B. § 18 Landes-Ordnung, in: Landes-Ordnung und Landtags-Wahlordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage IIa, S. 75–80 (im Folgenden: LO Oesterreich unter der Enns 1861).

⁴⁰ Mit der „Verfassungsänderung“ ist der sog. Ausgleich des Jahres 1867 gemeint: die staatsrechtliche Neugestaltung der Habsburgermonarchie, durch die das bisherige Kaisertum Oesterreich in die bis 1918 bestehende österreichisch-ungarische Doppelmonarchie umgewandelt wurde.

Was bis zum Februarpatent 1861 die Verwaltung eines Einheitsstaates war, konnte mit der prinzipiellen Veränderung der Gesetzgebung, mit der Spaltung der einheitlichen Rechtsordnung in eine Vielheit von Rechtsordnungen, je nach der Gestaltung ihres gegenseitigen Verhältnisses seinen juristischen Charakter, d. h. seine Rechtsform selbst bei völlig gleichbleibendem Inhalt wesentlich ändern, zumal ja mit der Zersplitterung der Legislative zugleich die Unterwerfung der Verwaltung unter die Rechtsordnung resp. die Rechtsordnungen verbunden war. Ein selbständiger, im Sinne der herrschenden Lehre souveräner Staat und damit die rechtlichen Funktionen eines solchen sind für eine rein juristische Betrachtung gegeben, wenn eine selbständige und souveräne Rechtsordnung angenommen werden muß. Denn nur als deren Träger (oder als ihr unterworfenen Person) kommt der Staat für die juristische Konstruktion in Betracht. Darum ist die Frage, wie das Februarpatent das Verhältnis der Landesgesetzgebung zur Reichsgesetzgebung gelöst hat, für eine rein juristische Betrachtung von primärer und prinzipieller Bedeutung. | 228

Die Aufgabe, aus den heute geltenden Verfassungsrechtsnormen die moderne Staatspersönlichkeit Oesterreichs zu konstruieren, ist deshalb eine so mißliche und undankbare, weil die Männer, welche die Verfassungen von 1860/61⁴¹ und 1867⁴² schufen, sich eigentlich nicht recht bewußt waren, daß sie *rechtlich* die vollständige Neukonstruktion eines Staates ins Werk setzten. Der konstitutionelle Rechtsstaat, den sie im Auge hatten, mußte *juristisch* gleichsam aus dem Nichts geschaffen werden. Bei der Verfassung des Februarpatentes aber setzte man die Existenz des zu errichtenden Staates als längst bestehendes *Faktum* voraus. Man glaubte nur einige mehr oder weniger wichtige Veränderungen in seinem Aufbau vornehmen zu sollen. Daß die Neuschöpfung ein Fragment bleiben kann, auf deren Basis die juristische Konstruktion einer einheitlichen Staatspersönlichkeit

⁴¹ Vgl. Oktoberdiplom 1860 (Anm. 22) und Februarpatent 1861 (Anm. 23).

⁴² Was Kelsen hier als „Verfassung“ anspricht, ist rechtstechnisch eine Vielheit von Verfassungsgesetzen, die heute zusammenfassend als „Dezemberverfassung“ (im Folgenden mit dem Zusatz „1867“) bezeichnet werden: Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (im Folgenden: StGG Reichsvertretung 1867); Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143; Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144 (im Folgenden: StGG richterliche Gewalt 1867); Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145 (im Folgenden: StGG Regierungsgewalt 1867); Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146; Gesetz vom 21. December 1867, womit der Zeitpunkt bestimmt wird, mit welchem das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, endlich das Gesetz, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, in Wirksamkeit zu treten haben, RGBl 1867/147.

sich als unmöglich erweist, daran dachte man sicherlich nicht im entferntesten. Und doch war diese Möglichkeit in demselben Augenblicke gegeben, als mit der Akzeptierung der Rechtsstaatsidee die juristische Konstruktion des Staatsgebäudes ihre Bausteine ausschließlich aus der Rechtsordnung, d. h. aus den neuen Verfassungsgesetzen holen mußte. Die tatsächliche Existenz einer aus der absolutistischen Zeit stammenden faktischen Herrschaftsorganisation durfte zur Ausfüllung der wesentlichen Lücken, die in der neuen Rechtsordnung gelassen wurden, von *rechtswegen* nicht herangezogen werden.

Die Beobachtung einer rein juristischen Methode wird freilich fast unmöglich gemacht, wenn man auf Grund des Februarpatentes das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung zu bestimmen versucht. Fragt man zunächst, ob eine gegenseitige Koordinierung oder Subordinierung beider normsetzenden Autoritäten konstituiert wurde, muß man feststellen, daß in den Bestimmungen des Februarpatentes keine Spur irgend einer Ueber- oder Unterordnung zwischen Reichsgesetzgebung und Landesgesetzgebung zu konstatieren ist. Davon, daß die eine als Delegat der anderen erscheint, kann keine Rede sein. Nur in einem speziellen Falle, wenn nämlich ein Landtag beantragt, daß eine in seine Kompetenz fallende Angelegenheit durch den Reichsrat behandelt werde (§ 11 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung):⁴³ in diesem, allerdings nur in diesem besonderen Falle erscheint der Reichsgesetzgeber als Delegat des Landesgesetzgebers.

Es mag zweifelhaft sein, ob sich die Begründer des Konstitutionalismus darüber klar waren, daß in einem einheitlichen Staatswesen zwei völlig paritätische Gesetzgebungszentren keinen Raum haben können. Sicher ist, daß das Februarpatent die Reichsgesetzgebung wie die Landesgesetzgebung als oberste souveräne, d. h. mit Kompetenzhoheit ausgestattete normsetzende Autoritäten etabliert hat. Das juristische Kriterium der Kompetenz-Kompetenz liegt für eine normsetzende Autorität darin, daß die ihre Kompetenz begrenzende Norm – falls eine solche überhaupt besteht – nur durch eine selbstgesetzte Norm abgeändert werden kann. Entsteht eine normsetzende Autorität auf rein faktischem Wege, dann ist die Kompetenzhoheit mangels jeder übergeordneten Autorität von selbst gegeben. Ist aber speziell eine rechtsetzende Autorität durch eine andere in Form Rechtens eingesetzt, an deren Stelle gesetzt, dann ist diese in Form Rechtens eingesetzte als oberste, souveräne und mit Kompetenzhoheit begabt anzusehen, wenn ihr mit der Begrenzung ihrer Kompetenz zugleich die Möglichkeit gegeben wurde, diese Kompetenzgrenze nur durch eigene Norm zu ändern, zu erweitern oder einzuschränken. Es hat keinen Sinn mehr, sie als bloßen Delegat der Autorität anzusehen, durch die sie in Form Rechtens eingesetzt wurde, weil diese, formal zwar übergeordnet, materiell jede Existenz verloren hat. Daß das Februarpatent den Landesgesetzgeber in diesem Sinn mit Kompetenzhoheit ausgestattet hat, geht klar und deutlich aus dem § 38 der Landesordnungen (Beilage II des Febr.-Pat.)⁴⁴ her-

⁴³ § 11 Abs 3 GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38).

vor, wo die Abänderung der Landesordnung und damit auch deren Kompetenzbestimmungen von einem mit qualifizierter Majorität zustande gekommenen *Landesgesetze* abhängig gemacht wird. Der § 38 spricht zwar ausdrücklich nur von einer Aenderung der Landesordnung. Aber da die Kompetenzvorschriften den wichtigsten Inhalt der Landesordnung bilden, müßte – falls die Möglichkeit einer Kompetenzänderung durch Landesgesetz nicht beabsichtigt gewesen wäre – dies ausdrücklich bestimmt sein. In eben derselben Weise wie den Landesgesetzgebungen hat aber das Februarpatent der Reichsgesetzgebung die Kompetenzhoheit eingeräumt. Der § 14 des gleichfalls als Beilage (A)⁴⁵ zum Februarpatent erschienenen Grundgesetzes über die Reichsvertretung,⁴⁶ durch welches die Reichsgesetzgebung etabliert wurde, bestimmt, daß die Abänderung dieses Grundgesetzes und somit auch seines wichtigsten Bestandtheiles, seiner die Kompetenz des Reichsrates abgrenzenden Bestimmungen, durch ein mit qualifizierter Majorität zustande gekommenes *Reichsgesetz* zu erfolgen habe. Die durch das Februarpatent (in dessen Beilagen A und B) gezogene Grenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebungskompetenz hat somit mit Rücksicht auf die im Grundgesetz über die Reichsvertretung wie in den Landesordnungen ausgesprochene Möglichkeit einer Abänderung nicht einen ewigen und unverrückbaren Charakter, sondern lediglich die Bedeutung, daß jedes diese Grenze überschreitende Gesetz einer qualifizierten Majorität, und zwar vom | Standpunkte des Grundgesetzes über die Reichsverfassung im Reichsrate, vom Standpunkte der Landesverfassung in dem betreffenden Landtage bedarf. Erfüllt aber ein Reichsgesetz oder ein Landesgesetz diese erschwerende Bedingung, dann ist es – und zwar vom Standpunkte der Landesverfassung *nur* das erste, vom Standpunkte der Reichsverfassung *nur* das zweite – durchaus verfassungsmäßig. Dagegen ist das die Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung überschreitende, vom Standpunkte der Reichsverfassung durchaus korrekte Reichsgesetz vom Standpunkte der Landesverfassung ungültig, da dieser zufolge jede Aenderung dieser Grenze nur durch qualifiziertes Landesgesetz möglich ist. Und das Analoge gilt von einem die durch das Februarpatent gezogene Kompetenzgrenze überschreitenden Landesgesetz vom Standpunkte der Reichsverfassung aus. Von einer Anwendung des Interpretationsgrundsatzes *lex posterior derogat priori* kann im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzen nach diesen klaren Bestimmungen des Februargesetzes gar keine Rede sein. Denn widerspricht ein jüngeres Reichsgesetz einem gültigen älteren Landesgesetze, dann muß es in die Kompetenz der Landesgesetzgebung eingegriffen haben und ist als *Reichsgesetz* vom Standpunkte der Landesverfassung verfas-

| 231

⁴⁴ Z. B. § 38 Abs 3 LO Österreich unter der Enns 1861 (Anm. 39): „Zu einem Beschlusse über beantragte Aenderungen der Landesordnung ist die Gegenwart von mindestens drei Viertheilen aller Mitglieder und die Zustimmung von mindestens zwei Drittheilen der Anwesenden erforderlich.“

⁴⁵ Die Beilagen des Februarpatents 1861 (Anm. 23) werden mit I und II bezeichnet.

⁴⁶ § 14 Abs 2 GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38): „Anträge auf Aenderungen in diesem Grundgesetze erfordern in beiden Häusern eine Mehrheit von wenigstens zwei Dritteln der Stimmen.“

sungswidrig, wenn es auch vom Standpunkte der Reichsverfassung, falls es den die Reichskompetenzänderung betreffenden Bestimmungen des § 14 Grundgesetzes über die Reichsvertretung entspricht (oder eine verfassungsmäßige Kompetenzerweiterung vorangegangen ist), ein einwandsfreier⁴⁷ ist. Das zur Beobachtung oder Anwendung der Gesetze verpflichtete Subjekt (Untertan oder Staatsorgan) steht vor einem rechtslogisch unlösbaren Pflichtenkonflikt, der durchaus analog demjenigen ist, in dem man sich gegenüber einer Kollision von Rechts- und Moralnormen, oder Rechtsnormen verschiedener und gegenseitig unabhängiger Staaten befindet. Man steht vor der durch kein juristisches Moment determinierten Wahl zwischen zwei Autoritäten, von denen man der einen nicht gehorchen kann ohne | die andere zu verletzen. Die im § 11 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung⁴⁸ vorgesehene Möglichkeit der Lösung eines Kompetenzkonfliktes zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung durch den Kaiser bezieht sich auf das Stadium *vor* der Gesetzeswerdung und hat lediglich eine authentische Interpretation der gesetzlich unveränderten Kompetenzgrenze im Auge. Wie ein perfektes Gesetz der einen Autorität, das die Kompetenzgrenze bereits überschritten hat, sich zu dem damit im Widerspruch befindenden Gesetz der anderen Autorität verhält, diese Frage bleibt ganz unbeantwortet.

Da das Februarpatent die Reichsgesetzgebung wie die Landesgesetzgebung als völlig koordinierte und mit Kompetenzhoheit begabte Autoritäten konstituiert hat, da somit die Annahme einer Ueber- oder Unterordnung zwischen beiden für die juristische Konstruktion ausgeschlossen ist, kann von einer Identität der rechtsetzenden Autoritäten in Reich und Land, von einer Einheit des Rechtsnormensystems keine Rede sein. Die in Abschnitt VI des Februarpatentes⁴⁹ feierlich verkündigte Absicht, die in der Beilage gegebenen Grundgesetze (Grundgesetz über die Reichsvertretung und Landesordnungen), als *einheitliche Verfassung* des Reiches in Geltung zu setzen, ist juristisch völlig irrelevant, da die tatsächliche Gestaltung dieser Grundgesetze mit dieser Absicht in Widerspruch steht. Das Februarpatent gibt der juristischen Interpretation keinerlei Mittel an die Hand Reichsverfassung und Landesverfassungen mit einander zu einer einheitlichen Rechtsordnung zusammenzufassen.

Der Interpretationsgrundsatz *lex posterior derogat priori* kann daher als rechtslogisches Prinzip keine Anwendung finden. Wäre eine solche Lösung des gegenseitigen Verhältnisses beider Normarten in der Absicht des Februarpatentes gelegen, dann wäre, um diese Absicht zu realisieren, in das Grundgesetz über die Reichsvertretung die Bestimmung aufzunehmen gewesen, daß dieses Gesetz, oder

⁴⁷ «einwandsfreier»] recte: «einwandfreies».

⁴⁸ § 11 Abs 4 GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38): „Bei vorkommenden Zweifeln rücksichtlich der Kompetenz des engeren Reichsrathes in gemeinsamen Gesetzgebungsangelegenheiten gegenüber der Kompetenz eines einzelnen, im engeren Reichsrathe vertretenen Landtages, entscheidet auf Antrag des engeren Reichsrathes der Kaiser.“

⁴⁹ Art VI Februarpatent 1861 (Anm. 23).

doch zumindest seine Vorschrift betreffend die Kompetenz | des Reichsrates nicht, wie dies geschehen ist, nur durch ein qualifiziertes Reichsgesetz, sondern auch durch ein *jüngeres* Landesgesetz aufgehoben werden könne; und ebenso hätten auch die Landesordnungen die Aenderung ihrer Kompetenznormen durch ein Reichsgesetz ausdrücklich für möglich erklären müssen. Dies ist nicht geschehen und der damit zu erzielende Erfolg kaum als Absicht des Februarpatentes anzunehmen, dessen Verfasser die Möglichkeit eines Konfliktes zwischen Reichs- und Landesgesetzgebern und die Notwendigkeit seiner *juristischen* Lösung um so weniger in Rechnung gezogen haben mögen, als sie der damit verbundenen Fixierung des staatsrechtlichen Verhältnisses zwischen Reich und Land soweit als möglich aus dem Wege gehen wollten. Daß man bei der zentralistischen Tendenz, die in der materiellen Kompetenzaufteilung des Februarpatentes zum Ausdruck kommt, eher einen Vorrang des Reichsrechtes vor dem Landrechte (im Sinne des Bundesstaates) und damit die ausschließliche Kompetenzhoheit der Reichsgesetzgebung im Auge hatte, ist möglich, allein für die juristische Interpretation bedeutungslos, weil diese Vorstellung in der Verfassung tatsächlich nicht realisiert wurde. Vielleicht auch deshalb, weil man sich der Notwendigkeit einer juristisch legislativen Lösung der Frage nicht recht bewußt war und vielleicht auch gar nicht über die erforderliche juristisch-legislative *Technik* verfügte. Die Verfasser des Februarpatentes standen *staatsrechtlich* vor derselben Aufgabe, wie etwa 1870 *Bismarck* bei Konzeption der Verfassungsurkunde des Deutschen Reiches. Auch hier wurde eine zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung geteilte Legislative konstituiert. Aber gleich an der Spitze der Verfassungsurkunde (Art. 2)⁵⁰ wurde das Verhältnis der gesetzgebenden Gewalten fixiert: durch den Grundsatz, Reichsrecht bricht Landrecht, dem Reiche die Kompetenzhoheit unzweideutig vorbehalten.

Die Unzulänglichkeit der juristischen Schulung, der Mangel einer klaren Erkenntnis der durch das Februarpatent geschaffenen juristischen Situation zeigt sich deutlich in den Verhandlungen | des Reichsrates, der auf Grund des Februarpatentes in Funktion trat. Zwar wird immer wieder die Frage erörtert, ob der Reichsrat oder die Landtage zur Regelung irgendeiner Angelegenheit auf Grund des Februarpatentes kompetent seien. Aber die Frage, ob der Reichsrat die ihm im Februarpatent gezogene Grenze abändern könne, und wie eine solche die Kompetenz der Landtage tangierende Reichsverfassungsänderung möglich wäre, die auch vom Standpunkte der Landesverfassungen ihre Gültigkeit behielte, blieb außer aller Diskussion. Aeußerst charakteristisch ist in dieser Hinsicht die Debatte, die anlässlich der Beratung des Immunitätsgesetzes vom 3. Oktober 1861⁵¹ im Abgeordnetenhouse und im Herrenhouse des Reichsrates abgeführt wurde. Die Regierung hatte dem *Reichsrat* eine Gesetzesvorlage betreffend die Unverantwortlichkeit und Unverletzlichkeit der Mitglieder des Reichsrates *und der Landtage*

⁵⁰ Art. 2 Satz 1 Dt. Reichsverf. 1871 (Anm. 20).

⁵¹ Gesetz vom 3. Oktober 1861, in Betreff der Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichsrathes und der Landtage, RGBl 1861/98 (im Folgenden: Immunitätsg 1861).

eingebraucht,⁵² obgleich sich mehrere Landtage für die Statuierung der Immunität ihrer Mitglieder durch Beantragung von bezüglichlichen Landesgesetzen für kompetent erklärt hatten.⁵³ In der darüber abgeführten Debatte des Herrenhauses wie des Abgeordnetenhauses wurde – und diese Tatsache verdient hervorgehoben zu werden – allgemein anerkannt, daß eine Aenderung der Landesordnungen nur durch ein Landesgesetz erfolgen könne.⁵⁴ Auch diejenigen, welche die Immunität der Landtagsabgeordneten durch ein Reichsgesetz statuiert wissen wollten, begründeten die Kompetenz des Reichsrates darauf, daß es sich nicht um ein Verfassungsgesetz, sondern um ein Justizgesetz handle, das die Landesordnungen nicht berühre, um Ausnahmen von dem allgemeinen Strafgesetze und der Strafprozeßordnung, deren Normierung nach dem Recht der Landesordnungen nicht in die Kompetenz der Länder falle¹⁴⁾. Daß durch Reichsgesetz die Kompetenz der Länder er|weitert oder eingeschränkt werden könnte, wurde damals noch nicht ausgesprochen. Doch herrschten über die Möglichkeit einer Kompetenzänderung höchst unklare Vorstellungen. Während allgemein und ohne Widerspruch anerkannt wurde, daß das Grundgesetz über die Reichsvertretung nur durch Reichsgesetz, die Landesordnungen nur durch Landesgesetz abgeändert werden können, scheint einer der hervorragendsten Juristen des Abgeordnetenhauses, *Dr. v. Mühlfeld*⁵⁷, der Meinung gewesen zu sein, die durch das Februarpatent gezogene Grenze sei in Zukunft unabänderlich. Wenigstens erklärte er in der Debatte über das Immunitätsgesetz: „Mit diesen Landesordnungen werden auch künftig die Reichsgesetze nicht in Widerspruch treten dürfen. Aber umgekehrt werden auch die Landesordnungen nicht entwickelt und abgeändert werden dürfen in einem den Reichsgesetzen widersprechenden Sinne“¹⁵⁾.

| 235

| 234

¹⁴⁾ So der Berichterstatter des Abgeordnetenhauses *Dr. Kaiser* (vgl. Sten. Protokolle d. H. d. Abg. 1862 S. 144 und 170)⁵⁵ und der Berichterstatter des Herrenhauses *Frhr. v. Lichtenfels* (Sten. Prot. des Herrenhauses 1862 S. 91)⁵⁶.

| 235

¹⁵⁾ Vgl. die Sten. Prot. des Abgeordnetenhauses 1862 S. 148.⁵⁸ In derselben Rede und zwar unmittelbar vor den oben zitierten Sätzen führt *Dr. v. Mühlfeld* den merkwürdigen Gedanken aus,

⁵² Vgl. Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrathes, I. Session 1861–1862, S. 49 (im Folgenden: StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862). Dort findet sich lediglich die Anzeige der Einreichung; die Regierungsvorlage selbst ist nicht abgedruckt.

⁵³ Vgl. z. B. Bericht über die Verhandlungen des krainischen Landtags zu Laibach im Monate April 1861, S. 24 f. (Abg. Bleiweis).

⁵⁴ Vgl. Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Herrenhauses des Reichsrathes, I. Session 1861–1862, S. 299 (im Folgenden: StProt Herrenhaus 1861–1862) (Abg. Thun); StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 203 f.

⁵⁵ StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 144, 170 (Abg. Kaiser).

⁵⁶ StProt Herrenhaus 1861–1862 (Anm. 54), S. 91 (Abg. Lichtenfels).

⁵⁷ Eugen Alexander Megerle von Mühlfeld (1810–1868), Rechtsanwalt und Politiker. 1848 Abgeordneter Wiens in der deutschen constituirenden Nationalversammlung; 1850–1855 Präsident der Wiener Advokatenkammer; 1861–1868 Abgeordneter des niederösterreichischen Landtags und des Reichsrats (großösterreichische Partei bzw. liberale Verfassungspartei).

⁵⁸ StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 148 (Abg. Mühlfeld).

| § 6. Reichs- und Landesgesetz nach der Dezemberverfassung von 1867. | 236

Das Februarpatent, das zuerst die Grenze zwischen Reichs- und Landesgesetz gezogen hatte, war mit allen seinen Beilagen die einseitige Norm eines absoluten Monarchen, der seine legislative Gewalt auf zwei konstitutionelle Gesetzgeber übertrug. Da keinem von beiden die Kompetenzhoheit ausschließlich übertragen

die Erlassung eines Reichsgesetzes betr. die Immunität der Landtagsabgeordneten (aus dem Titel der Justizgesetzgebung) ließe es den Landtagen unbenommen, die gleiche Materie aus dem Titel der Verfassungsgesetzgebung zu normieren! Die Bestimmungen die Immunität betreffend, so führt der Redner aus, „gehören in die Justizgesetzgebung und diese ist Sache des engeren Reichsrates; *andererseits ist dadurch den einzelnen Landtagen nichts benommen*, denn sie können eine erhöhte Garantie *durch die Aufnahme in die Landesordnungen beschließen* und derselben die Sanktion Seiner Majestät des Kaisers verschaffen.“⁵⁹ Schon der Abgeordnete *Dr. Prazak*⁶⁰, der im Gegensatz zu *Mühlfeld* den Landtagen die Kompetenz zur Statuierung der Immunität ihrer Mitglieder zusprach, hatte sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Erlassung eines Reichsgesetzes betr. die Immunität der Landtagsabgeordneten die Erlassung von Landesgesetzen über die gleiche Materie keineswegs überflüssig mache. Er hatte die Vorstellung, daß das Reichsgesetz durch Landtagsbeschluß „anzunehmen“ und „in die Verfassungsurkunde des Landes einzureihen“ sei. Er sah jedoch sofort voraus, daß die Regelung derselben Materie durch zwei unabhängige Autoritäten zu schweren Konflikten führen könne und müsse. „Kaum ein Landtag würde in unveränderter Form das hier beschlossene Gesetz annehmen und bloß den Antrag stellen, es in seine Verfassungsurkunde einzureihen. Und würden die Landtage auch diesen Antrag stellen wollen, so müßte doch dieser Gegenstand nochmals in 18 Landtagen verhandelt werden müssen; warum soll also nicht im ganzen Umfange das Gesetz der Votierung den Landtagen überlassen werden.“ (Sten. Prot. S. 146).⁶¹ Von Seite eines Autonomisten, wie *Prazak* es war, ist eine solche Auffassung durchaus begreiflich. Was kündigt den Landesgesetzgeber die Tatsache, daß der Reichsgesetzgeber seine Kompetenz auf Kosten des Landes auszudehnen versucht; solange die fragliche Materie, die auf Grund der Landesordnung in die Kompetenz des Landtags gehört, durch kein Landesgesetz geregelt ist, ist sie eben vom Standpunkt der Landesverfassung überhaupt nicht geregelt, ob darüber nun ein Reichsgesetz besteht oder nicht. Die Auffassung entspricht im übrigen einer streng juristischen Interpretation des Februarpatentes und ist, wenn sie auch im Interesse der Autonomisten liegt, dennoch ohne Rücksicht auf irgendeine politische Tendenz gerechtfertigt. Daß sich ein Zentralist wie *Mühlfeld* ihr anschließt, ist allerdings merkwürdig, unverständlich jedoch, daß er den weittragenden Konsequenzen derselben dadurch ausweichen zu können glaubt, daß er die Meinung ausdrückt, die Landtage würden das Reichsgesetz unverändert in ihre Verfassung aufnehmen, weil ein Reichsgesetz durch ein Landesgesetz nicht abgeändert werden dürfe. Wozu dann überhaupt die Aufnahme eines Reichsgesetzes in die Landesverfassung? „Zum Behufe einer erhöhten Garantie“⁶², wie *Mühlfeld* sagt, einer Garantie wogegen? Offenbar gegen eine Abänderung durch Landesgesetz. Gerade eine solche soll aber nach *Mühlfeld* unmöglich sein! Auch der Abgeordnete *Dr. Taschek*⁶³ erklärte, das Reichsimmunitätsgesetz sei, soweit es sich auf die Stellung der Landtagsabgeordneten beziehe, von jedem Landtage „für sich als Gesetz anzuerkennen und in seine Landesordnung einzureihen“. (Sten. Prot., S. 154.)⁶⁴

⁵⁹ StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 147 (Abg. Mühlfeld) – Hervorhebungen von Kelsen.

⁶⁰ Alois Freiherr von Pražák (1820–1901), Rechtsanwalt und Politiker. Ab 1848 Mitglied des mährischen Landtags und des Reichstags (Partei der slawischen Rechten); 1879–1892 Minister ohne Portefeuille und 1881–1888 zugleich Justizminister; 1892 Mitglied des Herrenhauses.

⁶¹ StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 146 (Abg. Pražák).

⁶² StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 148 (Abg. Mühlfeld).

⁶³ Franz Taschek (1807–1867), Jurist und Politiker. Ab 1861 Mitglied des böhmischen Landtags und des Reichstags (Nichtfideikommissarischer Großgrundbesitz).

⁶⁴ StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 154 (Abg. Taschek).

wurde, vielmehr nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Februarpatentes, resp. seiner Beilagen sowohl der Reichsgesetzgeber als auch die Landesgesetzgeber Kompetenz erhielten, die ihnen durch den absoluten Monarchen zugewiesene Kompetenz nunmehr jeder für sich selbst zu regeln, war | eine Aenderung der durch den absoluten Monarchen gezogenen Kompetenzgrenze nicht mehr durch ein einziges Gesetz möglich; denn weder war ein Reichsgesetz imstande an der in der Landesordnung fixierten Kompetenz der Länder etwas zu ändern, noch konnte ein Landesgesetz die im Grundgesetz über die Reichsvertretung geregelte Kompetenz des Reichstages berühren. Dieser Rechtslage aber war man sich offenbar nicht bewußt, als man im Jahre 1867 daranging, die 1861 durch den absoluten Monarchen gezogene Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgeber nunmehr auf konstitutionellem Wege zu ändern. Man begnügte sich nämlich, das Grundgesetz über die Reichsvertretung⁶⁵ durch ein Reichsgesetz dahin abzuändern, daß man das 1861 beobachtete Prinzip umkehrte und nunmehr die Kompetenz des Reichsrates durch eine taxative Aufzählung aller Gegenstände der Reichsgesetzgebung ausdrücklich umschrieb; alle übrigen der Reichsgesetzgebung nicht ausdrücklich vorbehaltenen Gegenstände aber der Kompetenz der Landesgesetzgebung überwies.⁶⁶ Obgleich damit eine wesentliche Aenderung in der Kompetenz der Länder verbunden war, hielt man es für überflüssig, die Landesordnungen zu revidieren. Diese blieben in ihren Kompetenzbestimmungen unverändert, und nachdem eine Abänderung der Landeskompetenz nach den auch weiter in Kraft bleibenden Landesordnungen nur durch Landesgesetz möglich war, mußte der durch das Reichsgesetz unternommene Versuch, die Kompetenz der Länder auszudehnen, vom Standpunkt der Landesverfassungen streng genommen wirkungslos bleiben. Dem Reichsrat blieb es zwar unbenommen, seine eigene Kompetenz nach Belieben auszudehnen oder einzuschränken, da er auf Grund des Februarpatentes funktionierte, das ihn mit Kompetenzhoheit begabt hatte; allein auch dem Landesgesetzgeber stand nach wie vor die Kompetenzhoheit zu, da er sich dieser niemals begeben hatte. Die Annahme, daß durch das „Reichsgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 141 RGBL., wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert | wird“⁶⁷ eine auch vom Standpunkt der Landesverfassung gültige Aenderung der in den nur durch Landesgesetz abänderbaren Landesordnungen fixierten Kompetenz der Landtage durchgeführt wurde, hat zur Voraussetzung, daß nur dem Reichsgesetzgeber, nicht aber auch den Landesgesetzgebern Kompetenzhoheit zustehe. Diese Voraussetzung war jedoch nicht gegeben.

Die *Regierungsvorlage* des Gesetzes betr. die Abänderung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 hatte ursprünglich die in den Landesordnungen festgestellte Grenze der Landtagskompetenz unberührt gelas-

⁶⁵ GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38).

⁶⁶ Vgl. §§ 11–12 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

⁶⁷ StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

sen. Dem Reichsrat war ganz wie im Jahre 1861 all das zugewiesen, was nicht durch die Landesordnungen in die Kompetenz der Landtage gestellt war.⁶⁸ Die Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung sollte also unverändert bleiben; zumindest nicht durch das abgeänderte Grundgesetz über die Reichsvertretung, also ein *Reichsgesetz*, einseitig abgeändert werden. Zwar bestand die Absicht, die „Autonomie“ der Länder zu erweitern, allein man dachte offenbar diese Absicht anders als durch ein einseitiges Reichsgesetz realisieren zu sollen. Die Thronrede (vom 22. Mai 1867), mit der die neue Session des Reichsrates eröffnet wurde, wies auf den Regierungsentwurf des infolge des Ausgleichs mit Ungarn notwendig gewordenen abgeänderten Grundgesetzes über die Reichsvertretung hin, das die in den Landesordnungen fixierte Kompetenz der Landtage unverändert ließ; gleichzeitig wurde aber die Absicht erklärt, den einzelnen Königreichen und Ländern „im Wege der Vereinbarung mit dem Reichsrat jede Erweiterung der Autonomie zu gewähren, die ihren Wünschen entspricht und ohne Gefährdung der Gesamtmonarchie zugestanden werden kann.“⁶⁹ Es mag dahingestellt bleiben, ob unter dieser „Vereinbarung mit dem Reichsrat“ ein Pakt zwischen Reichsrat und Landtagen oder bloß ein solcher zwischen der Krone und dem Reichsrat gedacht war. Der Verfassungsausschuß des Reichsrates glaubte jedenfalls eine Erweiterung der Landeskompetenz | durch bloßes Reichsgesetz bewirken zu können und arbeitete dementsprechend den Regierungsentwurf des Gesetzes betreffend die Abänderung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung um.⁷⁰ Aeußerst charakteristisch ist aber, was der Abg. *von Plener*⁷¹ zur Rechtfertigung der vom Verfassungsausschuß vorgeschlagenen Aenderung der Regierungsvorlage bzw. der Erweiterung der Kompetenz der Landtage vorbrachte: „Mir, nach meiner unmaßgeblichen Ansicht, hätte es *zweckmäßiger* geschienen, wenn *die Erweiterung der Autonomie der Länder aus ihrer Initiative und im Wege der Abänderung der Landesgesetzgebung hervorgegangen wäre*. ... Dieser Absicht wurde aber entgegengehalten, daß durch die Verlegung der Angelegenheit auf den Weg der Landesgesetzgebung nur ein langwieriger Weg betreten worden wäre, daß die Entscheidung der ganzen Sache in das Unsichere hinausgeschoben und verspätet worden wäre. *Die Regierungsvorlage,*

| 239

⁶⁸ Vgl. § 11 Abs 1 Regierungs-Entwurf betreffend das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung abgeändert wird, abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Oesterreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, Bd. 1: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn, Wien 1868, S. 111 f. (112).

⁶⁹ Thronrede Seiner k. k. Apostolischen Majestät des Kaisers Franz Joseph I. Gehalten bei der feierlichen Eröffnung des Reichsrathes am 22. Mai 1867, 1 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses, IV. Session 1867–1869, unpaginiert (2. Seite).

⁷⁰ Vgl. Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Gesetzes, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, in: Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrathes, IV. Session 1867–1869, S. 883–886 (885) (im Folgenden: Bericht Verfassungsausschuß 1861).

⁷¹ Ignaz Edler Freiherr von Plener (1810–1908), Jurist und Politiker. Er war 1860–1865 Finanzminister und 1867–1870 Handelsminister im sog. Bürgerministerium. 1870 wurde er Reichsratsabgeordneter und war ab 1873 Mitglied des Herrenhauses (Deutschliberale Partei).

welche nach dem Wortlaute der Allerhöchsten Thronrede über die Erweiterung der Autonomie der Landtage zu erwarten gewesen wäre, ist nicht erschienen, und so kam es, daß sich der Ausschuß entschloß, schon an der gegenwärtigen Stelle, schon im Reichsgesetz einen Platz jenen Bestimmungen zu öffnen, welche die Beruhigung gewähren, daß die Autonomie der Landtage die gewünschte Erweiterung erhält¹⁶⁾. Ob es sich bei der erwarteten Regierungsvorlage betr. Erweiterung der Landesautonomie um ein Reichsgesetz oder um konforme Landesgesetze oder aber um ein Reichsgesetz in Verbindung mit komplementären, die Landesordnung abändernden Landesgesetzen gehandelt hat, läßt sich nicht feststellen. Kennzeichnend ist jedenfalls, daß man im Verfassungsausschuß lediglich erwog, was zweckmäßiger sei, die Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung *entweder* durch Reichs- oder durch Landesgesetz zu bewerkstelligen. Welcher Weg *verfassungsmäßiger* sei, d. h. sowohl der Reichs- als auch den Landesverfassungen entspräche, diese Frage scheint wenig Kopfzerbrechen bereitet zu haben! Schlechterdings unverständlich ist es aber, wenn der Verfassungsausschuß in seinem Berichte die Meinung vertrat, durch die taxative Aufzählung der Reichskompetenz und die Zuweisung des Restes an die Länder einen Modus gefunden zu haben, um deren Autonomie ohne Eingriff in die Landesordnungen zu erweitern! Um eine Erweiterung der Autonomie der Länder herbeizuführen, so erklärt der Bericht, und zwar „in einer Weise, welche einen Eingriff des Reichsrates in die Landesordnungen ausschließt“, entschloß sich daher der Ausschuß, „dem hohen Hause eine umfassende Aufzählung jener Gegenstände zu empfehlen, welche künftig dem Wirkungskreise des Reichsrates angehören sollen, so daß alle übrigen, in dem veränderten Grundgesetze dem Reichsrate nicht ausdrücklich vorbehaltenen Gegenstände dem Wirkungskreise der Landtage angehören werden. Sollte ein Landtag von der ihm zukommenden Autonomie keinen Gebrauch machen wollen, so gibt ihm der § 12 des Gesetzentwurfes das geeignete Mittel an die Hand¹⁷⁾, nämlich *durch Beschluß* die in seine Kompetenz fallende Angelegenheit der Regelung durch den Reichsrat zu überlassen. Wie aber die Landesordnung nicht abgeändert sein soll, wenn die durch die Landesordnung festgesetzte Kompetenz des Landtages rechtsgültig erweitert wurde, so daß es zur Regelung einer in die erweiterte Landeskompetenz fallenden Angelegenheit nur mehr eines einfachen und keines die Landesordnung abändernden, qualifizierten *Landesgesetzes*

|239 |¹⁶⁾ Vgl. die Neue Gesetzgebung Oesterreichs, erläutert aus den Reichsratsverhandlungen Wien 1864 S. 129.⁷²

|240 |¹⁷⁾ Vgl. die Neue Gesetzgebung Oesterreichs S. 115.⁷³

⁷² Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrathes, IV. Session 1867–1869, S. 888f. (im Folgenden: StProt Abgeordnetenhaus 1867–1869); Kelsen zitiert aus: Neue Gesetzgebung (Anm. 68), S. 128f. – Hervorhebungen von Kelsen.

⁷³ Bericht Verfassungsausschuß 1861 (Anm. 70), S. 885; Kelsen zitiert aus: Neue Gesetzgebung (Anm. 68), S. 115 – Hervorhebungen im Original von Kelsen nicht übernommen.

bedarf, muß rätselhaft bleiben. Das Problem, die durch die Landesordnung bestimmte und vom Standpunkt der Landesverfassung nur durch die Landesordnung resp. ein die Landesordnung abänderndes Landesgesetz *bestimmbare* Landeskompetenz zu erweitern, ohne diese Landeskompetenz und damit die Landesordnung abzuändern, scheint logisch nicht gut lösbar zu sein¹⁸⁾! Daß den Landtagen ermöglicht wird, die ihnen durch das (ihre Kompetenz erweiternde) Reichsgesetz zugewiesenen Angelegenheiten in die Kompetenz des Reichsrates zurückzuschieben, setzt voraus, daß durch § 12 Abs. 1 des *Reichsgesetzes* ihre Kompetenz gültig erweitert wurde, und daß auch § 12 Abs. 2 des *Reichsgesetzes* für sie verbindlich sei, was aber ohne Abänderung der Landesordnung von 1860⁷⁶ gar nicht denkbar wäre.⁷⁷

Aus den Debatten des Abgeordneten- und des Herrenhauses geht deutlich hervor, daß sich die Majorität des 1867 versammelten Reichsrates für kompetent hielt, durch einseitiges Reichsgesetz die Kompetenz der Landtage zu bestimmen.⁷⁸ Damit hat sich aber der Reichsgesetzgeber eine Kompetenzhoheit über den Landesgesetzgeber arrogiert, die ihm auf Grund der Februarverfassung gar nicht zukam. Wenn dagegen von autonomistischer Seite geltend gemacht wurde, daß die beabsichtigte Kompetenzverschiebung nur durch die Landesgesetzgebung erfolgen könne, so war dies vom Standpunkte des Februarpatentes aus ebenso unrichtig, wie das einseitige Vorgehen der Zentralisten, die für das Reich die ausschließliche Souveränität in Anspruch nahmen. Denn die Erweiterung der Landeskompetenz bedeutet bei der vollständigen und erschöpfenden Aufteilung der legislativen Kompetenz zwischen Reich und Land durch das Februarpatent zugleich auch eine Aenderung der Reichsratskompetenz, die vom Standpunkte der Reichsverfassung ohne Reichsgesetz ungültig war. *Der einzig korrekte Weg wäre daher der gewesen, die beabsichtigte Grenzverschiebung zwischen der Kompetenz des Reichsrates und jener der Landtage durch übereinstimmende Normen der Reichs- und der Landesgesetzgebung durchzuführen.* Neben dem Reichsgesetze, durch welches das Grundgesetz über die Reichsvertretung in seinen Kompetenzbestimmungen für den

¹⁸⁾ Zur Kritik des Ausschußentwurfes bemerkte der Abg. Dr. Klier⁷⁴: „Ich für meinen Teil finde diesen Vorgang höchst bedenklich, ich für meinen Teil finde ihn nicht zweckmäßig, und habe daher in der Ueberzeugung, daß nicht nur ein Grundprinzip der Februarverfassung hier außer acht gelassen wurde, sondern daß überdies *auf indirekte Weise die Landesordnungen geändert wurden* ... mich von Anfang an veranlaßt gesehen, mich gegen die Methode der taxativen Aufzählung auszusprechen.“ Vgl. die Neue Gesetzgebung Oesterreichs S. 133.⁷⁵

⁷⁴ Franz Klier (1819–1884), Politiker. 1861–1882 Abgeordneter im böhmischen Landtag (Deutsche Verfassungspartei) und 1867–1884 Reichsratsabgeordneter.

⁷⁵ StProt Abgeordnetenhaus 1867–1869 (Anm. 72), S. 892; Kelsen zitiert aus: Neue Gesetzgebung (Anm. 68), S. 133 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁶ «1860»] recte: «1861».

⁷⁷ § 12 Abs 1–2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

⁷⁸ Vgl. StProt Herrenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 299 (Abg. Thun); StProt Abgeordnetenhaus 1861–1862 (Anm. 52), S. 204.

Reichsrat abgeändert wurde, hätten inhaltlich entsprechende, die Landesordnungen in ihren die Landeskompetenz bestimmenden Vorschriften im gleichen Sinne abändernde Landesgesetze erlassen werden müssen. Dann erst wäre eine einheitliche Regelung der Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung erfolgt, die sowohl vom Standpunkt der Reichsverfassung als auch vom Standpunkte der Landesverfassung gültig gewesen wäre. Und hätte man in Hinkunft die einseitige Abänderung dieser Grenze durch Reichs- oder Landesgesetz verhindern wollen, um die Möglichkeit zu vermeiden, daß eine Kompetenzbestimmung vom Standpunkt der Reichsverfassung gültig, vom Standpunkt der Landesverfassung ungültig wäre, oder umgekehrt, dann hätte das die neue Grenze ziehende Reichsgesetz seine Abänderung von der Bedingung abhängig machen müssen, daß auch analoge und komplementäre Landesgesetze erlassen werden, und ebenso hätte in die Landesgesetze, durch welche die Landesordnungen von 1861 bezüglich der Landeskompetenz abgeändert worden wären, die Bestimmung aufgenommen werden müssen, daß eine Abänderung ihrerseits nur bei einer analogen Abänderung des korrespondierenden Reichsgesetzes möglich sein solle. Da jedes Gesetz die Bedingungen seiner Abänderbarkeit selbst bestimmen kann, ist diese Lösung rechtstheoretisch unanfechtbar; sie ist überdies im Verhältnis der sog. paktierten Gesetze praktisch realisiert, die auf dem Gebiet der dualistischen Angelegenheiten in Oesterreich und Ungarn erlassen werden. Diese Lösung bietet eben die einzige Möglichkeit im Verhältnis zu zwei souveränen, mit Kompetenzhoheit begabten Legislativen eine dauernde Gemeinsamkeit zu erzielen.

|243

|Daß diese Lösung in dem Verhältnis zwischen dem einen Reichsgesetzgeber und den zahlreichen Landesgesetzgebern *praktisch-politisch undurchführbar war*, bedarf keiner weiteren Erörterung! Das ändert aber für die *juristische* Erkenntnis nicht das geringste an dem Urteil, daß die Februarverfassung, sofern man eben ganz auf ihrem Boden bleiben wollte, keine andere Lösung bot.

Der vom Verfassungsausschusse des Abgeordnetenhauses ausgearbeitete Entwurf der Abänderung des Grundgesetzes über Reichsvertretung vom 26. Februar 1861⁷⁹ wurde vom Reichsrat mit unwesentlichen Veränderungen angenommen und durch die kaiserliche Sanktion zum Gesetze erhoben.⁸⁰ Das so abgeänderte Grundgesetz über die Reichsvertretung steht bezüglich seiner Kompetenzvorschriften noch heute unverändert neben den in diesem Punkte gleichfalls unveränderten Landesordnungen in Geltung. Gegenüber dem früheren Zustand ist insofern eine Veränderung eingetreten, als der Reichsrat seine Kompetenz auf die im § 11 des Reichsvertretungsgesetzes taxativ angeführten Angelegenheiten⁸¹ eingeschränkt hat; die Landtage haben dagegen ihre alten durch die Landesordnungen

⁷⁹ Entwurf des Verfassungsausschusses, abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Oesterreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, Bd. 1: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn, Wien 1868, S. 116–124.

⁸⁰ StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

⁸¹ § 11 lit a–o StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

gen gezogenen Kompetenzgrenzen weiterbehalten, eine der Einschränkung der Reichskompetenz entsprechende Erweiterung ihrer Kompetenz ist mangels entsprechender, die Landesordnungen abändernder Gesetze vom Standpunkt der Landesverfassung nicht gültig erfolgt, da der Reichsgesetzgeber durch Reichsgesetz eben nur seine, nicht aber die Kompetenz des Landesgesetzgebers bestimmen kann. Für diejenigen Angelegenheiten, die 1867 aus der Kompetenz des Reichsrates ausgeschieden wurden,⁸² ist derzeit, sofern man die Landesordnungen von 1861 *neben* dem 1867 abgeänderten Grundgesetz über die Reichsvertretung im Sinne der herrschenden Auffassung für gültig voraussetzt, de jure weder der Reichs- noch der Landesgesetzgeber kompetent. Beide können freilich jederzeit durch verfassungsändernde Gesetze ihre Kompetenz auf dieses Gebiet und auch darüber hinaus in das von dem anderen heute noch ausschließlich beanspruchte Gebiet ausdehnen. Denn die Kompetenzhoheit steht nach wie vor dem Landes- und dem Reichsgesetzgeber zu. Für den letzteren hat sie das abgeänderte Reichsvertretungsgesetz nunmehr im § 15 Abs. 7⁸³ womöglich noch schärfer als vordem festgesetzt. Angesichts dieser beiderseits bestehenden Kompetenzhoheit bedeuten die Kompetenzeinschränkungen, die sich der Reichsgesetzgeber im Grundgesetz über die Reichsvertretung, die Landesgesetzgeber in den Landesordnungen auferlegt haben, juristisch nichts anderes, als daß Gesetze über Materien außerhalb dieser Grenzen nur unter der Garantie von Reichs- resp. Landesverfassungsänderungen zu erlassen seien. Bei einem Konflikt zwischen Reichs- und Landesgesetzgeber gilt eben vom Standpunkt der Reichsverfassung das Reichsgesetz, vom Standpunkt der Landesverfassung das Landesgesetz. Das der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt steht vor einem rechtslogisch unlösbaren Pflichtenkonflikt. Wie schon früher ausgeführt,⁸⁴ kann zwischen Normen souveräner, mit Kompetenzhoheit begabter gegenseitig unabhängiger Legislativen der Grundsatz *lex posterior derogat priori* als rechtslogisches Prinzip keine Anwendung finden.

Dies alles ist *Rechtens*, sofern man sowohl das Grundgesetz über die Reichsvertretung als auch die Landesordnungen samt ihrer gemeinsamen Basis, dem Februarpatent, als gültige Normen voraussetzt. *Tatsache* dagegen ist, daß man zwar das Februarpatent mit seinen zum Teile abgeänderten Beilagen als gültige Norm vorauszusetzen behauptet, daß man aber dennoch durch das Reichsgesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, nicht bloß die Kompetenz des Reichsrates, sondern auch die der Landtage für gültig abgegrenzt ansieht, so daß insbesondere die Landtage selbst dieses von der Reichsgesetzgebung ihnen zugewiesene Gebiet mit einfachen Lan-

⁸² Durch die die Landeskompetenz begründende Generalklausel des § 12 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42) scheiden etwa Gemeindeangelegenheiten, Schulwesen, Verkehrswesen sowie das Recht der Grundzusammenlegung aus der Kompetenz des Reichsrates aus.

⁸³ Kelsen meint vermutlich § 15 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42), der für die Änderung der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern ein Konsensquorum von zwei Dritteln vorsieht.

⁸⁴ Vgl. oben § 3, S. 364–370, insb. 368.

desgesetzes regeln, ohne eine Verfassungsänderung für notwendig zu erachten. *Tatsache* ist ferner, daß, im Falle ein Reichsgesetz einem Landesgesetz widerspricht oder umgekehrt, | der Interpretationsgrundsatz *lex posterior derogat priori* angewendet wird. Aus der ersten Tatsache würde folgen, daß der Reichsgesetzgeber sich *via facti*⁸⁵ eine ausschließliche Kompetenzhoheit über die Landesgesetzgeber arrogiert habe, wenn nicht die zweite Tatsache damit im Widerspruch stände.
(Fortsetzung folgt.)

| 390

| (Schluß.)

§ 7. Identität oder Verschiedenheit der normsetzenden Autorität in Reich und Land.

Daß die herrschende Lehre, sofern sie den Grundsatz der *lex posterior* im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz anwendet, sich nicht bewußt ist, daß nur die *Identität* von Reichs- und Landesgesetzgeber die Anwendung dieses rechtologischen Prinzipes rechtfertigt, wurde bereits eingangs hervorgehoben.⁸⁶ Aus der *Parität* beider Normarten glaubt man vielmehr die Geltung der fraglichen Interpretationsregel ableiten zu können¹⁹⁾. Daß aus der *Parität*, aus der gleichen Geltungskraft zweier Normen nicht ihre gegenseitige Derogierbarkeit als logisches Interpretationsprinzip folgt, erhellt – wie früher bemerkt⁸⁸ – schon daraus, daß dieses Prinzip nicht zwischen Normen verschiedener Systeme, etwa zwischen deutschen und französischen Rechtssätzen, oder zwischen Rechtsnormen und Moralnormen zur Anwendung kommen kann. Allein auch dort, wo keine Identität von Reichs|gesetzgeber und Landesgesetzgeber angenommen wird, glauben manche Theoretiker die Regel der *lex posterior* anwenden zu können²⁰⁾. Indes setzt die herrschende Lehre die Identität von Reichs- und Landesgesetzgeber überdies voraus. Dabei argumentiert man auf zweifache Weise; entweder man erklärt

| 390 |¹⁹⁾ Vgl. z. B. *Spiegel* a. a. O. S. 419. *Jellinek* a. a. O. S. 36.⁸⁷| 391 |²⁰⁾ So neuestens *Weyr* a. a. O. S. 18,⁸⁹ der zwar Reichsgesetzgeber und Landesgesetzgeber als verschiedene, voneinander unabhängige und kompetenzkompetente Autoritäten annimmt, dennoch aber erklärt „Reichs- und Landesgesetzgebung sind gleichwertige Emanationen der legislativen Gewalt; es gilt daher bezüglich ihres gegenseitigen Verhältnisses der Satz: *lex posterior derogat priori*.“ Trotzdem erklärt er aber wieder a. a. O. S. 19:⁹⁰ „daß die Anwendung des Satzes *lex posterior derogat priori* auf alle Fälle⁹¹, in denen es sich um Willensemanation *zweier* gesetzgebender Organe handelt, eine ziemlich schreiende Anomalie ist und nur durch die Lücke in unserem österreichischen Verfassungsrechte gerechtfertigt wird.“ Allein gerade diese Lücke, nämlich der Mangel einer Bestimmung über das gegenseitige Verhältnis von Reichsgesetz und Landesgesetz, macht die Anwendung der Regel *lex posterior* rechtslogisch unmöglich, falls man mit *Weyr* zwei oberste normsetzende Autoritäten annimmt.⁸⁵ Lat.: *via facti*; dt.: mittels tatsächlichen Verhaltens.⁸⁶ Vgl. oben S. 360–363.⁸⁷ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 419; *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 36.⁸⁸ Vgl. oben S. 365.⁸⁹ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 18.⁹⁰ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 19 Anm. 5.⁹¹ «auf alle Fälle»] *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 665 Anm. 5: «auf Fälle».

als alleinigen Gesetzgeber in Reich und Land den *Monarchen*, der sich nur das eine Mal des Reichsrates, das andere Mal der Landtage als mitwirkender Organe bedient, oder aber man erklärt, daß Reichsgesetz und Landesgesetz Normen desselben *Staates* seien, die sich voneinander nur durch den örtlichen Geltungsbereich unterscheiden. Was die erste Argumentation betrifft, so stützt sie sich auf die bekannte, von *Laband*⁹² formulierte monarchistische Theorie des Verhältnisses von Monarch und Parlament im konstitutionellen Staat.⁹³ Vom Monarchen allein geht ihr zufolge der Gesetzesbefehl aus, das Parlament sei nur an der Festsetzung des Gesetzesinhaltes beteiligt und daher nicht Gesetzgeber. Es ist hier nicht der Platz, die rechtslogische Unhaltbarkeit dieser Theorie darzutun, die von zwei in gleicher Weise notwendigen Voraussetzungen des Gesetzes lediglich nach politischen Erwägungen eine der beiden, nämlich die Sanktion des Monarchen, als einzig wesentlich heraushebt. Dies ist in anderem Zusammenhange geschehen²¹⁾. Wenn | aber z. B. *Lingg*⁹⁵ sich der *Labandschen* Konstruktion bedient, um die Identität von Reichs- und Landesgesetzgeber zu erweisen und dabei den seiner Ansicht nach „hegelisierenden“ Gegnern dieser Konstruktion vorhält, es sei widersinnig, das Volk oder die Volksvertretung neben dem Monarchen als Gesetzgeber gelten zu lassen, weil sonst Subjekt und Objekt der Herrschaft zusammenfielen, Objekt und Subjekt aber nicht in einer Person vereinigt sein könne²²⁾, so sei – ohne ihm den Vorwurf der Hegelei zurückzugeben – lediglich die Frage aufgeworfen, wer denn in einer unmittelbaren Demokratie *Rousseauschen* Charakters als Gesetzgeber zu gelten habe? | 392

²¹⁾ Vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S. 412 ff.⁹⁴

²²⁾ *Lingg*, Die staatsrechtliche Stellung der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder der österr. Monarchie. Juristische Vierteljahrsschrift, Wien 1892, S. 82.⁹⁶ | 392

⁹² Paul Laband (1838–1918), bedeutendster Staatsrechtslehrer der Kaiserzeit und wichtigster Exponent des staatsrechtlichen Positivismus. Ab 1861 Privatdozent in Heidelberg, 1864 in Königsberg, ab 1866 dann o. Prof. ebendort. Er ging 1872 an die Universität Straßburg. Mitbegründer des „Archiv für öffentliches Recht“ (1886), der „Deutsche Juristenzeitung“ (1896) und des „Jahrbuch für öffentliches Recht“ (1907). Wichtige Werke: Über den Verfasser und die Handschriften-Genealogie des Schwabenspiegels, Berlin 1861; Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3 Bde., Tübingen 1876–1880 (5. Aufl., 4 Bde., Tübingen 1911–1914); Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden 1895; Handbuch der Politik, 3 Bde., Berlin und Leipzig 1912–1914.

⁹³ Vgl. *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 3–8.

⁹⁴ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 412–429 = HKW 2, S. 21–878 (549–567).

⁹⁵ Emil Lingg (1860–1932), tschechischer Jurist und Lyriker. Er war zunächst in der Prager Finanzprokuratur, später als Rechtsanwalt tätig. Wichtige Werke: Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890; Zur Reform des Administrativverfahrens, Wien 1904; Das Rechtsproblem des Völkerbundes, Wien 1930.

⁹⁶ *Emil Lingg*, Die staatsrechtliche Stellung der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Vierteljahrsschrift 24 (1892), S. 67–130 (82).

| 393

Gerade das in Frage stehende Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzgeber zeigt deutlich die Unhaltbarkeit der *Labandschen* Konstruktion. Wenn als Gesetzgeber ausschließlich und allein der Monarch nicht nur im absoluten Staat, sondern auch dort zu gelten hat, wo nach konstitutionellem Prinzip zur Entstehung eines Gesetzes neben der Sanktion des Monarchen auch der Beschluß eines Parlamentes notwendig ist, dann müßte bei Identität des Monarchen die Verschiedenheit der mitwirkenden parlamentarischen Körperschaft völlig gleichgültig bleiben. Reichsgesetz und Landesgesetz wären tatsächlich Normen derselben rechtsetzenden Autorität ohne Rücksicht darauf, daß das eine den Beschluß des Reichsrates, das andere den Beschluß eines Landtages zum Inhalt hat. Die Identität des sanktionierenden Organes ist allein maßgebend. Wäre diese Voraussetzung richtig, dann wäre ein Konflikt zwischen Reichsgesetz und Landesgesetz ebenso undenkbar, wie zwischen Reichsgesetz und Reichsgesetz oder zwischen Landesgesetz und Landesgesetz; die Regel der *lex posterior* müßte jeden Konflikt ausschließen. Dem ist aber garnicht so! Nach den Bestimmungen des Februarpatentes von 1861 kann die Landes|verfassung nur durch ein Landesgesetz, d. h. nur durch einen vom Kaiser sanktionierten Landtagsbeschluß, oder in der Terminologie *Labands*, von einem Gesetzesbefehl des Kaisers abgeändert werden, dessen Inhalt durch den Landtag bestimmt wurde.⁹⁷ Jedes andere Gesetz kann eine Aenderung der Landesordnung nicht herbeiführen, und ist, falls es eine Aenderung der Landesordnung beinhaltet, vom Standpunkt der Landesverfassung ungültig. So insbesondere ein Reichsgesetz, d. h. ein vom Kaiser sanktionierter Reichsratsbeschluß oder, wieder in der Terminologie *Labands* gesprochen, ein Gesetzesbefehl des Kaisers, dessen Inhalt nicht durch Landtagsbeschluß, sondern durch einen Beschluß des Reichsrates bestimmt wurde. Die Geltung der Regel *lex posterior* ist zwischen Reichs- und Landesgesetzen (jeder Konflikt zwischen Reichs- und Landesgesetz bedeutet einen Kompetenzeingriff der einen Legislative in die andere, beinhaltet also eine Aenderung der einen Verfassung durch die Legislative der anderen) von vornherein durch die Vorschrift der Landesverfassung ebenso wie durch die der Reichsverfassung ausgeschlossen!

Was kann es noch für einen Sinn haben, nur den Monarchen als Gesetzgeber gelten zu lassen, wenn sein Gesetzesbefehl je nach der Individualität des den Inhalt des Gesetzesbefehles bestimmenden Parlamentes verschiedenen Charakter hat? Kann von einer Identität des Gesetzgebers in Reich und Land gesprochen werden, wenn die unter Mitwirkung des *Reichsrates* erlassenen Gesetzesbefehle des Monarchen nach ausdrücklicher Vorschrift der Landesverfassung *nicht* die Kraft haben, den unter Mitwirkung der *Landtage* erlassenen Gesetzesbefehlen des Monarchen zu derogieren und umgekehrt? Zeigt sich nicht gerade hier deutlich, daß trotz der Gemeinsamkeit eines an der Reichs- und Landesgesetzgebung beteiligten Faktors dennoch Reichs- und Landesgesetzgeber eben wegen der Verschiedenheit der an-

⁹⁷ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II⁴ (Anm. 93), S. 5–8.

deren Faktoren als verschiedene normsetzende Autoritäten zu gelten haben? Erkennt man die Sanktion des Monarchen und den Beschluß des Parlamentes als gleich wesentliche und darum einander koordinierte Voraussetzungen des Gesetzes, stellt sich als gesetzgebendes Organ, als normsetzende Autorität nicht Monarch *oder* Parlament heraus, sondern Monarch *und* Parlament als unzertrennliche Einheit. Dann müßten aber auch eben wegen Verschiedenheit des Faktors Parlament und trotz Gleichheit des Faktors Monarch Reichs- und Landesgesetzgeber als zwei verschiedene Autoritäten erkannt werden. Rein mathematisch ausgedrückt: die Größe $a + b$ kann nicht gleich sein der Größe $a + c$, wenn b und c verschieden sind. Auch *Georg Jellinek* bedient sich der *Labandschen* Konstruktion, um die Identität des Gesetzgebers in Reich und Land annehmen zu können. „Es ist immer derselbe Kaiser, der im Reiche mit Zustimmung des Reichsrates, im Lande mit Zustimmung der Landesvertretung die Gesetze erläßt.“ Im Gegensatz dazu seien im Bundesstaat in Reich und Land zwei verschiedene Gesetzgeber zu konstatieren: Bundesrat in Verbindung mit Reichstag im Reich, der Monarch des Gliedstaates mit dessen Parlament im Land. Hier sei ein Konflikt möglich, daher „eine Bestimmung über rechtliche Lösung der eventuellen Konflikte notwendig“⁽²³⁾. Allein *Jellinek* übersieht, daß durch die besondere Lösung des Verhältnisses zwischen Reichs- und Landesgesetz im Bundesstaat: Reichsrecht bricht Landrecht, die Legislaturen der Länder die Stellung von Delegaten der Reichslegislative erhalten und damit die ursprüngliche Vielheit der normsetzenden Autoritäten aufgehoben wird. Das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz ist hier prinzipiell kein anderes geworden als das von Gesetz und Verordnung, so daß gerade im Bundesstaat nur eine einzige oberste normsetzende Autorität in Betracht kommt, und die Identität der gesetzgebenden Gewalt hier ebensowenig in Frage steht wie im Einheitsstaat, wo neben der Legislative eine Verordnungsgewalt konstituiert ist, deren Kompetenz durch die erstere bestimmt ist. | Da *Jellinek* für Oesterreich die Identität der normsetzenden Autorität in Reich und Land von vornherein annimmt, müßte natürlich jeder Konflikt zwischen Reichs- und Landesgesetz ausgeschlossen sein. | 394
 „In Oesterreich steht aber dem kaiserlichen Willen im Reiche der kaiserliche Wille im Lande gegenüber. Ein Konflikt des kaiserlichen Willens mit sich selber ist aber nicht denkbar“⁽²⁴⁾. Allein die *Labandsche* Konstruktion, die den Monarchen *allein* als Gesetzgeber gelten läßt, beweist hier *zu viel!* Denn trotz der Gemeinsamkeit dieses Faktors bei der Gesetzgebung des Reiches und der Länder ist ein Konflikt zwischen dem Reichs- und den Landesgesetzen möglich! Nennt doch *Jellinek* – wie bereits eingangs bemerkt¹⁰⁰ – das Kapitel, in dem er aus der Identität des Gesetz-

| 23) A. a. O. S. 32. 98

| 24) A. a. O. S. 32. 99

| 394

| 395

98 Beide Zitate: *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 32.

99 *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 32.

100 Vgl. oben S. 362.

gebers in Reich und Land die Unmöglichkeit eines Konfliktes ableitet, geradezu: „Die Konflikte zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung“,¹⁰¹ und fordert darin eine Remedur dieser gefährlichen Konfliktsmöglichkeit, die, wenn seine Konstruktion richtig wäre, gar nicht bestehen könnte, ebensowenig bestehen könnte wie zwischen Reichsgesetzen und Landesgesetzen, weil hier wie dort jeder Konflikt von vornherein durch das rechtslogische Interpretationsprinzip der *lex posterior* seine Lösung finden müßte. Wenn ein Landesgesetz auf Grund der Landesordnung nur durch ein Gesetz abgeändert werden kann, das unter Mitwirkung des Landtages zustande gekommen ist, muß ein mit einem Landesgesetz in Widerspruch stehendes unter Mitwirkung des Reichsrates zustande gekommenes Gesetz eben vom Standpunkte der Landesordnung ungültig sein. Wenn aber die Dero-gierung eines Reichs- durch ein Landesgesetz und umgekehrt eben nur wegen der Verschiedenheit der bei der Gesetzgebung mitwirkenden *Parlamente* ausgeschlossen ist, dann kann keine Identität der normsetzenden Autoritäten behauptet werden, von denen Reichsgesetz und Landesgesetze ausgehen. Wenn aber die Identität der normsetzenden | Autoritäten trotz der Gemeinsamkeit des *Monarchen*, bloß wegen der Verschiedenheit der beteiligten *Parlamente* negiert werden muß, dann kann eine Theorie nicht mehr richtig sein, die von den beiden an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren nur den einen, nämlich gerade den Monarchen, als Gesetzgeber, als alleinige normsetzende Autorität gelten lassen will.

| 396

Daß sich aus der Gemeinsamkeit des Monarchen bei Verschiedenheit des mitwirkenden Parlamentes kein Schluß auf die Identität der normsetzenden Autorität ziehen läßt, das geht schließlich klar und deutlich aus der Tatsache hervor, daß die Gemeinsamkeit des Monarchen in der *österreichischen* und *ungarischen* Legislative keineswegs zur Annahme ein und derselben normsetzenden Autorität und eines gemeinsamen einheitlichen Rechtssystemes für Oesterreich und Ungarn geführt hat. Es wäre töricht dagegen einzuwenden, daß diese Annahme eben mangels staatlicher Einheit zwischen Oesterreich und Ungarn unmöglich sei, Land und Reich aber in Oesterreich einen einzigen Staat bilden; denn für die *juristische* Betrachtung sind Oesterreich und Ungarn eben nur deshalb zwei voneinander verschiedene und selbständige Staatspersönlichkeiten, weil es zwei verschiedene, voneinander unabhängige und oberste Rechtssysteme, zwei verschiedene, voneinander unabhängige normsetzende Autoritäten für Oesterreich und Ungarn gibt. Ob aber Reich und Land in Oesterreich *juristisch* einen einheitlichen Staat darstellen, das ist ja gerade die Frage; und daß das Rechtssystem der Reichsverfassung mit den Rechtssystemen der Länderverfassungen eine einheitliche Rechtsordnung bildet, Reichsgesetzgeber und Landesgesetzgeber identische Autorität ist, das ist die *Voraussetzung* für die Bejahung dieser Frage, nicht aber die *Konsequenz* staatlicher Einheit, die ja *juristisch* nur aus der Rechtsordnung erkannt werden kann.

¹⁰¹ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 27.

Damit ist aber auch die Argumentation jener widerlegt, die eine gegenseitige Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetz aus der Annahme erschließen zu können glauben, daß Reichsge|setz und Landesgesetz Normen desselben *Staates* |397 seien²⁵⁾. Diese setzen nämlich voraus, was aus der Rechtsordnung erst zu beweisen wäre. Die Schwierigkeiten, die sich einer streng juristischen Erkenntnis hier entgegenstellen, sind keine geringen, und es ist nicht leicht, die Anforderungen der Methode gerade hier streng zu beobachten, wo man sich den letzten Grenzen des juristischen Erkenntnisgebietes nähert. Dabei erschwert man sich die rechtslogisch korrekte Lösung des Problems durch die irrige Vorstellung von der Natur des Rechtserzeugungsaktes als einer Staatsfunktion. Der Nachweis, daß die Erzeugung der Rechtsnorm niemals dem Staate als einer juristischen Einheit, sondern nur der Gesellschaft (oder einem Staate im soziologischen Sinne) zuzurechnen sei, ist in anderem Zusammenhange erfolgt²⁶⁾; hier muß festgestellt werden, daß der Staat für eine *juristische Erkenntnis* nur als *Träger* der Rechtsordnung oder als der Rechtsordnung unterworfenen *Subjekt* in Betracht kommen kann. In diesem Sinne ist der Staat Produkt der Rechtsordnung, nicht aber die Rechtsordnung Produkt des Staates; die Einheit der Staatsperson oder des sogen. Staatswillens nur das Symbol für die logische Geschlossenheit eines Rechtsnormsystems²⁷⁾. Eine einheitliche Staatsperson ist für die juristische Erkenntnis nur gegeben, sofern ein System von Rechtsnormen gegeben ist, bei welchem kein Rechtssatz dem andern widersprechen kann. Sind alle Normen der gleichen Provenienz, d. h. besteht nur ein einziges (soziales) Gesetzgebungsorgan, ist die Einheit des Normsystems und damit die Denkbarkeit eines einheitlichen Trägers desselben, eines einheitlichen „Willens“, dessen Ausdruck die Normen sind, kraft der Regel *lex posterior* gegeben. Liegt aber eine Mehrheit von Rechtsquellen vor, eine Vielheit von sozialen Gesetzgebungsorganen, dann können die Normen all dieser verschiedenen Provenienz und | Entstehungsart nur dann ein einheitliches System bilden und auf |398 einen einzigen Punkt bezogen werden, es kann nur dann *eine* Staatsperson, *ein* Staatswille als ihr Träger gedacht werden, wenn ein Widerspruch zwischen den Normen verschiedener Entstehungsart ausgeschlossen ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die eine Legislative der anderen untergeordnet ist, also tatsächlich wieder nur *eine* oberste normsetzende Autorität besteht. Ob diese Subordination darin liegt, daß die Normen der einen denen der andern unter *allen* Umständen vorgehen (Reichs- und Landesgesetz im Bundesstaat, Gesetz und Verordnung im Einheitsstaat: Formelle und materielle Unterordnung oder Delegation) oder ob

| 25) *Spiegel* a. a. O. S. 419.¹⁰²

26) Vgl. meine Hauptprobleme S. 395 ff.¹⁰³

27) Vgl. meine Hauptprobleme S. 162 ff.¹⁰⁴

¹⁰² *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 419.

¹⁰³ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 94), S. 395–412 = HKW 2, S. 21–878 (530–548).

¹⁰⁴ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 94), S. 162–188 = HKW 2, S. 21–878 (272–300).

zwischen beiden die Regel *lex posterior* kraft positiver Anordnung einer der beiden Autoritäten gilt (bloß formale Delegation), ist gleichgültig. Jedenfalls kann nur unter diesen Voraussetzungen *juristisch* ein einheitliches Rechtssystem und daher eine einheitliche *Rechtspersönlichkeit* des Staates angenommen werden. Gänzlich unzulässig ist es, innerhalb *juristischer* Erkenntnis mit dem Staat als apriori gegebener, *sozialer* Tatsache zu rechnen. Denn ganz abgesehen davon, ob eine solche *soziale Einheit* überhaupt zu erweisen ist, hat sie *juristisch* keinen Rechnungswert; ich kann mit ihr juristisch ebensowenig operieren, wie mit der biologisch-physiologischen Einheit „Mensch“, dort wo die spezifisch juristische Einheit „Person“ in Frage ist, oder wie ich in der Musik mit Farben operieren kann. Darum kann die Einheit des aus den einzelnen Ländern zusammengesetzten österreichischen Staates innerhalb der juristischen Erkenntnis nicht als ein historisch-soziologisches Faktum vorausgesetzt und mit dieser Voraussetzung eine juristische Einheit, d. h. die Persönlichkeit dieses Staates angenommen werden, sondern es muß diese Einheit, wenn sie irgendeine juristisch relevante Bedeutung haben soll, aus der Einheit einer gegebenen Rechtsordnung abgeleitet werden. Ebenso kann mit der für die Wirklichkeitsbetrachtung unmittelbar gegebenen Einheit eines | *Menschen* keineswegs die juristische Erkenntnis einer Rechtspersönlichkeit gegeben sein. Ob dieser Mensch eine Person ist – wie man sich auszudrücken pflegt – das kann mich nur ein Blick auf die Rechtsordnung lehren und keine auch noch so gründliche Erkenntnis der Wirklichkeit. Nur wenn die Rechtsordnung seine Persönlichkeit statuiert, kann ich eine solche annehmen.

| 399

Und ebenso kann die Frage, ob Oesterreich mit Ungarn einen einheitlichen Staat bilde – sofern diese Frage eine *Rechtsfrage* sein soll – nicht aus irgendwelchen historisch-sozialen Realitäten heraus, sondern nur aus der Erkenntnis bejaht oder verneint werden, ob eine einheitliche, für Oesterreich und Ungarn geltende Rechtsordnung gilt oder nicht. Diejenigen, die juristische Fragen mit historisch-soziologischen Tatsachen lösen zu können glauben, vergessen, daß diese Tatsachen erst juristisch gedeutet, *d. h. gewertet* werden müssen, und daß es für die juristische Erkenntnis eben nur auf diese Deutung oder Wertung, nicht aber auf die Tatsachen ankommt. Wenn z. B. die Einheit der österreichisch-ungarischen Monarchie aus der Tatsache geschlossen wird, daß es einen einzigen Monarchen und einheitliche Verwaltungsorgane, eine einheitliche Armee Oesterreich-Ungarns gebe, daß, wo Staatsorgane vorhanden seien, doch ein Staat nicht fehlen könne, so übersieht man, daß es juristisch ja gerade in Frage steht, ob diese für eine Wirklichkeitsbetrachtung sich einheitlich darstellenden Organe *rechtlich* Organe *eines* Staates, oder gemeinsame Organe *zweier* Staaten sind. Und die Beantwortung dieser Frage wird davon abhängen, ob diese Organe ihre Stellung auf *eine* oder auf zwei voneinander verschiedene Rechtsordnungen zurückzuführen haben. Das letztere wird man ja gegenwärtig kaum noch bezweifeln. Aber es ist ganz der gleiche Fehlschluß, wenn man Reichsgesetz und Landesgesetz darum als Normen desselben Staates erklärt, weil die Reichsgesetze ebenso wie die Landesgesetze von demselben Kaiser sank-

tioniert, von den|selben Ministern kontrasigniert werden²⁸⁾. Denn das ist ja erst zu |400
zeigen, ob Monarch und Minister als Organe eines Einheitsstaates oder als ge-
meinsame Organe mehrerer Staaten ein Landesgesetz sanktionieren und kontra-
signieren.

Für eine im *juristischen* Sinne voraussetzungslose Betrachtung zeigt sich, daß neben der in den Reichsgesetzen erscheinenden Rechtsordnung ebensoviele selbständige souveräne und unabhängige Rechtsordnungen in Geltung stehen, als es Landtage gibt; *soferne man eben die Landesordnungen und das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1861 als Beurteilungsmaßstab verwendet*. Reichsgesetz und Landesgesetz können nicht als Normen ein und desselben Staates gelten, weil sie rechtslogisch nicht auf einen und denselben Punkt bezogen werden können. Eine streng juristische Betrachtung müßte gerade umgekehrt aus der Geltung der verschiedenen, voneinander unabhängigen und souveränen Rechtsordnungen zur Annahme von ebensovielen Staatspersonen als den einheitlichen Trägern dieser Rechtssysteme gelangen. Nur die Tatsache, daß die rein juristische Betrachtung durch *politische* Erwägungen getrübt oder in den Hintergrund gedrängt wird, läßt die selbstverständliche Erkenntnis geradezu paradox erscheinen, daß die in dem österreichischen Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder *nach der Februarverfassung von 1861* zweifellos den Charakter von Staaten tragen, während den sogenannten Gliedstaaten eines Bundesstaates, wie es das Deutsche Reich ist, vorausgesetzt, daß die Kompetenzhoheit ausschließlich beim Reiche steht, vom *juristischen* Standpunkte der Staatscharakter nicht zugesprochen werden kann.

| § 8. Die Kompetenzhoheit der Reichs- oder der Landeslegislative. |401

Es ist ein offener Widerspruch, wenn die herrschende Lehre auf der einen Seite die gegenseitige Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetzen behauptet, auf der anderen Seite aber nur dem Reiche die Kompetenzhoheit zuspricht²⁹⁾. Denn wenn ein Landesgesetz einem Reichsgesetz derogieren kann, dann muß man annehmen, daß durch Landesgesetz die Kompetenz der Landesgesetzgebung auf Kosten des Reichsgesetzgebers erweitert werden kann. Jedes Landesgesetz, das einem Reichsgesetz widerspricht, greift doch in die von dem Reichsgesetz in Anspruch genommene Kompetenz ein. Hätte der Landesgesetzgeber die Kompetenzhoheit *nicht*, wäre jedes einem Reichsgesetz widersprechende Landesgesetz ungültig; die Annahme einer ausschließlichen Kompetenzhoheit des Reiches ist gleichbedeutend mit der Proklamierung des Grundsatzes Reichsrecht bricht Landrecht. Der Interpretationsgrundsatz *lex posterior* könnte in diesem Falle nur bei ausdrücklicher Anordnung durch den Reichsgesetzgeber Anwendung finden.

|²⁸⁾ Z. B. *Lingg* a. a. O. S. 73.¹⁰⁵ |400

|²⁹⁾ So z. B. *Georg Jellinek* a. a. O. S. 27 und 36.¹⁰⁶ |401

¹⁰⁵ *Lingg*, Staatsrechtliche Stellung (Anm. 96), S. 73.

¹⁰⁶ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 27, 36.

Es bleibt schlechterdings unbegreiflich, wie man die Landesordnungen von 1861 und das 1867 abgeänderte Grundgesetz über die Reichsvertretung nebeneinander als gültig annehmen und dabei dennoch nur dem Reiche die Kompetenzhoheit zusprechen kann! *Jellinek*, der diesen fragwürdigen Standpunkt vertritt, kann zu seiner Begründung nichts anderes anführen, als „die Natur der Sache“¹⁰⁷ und die Tatsache, daß die Kompetenz der Länder durch *Reichsgesetze* *faktisch* geregelt wurde, so durch das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1867 selbst und durch die Einführung der direkten Reichsratswahlen mit dem Reichsgesetz von 1873.¹⁰⁸ Was nun die „Natur der Sache“ betrifft, so darf man wohl ruhig behaupten, daß dieses oft mißbrauchte, nichtssagende Argument nicht offenkundiger mißbraucht werden kann, niemals nichtssagender ist als im vorliegenden Falle. Nur wenn man das vom Standpunkte einer bestimmten politischen Ueberzeugung, nämlich des Zentralismus, wünschenswerte Resultat als allgemeingültig voraussetzt, kann man behaupten, es läge in „der Natur der Sache“, daß „die Rechtsmacht über die Kompetenz nur der Reichsgesetzgebung zusteht“³⁰⁾. Vom Standpunkte des Föderalismus entspricht zweifellos das Gegenteil der Natur der Sache, nämlich die ausschließliche Kompetenzhoheit der Länder! Die *Jellineksche* Argumentation ist so recht ein Beispiel für die unzulässige Determinierung juristischer Konstruktion durch politische Werturteile. Was aber das andere Argument betrifft, der Reichsgesetzgebung stehe darum allein die Kompetenzhoheit zu, weil wiederholt durch Reichsgesetz die Kompetenz der Länder abgeändert worden sei, so ist dieses Argument, das auch bei anderen Autoren ständig wiederkehrt, kaum ernstlich aufrecht zu erhalten. Denn wenn es sich darum handelt, ob nur dem Reich und nicht den Ländern die Kompetenzhoheit zusteht, dann fragt es sich ja gerade, ob die Reichsgesetzgebung *legaler Weise* über die Kompetenz der Länder verfügen kann und konnte. Daß sie es *tatsächlich* versucht hat, ist für die Frage, ob sie dazu berechtigt war, offenbar gleichgültig; die Frage, ob irgendein Organ zu irgendeiner Maßregel rechtlich kompetent sei, kann nicht durch die Tatsache beantwortet werden, daß dieses Organ diese Maßregel tatsächlich getroffen hat.

Wenn der Reichsrat von 1861 ein Reichsgesetz beschlossen hat, durch das die Immunität der Landtagsmitglieder geregelt,¹¹⁰ somit die Landesordnungen ergänzt, d. h. aber abgeändert wurden, wenn der Reichsrat von 1867 durch ein Reichsgesetz die Kompetenzgrenze zugunsten der Länder neu zu regeln und somit die Landesordnungen abzuändern suchte,¹¹¹ und wenn 1873 durch ein Reichs-

| 402 | ³⁰⁾ A. a. O. S. 28. Vgl. auch *Tezner*, Die Volksvertretung, Wien 1912. S. 647 ff. u. 242 ff. ¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 28.

¹⁰⁸ Vgl. §§ 11–12 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42); Gesetz vom 2. April 1873, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBl 1873/41 (im Folgenden: RWO 1873).

¹⁰⁹ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 28; *Friedrich Tezner*, Die Volksvertretung, Wien 1912, S. 242–256, 647–667.

¹¹⁰ Vgl. Immunitätsg 1861 (Anm. 51).

¹¹¹ Vgl. §§ 11–12 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

gesetz die direkten Reichsratswahlen eingeführt,¹¹² somit denjenigen Bestimmungen der Landesordnungen widersprochen wurde, die den Landtagen die Wahl in den Reichsrat einräumen,¹¹³ so mag außer allem Zweifel stehen, daß der Reichsgesetzgeber zu diesen Normen kompetent war, sofern sie seine *eigene* Kompetenz berührten. Aber ob diese Reichsgesetze auch vom Standpunkte der *Landesverfassungen* gültig waren, das ist durch die *Tatsache* ihrer Erlassung nicht bewiesen! Die Frage ist zweifellos vom Standpunkte der Landesordnungen zu verneinen, welche mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit ihre Abänderung nur durch ein Landesgesetz zulassen. Ja wenn erwiesen wäre, daß diese Reichsgesetze vom Standpunkt der Landesordnungen gültig sind, dann müßte allerdings vorausgesetzt werden, daß dem Reich die Hoheit auch über die Kompetenz der Länder zustehe. Konnten die Landesordnungen durch die fraglichen Reichsgesetze rechtlich abgeändert werden? Erklärt man: das Reich habe Kompetenzhoheit über die Länder, weil Reichsgesetze *faktisch* in die Kompetenz der Länder eingegriffen haben, so lehnt man die Frage nach der Gültigkeit der die Landeskompetenz regelnden Reichsgesetze ab. Man setzt als letzte, nicht weiter zu rechtfertigende Voraussetzung die Gültigkeit gewisser Reichsgesetze für die Landesverfassung, während die Problemstellung: hat das Reich die Kompetenzhoheit über die Länder? geradezu auf die Gültigkeit dieser Gesetze gerichtet ist. Man stellt etwas in Frage, um es dann während der Beweisführung als außer Frage stehend vorzusetzen!

Die Annahme, daß dem Landesgesetzgeber Kompetenzhoheit ebenso wie dem Reichsgesetzgeber zustehe, läßt sich nur vermeiden, wenn man den Nachweis erbringt, daß die im § 38 der Landesordnung¹¹⁴ dem Landtage eingeräumte Kompetenz, die Landesverfassung zu ändern, sich *nicht* auf die Kompetenzvorschriften der Landesordnung beziehe. Für einen solchen Nachweis ist jedoch keinerlei Möglichkeit gegeben. Insbesondere muß der Versuch *Linggs* als mißlungen bezeichnet werden, der behauptet, der Landtag könne nach geltendem Rechte nur solche Abänderungen der Landesordnung beschließen, „welche die staatsrechtliche Stellung der Kronländer, welche die Verfassung normiert, nicht verändern. Diese letzteren Abänderungen der Landesordnung fallen nach lit. n des § 11 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 141 RGBL.¹¹⁵ in die Kompetenz der Reichsgesetzgebung, die ersteren in die der Landesgesetzgebung“³¹⁾. Der von *Lingg* angeführten Bestimmung des abgeänderten Grundgesetzes über die Reichsvertretung (§ 11 lit. n), daß zur Kompetenz des Reichsrates die Gesetzgebung über jene Gegenstände

³¹⁾ A. a. O. S. 125.¹¹⁶

¹¹² Die §§ 4–8 RWO 1873 (Anm. 108) enthalten die Regelung, dass das in Kurien organisierte Volk den Reichsrat wählt.

¹¹³ Vgl. z. B. § 16 LO Österreich unter der Enns 1861 (Anm. 39); § 7 Abs 1 GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38).

¹¹⁴ Z. B. § 38 Abs 3 LO Österreich unter der Enns 1861 (Anm. 39).

¹¹⁵ § 11 lit n StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹¹⁶ *Lingg*, Staatsrechtliche Stellung (Anm. 96), S. 125.

gehöre, welche sich auf Pflichten und Verhältnisse der einzelnen Länder untereinander beziehen, kann keinesfalls der Sinn beigelegt werden, daß damit jede Aenderung der staatsrechtlichen Stellung der Länder der Reichsgesetzgebung vorbehalten sei. Aus den Beratungen des Abgeordnetenhauses zu lit. n des § 11 geht klar und deutlich hervor, daß der Verfassungsausschuß, der diese Bestimmung vorschlug, damit nichts anderes als „die wechselseitigen Ersatzansprüche der Länder gegeneinander“³²⁾ im Auge hatte. Aber selbst wenn dem Wortlaute dieser Bestimmung der von *Lingg* im Interesse des Zentralismus gewünschte Sinn untergelegt werden könnte, wäre damit noch keineswegs bewiesen, daß dadurch der § 38 der Landesordnung in seiner Geltung eingeschränkt wird, m.a.W. daß diese Bestimmung auch vom Standpunkte der Landesverfassung gültig ist! Die Kompetenz, die Landesordnungen abzuändern, hätte der Reichsrat legal nur auf Grund einer Delegation durch die Landesgesetzgebung erlangen können. Auf eine solche Delegation konnte sich aber im Jahre 1867 der Reichsrat, der die Abänderung des Grundgesetzes von 1861 beschloß, nicht berufen.

| 405

Die Meinung *Jurascheks*^{118 33)}, nach dem Wortlaute des § 38 der Landesordnung habe der Landtag nur das Recht, *Anträge* auf Abänderung der Landesordnung zu stellen, nicht aber die Kompetenz, Abänderungen zu beschließen, verdient keine ernste Widerlegung. Auch das Grundgesetz über Reichsvertretung von 1861 sprach im § 14¹²⁰ nur von „Anträgen auf Aenderungen in diesem Grundgesetz“. Bis zum Jahre 1867, in welchem der Wortlaut des Grundgesetzes über die Reichsvertretung dahin abgeändert wurde, daß „Aenderungen in diesem Grundgesetze ... gültig beschlossen werden können“,¹²¹ wäre somit weder der Reichsrat zur Aenderung der Reichsverfassung, noch der Landtag zur Aenderung der Landesverfassung kompetent gewesen. Wer aber sonst? Offenbar bedeutet die Bestimmung des § 38 der Landesordnung wie die des § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung von 1861, daß Aenderungsanträge der bestimmten Majorität benötigen, um gültige *Gesetzesbeschlüsse* zu werden!

³²⁾ Vgl. Die neue Gesetzgebung Oesterreichs S. 204 und 205.¹¹⁷

³³⁾ Oesterr. Zeitschr. für Verwaltung 1879 S. 101.¹¹⁹

¹¹⁷ StProt Abgeordnetenhaus 1867–1869 (Anm. 72), S. 972; Kelsen zitiert aus: Neue Gesetzgebung (Anm. 68), S. 205.

¹¹⁸ Franz von Juraschek (1849–1910), Staatsrechtslehrer und Statistiker. Ab 1881 a.o. Prof. für Statistik und Staatsrecht in Czernowitz, ab 1883 a.o. Prof. in Innsbruck, ab 1885 o. Prof. ebendort. 1905 wurde er Präsident der k.k. Statistischen Zentralkommission in Wien. Wichtige Werke: Personal- und Realunion, Berlin 1878; Die Ortsgemeinde und die Ortschaft in der Wählerklasse der Städte, Märkte und Industrialorte im österreichischen Wahlrechte, Wien 1895; Die österreichischen Städte in der Reichsrathswahlordnung, Wien 1896.

¹¹⁹ *Franz von Juraschek*, Beiträge zur Darstellung des Rechtes der Landtage und ihrer Mitglieder, in: Oesterreichische Zeitschrift für Verwaltung 12 (1879), S. 101f., 105–107 und 109f. (106).

¹²⁰ § 14 Abs 2 GG Reichsvertretung 1861 (Anm. 38).

¹²¹ § 15 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

Wenn man den § 38 der Landesordnung als gültig voraussetzt, ist es vergebliche Mühe, dem Reichsgesetzgeber irgendeine Kompetenzhoheit über die Landesgesetzgebung zu vindizieren. Was soll man sich darunter denken, wenn *Lingg* schließlich zu dem Resultate kommt, der Reichsgesetzgeber sei kompetent, „Gesetzesinhalte festzusetzen, welche materiell, wenn auch nicht formell, eine Abänderung der Landesordnungen zum Inhalte haben“³⁴⁾. Und ebenso unmöglich ist die Annahme, die Landesordnung könne durch Reichsgesetz zwar nicht *abgeändert*, aber doch *ergänzt* werden! Denn jedes Normsystem wird mit seiner Ergänzung abgeändert! Was speziell die Möglichkeit betrifft, den Wirkungskreis der *Landesgesetzgebung* durch *Reichsgesetz* zu *erweitern*, so scheint tatsächlich die Landesordnung selbst dazu eine Handhabe zu bieten. Der § 18 Abs. III¹²³ erklärt als Landesangelegenheit: „Die Anordnung über sonstige die Wohlfahrt oder die Bedürfnisse des Landes betreffende Gegenstände, | welche *durch besondere Verfügungen* der Landesvertretung zugewiesen werden.“ Daß unter dieser besonderen „Verfügung“ ein Reichsgesetz zu verstehen ist, geht aus der Landesordnung selbst keineswegs hervor; allerdings auch nicht, wem sonst das „Verfügungs“recht eingeräumt wird, der Landesgesetzgebungskompetenz Gegenstände zur Normierung zuzuweisen. Da aus den übrigen Bestimmungen, aus dem ganzen Geiste der Landesordnung hervorgeht, daß zu solcher „Verfügung“ weder ein legislatives, noch ein exekutives Organ zuständig ist, müßte die Vorschrift des § 18 Abs. III eigentlich als gegenstandslos betrachtet werden³⁵⁾. Sollte man aber der fraglichen Stelle dennoch den Sinn abzwängen, daß der Reichsgesetzgeber dem Landesgesetzgeber Kompetenzen über die im Februarpatent gezogene Grenze zuweisen könne, so ist damit keinesfalls die Kompetenzhoheit des Landesgesetzgebers in Frage gestellt. Man darf zunächst nicht übersehen, daß mit dieser dem Reichsgesetzgeber gegenüber dem Landesgesetzgeber eingeräumten Kompetenz keinesfalls dem letzteren die Möglichkeit genommen ist, seine Kompetenz daneben für sich allein nach den Bestimmungen des § 38 der Landesordnung zu erweitern. Man darf des weiteren nicht vergessen, daß die Bestimmung des § 18 Abs. III jederzeit durch ein die Landesordnung abänderndes *Landesgesetz* ohne Zustimmung des Reichsgesetzgebers aufgehoben werden kann. Und schließlich beruht die dem Reichsgesetzgeber eingeräumte Kompetenz, die in der Landesordnung von 1861 festgesetzte Kompetenz des Landesgesetzgebers zu erweitern, *auf der Landesverfassung*! Der Reichsgesetzgeber, der dem Landesgesetzgeber in Ausführung des § 18 III der Landesordnung eine Angelegenheit zur gesetzlichen Regelung überweist, erscheint als Delegatar des Landesgesetzgebers! Seine bezügliche Kompetenz beruht nicht auf einer

| 406

| ³⁴⁾ A. a. O. S. 125.¹²²

| 405

| ³⁵⁾ *Weyr*, a. a. O. S. 25.¹²⁴

| 406

¹²² *Lingg*, Staatsrechtliche Stellung (Anm. 96), S. 125.¹²³ Z. B. § 18 Abs 3 LO Österreich unter der Enns 1861 (Anm. 39) – Hervorhebung von Kelsen.¹²⁴ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 25.

|407

Bestimmung der nur von ihm selbst abänderbaren Reichsverfassung, |sondern der ausschließlich zur Verfügung des Landesgesetzgebers stehenden Landesverfassung. Die Kompetenzhoheit des Landesgesetzgebers ist damit ebensowenig, ja noch weniger tangiert, wie etwa die gesetzgebende Gewalt eines Einheitsstaates durch einen Staatsvertrag. Wenn sich ein Staat einem anderen gegenüber verpflichtet, bestimmte Angelegenheiten gemeinsam zu verwalten oder nach gemeinsamen Grundsätzen zu regeln, so ist er *materiell* zwar in seiner Kompetenzhoheit bezüglich der paktierten Angelegenheiten eingeschränkt, sofern er einseitig nicht mehr darüber verfügen kann. Formal steht aber seine Kompetenzhoheit außer Frage, da die Einschränkung auf seiner eigenen Norm beruht. Und wenn die Abänderung oder Aufhebung dieser Norm kraft ihrer eigenen Vorschrift von einer materiell übereinstimmenden Norm des Vertragsstaates abhängig gemacht ist, dann bedeutet selbst diese Unmöglichkeit, eine selbstgesetzte Norm einseitig aufzuheben oder abzuändern, keine Einbuße an Kompetenzhoheit, weil es sich dabei nur um Konsequenzen der eigenen selbstgesetzten Norm handelt. Um wieviel weniger kann die Kompetenzhoheit des Landesgesetzgebers durch eine Bestimmung der Landesordnung eingeschränkt oder aufgehoben werden, die jederzeit einseitig durch den Landesgesetzgeber selbst aufgehoben werden kann!

|408

Daraus, daß der Wirkungskreis der Landesgesetzgebung *auf Grund der Landesordnung* durch Reichsgesetz erweitert werden kann – ob dies aus der Landesordnung zu deduzieren ist, bleibt, wie gesagt, sehr fraglich – folgt ebensowenig etwas gegen die Kompetenzhoheit des Landesgesetzgebers, wie aus der behaupteten Tatsache, daß der Wirkungskreis der Landesgesetzgebung *nach dem Grundgesetz über die Reichsvertretung* eingeschränkt werden kann. Tatsächlich sagt § 12 Abs. 2 dieses Reichsgesetzes¹²⁵ im Anschluß an die Bestimmung, daß alle im § 11¹²⁶ nicht aufgezählten Gegenstände der Gesetzgebung in den Wirkungskreis der Landtage gehören: „Sollte jedoch |irgendein Landtag beschließen, daß ein oder der andere ihm überlassene Gegenstand der Gesetzgebung im Reichsrate behandelt oder erledigt werde, so übergeht ein solcher Gegenstand für diesen Fall und rücksichtlich des betreffenden Landtages in den Wirkungskreis des Reichsrates“. Nun muß zunächst festgestellt werden, daß der Reichsgesetzgeber, um seine Kompetenz über die von ihm im § 11 gezogene Grenze auszudehnen, kraft seiner Kompetenzhoheit keiner Delegation seitens des Landesgesetzgebers bedarf. Durch ein mit den Garantien des § 15 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung¹²⁷ ausgestattetes, reichsverfassungsänderndes Reichsgesetz kann der erwünschte Zweck realisiert werden. Die Bestimmung des § 12 Abs. 2 hätte vom Standpunkt der Reichsverfassung nur die Bedeutung, daß, im Falle ein delegierender Landtagsbeschuß vorliegt, die Garantien des § 15 außer acht gelassen werden können. Vom

¹²⁵ § 12 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹²⁶ § 11 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹²⁷ Gemeint sind die besonderen Anwesenheits- und Konsensquoren gemäß § 15 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

Standpunkt der Landesverfassung aber ist sie *ungültig*. Eine Einschränkung der durch die Landesordnung von 1861 gezogenen Kompetenz ist kraft Landesordnung nur durch *Landesgesetz*, nicht aber durch bloßen Landtagsbeschluß (wie § 12 Abs. 2 der Grundgesetze in der Reichsverfassung¹²⁸ vorschreibt) möglich. Was aber jene Kompetenzen betrifft, mit denen das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1867 den Wirkungskreis der Landtage (so wie er 1861 gezogen wurde) zu erweitern versuchte,¹²⁹ so stehen sie, sofern die Landesordnung nicht durch Landesgesetz in diesem Sinne abgeändert wurde, der Landesgesetzgebung gar nicht zu. Auf sie kann vom Standpunkte der Landesverfassung, also weder durch Landtagsbeschluß noch durch gewöhnliches Landesgesetz verzichtet werden. Eine Delegation an den Reichsgesetzgeber wäre nur auf Grund eines die Landesordnung nach § 38 abändernden Landesgesetzes möglich, das die Kompetenzgrenze der alten Landesordnung erweitert, um die neue Kompetenz dem Reichsrat zu übertragen. Daß der Reichsgesetzgeber in diesem Falle nur als Delegat des Landesgesetzgebers fungiert, ist selbstverständlich; und ebenso selbstverständlich, daß die Kompetenzhoheit des letzteren unberührt bleibt. Nur kraft Kompetenzhoheit des Landesgesetzgebers ist ja eine solche Delegation an den Reichsgesetzgeber denkbar. Die Bestimmung des *Reichsgesetzes* (über die Reichsvertretung § 12 [Abs.] 2) bleibt vom Standpunkte der Landesverfassung jedenfalls irrelevant.

Die richtige Erkenntnis, daß unter Voraussetzung der Gültigkeit von Landesordnung und Grundgesetz über die Reichsvertretung (von 1867) sowohl dem Reichsgesetzgeber als auch dem Landesgesetzgeber Kompetenzhoheit zuzusprechen ist, hat in der neueren Literatur *Weyr* ausgesprochen³⁶⁾. Seiner Begründung freilich kann nicht ganz beigepflichtet werden. Es ist streng genommen nicht richtig, wenn *Weyr* behauptet, es sei nirgends bestimmt, daß nur eine von den beiden Körperschaften zur Aenderung der Kompetenzgrenzen berufen wäre. Im Gegenteil! Dies ist sogar *zweimal* bestimmt, nur wird jedesmal einem anderen Gesetzgeber die Kompetenzhoheit eingeräumt! In der Reichsverfassung, speziell dem Grundgesetz über die Reichsvertretung wird die Abänderung der Kompetenzbestimmungen dem Reichsgesetzgeber, in der Landesverfassung, d. h. in den Landesordnungen, dem Landesgesetzgeber vorbehalten. Vom Standpunkte der Reichsverfassung aus kann niemand anders als der Reichsgesetzgeber die Kompetenzgrenze ändern, vom Standpunkte der Landesverfassung aus nur der Landesgesetzgeber! Es ist unrichtig, wenn *Weyr* behauptet: „Nirgends wird festgestellt, daß eine Aenderung der Bestimmung des § 11 Staatsgrundgesetz über die Reichsvertretung nur durch ein Reichsgesetz erfolgen könnte“. ¹³¹ Denn § 15 Abs. 2 dieses

³⁶⁾ A. a. O. S. 20.¹³⁰

¹²⁸ Gemeint ist § 12 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹²⁹ Vgl. § 12 Abs 1 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹³⁰ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 20.

¹³¹ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 20 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Grundgesetzes¹³² sagt ausdrücklich: „Aenderungen in diesem Grundgesetz ... können *nur* mit einer Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Stimmen gültig beschlossen werden“. Zweifellos mit einer Mehrheit von zwei Drittel des *Reichsrates*, also zweifellos *nur* durch ein Reichsgesetz. Und ebenso bestimmt die Landesordnung im § 38, daß die Abänderung der Landesordnung und daher auch der durch die Landesordnung gezogenen Kompetenzgrenze nur durch Landesgesetz mit qualifizierter Majorität erfolgen kann. Nicht weil Bestimmungen über die Kompetenzhoheit *fehlen*, sondern weil von zwei bestehenden eine mit der anderen unvereinbar und darum zu viel ist, können Reichs- und Landesverfassung rechtlich nicht unter einen Hut gebracht werden.

Solange der § 38 der Landesordnungen neben dem § 15 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung als gültig vorausgesetzt wird, ist eine sowohl vom Standpunkte der Landesverfassung als auch vom Standpunkte der Reichsverfassung gültige Aenderung der Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung auch in Hinkunft auf keinem anderen Wege möglich, als jenem, der schon, wie früher bemerkt,¹³³ 1867 hätte beschritten werden müssen, als man das gleiche Ziel verfolgte: inhaltlich übereinstimmende Reichs- und Landesgesetze.

Wenn *Spiegel* geltend macht, der Gedanke, daß eine Materie wirksam nur durch Zusammenwirken der Reichs- und Landesgesetzgebung geregelt werden könne, sei der Verfassung fremd³⁷⁾, so ist das ja insofern richtig, als dieser Gedanke nirgends – weder in der Reichs- noch in der Landesverfassung – ausgesprochen ist und der Gesetzgeber von 1861 sicherlich nicht eine derartige Möglichkeit im Auge gehabt hat. Allein bei der Existenz zweier voneinander unabhängigen, mit Kompetenzhoheit begabten rechtsnormsetzenden Autoritäten ist ein anderer Weg überhaupt nicht denkbar. Daß er weder in der Reichs- noch in der Landesverfassung vorgeschrieben ist, kann kein Grund sein, ihn abzulehnen. Denn daß ein Reichsgesetz und ein Landesgesetz übereinstimmenden Inhaltes geschaffen werde, widerspricht weder der Reichs- noch der Landesverfassung. Etwas anderes ist es freilich, wenn *Spiegel* einer Regelung der Kompetenzgrenze durch Reichs- und Landesgesetz entgegenhält, „daß die Reichs- und die Landesgesetze in gleicher Weise Staatsgesetze sind, es¹³⁵ demnach nicht angeht, *für ein und dieselbe Maßregel* mehr als ein Gesetz zu fordern“³⁸⁾. Ganz abgesehen sei davon, daß es sich

| 410 |³⁷⁾ A. a. O. S. 429.¹³⁴

| 411 |³⁸⁾ A. a. O. S. 410.¹³⁶

¹³² § 15 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42) – Hervorhebung von Kelsen.

¹³³ Vgl. oben S. 389.

¹³⁴ Vgl. *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 429.

¹³⁵ «sind, es»] *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 410: «sind, daß sie dieselbe verbindliche Kraft haben, und daß es».

¹³⁶ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 410 – Hervorhebung des Autors von Kelsen teilweise übernommen.

genau genommen nicht um dieselbe Maßregel handelt. Gegenstand des Reichsgesetzes wäre *Aenderung der Reichskompetenz*, Gegenstand der Landesgesetze Aenderung der Landeskompetenz, also *formell* verschiedene Materien; wenn auch die Landeskompetenz, um ebendieselben Gegenstände erweitert, resp. eingeschränkt wird, um welche die Reichskompetenz eingeschränkt, resp. erweitert wird. Wesentlich ist bloß, daß die Voraussetzung, von der aus *Spiegel* die Unzulässigkeit eines Zusammenwirkens von Reichs- und Landesgesetzgebung behauptet, die Annahme nämlich, daß Reichs- und Landesgesetze Gesetze ein und desselben Staates seien, juristisch nicht zutrifft und auch von *Spiegel* nicht bewiesen wurde. *Spiegel* nimmt diese Voraussetzung einfach als gegeben an; allein wenn seine Voraussetzung richtig wäre, könnte die Frage überhaupt gar nicht aufgeworfen werden, deren Lösung durch Zusammenwirken zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung *Spiegel* ablehnt. Wenn *Spiegel* meint, „die Staatsgesetzgebung ist entweder Reichs- oder Landesgesetzgebung, die Kompetenz ist auf die Reichs- und auf die Landesgesetzgebung aufgeteilt“,¹³⁷ so wird gewiß niemand der Behauptung widersprechen, daß er damit einen sehr wünschenswerten Zustand charakterisiert hat; leider ist aber seine Behauptung ganz unvereinbar damit, daß 1861 nicht eine einheitliche österreichische Staatslegislative, sondern nebeneinander eine mit Kompetenzhoheit begabte Reichslegislative und eine Reihe von ebenso mit Kompetenzhoheit begabten Landeslegislativen geschaffen wurde. Gerade die von *Spiegel* abgelehnte Analogie der sogenannten paktierten Gesetze im Verhältnis zwischen Oesterreich und Ungarn trifft | durchaus zu. Landeslegislative und Reichslegislative sind im Verhältnis zu einander ebenso unabhängig und souverän (d. h. juristisch mit Kompetenzhoheit begabt) wie die österreichische Reichsgesetzgebung im Verhältnis zur ungarischen. Es ist nur die neuerliche Behauptung einer unbewiesenen Voraussetzung, wenn *Spiegel* geltend macht,¹³⁸ Reichs- und Landesgesetze der diesseitigen Reichshälfte führten – im Gegensatz zu den österreichischen und ungarischen Reichsgesetzen – „immer auf dasselbe Rechts- und Hoheitssubjekt zurück, auf den österreichischen Staat“. Denn wenn unter dem „Rechts- und Hoheitssubjekt“ eines Normsystems der einheitliche Träger dieser Ordnung zu verstehen ist, wenn ein Normsystem als der Ausdruck eines und desselben *Willens* angesehen wird, weil alle Normen dieses Systems ohne einander zu widersprechen nebeneinander in Geltung stehen können, wenn die Annahme eines einheitlichen „Rechts- und Hoheitssubjektes“, das doch keine reale, sinnlich wahrnehmbare Existenz führt, der Ausdruck für die rechtslogische Geschlossenheit eines Rechtsnormensystems ist, dann kann eben für die Reichs- und Landesgesetze der „diesseitigen Reichshälfte“¹³⁹ nicht ein und dasselbe „Rechts- und Hoheitssubjekt“ gedacht werden, weil die Normen des Landesgesetzgebers und die

¹³⁷ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 410 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹³⁸ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 410.

¹³⁹ *Spiegel*, Landesordnungen (Anm. 3), S. 410.

Normen des Reichsgesetzgebers einander widersprechen und demnach nicht nebeneinander in Geltung stehen können, soferne eben jede widersprechende Norm vom Standpunkt ihrer eigenen Autorität gültig ist, wenn sie auch vom Standpunkt der anderen Autorität als ungültig anzusehen ist. Reichsgesetz und Landesgesetz müssen eben auf zwei verschiedene „Rechts- und Hoheitssubjekte“ zurückgeführt werden; ebenso wie die österreichischen und die ungarischen Reichsgesetze.

|413 Was schon anlässlich der Kritik des 1867 gemachten Versuches, die Kompetenzgrenze zwischen Reich und Land durch Reichsgesetz abzuändern, gesagt wurde,¹⁴⁰ muß hier noch einmal und mit Nachdruck wiederholt werden: Was für eine objektive juristische Betrachtung als der einzig korrekte Weg erscheint, ist vom Standpunkt politischer Zweckmäßigkeit überhaupt nicht diskutabel. Der Gegensatz zwischen Rechtmäßigem und politisch Zweckmäßigem ist ja nicht allzu-selten, er tritt nur hier ganz besonders kraß in die Erscheinung. Die Möglichkeit, eine konstitutionelle Monarchie in eine Republik umzuwandeln, ist zweifellos auf legalem Wege wie irgendeine andere Verfassungsänderung rechtlich möglich. Welcher Politiker wird aber diesen Weg einzuschlagen versuchen? Es ist freilich die schwerste Verkennung der Jurisprudenz und ihrer Aufgaben, wenn man der *juristischen* Lösung eines *juristischen* Problems politische Unbrauchbarkeit vorwirft. Damit lehnt man ja schon von vornherein eine *juristische* Lösung ab. Und es ist der ärgste Mißbrauch mit den Normen des Rechtes, wenn man für eine nur nach politischen Zweckmäßigkeitserwägungen orientierte Lösung trotz des offenkundigen Widerspruchs zu den Normen des positiven Rechtes juristischen Charakter in Anspruch nimmt.

§ 9. Die Reichsverfassung vom Dezember 1867 als Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion.

|414 Ein Ausweg aus diesem Dilemma zwischen Recht und Politik scheint sich dann zu ergeben, wenn man zum Ausgangspunkt der juristischen Betrachtung nicht das Februarpatent mit seinen Beilagen von 1861¹⁴¹ nimmt, sondern als oberste, *nicht weiter ableitbare* Verfassungsrechtsnorm das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom Dezember 1867¹⁴² gelten läßt. Schon an früherer Stelle¹⁴³ wurde darauf hingewiesen, daß es stets mehr oder weniger willkürlich sei, an welchem Punkte die juristische Konstruktion ihre Kontinuität beginnen läßt. Es ist stets eine metajuristische, im Grunde eine politische Frage, welche Norm man derart als letzte oder oberste ansehen will, daß man auf eine weitere juristische Rechtfertigung ihrer Geltung verzichtet. Irgendwo muß jede juristische Betrachtung auf einen solchen letzten | Punkt stoßen, auf dem das ganze System der juristischen Konstruktion ruht, gleichsam von außen her gestützt.

¹⁴⁰ Vgl. oben S. 390 f.

¹⁴¹ Februarpatent 1861 (Anm. 23).

¹⁴² StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

¹⁴³ Vgl. oben S. 371 f.

Es ist *juristisch* im Grunde ebensowenig begründet, die Kontinuität des heute geltenden Verfassungsrechtes mit dem Februarpatent von 1861 zu beginnen, wie es *juristisch* nicht zu rechtfertigen ist, das 1867er Grundgesetz über die Reichsvertretung zum Ausgangspunkte zu wählen. Tut man das letztere, dann geht man von der Voraussetzung aus, daß Dezember 1867 ein neues mit dem Februarpatent in Widerspruch stehendes Verfassungsprinzip *faktisch* zum Durchbruch gelangt ist, ohne daß das Februarpatent legal abgeändert worden wäre (was übrigens mangels des vom Februarpatent vorgesehenen weiteren Reichsrates gar nicht mehr möglich war). Diese Dezember 1867 geschaffene Verfassung,¹⁴⁴ die gleichsam originär kraft der Tatsachen entsteht und *nicht* derivativ aus dem Februarpatent abzuleiten ist, das sie unter den von ihm selbst vorgeschriebenen Bedingungen abändert, diese Verfassung teilt die legislative Kompetenz zwischen Reich und Land neu auf. Diese Verfassung ist aber eine *Reichsverfassung*. Die Landesverfassungen bleiben nur soweit in Geltung, als sie mit ihr nicht in Widerspruch sind. Auf Grund dieser originär entstandenen 1867er Verfassung steht das Recht, die Kompetenz zwischen Reich und Land zu regeln, *dem Reich*, und zwar ausschließlich und allein dem Reich zu.¹⁴⁵ Das ist die Voraussetzung für die Gültigkeit ihrer wichtigsten Bestimmungen. Nach dieser Verfassung von 1867 steht die Kompetenzhoheit ausschließlich dem Reich zu, denn das Reich übt die Kompetenzhoheit in dieser Verfassung aus. Die Länder haben ihre Kompetenzhoheit *faktisch* verloren, müssen sie verloren haben, wenn die 1867er Reichsverfassung auch für die Länder gelten soll. Daß sie aber Geltung habe, ist präjuristische Annahme, dafür gibt es juristisch keinerlei Rechtfertigung.

Man kann das 1867er Grundgesetz über die Reichsvertretung in seiner Totalität als gültig nur insofern annehmen, als man auf | eine Rechtfertigung desselben |415 durch das Februarpatent, d. h. darauf verzichtet, zwischen dem Grundgesetz von 1867 und dem Februarpatent eine juristische Kontinuität herzustellen. Denn die vom 1867er Grundgesetz vorgenommene Neuregelung der Kompetenzgrenze zwischen Reich und Land war nach dem Februarpatent durch bloßes Reichsgesetz einseitig gar nicht möglich. Das 1867er Grundgesetz, das dem Reich eine Kompetenzhoheit über die Länder *arrogiert*, kann überhaupt nur *originär* als gültig angesehen werden. *Wenn* man aber dieses Verfassungsgesetz als gültig ansieht – und dafür gibt es ebenso wenig eine juristische Rechtfertigung wie dafür, daß man das Februarpatent als gültig ansieht – dann muß man die Kompetenzhoheit dem Reiche zusprechen, den Ländern aber *absprechen*, denn dieses Verfassungsgesetz, in welchem der Reichsgesetzgeber für sich allein die Kompetenz des Landesgesetzgebers absteckt, kann überhaupt nur unter der Voraussetzung gültig sein, daß man aus irgendeinem Grunde aufgehört hat, dem Landesgesetzgeber die Fähigkeit zuzuerkennen, seine Kompetenz selbst, d. h. nur durch Landesgesetz zu bestimmen.

¹⁴⁴ Dezembervfassung 1867 (Anm. 42).

¹⁴⁵ Vgl. § 12 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

„Aus irgendeinem Grunde“, d. h. natürlich: nicht aus einem juristischen Grunde. Denn einen juristischen Grund dafür gibt es ebenso wenig, wie für die Annahme, daß dem Gesetzgeber in der absoluten Monarchie die Kompetenzhoheit zustehe. Es handelt sich eben um eine vom juristischen Standpunkte willkürliche, durch politische oder sonstige Motive bedingte Annahme. Wenn man das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1867 als gültig annimmt, dann muß man damit implicite den Grundsatz als gültig annehmen: *Reichsrecht bricht Landrecht*, muß annehmen, daß der § 38 der Landesordnungen,¹⁴⁶ durch welchen dem Landesgesetzgeber Kompetenzhoheit vorbehalten wird, *faktisch* ungültig geworden ist. Wenn man aber dem Landesgesetzgeber die Kompetenzhoheit absprechen muß, um von der Gültigkeit des 67er Grundgesetzes über die Reichsvertretung ausgehen zu können, dann ist es schlechterdings | unmöglich, die gegenseitige Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetzen zu behaupten, d. h. *neben* dem Grundsatz: Reichsrecht bricht Landrecht, auch den umgekehrten: Landrecht bricht Reichsrecht, für gültig anzunehmen.

Wenn der Landesgesetzgeber keine Kompetenzhoheit hat, dann muß jede von ihm ausgehende Ausdehnung seiner Kompetenz gegen den Reichsgesetzgeber als ungültig angesehen werden. Daß aber dem Landesgesetzgeber die Kompetenzhoheit abgesprochen werden muß, wenn man dem Reichsgesetzgeber eine Kompetenzhoheit über den Landesgesetzgeber zuspricht, ist offenkundig. Die Kompetenzhoheit eines Gesetzgebers besteht nicht bloß in der Fähigkeit, die eigene Kompetenz selbst zu bestimmen, sondern mehr noch in der negativen Fähigkeit, jede andere Autorität von der Bestimmung der eigenen Kompetenz auszuschließen. Der Landesgesetzgeber ermangelt der Kompetenzhoheit, sofern der Reichsgesetzgeber des ersteren Kompetenz bestimmen kann; ja es ist logisch unmöglich, daß die Kompetenz einer Autorität sowohl durch sie selbst als auch durch eine andere bestimmt werde, daß die Kompetenz des Landes sowohl durch den Landes- als auch durch den Reichsgesetzgeber reguliert werde; das folgt aus dem Postulat der obersten Einheit der normsetzenden Autorität. Wenn dem Reichsgesetzgeber auf Grund der Reichsverfassung die Kompetenz zugesprochen wird, die Kompetenz des Landesgesetzgebers zu bestimmen, dann müßte man, um daneben auch dem Landesgesetzgeber die gleiche Kompetenz zusprechen zu können, sich diesfalls auf eine Bestimmung der Reichsverfassung berufen können. Die Reichsverfassung müßte bestimmen, daß die Kompetenz des Landes sowohl durch Reichs- als auch durch Landesgesetz geregelt werden könne, wobei eben stets das jüngere Gesetz dem älteren vorangehen solle; so daß streng genommen nur über reichsgesetzliche Delegation der Landesgesetzgeber eine Kompetenzkompetenz auszuüben hätte, die eben wegen ihres delegierten Charakters nicht mehr den Namen Kompetenzhoheit verdiente. | Wie schon früher ausgeführt,¹⁴⁷ könnte somit der

¹⁴⁶ Z. B. § 38 LO Österreich unter der Enns 1861 (Anm. 39).

¹⁴⁷ Vgl. oben S. 369.

Grundsatz *lex posterior derogat priori* im Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzen nur über positivrechtliche Anordnung gelten. Da das 67er Grundgesetz über die Reichsvertretung in keiner Weise dem Landesgesetzgeber neben dem Reichsgesetzgeber eine Kompetenzhoheit einräumt und auch nicht im entferntesten die gegenseitige Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetz vorschreibt, kann der Grundsatz: Landrecht bricht Reichsrecht, auf Grund der Reichsverfassung von 1867 – sofern man eben diese als oberste und nicht weiter rückführbare Verfassungsrechtsnorm ansieht – nicht als gültig angenommen werden. Das Recht des Landesgesetzgebers, seine Kompetenz selbst (wenn auch nicht ausschließlich) zu bestimmen, könnte nur auf § 38 der Landesordnung zurückgeführt werden; dieser aber ist mit der Reichsverfassung von 1867 unvereinbar.

Geht man somit von der Gültigkeit des Grundgesetzes über die Reichsvertretung von 1867 aus – und dies ist, wie gezeigt, nur möglich, wenn man es willkürlich zu einem originären Ausgangspunkt juristischer Konstruktion macht – dann ist die Möglichkeit einer einheitlichen Verfassung für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder gegeben. Dann ist jener Doppelstandpunkt vermieden, der eine Norm gleichzeitig sowohl gültig als auch ungültig erscheinen läßt, jene rechtslogisch unmögliche Konkurrenz zweier mit Kompetenzhoheit begabter Legislativen. Mit der ausschließlichen Kompetenzhoheit des Reichsgesetzgebers erscheint der Landesgesetzgeber, dessen Wirkungskreis durch Reichsgesetz umschrieben wird, überhaupt nicht mehr als eine selbständige und oberste normsetzende Autorität, sondern nur als ein Delegat oder Stellvertreter des Reichsgesetzgebers. Das Verhältnis des Landesgesetzes zum Reichsgesetz erscheint dann nach österreichischer Verfassung nicht wesentlich anders als das analoge Verhältnis im Deutschen Reich¹⁴⁸ und entspricht im Prinzip durchaus dem Verhältnis der Verordnung zum Gesetze nach konstitutionellem Prinzip. Setzt man das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom Jahre 1867 als gültig voraus, dann darf man nicht, so wie es die herrschende Lehre tut, zwar die ausschließliche Kompetenzhoheit des Reiches behaupten, dennoch aber die gegenseitige Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetz annehmen. Das ist logisch unmöglich. Nur wenn man das Datum der österreichischen Verfassung mit dem 21. Dezember 1867 annimmt, und alle früheren Normen faktisch vernachlässigt, wenn man sich aus politischen Erwägungen heraus entschließt, sich ausschließlich auf den Standpunkt dieser im Dezember 1867 geschaffenen Reichsverfassung zu stellen, kann man zu dem rechtslogisch befriedigenden Resultate gelangen, daß in Reich und Land ein und dieselbe normsetzende Autorität in Geltung stehe, daß die Landesverfassung nur einen Bestandteil der Reichsverfassung bilde. Die herrschende Lehre hat zwar den Wunsch, zu solcher Konsequenz zu gelangen, nicht aber den Mut oder die juristische Einsicht, sich auf jene Voraussetzungen zu beschränken, die allein zu den erwünschten Konsequenzen führen. Sie sieht nicht ein, daß es rechtslogisch un-

¹⁴⁸ Vgl. Art. 2 Satz 1 Dt. Reichsverf. 1871 (Anm. 20).

möglich ist, sich auf den Standpunkt des Februarpatentes und seiner Beilagen, insbesondere der Landesordnungen zu stellen und zugleich das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 1867 als Basis der heute geltenden Verfassung anzusehen.

II. Das fehlerhafte Reichs- und Landesgesetz.

§ 10. Das richterliche Prüfungsrecht und das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz.

Die bisherigen Ausführungen sind unter der Voraussetzung entwickelt worden, daß nach der geltenden Rechtsordnung ein *verfassungswidriges* Gesetz als *ungültig* anzusehen | ist, richtiger ausgedrückt: daß etwas, was als Gesetz publiziert wird, oder sich sonst irgendwie als Gesetz ausgibt, für ein Nicht-Gesetz, für *nichtig* zu betrachten ist, wenn es den Bestimmungen nicht entspricht, die in der Reichsverfassung und in den Landesverfassungen für das Zustandekommen und die Abänderung eines Gesetzes, sei es Reichs- oder Landesgesetzes, aufgestellt sind. Die bisherigen Ausführungen, die den Begriff des nichtigen oder ungültigen Gesetzes voraussetzen, haben – mit Absicht – von den Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt abstrahiert. Da aber diese Bestimmungen dem Richter das Recht der Prüfung gehörig kundgemachter Gesetze ausdrücklich entziehen, ¹⁴⁹ muß die Voraussetzung, unter der das Verhältnis von Reichsgesetz und Landesgesetz untersucht wurde: nämlich die Möglichkeit, ein Gesetz – oder etwas, was sich als Gesetz ausgibt, vom Standpunkte der Reichs- oder Landesverfassung für ungültig (d. h. nichtig) zu erklären, durchaus problematisch erscheinen.

Die Bestimmungen, welche irgendeine Verfassung über das Zustandekommen und die Abänderung von Gesetzen enthält, sind an sich *ihrer rechtslogischen Natur nach* nicht etwa rechtsverpflichtende Normen; sie statuieren ebensowenig eine *Rechtspflicht* der legislativen Organe, Gesetze nur auf die von der Verfassung vorgeschriebene Weise zustandezubringen oder abzuändern, wie etwa die Vorschriften über die Errichtung des Testamentes den Testator rechtlich verpflichten. Durch diese Art von Bestimmungen wird kein rechtliches *Sollen*, sondern ein rechtliches *Können* statuiert: auf diese und keine andere Weise *kann* ein Reichs- oder Landesgesetz entstehen oder abgeändert werden. Die legislativen Organe – der Monarch und das Parlament – verletzen keine Rechtspflicht, wenn sie in der Absicht, ein Gesetz zustandezubringen oder abzuändern, diese Bestimmungen nicht beobachten. Sie erreichen den vorgesehenen Zweck überhaupt nicht. Was unter Nichtbeobachtung der fraglichen Bestimmungen zustandekommt, ist eben gar kein Gesetz, denn es fehlt an den *Erkenntnisgründen*, die zu dem Urteile führen, daß ein Gesetz vorliege. Die fraglichen Verfassungsbestimmungen setzen diese Erkenntnisgründe fest. Soferne die Verfassung nicht *ausdrücklich* ein anderes be-

¹⁴⁹ Vgl. Art 7 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 42).

stimmt, muß jede Verletzung der fraglichen Bestimmungen nach den Prinzipien der *Rechtslogik Nichtigkeit* des Scheingesetzes zur Folge haben³⁹⁾. Es wäre darum verfehlt, diese Bestimmungen als *leges imperfectae* anzusehen, d. h. als sanktionslose Normen, die Rechtspflichten statuieren wollen, ohne Unrechtsfolgen zu normieren. Dabei sei hier von der Frage abgesehen, inwieweit die legislativen Organe, das Parlament und der verfassungsmäßige unverantwortliche d. h. ja unverpflichtbarer Monarch überhaupt verpflichtungsfähig sind. Gerade dadurch, daß den dies Zustandekommen und Abändern von Gesetzen betreffenden Bestimmungen *keine* Sanktion und auch sonst kein Zusatz angefügt ist, wird ihre rechtliche Wirksamkeit garantiert: ihre Nichtbeobachtung hat *Nichtigkeit* zur Folge.

Wenn nun Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt¹⁵² die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze den Gerichten ausdrücklich entzieht, so hat dies nach herrschender Auffassung die Bedeutung, daß zwar die gehörige Kundmachung, nicht aber das verfassungsmäßige Zustandekommen eines Gesetzes vom Gerichte geprüft werden dürfe. Es ist somit zwar die Möglichkeit einer *Gesetzesnichtigkeit aus formalen*, nicht aber *aus materiellen Gründen* gegeben⁴⁰⁾. Jede Verletzung der die Publikation betreffenden Vorschriften hat Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge, nicht aber die Verletzung der das Zustandekommen des Gesetzes bis zum Augenblick der Publikation betreffenden Bestimmungen. Denn jede Prüfung, ob diese Bestimmungen im konkreten Falle beobachtet wurden oder nicht, wird durch die Verfassung ausgeschlossen.

Der *Wortlaut* des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt Art. 7 ließe allerdings eine Interpretation zu, derzufolge auch eine *materielle* Gesetzesnichtig-

³⁹⁾ Dies haben schon die ältesten Theoretiker der Rechtsstaatsidee erkannt und vom *politischen* Standpunkte de lege ferenda jene gesetzliche Bestimmung, durch welche diese natürliche Konsequenz paralytisiert wird, die Entziehung des richterlichen Gesetzesprüfungsrechtes, perhorresziert. So *Gneist*, „Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen?“ Berlin 1863: „Die *Nichtigkeit* ist die der Würde und Autorität der gesetzgebenden Gewalt entsprechende Konsequenz“, und: „Wenn die gesetzgebende Gewalt allgemeine dauernde Normen über die Promulgation ihrer eigenen Willenserklärung aufstellt, so sind dies *absolute und höchste* Sätze der Rechtsordnung, bei denen die *Nichtigkeit* eines in *contrarium actum selbstverständlich* ist.“ A. a. O. S. 21.¹⁵⁰ Ebenso *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I. Bd. Tübingen 1860 S. 80 ff.¹⁵¹

⁴⁰⁾ In einem gewissen Sinne sind auch die Bestimmungen über das Zustandekommen von Gesetzen, soweit sie sich auf das Stadium vor der Publikation beziehen, *formaler* Natur; „materiell“ sind sie nur relativ, in bezug auf die Publikationsvorschriften. Eine *materielle* Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, im Sinne einer bloß durch den *Inhalt* des Gesetzes begründeten Verfassungswidrigkeit, ist überhaupt nicht möglich, sofern auch die Verfassung eben abänderbar ist, ihre Abänderung aber an bestimmte *Formen* gebunden ist.

¹⁵⁰ *Rudolf Gneist*, Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?, Gutachten für den vierten Deutschen Juristentag, Berlin 1863, S. 21 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

¹⁵¹ *Robert von Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1: Staatsrecht und Völkerrecht, Tübingen 1860, S. 80–95.

¹⁵² Art 7 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 42).

keit als möglich anzunehmen wäre. „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter *Gesetze* steht den Gerichten nicht zu.“¹⁵³ Der Begriff des Gesetzes ist durch Oktoberdiplom, Februarpatent, Grundgesetz über die Reichsvertretung und Landesordnungen festgelegt. Was diesem Begriff nicht entspricht, ist überhaupt nicht Gesetz. Was aber nicht „Gesetz“ ist, kann niemals als Gesetz gehörig kundgemacht werden. Nur *Gesetzen* gegenüber fehlt dem Richter materielles Prüfungsrecht, nicht aber Scheingesetzen, Pseudogesetzen, Nicht-Gesetzen gegenüber. Der Richter hätte also zu prüfen, ob das, was als Gesetz publiziert ist, wirklich ein Gesetz im Sinne der Verfassung sei. Damit wäre natürlich der Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt jedes Sinnes und Inhaltes beraubt; obgleich diese Interpretation in der gleichen Weise argumentiert, wie jene, die aus dem Art. 7 das Recht des Richters herausliest, die gehörige Kundmachung zu prüfen und die argumentiert: wenn der Richter nur *gehörig kundgemachte* Gesetze nicht prüfen darf, so muß er vorerst prüfen, ob sie gehörig kundgemacht sind. Wenn er nur *Gesetze* nicht prüfen darf, so muß er vorerst prüfen, ob ein „Gesetz“ vorliegt. Daß diese letztere übrigens logisch *korrekte* Interpretation dem Art. 7 jeden Sinn nimmt, rührt daher, daß dieser Art. 7 selbst sprach- und rechtslogisch widersinnig ist. Er untersagt dem Richter zu prüfen, ob ein „Gesetz“ gültig oder ungültig sei. Ein „Gesetz“ im Sinne der Verfassung kann aber nur *gültig* sein; ein ungültiges Gesetz ist ein Nicht-Gesetz, ist eben kein Gesetz im Sinne der Verfassung. Es ist unsinnig, die Prüfung zu untersagen, ob ein Gesetz gültig ist, denn nur wenn ein Gesetz gültig ist, ist es auch ein Gesetz. Der Art. 7 will eben nicht nur die Prüfung von Gesetzen, sondern auch von Nicht-Gesetzen, kurz von allem, *was als Gesetz publiziert ist*, untersagen, drückt aber seine Absicht offenbar falsch aus. Denn die logisch-grammatische Interpretation des Wortlautes des Art. 7 gäbe dem Richter das volle materielle und formelle Prüfungsrecht. Interpretiert man aber den Art. 7 seiner offenbaren Absicht nach, so daß er überhaupt einen Sinn bekommt, so erscheint eine Gesetzesnichtigkeit aus materiellen Gründen für ausgeschlossen. Es gibt kein gehörig kundgemachtes (aber aus anderen Gründen) nichtiges (ungültiges) Gesetz. Alles, was als Gesetz – Reichs- oder Landesgesetz – den Publikationsvorschriften entsprechend kundgemacht wird, ist als Gesetz vom Richter und ebenso von jedem anderen Staatsorgane anzuwenden und vom Untertan zu befolgen, ist somit *gültig*, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen gegeben sind, die – außer der Publikation – von der Verfassung an anderer Stelle für das Zustandekommen eines Gesetzes gefordert werden. Streng juristisch betrachtet läßt die Verfassung damit alle Voraussetzungen mit Ausnahme der die Publikation betreffenden wieder fallen. | Der Satz, daß zu einem gültigen Gesetz der übereinstimmende Majoritätsbeschluß des Abgeordnetenhauses und des Herrenhauses (bei einem Quorum von 100, resp. 40 Mitgliedern in beiden Häusern)¹⁵⁴ oder der

¹⁵³ Art 7 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 42) – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵⁴ Vgl. § 15 Abs 1 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42).

Majoritätsbeschluß eines Landtages und die Sanktion des Monarchen erforderlich ist,¹⁵⁵ diese Behauptung ist auf Grund unserer Verfassung unrichtig, wenn sie bedeuten soll, daß ohne diese Voraussetzungen kein gültiges Gesetz zustandekommen kann. Denn wenn etwas im Reichs- oder Landesgesetzblatt im Namen des Kaisers unter Berufung auf die (möglicherweise in Wirklichkeit fehlende) Zustimmung des Reichsrates oder eines Landtages unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers kundgemacht ist, dann liegt ein gültiges, alle, an die es gerichtet ist, rechtlich verbindendes Gesetz vor. Alle Voraussetzungen eines gültigen Gesetzes enthält der Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierung und der Vollzugsgewalt.¹⁵⁶ Die Bestimmungen über Abänderung von Staatsgrundgesetzen, Quorum, *Kompetenz des Reichs- und Landesgesetzgebers* usw. kommen für die Frage der Gültigkeit des Gesetzes rechtlich nicht in Betracht. Ob diese Bestimmungen nicht irgendeine andere juristische Bedeutung haben oder ob sie überhaupt als rechtlich irrelevanter Gesetzesinhalt anzusehen sind, etwa als fromme Wünsche, politisch-moralische Normen und ähnliches, wird später zu untersuchen sein.¹⁵⁷

Da die Bestimmungen über das Zustandekommen und die Abänderung von Reichs- und Landesgesetzen für die Frage der Gesetzesgültigkeit oder -Nichtigkeit irrelevant sind, erscheint das ganze Problem des Verhältnisses von Reichs- und Landesgesetz und die damit zusammenhängenden Probleme der Kompetenzhoheit und Kompetenzabgrenzung gleichsam ausgeschaltet. Für die gesetzesanwendenden Organe und die gesetzbefolgenden Untertanen existiert gar kein Gegensatz von Reichs- und Landesgesetzen, keine Konkurrenz normsetzender Autoritäten. Es gibt nur eine Kategorie von Gesetzen, die anzuwenden und zu befolgen sind, nämlich gehörig publizierte Gesetze. Sie unterscheiden sich untereinander nur durch den räumlichen Geltungsumfang, indem die einen – im Landesgesetzblatt publizierten – nur für das Gebiet eines Kronlandes, die anderen – im Reichsgesetzblatt publizierten – ohne diese Beschränkung Geltung beanspruchen. Aber auch dieser Unterschied ist kein prinzipieller und insbesondere nicht an die Form der Publikation (Reichs- oder Landesgesetzblatt) gebunden. Auch ein im Reichsgesetzblatt publiziertes Gesetz kann seine Geltung selbst auf ein Kronland einschränken; und wenn ein im Landesgesetzblatt publiziertes Gesetz seine Geltung über ein Kronland ausdehnte – „verfassungswidrig“, wie man sich ausdrückt – so sind die rechtsanwendenden Organe und die Untertanen rechtsgültig auch an diesen Umfang gebunden. Ebenso ist der Unterschied von Staatsgrundgesetz und einfachem Gesetz mangels eines materiellen richterlichen Prüfungsrechtes für Rechtsanwendung und Rechtsbefolgung irrelevant. Vor allem aber verschwindet

| 424

¹⁵⁵ § 13 Abs 2 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 42) – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁵⁶ Art 10 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 42): „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“

¹⁵⁷ Vgl. unten S. 416–420.

nach dieser Richtung die Differenzierung zwischen Reichs- und Landesgesetzgeber. Denn normsetzende Autorität – d. h. die letzte Instanz, auf die das rechtsanwendende Organ und der rechtsbefolgende Untertan prüfend zurückgehen kann – ist die zur Gesetzespublikation berechnete Exekutive, ist der *Monarch*, dem die Publikation der Gesetze an oberster Stelle verfassungsmäßig obliegt. Für Rechtsanwendung und Rechtsbefolgung fällt der gesetzgebende mit dem gesetzpublizierenden Faktor zusammen. Mit der unbezweifelbaren Einheit des Publikationsorganes ist die Einheit der normsetzenden Autorität gegeben. Nur soferne die *tatsächliche* Mitwirkung des Reichsrates oder der Landtage für die Gültigkeit eines Gesetzes gänzlich irrelevant ist, nur soferne als Gesetz zu gelten hat, was *allein der Monarch* als Gesetz publiziert, ist mit der daraus resultierenden Einheit der normsetzenden Autorität die Geltung der Interpretationsregel: *lex posterior derogat priori*, innerhalb *aller* Normen dieser Autorität – gleichgültig, ob sie im Reichsgesetzblatt oder in einem Landesgesetzblatt publiziert sind – als *rechtslogisches* Prinzip gegeben.

| 425

Das von der herrschenden Lehre behauptete Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetzen und damit im Zusammenhange die Einheit der normsetzenden Autorität und der Rechtsordnung ist somit unter einer Voraussetzung als richtig anerkannt worden, die zwar nach den Bestimmungen der Verfassung und zwar der *Reichsverfassung* zutreffen mag, von der herrschenden Lehre aber nicht angenommen wird: unter der Voraussetzung nämlich, daß der Konstitutionalismus in der juristischen Konstruktion nicht zum Ausdruck kommt, sondern – zumindest in der Legislative – das Prinzip des Absolutismus als *rechtsgültig* hypostasiert wird. Oder könnte das konstitutionelle Prinzip für das Gebiet der Legislative anders lauten, als daß ein gültiges Gesetz *nur* durch das Zusammenwirken von Parlament und Monarch zustande kommen *kann*? Und kann *rechtlich* von legislativem Konstitutionalismus ernstlich die Rede sein, wenn diejenigen Verfassungsbestimmungen, welche die Teilnahme des Parlamentes an der Gesetzgebung statuieren, außer acht gelassen werden können, ohne daß dadurch nach ausdrücklicher Bestimmung der Verfassung die Gültigkeit des Gesetzgebungsaktes in Frage gestellt wird? So sehr auch die tatsächliche Beobachtung dieser Bestimmungen durch politische, d. h. also außerrechtliche Garantien sichergestellt ist, so ist dennoch von einem rein *juristischen* Standpunkt aus der Erkenntnis nicht auszuweichen, daß die Verfassungsbestimmungen, durch welche das konstitutionelle Zustandekommen der Gesetze der richterlichen Prüfung entzogen wird, die den legislativen Konstitutionalismus darstellenden Bestimmungen rechtstechnisch paralytisiert sind.

| 426

| § 11. Die Ministerverantwortlichkeit und das Verhältnis zwischen Reichs- und Landesgesetz.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß die das Zustandekommen der Gesetze betreffenden Bestimmungen überhaupt rechtlich irrelevanten Gesetzesinhalt darstellen. Es wäre denkbar, daß das konstitutionelle Prinzip, wenn schon nicht auf

legislativem Gebiete, so doch im Bereiche der Exekutive rechtlich wirksam statuiert ist und indirekt *rechtliche* Garantien für die Beobachtung der das Zustandekommen und die Abänderung von *Gesetzen* betreffenden Bestimmungen liefert; in der Weise nämlich, daß mit der ministeriellen Kontrasignatur des Gesetzes die Verantwortlichkeit des Ministers für die Beobachtung der fraglichen Verfassungsbestimmungen begründet wird. In diesem Falle wären dann alle Bestimmungen über das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen zum Inhalt ministerieller Rechtspflichten gemacht, soferne aus der Verfassung ein Rechtssatz zu entnehmen ist, der den Minister bei sonstiger Bestrafung durch den Staatsgerichtshof verpflichtet, nur Gesetze zu kontrasignieren, die verfassungsmäßig zustandegekommen sind. Eine Rechtspflicht des *Monarchen* anzunehmen, nur verfassungsmäßig zustandegekommene Gesetze zu sanktionieren und zu publizieren, ist unmöglich, soferne die konstitutionelle Verfassung die rechtliche Unverantwortlichkeit des Monarchen ausspricht. Die Unverantwortlichkeit des Monarchen ist juristisch gleichbedeutend mit seiner rechtlichen Unverpflichtbarkeit, soferne man eben unter *Rechtspflicht* nur eine durch *Unrechtsfolgen* sanktionierte Pflicht versteht; was aber notwendig ist, wenn man zwischen *Rechtspflichten* und moralisch-politischen Pflichten unterscheiden will.

Wenn die das Zustandekommen und die Abänderung von Gesetzen betreffenden Bestimmungen als durch die Rechtsfolgen der Ministerverantwortlichkeit sanktioniert angesehen werden müssen, ohne daß aber ihre Verletzung die Nichtigkeit des fehlerhaften Gesetzes zur Folge haben kann, dann haben sie ihren ursprünglichen rechtlichen Charakter verloren und statuieren nicht mehr ein rechtliches *Können*, sondern – in Verbindung mit den Vorschriften über Ministerverantwortlichkeit – ein rechtliches *Sollen*. Die Anomalie, die vom rechtstechnischen Standpunkte einem derartigen Zustande anhaftet, erhellt am deutlichsten daraus, daß in diesem Falle ein Minister immer nur wegen der Kontrasignierung eines durchaus *gültigen* Gesetzes angeklagt und bestraft werden kann.

| 427

Ob speziell in der österreichischen Verfassung eine Verbindung zwischen den Bestimmungen über das Zustandekommen von Gesetzen und den Vorschriften über Ministerverantwortlichkeit möglich ist, muß zweifelhaft bleiben, und zwar aus folgenden Gründen: Erstens ist die Verantwortlichkeit des Ministers auf Grund des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Minister¹⁵⁸ wie auch des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt (Art. 2)¹⁵⁹ auf die „*Regierungsgewalt*“ und „*Regierungsakte*“ des Kaisers beschränkt;

¹⁵⁸ Vgl. § 1 Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBL 1867/101: „Jeder Regierungsact des Kaisers bedarf zu seiner Gültigkeit der Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers.“

¹⁵⁹ Art 2 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 42): „Der Kaiser übt die Regierungsgewalt durch verantwortliche Minister und die denselben untergeordneten Beamten und Bestellten aus.“; vgl. auch Art 9 Abs 1 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 42): „Die Minister sind für die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der in die Sphäre ihrer Amtswirksamkeit fallenden Regierungsacte verantwortlich.“

darunter ist im Sinne der 1867er Verfassung nur die *Exekutive*, nicht aber die Legislative verstanden. Dieser Auffassung zufolge könnte die ministerielle Verantwortlichkeit für keinen Akt der *Legislative* in Betracht kommen, weder für einen Beschluß des Parlamentes (Reichsrat oder Landtag), noch für die Sanktion des Monarchen. Insbesondere wäre der Akt der kaiserlichen Sanktion – weil kein „Regierungsakt“, kein Akt der „Regierungsgewalt“, sondern ein *Gesetzgebungsakt* – durch keine ministerielle Kontrasignatur gedeckt und auch einer solchen Deckung gar nicht fähig. Zweitens aber bezieht – durchaus in Uebereinstimmung mit dieser Auffassung – der die Gesetzespublikation regelnde Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt¹⁶⁰ die „Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers“ ausdrücklich auf „die *Kundmachung* der Gesetze“. Die Kundmachung aber ist – darin muß der Auffassung des letztzitierten Staatsgrundgesetzes zugestimmt werden – ein Akt der Exekutive (oder doch zumindest auch der Exekutive)⁴¹¹. Und somit steht der Art. 10 durchaus im Einklang mit dem Ministerverantwortlichkeitsgesetz, wenn er für die vom Kaiser zu veranlassende Kundmachung der Gesetze – also einen Akt der Regierungsgewalt – ministerielle Kontrasignatur fordert und so den Minister für eben das verantwortlich macht, was der Richter zu prüfen berechtigt ist: *die gehörige Publikation*.

Akzeptiert man diese Auffassung, dann sind alle das Zustandekommen und die Abänderung von Gesetzen betreffenden Bestimmungen unserer Verfassung (so weit sie sich auf das Stadium bis zur Publikation beziehen) nicht nur für die Frage der Gültigkeit von Gesetzen irrelevant, sondern überhaupt nach jeder Richtung hin rechtlich irrelevanter Gesetzesinhalt. Sie können nur als politische Prinzipien angesehen werden, die gewisse Faktoren *moralisch* binden mögen, aber zur juristischen Konstruktion nicht herangezogen werden dürfen.

Die Auffassung, derzufolge sich die Ministerverantwortung in keiner Weise auf legislative Akte beziehen kann, ist jedoch keineswegs die einzig mögliche. Entschließt man sich, das Wort „Regierung“, so wie es die Verfassung gebraucht, in einem weiteren Sinne zu nehmen, so kann man mit der nach Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt erfolgten Kontrasignatur dem kontrasignierenden Minister die rechtliche Verantwortung für den Sanktionsakt zuerkennen. In diesem Falle haftet der Minister nicht bloß – wie im vorhergehenden, wo sich die Verantwortung lediglich auf die Publikation bezieht – dafür, daß dasjenige, was als Gesetz publiziert wird, wirklich vom Kaiser zur gesetzlichen Publikation befohlen und *gehörig* kundgemacht wurde, sondern auch dafür, daß neben dem kaiserlichen Publikationsauftrag auch ein kaiserlicher *Sanktionsakt* erfolgte. Zum Wesen und Begriff der Sanktion gehört – als Voraussetzung dieses Aktes – ein Parlamentsbeschluß; und so bedeutet die Uebernahme

⁴¹¹ Ueber die Doppelnatur des Publikationsaktes vgl. meine Hauptprobleme S. 426 ff.¹⁶¹

¹⁶⁰ Art 10 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 42) – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶¹ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 94), S. 426–429 = HKW 2, S. 21–878 (563–567).

der Verantwortung für die kaiserliche Sanktion durch den Minister, daß dieser die Haftung dafür trägt, daß nichts als Gesetz publiziert wird, was nicht ein sanktionierter *Parlamentsbeschluß* ist, sei es ein Beschluß des Landtages oder ein übereinstimmender Beschluß beider Häuser des Reichsrates. Das, aber auch nicht mehr, kann aus dem Begriff der Sanktion für die Haftung des Ministers geschlossen werden, der durch seine Kontrasignatur die Verantwortung für die kaiserliche Sanktion übernimmt⁴²⁾. Für die Beschaffenheit des sanktionierten Beschlusses selbst übernimmt der Minister – soferne er nur für den kaiserlichen Akt der Sanktion haftet – keine Verantwortung. Er haftet dafür, daß eine *Sanktion* vorliege; da aber für die Sanktion an sich, d. h. für den kaiserlichen Akt, keine näheren Vorschriften bestehen, kann die Sanktion an sich niemals verfassungs- oder gesetzwidrig sein. Sie ist es insbesondere auch dann nicht, wenn der sanktionierte Parlamentsbeschluß fehlerhaft war, etwa wegen Inkompetenz der beschließenden Körperschaft oder wegen mangelnder Majorität, fehlender qualifizierter Majorität, Nichtbeobachtung des Quorum usw. Der Minister kann, soferne sich seine Kontrasignatur bloß auf den Sanktionsakt des Kaisers bezieht, nur zur Verantwortung gezogen werden, wenn es überhaupt an einem Parlamentsbeschluß fehlt, der durch die Sanktion zum Gesetz erhoben werden soll, ohne den es gar keine Sanktion gibt. Dehnt man die Haftung des Ministers auch auf die gehörige Beschaffenheit des Parlamentsbeschlusses aus, dann macht man den Minister nicht mehr bloß für einen Akt des Kaisers, sondern für *Akte des Parlamentes* verantwortlich. Wenn der Präsident eines Hauses des Reichsrates oder eines Landtages einen Majoritätsbeschluß enunziert, obgleich nur die Minorität für den Antrag gestimmt hat, oder wenn er die mangelnde Beschlußfähigkeit des Hauses ignoriert, wenn mit einfacher Majorität ein Gesetzesbeschluß gefaßt wird, der mit einem Staatsgrundgesetz in Widerspruch steht, oder wenn das Haus über einen Gegenstand beschließt, der nicht in seine verfassungsmäßige Kompetenz gehört, dann ist dieser Beschluß, d. h. also ein *Parlamentsakt*, fehlerhaft, nicht aber die *Sanktion* dieses Beschlusses durch den Kaiser, und der Minister, der nur für letztere haftet, außer Obligo. Glaubt man aus der Verfassung einen Rechtssatz herauslesen zu können, der den Minister verpflichtet (bei sonstiger Bestrafung durch den Staatsgerichtshof), die Kontrasignatur bei fehlerhaften Parlamentsbeschlüssen zu verweigern, dann macht man den Minister ebenso für Akte des Parlamentes, wie für Akte des Monarchen verantwortlich. Denn das Parlament ist als solches ebenso unverantwortlich wie der Monarch. Ob eine derart weitgehende Ministerverantwortlichkeit für Akte der Legislative nach den Bestimmungen der österreichischen Verfassung angenommen werden darf, muß, wie gesagt, fraglich bleiben. Aus der Verantwortlichkeit für den Akt der kaiserlichen Sanktion läßt sie sich *nicht* erschließen. Man

| 430

⁴²⁾ Vgl. dagegen Weyr a. a. O. S. 36/7.¹⁶²

| 429

¹⁶² Vgl. Weyr, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 36f.

müßte den Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt in dem Sinne interpretieren, daß der Minister mit seiner Gegenzeichnung nicht bloß die Verantwortung für die gehörige Publikation und den Sanktionsakt, sondern des weiteren auch für die Beobachtung aller übrigen Bestimmungen betreffend das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes übernimmt. Die besonderen Schwierigkeiten, die eine derartige, politisch freilich wünschenswerte Auffassung für die Interpretation der positiven österreichischen Verfassungsbestimmungen bietet, werden noch verschärft durch die Erwägung, daß die Ministeranklage wegen Kontrasignatur eines materiell fehlerhaften Gesetzes sinnlos ist, sofern man dem Staatsgerichtshof nicht das im Art. 7 des Staatsgrundgesetzes | über die richterliche Gewalt¹⁶³ *allen Gerichten ausnahmslos* entzogene Recht zuspricht, die Gültigkeit jenes gehörig kundgemachten Gesetzes zu prüfen, wegen dessen Kontrasignatur die Anklage erfolgt. Eine solche Ausnahmestellung des Staatsgerichtshofes, die z. B. *Hauke*¹⁶⁴ tatsächlich behauptet⁴³⁾, müßte in der Rechtsordnung doch irgendwo ausdrücklich begründet sein. Allein es findet sich dafür kein Anhaltspunkt in der Verfassung, was natürlich die Auffassung stärkt, die ministerielle Verantwortlichkeit sei auf die Exekutive einzuschränken. Die Behauptung, daß dem Staatsgerichtshof sogar das Recht zustehe, das fehlerhafte Gesetz zu kassieren,¹⁶⁶ ist vom Standpunkt des positiven österreichischen Rechtes reine Phantasie.

Die fragliche ministerielle Haftung für legislative Akte – ihre positiv-rechtliche Statuierung vorausgesetzt – ist rechtslogisch möglich. Wenn *Jellinek* behauptet, es widerspräche den Grundsätzen der juristischen *Logik*, wenn eine Kammer die Verantwortlichkeit für ihre Beschlüsse auf andere, speziell auf den Minister „*abwälzen*“⁴⁴⁾ wollte, so ist das insoferne nicht richtig, als eben die Kammer von vornherein keine *rechtliche* Verantwortung für ihre Beschlüsse trägt, und vielleicht gerade wegen der Unverantwortlichkeit des Parlamentes – wie beim Monarchen –

| 431 |⁴³⁾ A. a. O. S. 105, freilich ohne diese Behauptung positiv rechtlich zu rechtfertigen.¹⁶⁵

⁴⁴⁾ A. a. O. S. 18:¹⁶⁷ „Die Regierung ist, bevor sie ein Gesetz zur allerhöchsten Sanktion unterbreitet, *nicht* gehalten, auch ihrerseits die Kompetenzfrage zu prüfen. Der *Beschluß der betreffenden legislativen Kollegien überhebt sie jeder Verantwortlichkeit für die Verfassungsmäßigkeit des in Frage stehenden Gesetzes.*“ Dagegen sagt *Jellinek* S. 34:¹⁶⁸ „*Die Minister haften für die Verfassungsmäßigkeit aller Regierungsakte, also auch für die Verfassungsmäßigkeit der publizierten, von ihnen kontrasignierten Gesetze.*“ Ein offener Widerspruch! Vgl. auch *Weyr* a. a. O. S. 37/38.¹⁶⁹

¹⁶³ Art 7 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 42).

¹⁶⁴ Franz Hauke (1852–1915), Staatsrechtslehrer. Ab 1885 a.o.Prof. in Czernowitz, ab 1889 o.Prof. ebendort (1900/1901 Rektor); ab 1904 o.Prof. in Graz (1911/1912 Rektor). Wichtige Werke: Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit, Wien 1880; Bedeutung und Behandlung der Geschichte des konstitutionellen Verfassungsrechtes in Österreich, Graz 1913.

¹⁶⁵ *Hauke*, Verfassungsrecht (Anm. 5), S. 105.

¹⁶⁶ Vgl. *Hauke*, Verfassungsrecht (Anm. 5), S. 105.

¹⁶⁷ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 18 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶⁸ *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof (Anm. 2), S. 34 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶⁹ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 36f.

das Bedürfnis nach einem anderen Träger der Verantwortung gegeben scheint. Ebenso unzutreffend ist es, wenn *Weyr* | – der im Gegensatz zu *Jellinek* für eine Verantwortlichkeit des Ministers auf legislativem Gebiete plädiert – hier von einer „Teilung“ der Verantwortlichkeit zwischen Parlament und Minister spricht⁴⁵⁾. Das Parlament ist ja überhaupt gar nicht für seine Beschlüsse verantwortlich – und kann gesetzestechnisch gar nicht verantwortlich gemacht werden. Wenn man den Minister verpflichtet, fehlerhafte Beschlüsse des Parlamentes, falls sie sanktioniert werden, nicht zu kontrasignieren, so macht man ihn im selben Sinne „für“ das Parlament, d. h. an Stelle des Parlamentes verantwortlich, wie man ihn „für“ den unverantwortlichen Monarchen verantwortlich macht, indem man ihn verpflichtet, fehlerhafte Akte des Monarchen nicht zu kontrasignieren. |432

Eine solche Verantwortlichkeit des Ministers für Akte des Parlamentes bedeutet natürlich, daß man dem Minister eine Kontrolle über das Parlament einräumt. Und da kann es dann schließlich fraglich sein, ob eine Verantwortlichkeit *für* das Parlament vernünftigerweise als Verantwortlichkeit *dem* Parlamente gegenüber bestehen bleiben kann. Es kann doch keinen rechten Sinn haben, dem Parlament die Möglichkeit zu geben, den Minister wegen Fehler zur Verantwortung zu ziehen, die es selbst begangen hat⁴⁶⁾. Doch besteht diese Schwierigkeit nur zum Teil. Wo ein | Zweikammersystem vorliegt, hat es sehr guten Sinn, wenn das eine Haus den Minister zur Verantwortung zieht, weil er, trotz fehlerhaften Beschlusses des anderen Hauses, kontrasigniert hat. Und gar bei zwei Legislativen! Der Reichsrat kann das eminenteste Interesse haben, den Minister wegen eines fehlerhaften Landesgesetzes zur Verantwortung zu ziehen. Und ebenso könnte umgekehrt dem Landtage ein solches Interesse wegen eines fehlerhaften Reichsgesetzes – man denke an Kompetenzüberschreitungen der Legislativen – zuerkannt werden; nur daß eben den österreichischen Landtagen die rechtliche Möglichkeit einer Ministeranklage fehlt. |433

⁴⁵⁾ A. a. O. S. 37.¹⁷⁰

⁴⁶⁾ Diese *ungerechte* Konsequenz, daß der Minister durch seine Kontrasignatur ebendenselben Hause verantwortlich wird, dessen Beschluß selbst der Fehler anhaftet, ist allerdings positiv-rechtlich nicht zu vermeiden, wenn man nach österr. Verfassung die Verantwortlichkeit des kontrasignierenden Ministers auf das gesamte verfassungsmäßige Zustandekommen eines Gesetzes ausdehnt. Wenn *Hauke* a. a. O. S. 105¹⁷¹ behauptet, es müsse „die Erhebung der Ministeranklage in solchen Fällen außer acht¹⁷² bleiben, in welchen das verfassungswidrige Gesetz durch die Beschlußfassung jener Faktoren *ermöglicht worden ist*, welche berufen sind, die Ministerverantwortlichkeit geltend zu machen“, wenn er also die ministerielle Verantwortung wegen eines fehlerhaften *Reichsgesetzes* dem *Reichs*parlamente gegenüber *als Ausnahme* ablehnt, obgleich er im allgemeinen die Verantwortlichkeit des Ministers für die Fehlerlosigkeit des Gesetzes *als Regel* behauptet, so müßte er für diese Ausnahme – so gerechtfertigt sie an sich wäre – doch einen positiven Rechtssatz nachweisen können. |433

¹⁷⁰ *Weyr*, Rahmengesetze (Anm. 17), S. 37 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁷¹ *Hauke*, Verfassungsrecht (Anm. 5), S. 105 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁷² «acht»] *Hauke*, Verfassungsrecht (Anm. 5), S. 105: «Ansatz».

Mit der Annahme, daß die Bestimmungen über das Zustandekommen und die Abänderung von Gesetzen nach österreichischer Verfassung durch die Ministerverantwortlichkeit eine rechtliche Garantie und damit juristische Relevanz erhalten, ist jedoch die Möglichkeit „verfassungswidriger“ Gesetze keineswegs ausgeschlossen, höchstens verringert; das materielle richterliche Gesetzesprüfungsrecht findet keinen Ersatz in der Ausdehnung der ministeriellen Verantwortlichkeit auf alle Akte der Legislative. Es genügt nicht, daß der Minister „verfassungswidrige“ Gesetze von Rechts wegen nicht kontrasignieren *soll*; vielmehr sollten verfassungswidrige Gesetze von Rechts wegen gar nicht entstehen *können*.

Soferne aber, mangels richterlichen Gesetzesprüfungsrechtes, *Gesetzesnichtigkeit* aus materiellen Gründen im Sinne der geltenden österreichischen Verfassung ausgeschlossen ist, fehlt jener Begriff des „ungültigen Gesetzes“, der für den ersten Teil dieser Untersuchungen über das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz vorausgesetzt wurde.¹⁷³ Dessen Resultate können somit den Anspruch nicht erheben, geltendes Recht zum Ausdruck zu bringen. Ihr juristisches Gewicht ist nicht größer und nicht geringer als der positiv-rechtliche Gehalt des Dogmas, daß zu einem gültigen | Gesetze unter anderem der auf bestimmte Weise zustandekommene Majoritätsbeschluß beider Häuser des Reichsrates oder eines Landtages erforderlich sei. Die ganze herrschende Theorie des österreichischen Staatsrechts lebt unter der Voraussetzung, *als ob* dieses Dogma positiv zu *Recht* bestände. Und so gehen auch die hier durchgeführten Untersuchungen zunächst von diesem „als ob“ als der Voraussetzung des legislativen Konstitutionalismus aus. Allein von diesem zunächst ungeprüften Ausgangspunkte gelangen diese Untersuchungen zur Ablehnung der herrschenden Lehre bezüglich des Verhältnisses von Reichs- und Landesgesetz, der Behauptung einer einheitlichen normsetzenden Autorität in Reich und Land und gegenseitiger Derogierbarkeit von Reichs- und Landesgesetzen, unter Annahme des *Februarpatentes von 1861* als gültiger Verfassungsbasis.¹⁷⁴ Zu eben diesem Resultat der herrschenden Lehre gelangen diese Untersuchungen jedoch gleichfalls vom Februarpatent ausgehend – in ihrem zweiten Teile¹⁷⁵ – sobald die Voraussetzung der herrschenden Lehre kritisch geprüft und fallen gelassen werden mußte, nämlich die Fiktion des legislativen Konstitutionalismus. Mit dieser Fiktion entfielen eben die Notwendigkeit, den Ausgang der juristischen Konstruktion von der Verfassung des Jahres 1867 zu nehmen.

Den Mangel eines richterlichen Gesetzesprüfungsrechtes teilt die österreichische Verfassung freilich mit mancher anderen, die darum, vom Standpunkt *rein juristischer* Konstruktion, ebenso wie die österreichische, *rechtlich* nicht über einen *legislativen* Absolutismus hinausreicht, wenn auch noch so sehr die Mitwirkung des Parlamentes an der Gesetzgebung *faktisch* garantiert ist. Das Merkwürdige und Besondere der österreichischen Verfassung von 1861/67 aber besteht darin, daß sie

¹⁷³ Vgl. oben S. 360–412.

¹⁷⁴ Vgl. oben S. 377–384.

¹⁷⁵ Vgl. S. 412–423.

als solche in ihrer spezifischen Totalität, *d. h. als einheitliches Normensystem rechtswissenschaftlich* gar nicht anders möglich ist, als wenn denjenigen Bestimmungen, welche sich auf die Teilnahme des Reichsrates und | der Landtage beziehen, durch die Entziehung des richterlichen Gesetzesprüfungsrechtes ihre spezifische *rechtliche* Geltung genommen wird; daß der konstitutionell unlösbare Widerspruch von Reichs- und Landesverfassung nur dadurch aufgehoben wird, daß in der *juristischen Konstruktion* als normsetzende Autoritäten nicht die *konstitutionellen* Gesetzgeber: Reichs- und Landesparlament in Verbindung mit dem Monarchen in ihrer Vielheit – sondern als einzige und darum einheitliche Autorität der mit der Gesetzespublikation betraute Monarch, also ein *absoluter* Gesetzgeber, erscheint. Möge dieses Endergebnis ebenso beurteilt werden, wie es entwickelt wurde: rein juristisch und ohne jenen politischen Nebengedanken, der sich nur allzuleicht hier aufdrängen mag.

§ 12. Schlußwort.

Zwei Einwände sind es, die den Ergebnissen des ersten wie des zweiten Teiles dieser auf die *Erkenntnis des positiven österreichischen Verfassungsrechtes* gerichteten Untersuchungen aus dem Geiste des heute üblichen juristischen Denkens erwachsen werden; diese beiden Einwände entspringen zwei fundamentalen Fehlern juristischer Methode, Fehler, auf die sich freilich eine moderne Richtung nicht wenig zugute hält, so recht eine arge Not zur Tugend machend. Gegen beide Irrtümer wurde schon im Lauf dieser Untersuchungen Stellung genommen. Doch bedarf es noch einer letzten, zusammenfassenden und prinzipiellen Abwehr.

Die beiden Gefahren, die der Methode einer aufrichtigen, auf ihre natürlichen Grenzen beschränkten Erkenntnis *positiven* Rechtes drohen, sind die: daß man seine Aussage über das, was *von positiven Rechtes wegen sein soll*, beeinflussen und trüben läßt, entweder von der Erkenntnis dessen, was tatsächlich ist, oder von der Erkenntnis dessen, was von Sittlichkeit oder Zweckmäßigkeit wegen sein soll. Beides, weil man vor der Größe | des Widerspruches zurückschreckt, der einerseits zwischen der Wirklichkeit und den Normen des Rechtes, andererseits aber zwischen diesen und den Normen der Moral oder der Zweckmäßigkeit nicht selten sich auftun mag. So wird man den Resultaten der oben durchgeführten Untersuchungen entgegenhalten, daß sie mit der Realität des tatsächlich Geübten und Gepflogenen in Widerspruch stünden, es sei „in Wirklichkeit“ oder „faktisch“ eben ganz anders; wenn man irrtümlich meint, *Rechtserkenntnis* habe ein Abbild der Wirklichkeit eben jenes Seins zu liefern, das durch die zu erkennenden Normen geregelt ist, Normen, nach denen sich dieses Sein richten *soll*. Oder man wird diesen Resultaten entgegenhalten, daß sie unpraktisch, daß sie politisch absurd seien, in der irrigen Meinung, daß Erkenntnis positiven Rechtes jene moralisch-politischen Normen zum Gegenstande habe, die der Gesetzgeber des positiven Rechtes bei der Erzeugung des Rechtes nach unserer Meinung beobachten soll, die

aber die *Erkenntnis* seines Produktes – die Erkenntnis des positiven Rechtes – nicht aufzeigen kann, sofern die positiven Rechtsnormen der praktisch-politischen Vernunft widersprechen.

Niemals werden Schlagworte von der „wirklichkeitsfremden Begriffsjurisprudenz“ und der allein seligmachenden, die Wirklichkeit erklärenden „soziologischen“ Rechtswissenschaft die fundamentale Wahrheit verdunkeln können, daß das Wesen alles Rechtes wie aller Normen in der begrifflichen Gegensätzlichkeit von Sein und Sollen besteht, daß das Recht ebenso wie die Norm schlechterdings sinnlos wäre, wenn es mit dem Sein, der Wirklichkeit zusammenfiel, daß somit die Erkenntnis des Rechtes auf etwas anderes gerichtet sein muß als auf die Wirklichkeit, auf eben dasjenige, nach dem sich die Wirklichkeit richten *soll*, wenn sie sich vielleicht auch *nicht* darnach richtet; nicht auf das Sein, sondern dasjenige, nach dem das Sein zu *deuten*, zu *werten* ist. Nur gegenüber den unklaren Forderungen der „soziologischen Jurisprudenz“¹⁷⁶ muß so Selbstverständliches immer wieder gesagt werden.

| 437

Und wie dieser Einwand, der die Unzulässigkeit eines Gegensatzes zwischen Recht und Wirklichkeit postuliert, das Wesen des *Rechtes* ganz und gar mißverstehen, so bedeutet der andere, der die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen Recht und Moral oder politischer Vernunft negiert, das völlige Verkennen jener Kardinaleigenschaft des Rechtes, welche die moderne Rechtswissenschaft voraussetzen muß, wenn sie sich von der moralischen und politischen Spekulation des Naturrechtes unterscheiden will: *des Positivismus*. Stets offen bleiben muß die Frage, welchem von beiden Prinzipien, dem des Naturrechtes oder jenem des Positivismus, letzten Endes der Vorzug gebührt, zumal diese Alternative in den Gegensatz der Weltanschauungen und Charaktere mündet. Zweifellos sind es gegenwärtig gewisse durch die politischen Verhältnisse verschärfte Mängel der parlamentarischen Rechtserzeugung, die in der sogenannten „Freirechtsbewegung“¹⁷⁷ eine Tendenz zu naturrechtlichen Prinzipien gezeitigt haben. Die schwerfällige parlamentarische Maschine erzeugt die erforderlichen Rechtsformen nicht

¹⁷⁶ Hauptvertreter der sog. „soziologischen Jurisprudenz“ war Eugen Ehrlich (1862–1922); zur Auseinandersetzung Kelsens mit Ehrlichs Auffassung zu der „soziologischen Jurisprudenz“ vgl. *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Hans Kelsen*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Hans Kelsen*, Schlusswort, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613f.; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Ludwig Spiegel, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438.

¹⁷⁷ Die Freirechtsbewegung (auch Freirechtsschule) war eine Denkrichtung innerhalb der deutschsprachigen Rechtswissenschaft an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, deren Hauptvertreter Ernst Stampe (1856–1942), Ernst Fuchs (1859–1929), Eugen Ehrlich (1862–1922) und Hermann Ulrich Kantorowicz (Gnaeus Flavius, 1877–1940) waren. Sie polemisierte gegen die herrschende anwendungspositivistische Lehre, wonach alles Recht bereits in dem vom Richter anzuwendenden Gesetz enthalten und nur mehr durch begriffslgische Operationen zu gewinnen sei.

prompt genug und scheint allmählich mit dem politischen Schwergewicht – das sich dezentralisierend in die großen wirtschaftlichen Organisationen verlegt – auch die moralische Kompetenz zur Rechtserzeugung zu verlieren. Zumal in Oesterreich, wo die parlamentarische Maschine infolge innertechnischer Mängel zum großen Teil „leer läuft“. Es ist nur zu begreiflich, daß man im Bereiche der Rechtspraxis müde wird, auf Normen zu warten, welche die zur Normgebung kompetent erachtete Autorität zu produzieren sich für unfähig erweist. Allein die Rechtstheorie kann, ohne zu ihrer Voraussetzung in Widerspruch zu geraten, diesem von der Gesetzgebung unbefriedigten Bedürfnis der Praxis nach zweckmäßigen Normen keine neuen Befriedigungsmöglichkeiten öffnen noch auch irgendwelche von der Praxis benützte Notbehelfe rechtfertigen, solange sie eine Theorie des positiven Rechtes sein will und die Form des *Gesetzes* als oberste Rechtsquelle voraussetzt. Neben dem Gesetz kann die Theorie rechtslogischerweise keine zweite gleichwertige Rechtsquelle erkennen. Solange man nicht den Mut hat, die „Vernunft“ oder das „Gefühl“, das „Interesse“, die „Moral“ oder sonst ein mehr oder weniger objektiv faßbares Prinzip als oberste und einzige Rechtsquelle aufzustellen, und solange man nicht daraus die Konsequenz zieht, *alles* den Normen dieser Autorität Widersprechende als Unrecht, insbesondere aber die Normen des Gesetzesrechtes als *Nicht-Recht* zu erklären, sofern sie nicht durch die Vernunft, das Gefühl, das Interesse oder die Moral gerechtfertigt werden, solange bedeuten die an die Voraussetzungen und in den Rahmen des Positivismus beschränkten Bestrebungen der „Gefühls“- „Vernunft“- „Interessen“- und „Moral“-Jurisprudenz unzulängliche und widerspruchsvolle Versuche, logisch Unvereinbares zu verbinden. | 438

Buchbesprechung
Ludwig Spiegel, Gesetz und Recht.
Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie,
München und Leipzig 1913
(1914)*

* Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772.

|766

| *Spiegel Ludwig*, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, *Gesetz und Recht*. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von *H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckermandl*. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.)¹

Mit diesem Werke nimmt verheißungsvoll ein neues Unternehmen seinen Anfang, das ein schönes Zeichen des regen Lebens der Staatswissenschaften an der altherwürdigen deutschen Universität zu Prag ist.

Das erste Heft bringt grundlegende Beiträge zu der heute im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion stehenden Theorie der Rechtsquellen. Wir schulden *Spiegel*² aufrichtigen Dank, daß er seine Vorträge und Aufsätze zu diesem Thema nunmehr gesammelt einer größeren Öffentlichkeit vorlegt.

In dem ersten Vortrage, „Das Erbe des absolutistischen Staates“³ sucht *Spiegel* zu zeigen, wie *die Ideen des Vormärz auch heute noch fortwirken*.⁴ Er verweist zunächst auf die hervorragende persönliche *Rechtsstellung des Monarchen* und die privilegierte *Stellung der Dynastie*, die einen durchaus absolutistischen Bestandteil der heute geltenden Verfassung bilden.⁵ Insbesondere betont *Spiegel* auch die mit dem konstitutionellen Prinzipie unvereinbare Tatsache, daß die *Hausgesetze*, nach denen die Rechtsverhältnisse der kaiserlichen Familie geregelt sind, noch immer geheim gehalten werden.⁶

Sehr geistreich zeigt *Spiegel* dann, wie unsere *Staatsverwaltung* in den meisten Beziehungen auf den absolutistischen Staat zurückführt.⁷ Tief hinein in das konstitutionelle Regime ragt der *Absolutismus innerhalb der Bürokratie* – dieses Mikrokosmos, in dem sich der Makrokosmos des Staatsganzen spiegelt oder doch spiegeln soll.⁸ „Wie ein absoluter Fürst herrscht der Bürokrat über die ihm unterstellten Beamten.“⁹ Und da ist es denn interessant, „daß das konstitutionelle Verhältnis, in welchem Monarch und Regierung zur Bevölkerung stehen, verträglich

¹ *Ludwig Spiegel*, *Gesetz und Recht*. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, München und Leipzig 1913.

² *Ludwig Spiegel* (1864–1926), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1894 Habilitation in Prag, 1887–1905 Finanzprokurator, 1905 a.o.Prof., 1911 o.Prof. für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität in Prag (1926 Rektor). 1920 Mitglied im Senat der tschechoslowakischen Nationalversammlung (Deutsch-Demokratische Freiheitspartei). Wichtige Werke: *Die Kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte*, Prag und Wien 1893; *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, Leipzig 1909; *Das tschechoslowakische Staatsproblem*, Prag 1922.

³ *Ludwig Spiegel*, *Das Erbe des absolutistischen Staates* (1908), in: *Gesetz und Recht* (Anm. 1), S. 3–22.

⁴ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 3.

⁵ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 5 f.

⁶ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 7.

⁷ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 3 f.

⁸ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 12 f.

⁹ *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 13.

ist und lange Zeit verträglich war mit dem absoluten Regime des Beamtenchefs über seine Unterbeamten.¹⁰ Auch der *Zentralismus* des absoluten Staates wurde, wie *Spiegel* hervorhebt, in die konstitutionelle Ära hinübergenommen.¹¹ Vor allem aber ein großer und vielleicht sogar der wichtigste Teil | der *Rechtsordnung!* Bürgerliches Gesetzbuch und Strafgesetz, große Stücke der Verwaltungsrechtsordnung kommen aus vorkonstitutioneller Zeit.¹² Was aber von besonderer Bedeutung ist – und diese Konstatierung scheint mir das Wertvollste der *Spiegelschen* Darstellung: „Unsere *Rechtswissenschaft* lebt nach meiner Überzeugung auch heute noch ganz im Gedankenkreise der absolutistischen Zeit.“¹³ Dies gilt freilich nicht nur für Österreich, sondern für die ganze deutsche Rechtswissenschaft, die heute noch immer nicht die *Idee des Rechtsstaates* ganz aufgenommen und verarbeitet hat.¹⁴ Nicht dieses Moment, sondern das *Prinzip der Rechtsquellentheorie* hat jedoch *Spiegel* im Auge. Dieses Prinzip ist nach Meinung *Spiegels* im modernen Staate zu Unrecht dasselbe geblieben wie im absolutistischen. Aus dem Grundsatz: *suprema lex regis voluntas*,¹⁵ sei der Satz: *supremus rex legis voluntas*,¹⁶ aus dem Fürstenabsolutismus der Staats- oder richtiger der Gesetzesabsolutismus geworden.¹⁷ Diese Anschauung entspreche aber nicht der „Wirklichkeit“, dem „wirklichen Rechtsleben“, das sich nicht rein mechanisch nach den Bestimmungen des Gesetzes abwickle. „Denn *das Gesetz ist nicht die einzige Rechtsquelle*“,¹⁸ „das Leben wird immer rechtsgestalten[d], *rechtsbelebend* wirken“¹⁹.²⁰ Damit ist *Spiegel* auf das Hauptproblem gestoßen, daß alle in seinem Buche enthaltenen Abhandlungen und Vorträge beschäftigt und die scheinbar weit auseinanderliegenden Themen zu einer inneren Einheit zusammenhält. In den zitierten Sätzen hat *Spiegel* auch seinen prinzipiellen Standpunkt gegenüber dem Problem der Rechtsquellen und der Jurisprudenz überhaupt fixiert. Der *Spiegel* entgegengesetzte Standpunkt soll hier zunächst in der Frage geltend gemacht werden, ob denn die „Wirklichkeit“, das „wirkliche Rechtsleben“ von einer spezifischen Rechtswissenschaft erfaßt und er-

¹¹ So steckt der Grundgedanke der heutigen Rechtssystematik, die Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes tatsächlich noch in dem Vorstellungskreis des absoluten Polizeistaates. Vgl. dazu meinen Aufsatz: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentl. Rechtes. XXXI. Bd., Seite 53 ff.¹⁴

¹⁰ *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 13.

¹¹ Vgl. *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 14f.

¹² Vgl. *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 15f.

¹³ *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 17 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁴ *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98 und 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

¹⁵ Lat.: *suprema lex regis voluntas*; dt.: Das höchste Gesetz ist der Wille des Königs.

¹⁶ Lat.: *supremus rex legis voluntas*; dt.: Der höchste König ist der Wille des Gesetzes.

¹⁷ Vgl. *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 17f.

¹⁸ *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 15 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁹ «rechtsgestalten[d], *rechtsbelebend* wirken»] *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 18: «rechtsgestaltend und rechtsumbildend wirken».

²⁰ *Spiegel*, Erbe (Anm. 3), S. 18 – Hervorhebung von Kelsen.

klärt werden kann, deren Gegenstand dasjenige ist, was (von Rechts wegen) sein soll und nicht dasjenige, was wirklich ist und zu dem, was sein soll, *der Norm*, in einem gewissen Widerspruch stehen kann?

Dieses Problem ist der Gegenstand des zweiten Vortrages „Jurisprudenz und Sozialwissenschaft“;²¹ er bildet den methodologischen Kernpunkt des ganzen Werkes. *Spiegel* geht aus von dem Gegensatz zwischen Jurisprudenz und Sozialwissenschaft und sucht ihn in der Verschiedenheit der Methoden beider Disziplinen. Diese ist induktiv und deskriptiv, jene dogmatisch, deduktiv.²² Dieser Gegensatz zwischen Sozialwissenschaft und Jurisprudenz ist durchaus zutreffend bestimmt, nur muß hiezugefügt werden, daß „Sozialwissenschaft“ hier schlechtweg als explikative, das heißt kausal-erklärende Seinswissenschaft, Jurisprudenz dagegen als normative, nicht erklärende, sondern wertende *Soll*erkenntnis vorausgesetzt ist. Nur unter der Voraussetzung, daß das Recht – der spezifische Gegenstand der Jurisprudenz – als eine Summe von *Normen*, dh. *Soll*regeln vorgestellt wird, muß die Jurisprudenz dogmatisch-deduktiv sein. Allein *Spiegel* setzt das Recht von vornherein nicht als „Norm“ d. h. als ein bestimmt qualifiziertes *Sollen*, sondern als Sein, als „Macht“, wie man zu sagen pflegt, als einen Bestandteil des sozialen „*Lebens*“, das kann aber nur heißen: als ein tatsächliches und regelmäßiges Verhalten der Menschen voraus. Es sei dahingestellt, wie dieses tatsächliche Verhalten der Menschen, das als „*Rechtsleben*“ bezeichnet wird, von dem übrigen sozialen Leben ohne Voraussetzung einer spezifischen „Norm“ zu unterscheiden ist, d. h. ob nicht schon im Begriffe „*Rechtsleben*“ eine *Wertung* oder *Deutung* und keine reine Wirklichkeitserfassung liegt. Läßt sich ein Stück Wirklichkeit anders als durch seine Relation zu *Rechtsnormen*, zu *Soll*regeln als „*Rechtsleben*“ differenzieren? Hier nur soviel: *Wenn* man das Recht als einen *Seinsvorgang* voraussetzt, dann ist natürlich die Rechtswissenschaft nur als eine kausal-explikative, deskriptive und induktive Sozialwissenschaft möglich. Das ist nun das prinzipielle Resultat – in Wahrheit aber schon die Voraussetzung – | *Spiegels*. Er lehnt den Gegensatz von Jurisprudenz und (explikativer) Sozialwissenschaft (es könnte ja auch eine normativ-deduktive Sozialwissenschaft geben, es gibt sogar für *Stammmler*²³ z. B. *nur* eine solche) ab und spricht der „*soziologischen*“ Rechtswissenschaft, „der es nur um die Erkenntnis des Seienden und Gewordenen zu tun“²⁴ ist, das Wort.

|768

²¹ *Ludwig Spiegel*, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft* (1909), in: *Gesetz und Recht* (Anm. 1), S. 23–45.

²² Vgl. *Spiegel*, *Jurisprudenz* (Anm. 21), S. 23.

²³ Rudolf Stammmler (1856–1938), Rechtsphilosoph und Privatrechtslehrer. Habilitation 1876 in Leipzig, 1882–1884 a. o. Prof. in Marburg, 1884–1885 in Gießen, 1885–1916 o. Prof. in Halle (Saale), 1916–1923 in Berlin. Er gilt – der Marburger Schule des Neukantianismus verpflichtet – als Begründer der neukantianischen Rechtsphilosophie. Wichtige Werke: *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin und Halle (Saale) 1902 (2. Aufl., Halle (Saale) 1926); *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle (Saale) 1911 (2. Aufl., Halle (Saale) 1923); *Recht und Macht*, Berlin 1918; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig 1922 (3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928).

²⁴ *Spiegel*, *Jurisprudenz* (Anm. 21), S. 40.

Einer in diesem Sinne soziologischen Rechtswissenschaft gegenüber erhebt sich die Frage, ob die Urteile: dies ist „recht“, jenes „unrecht“ tatsächlich irgend welche *Seinsbeziehungen*, irgendwelche den realen Tatbeständen enthaltende, durch²⁵ eine Wirklichkeitsbetrachtung wahrnehmbare *Seinsqualitäten*, wie etwa Farbe oder Wärme usw. aussagen, ob juristische Aussagen etwa rein subjektive Beziehungen der Individualpsyche zu den Tatbeständen, wie etwa die Urteile: dies schmeckt mir, jenes bereitet mir Unlust usw. behaupten; oder ob nicht mit diesen spezifisch juristischen Erkenntnissen gesagt wird, daß dies in irgend einer bestimmten Weise sein *solle*, jenes in ebendieser Art nicht sein *solle*. *M.a.W.*: Ob nicht in allen *juristischen* Urteilen gerade das Spezifische dieser Aussagen, dasjenige, wodurch sie sich von *Wirklichkeitsurteilen* (oder *Seinserkenntnissen*) wesentlich unterscheiden, in der Aussage über ein *Sollen* liegt? Sind juristische Urteile nicht *objektive Werturteile*? Solche Urteile sind aber nur möglich, sofern gewisse, als objektiv gültig vorausgesetzte Normen an konkrete Seins-Tatbestände herangebracht werden. Sie sagen nur das (positive oder negative) Verhältnis dieser Tatbestände zu den Normen aus.

Es ist natürlich für die *Methode* einer Wissenschaft, die auf Erkenntnis von Normen gerichtet ist, gleichgültig, woher der *Inhalt* ihrer Normen genommen ist. Wenn die Rechtswissenschaft *Rechtsnormen* zum Gegenstande hat, so kann der Inhalt ihrer Normen durch „Gesetz“ oder „Gewohnheit“ oder sonst auf irgend eine Weise zustande kommen. Die Norm bleibt unter allen Umständen Ausdruck eines *Sollens*, und kommt nur als *solche* für die *Rechtswissenschaft* in Betracht. Die Behauptung, die Norm „gilt“, heißt nichts anderes als: sie *soll* befolgt werden. Eine ganz andere Frage ist die: ob diese Norm im einzelnen oder im allgemeinen befolgt wird, d. h. ob sie *wirkt*. Für diese Frage kommt nicht mehr die Norm als solche – d. h. ein Sollen – sondern das Denken, Fühlen oder Wollen der Norm, die Norm als psychische Realität, kommt die Wirkung dieser Tatsache in Betracht. Diese Frage ist von vornherein keine juristische, sondern eine soziologisch-psychologische, sie ist nicht auf einen Wert, sondern auf eine *Wirklichkeit* gerichtet. Der Gegensatz von Recht als Norm und Recht als Macht oder richtiger: der Gegensatz von Recht und Macht ist damit aufgezeigt. Dieser Gegensatz ist aber für die Erkenntnis immer gegeben, ob nun der Inhalt der Rechtsnorm durch Gesetz oder Gewohnheit oder sonst auf irgend eine Weise bestimmt wird: *Es ist eben ein Gegensatz der Betrachtungsrichtungen*. Auch der *Gewohnheitsrechtssatz* sagt als solcher aus, daß etwas sein solle und nicht, daß etwas sei; nur insofern ein Sein zu ihm in einem möglichen Widerspruche stehen kann (d. h. sofern er eben nicht dieses Sein als solches aussagt), ist die Norm des *Gewohnheitsrechtes* imstande, ihren spezifischen Beruf zu erfüllen: als *Wertmaß* zu dienen, das Kriterium zu liefern, ob etwas recht oder unrecht sei. Daß neben diesem (Gewohnheits)-Rechts-

²⁵ «irgendwelche ... durch»] dürfte wohl heißen: «irgendwelche in den realen Tatbeständen enthaltene, durch».

satz auch eine mit ihm inhaltlich (aber nicht formell) übereinstimmende Seinsregel besteht, die als regelmäßig *seiend* aussagt, was der *Rechtssatz* als *gesollt* setzt, ist für die *juristische* Betrachtung irrelevant. Nicht aber für die soziologische, die eben methodologisch von den²⁶ juristischen getrennt werden muß, wenn es überhaupt eine besondere, von der Soziologie verschiedene Rechtswissenschaft geben soll. Dieser Gegensatz der Betrachtungsrichtungen [–] und nichts anderes – ist es, was den Gegensatz von „Recht“ und „Rechtsleben“ ausmacht. Darum kann *Spiegel* nicht zugestimmt werden, wenn er meint, der Gegensatz von Recht und Rechtsleben sei nur verständlich, wenn unter Recht bloß das *gesetzte* Recht verstanden werde. Der Unterschied zwischen gesetztem und ungesetztem Recht ist für die *Methodenfrage* gleichgültig. Auch *Spiegel* erkennt doch – und dies ist eines der wertvollsten Resultate seiner Untersuchungen – daß die Frage, woher der *Inhalt* der Rechtsnormen komme | ob durch Gesetz oder Gewohnheit – diese eminent soziologische Frage – die Frage der *Rechtsentstehung* gar keine juristische Frage sei. In das tiefste Wesen der Rechtswissenschaft leuchtet er hinein mit dem Satze: „Will man die *Rechtsbildung* juristisch erklären, so erinnert das an Münchhausen, der sich an seinem eigenen Zopfe aus dem Sumpfe zieht.“²⁷ Eben deshalb, weil eine juristische Erkenntnis, sofern sie nicht direkt auf die Erkenntnis der Rechtsnormen gerichtet ist, – *unter der Voraussetzung* von ihrem Inhalte nach irgendwie gebildeten – Rechtsnormen möglich ist; und weil sich ein *Seinsvorgang*, wie es die materielle Rechtsbildung ist, überhaupt nicht „*juristisch*“ erklären läßt, eine „juristische Erklärung“ logisch unmöglich ist; denn erklären heißt: den Kausalnexus aufzeigen; *juristische* Erkenntnis aber ist *Wertung*, Beurteilung nach vorausgesetzten Normen, oder Gewinnung der Normen als der Wertmaßstäbe, also etwas von Kausalerklärung fundamental verschiedenes.

|769

Dennoch wirft *Spiegel* der Rechtswissenschaft von heute oder gestern, der falschen Rechtswissenschaft, vor, daß sie ihre Aufgabe als explikative Sozialwissenschaft verfehle, weil sie nur das Gesetz als Quelle des Rechtes erkenne. Das wirkliche Rechtsleben werde gar nicht allein durch das Gesetz sondern durch andere Quellen bestimmt. Und er stellt nun der Rechtswissenschaft die Aufgabe, „das geltende Recht zu *seinen* Quellen zurückzuverfolgen“. (S. 34).²⁸ Aber warum ist dann unsere heutige Rechtswissenschaft auf falschen Bahnen, wenn sie „bloß nur“²⁹ Rechtsquellenwissenschaft ist? (S. 35.)³⁰ Kann die Rechtswissenschaft überhaupt etwas anderes sein? Diejenige, die *Spiegel* verwirft, macht das Recht als *Norm* zu ihrem Gegenstande. Und die „*Normen*“ sind wohl die „*Quellen*“ deren Betrachtung *Spiegel* ablehnt. Die „soziologische“ Rechtswissenschaft aber richtet sich auf

²⁶ «den»] müsste wohl heißen: «der».

²⁷ *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 40 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁸ *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 34 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁹ «nur»] *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 35: «eine».

³⁰ *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 35 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

das „Rechtsleben“, das tatsächliche Verhalten der Menschen, ihre Gebräuche, Übungen und Gewohnheiten; und diese sind es doch wohl, die wiederum hier als „Quellen“, als die wahren Quellen des lebendigen Rechtes, als jene Prozesse, aus denen das wirkliche, ungeschriebene Recht entsteht, in Betracht kommen müssen? Recht und Rechtsquellen sind vom Standpunkte ein und derselben Betrachtungsweise – der normativen *oder* der soziologischen – nicht zu unterscheiden. Was aber vom Standpunkte der normativen Rechtswissenschaft *Rechtsquelle* und daher außerhalb der Betrachtungsebene ist: der Entstehungsprozeß des Rechtes, das Zustandekommen des Inhaltes der Rechtsnormen, das ist vom Standpunkte der soziologischen Betrachtung *das Recht* selbst, d. h. ihr ureigenster Gegenstand, auch das „Rechtsleben“ genannt. Und umgekehrt: was vom Standpunkte der soziologischen Betrachtung „Rechtsquelle“ und daher außerhalb der spezifischen Betrachtungsebene ist: die *Normen* des Rechtes, das ist vom Standpunkte der normativen Betrachtung *das Recht* selbst, d. h. deren ureigenster Gegenstand. Der Begriff „Rechtsquelle“ hat die gleiche Doppelbedeutung, wie der Begriff *Recht*; ja er ist mit dem Begriffe des Rechtes geradezu identisch, nur daß die Gegenüberstellung von *Recht* und *Rechtsquelle* im Grunde nichts anderes bedeutet, als die Gegenüberstellung der beiden Bedeutungen des Wortes „*Recht*“ d. h. der soziologischen und der normativen Betrachtungsweise.

Wenn *Spiegel* das Problem der *Rechtsquelle* im Sinne des Entstehungsprozesses des Rechtes als nicht juristisches Problem ausscheidet, scheint er den normativen Standpunkt zu akzeptieren und den soziologischen *Rechtsbegriff* abzulehnen. Zumal er in dem Satze: „die Entstehung des Rechtes ist ein *sozialer*, kein juristischer Prozeß“, ³¹ „sozial“ und „juristisch“ als Gegensatz behandelt. Dennoch erklärt er aber unmittelbar vorher, „das *Recht* ist eine *soziale* Erscheinung und kann darum nur sozialwissenschaftlich begriffen werden“ (S. 40).³² Und fordert unmittelbar nachher: Die Rechtswissenschaft „muß mit den Mitteln, die überhaupt *sozialen* Problemen gegenüber verwendet werden, aufzuklären suchen, aus welchen *Wurzeln* dieses lebendige Recht erwachsen ist“. ³³ Gesetzt, die Antwort auf die letztere Frage müßte lauten: diese *Wurzel* ist das *Rechtsgefühl*. Könnten die *Rechtsgefühle* der Menschen dem *Rechtsleben* als *Rechtsquelle* dem *Rechte* gegenübergestellt werden? Zumal ja *Spiegel* selbst gelegentlich das *Rechtsleben* als *Rechtsquelle* neben dem Gesetze anführt. (S. 18.)³⁴ Sind nicht die *Rechtshandlungen* | der Menschen als Ausfluß oder Fortsetzung des *Rechtsgefühls* mit diesem *eins*? Wäre eine Rechtswissenschaft, die das *Rechtsgefühl* aufzusuchen und zu untersuchen hat, nicht *Rechtsquellenwissenschaft*? Hätte nicht solche Jurisprudenz ein *unjuristisches Problem* zum Gegenstand: die *Entstehung* des Rechtes (aus dem *Rechtsgefühl* als der letzten „*Wurzel*“ des rechtlichen Handelns)? –

| 770

³¹ *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 40 – Hervorhebung von Kelsen.

³² *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 40 – Hervorhebungen von Kelsen.

³³ *Spiegel*, Jurisprudenz (Anm. 21), S. 40 – Hervorhebungen von Kelsen.

³⁴ Vgl. *Spiegel*, *Erbe* (Anm. 3), S. 18.

In dem Vortrage „Gesetze und Entwürfe“³⁵ wirft *Spiegel* die Frage auf: Warum befriedigen uns die modernen Gesetze nicht mehr so, wie die Gesetze früherer Zeiten? Warum wird an ihrem Texte so viel gemäkelt?³⁶ *Spiegel* will zwar nicht in Abrede stellen, daß die Diktion der älteren Gesetze in mancher Hinsicht besser war als heutigen Tages, hebt aber dagegen hervor, daß die Rechtssprache seither knapper, schärfer und reicher geworden ist. Freilich, die alten Gesetze des absoluten Staates wären Schöpfungen aus einem Guß.³⁷ Das heute erforderliche Zusammenarbeiten von Parlament und Regierung sei sicherlich der Einheitlichkeit der Gesetze nicht vorteilhaft.³⁸ Aber gerade dem Parlamente dürfe man die Mängel der Gesetze nicht in die Schuhe schieben; seien denn die aus den Ministerialbureaus hervorgehenden Geszentwürfe solche Glanzleistungen?³⁹ Im übrigen sei es nicht der ärgste Mangel eines Gesetzes, den einen oder anderen Unsinn zu enthalten.⁴⁰ Denn sobald der *Geszentwurf* geltendes *Gesetz* geworden ist, werden seine Mängel durch die *Anwendung* ausgeglichen.⁴¹ Die Wirkung eines Gesetzes hängt eben nicht allein von seinem Texte ab; denn das *Gesetz* ist nicht der einzige Faktor des geltenden *Rechtes*. Zwischen Gesetz und tatsächlich angewandtem Recht liegt die Differenz zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Rechte, die miteinander in Einklang zu bringen, Aufgabe der Rechtsanwendung ist.⁴² Diese Erkenntnis führt aber zu einer anderen als der üblichen Beurteilung von Gesetzen und Geszentwürfen. *Die Bedeutung des Gesetzestextes darf nicht überschätzt werden.*⁴³ Und das gerade ist der Fehler der neueren Gesetze, daß sie – von der falschen Voraussetzung ausgehend, *allein* das Rechtsleben bestimmen zu können – zu viel, weil alles normieren wollen. Allein eine so geartete Gesetzgebung läuft nicht nur Gefahr, ihr Ziel zu verfehlen, sondern auch – und das ist das ärgste – das Rechtsgefühl der Rechtsanwender zurückzudrängen. Denn wie soll der Jurist sein Rechtsgefühl lebendig erhalten, wenn er glauben muß, daß das Gesetz als die alleinige Rechtsquelle alle Rechtssätze enthält, deren die Praxis bedarf? „Das wirkliche Rechtsleben bestimmt sich nicht ausschließlich nach den staatlichen Normen, die Rechtsüberzeugungen der Bevölkerung setzen sich elementar durch, *neben* dem staatlichen Gesetz, *gegen* das staatliche Gesetz.“⁴⁴ Allein – so muß vom entgegengesetzten Standpunkte gefragt werden – kann dieses faktische Nebeneinander und *Gegeneinander* verschiedener normsetzender Autoritäten für eine *juristische* Betrachtung überhaupt faßbar sein? Gewiß, eine auf das tatsächliche Verhalten der

³⁵ Ludwig Spiegel, Entwürfe und Gesetze (1913), in: Gesetz und Recht (Anm. 1), S. 46–74.

³⁶ Vgl. Spiegel, Erbe (Anm. 3), S. 50–55.

³⁷ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 51.

³⁸ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 51.

³⁹ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 52.

⁴⁰ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 53.

⁴¹ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 53.

⁴² Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 53–57.

⁴³ Vgl. Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 57.

⁴⁴ Spiegel, Entwürfe (Anm. 35), S. 74 – Hervorhebungen von Kelsen.

Menschen gerichtete, von aller, auch der *rechtlichen* Wertung völlig abstrahierende, „soziologische“ Betrachtung dürfte das „Rechtsleben“ verschiedentlich motiviert finden. Keineswegs bloß durch das staatliche Gesetz; viel mehr noch durch Erwägungen der Moral, Gerechtigkeit, Sitte, Religion u. a. m. Allein das Problem der Jurisprudenz kann nicht die sozialpsychologische Frage sein: Was bestimmt tatsächlich das soziale Verhalten der Menschen, sondern was *soll* von *Rechts* wegen das Verhalten bestimmen? Lautet aber die Frage so, dann kann niemals eine Vielheit voneinander unabhängiger normsetzender Autoritäten nebeneinander *als gültig* anerkannt werden. Denn dieses *Nebeneinander* bedeutet stets ein *Gegeneinander*. Soll ich die Rechtsordnung aber als ein vernünftiges Ganze[s] begreifen – und das ist das Grundpostulat der *Rechtserkenntnis* – dann muß ein *Konflikt von Rechtsnormen* und Rechtspflichten, *der rechtslogisch keine Lösung findet, unmöglich sein*. Dies ist aber der Fall, wenn zwei oder mehrere normsetzende Autoritäten, wenn Staat, Rechtsgefühl der Richter, Rechtsüberzeugung des Volkes oder gewisser gesellschaftlicher Gruppen usw. nebeneinander vorausgesetzt werden, ohne daß eine Grenzregulierung zwischen ihnen vorgesehen ist, die natürlich nur von einer dieser Autoritäten selbst ausgehen könnte, womit alle andern dieser erstern als unterstellt zu denken wären. Eine | Rechtsordnung, die auf eine Vielheit von normsetzenden Autoritäten zurückgeführt werden müßte, wäre *juristisch* ein Chaos, dem gegenüber auf jede ordnende Erkenntnis verzichtet ist, soferne eben das normlogische Prinzip der *Einheit oberster normsetzender Autorität* entfällt. –

| 771

Auf dieses Problem ist auch die Beurteilung der Abhandlung „Zur Lückenlehre“⁴⁵ einzustellen, die den Abschluß, zugleich aber auch den wertvollsten Bestandteil des zweiten Teiles des *Spiegelschen* Werkes bildet. In teilweisem Gegensatz zu *Zitelmanns*⁴⁶ bekannter Schrift über „Lücken im Recht“⁴⁷ konstatiert *Spiegel*⁴⁸ zunächst, daß es unzulässig sei, von „Lücken des Rechtes“ zu sprechen. Das Recht als Inbegriff aller geltenden Rechtsnormen, die Rechtsordnung ist lückenlos. Nur das „Gesetz“ kann Lücken haben.⁴⁹ Was aber die Lücke des Gesetzes ausfüllt, ist *doch Recht*, wenn auch ungesetztes Recht, *Recht*, das nicht *Gesetz* ist.⁵⁰ Unter dieser Voraussetzung, daß neben dem Gesetzesrecht ein *von diesem unabhängiges* und *selbständiges* ungesetztes Recht als gültig anerkannt wird, das auf eine von der normsetzenden Autorität des Gesetzes gänzlich unabhängige und selbständige Autorität – etwa das Rechtsgefühl – oder vielleicht sogar auf mehrere solche Auto-

⁴⁵ Ludwig Spiegel, Zur Lückenlehre (1913), in: Gesetz und Recht (Anm. 1), S. 118–139.

⁴⁶ Ernst Zitelmann (1852–1923), Privatrechtslehrer. Habilitation 1876 in Göttingen, 1879 a. o. Prof. ebendort, noch im selben Jahr Ruf als o. Prof. nach Rostock. 1881–1884 Prof. in Halle (Saale), 1884–1921 in Bonn (1902/1903 und 1918/1919 Rektor). 1892 wurde Zitelmann zum Geheimen Justizrat ernannt. Wichtige Werke: Internationales Privatrecht, 2 Bde., München und Leipzig 1897 und 1912; Lücken im Recht, Leipzig 1903; Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904.

⁴⁷ Ernst Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig 1903.

⁴⁸ Vgl. Spiegel, Lückenlehre (Anm. 45), S. 118 f.

⁴⁹ Vgl. Spiegel, Lückenlehre (Anm. 45), S. 118; Zitelmann, Lücken (Anm. 47), S. 9.

⁵⁰ Vgl. Spiegel, Lückenlehre (Anm. 45), S. 118 f.

ritäten zurückzuführen ist, unter der Voraussetzung also, daß die Rechtsordnung kein einheitliches, logisch geschlossenes, d. h. innerlich widerspruchloses Normsystem, ist, sind die Resultate *Spiegels* durchaus konsequent. Er behauptet, daß die von *Zitelmann* so benannten „unechten“ Lücken des Gesetzes, die dann gegeben sind, wenn das Gesetz zwar auf den vorliegenden Fall formal anwendbar ist, die Entscheidung aber dem Rechtsgefühl widerspricht⁵¹ – Tatbestandslücken nennt sie treffend *Spiegel*⁵² – wahre Lücken des Gesetzes seien; und daß ihre Ausfüllung, nicht wie *Zitelmann* behauptet,⁵³ eine Rechtsänderung, sondern eine Rechtsergänzung sei.⁵⁴ Allein zugegeben, daß der die Gesetzeslücke ausfüllende, dem Rechtsgefühl (aber nicht dem Gesetze) entsprechende Satz ein Rechtssatz, ein Satz des ungeschriebenen Rechtes sei, so wird sich doch nicht leugnen lassen, daß dieses ungeschriebene Recht dem geschriebenen widerspricht? Denn die Anwendung des geschriebenen Rechtes käme doch zu einem ganz anderen, dem Rechtsgefühl *widersprechenden* Resultate! Wie ist dieser Konflikt zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Rechte *rechtslogisch* zu lösen? Die Regel *lex posterior derogat priori* gilt doch als rechtslogisches Prinzip offenbar nur zwischen Normen derselben Autorität. Wenn das Strafgesetz nur die boshafte Beschädigung des Telegraphen, nicht aber des Telephons mit Strafe bedroht, wie kann die Rechtsanwendung zu einer Bestrafung der boshafte Telephonbeschädigung kommen, ohne das Strafgesetz zu verletzen? *Spiegel* meint, „über das Analogieverbot des Kundmachungspatentes zum Strafgesetz wird dabei hinweggegangen“ (S. 132).⁵⁵ Ist das nicht gesetzwidrig, wenn vielleicht auch nicht – im *Spiegelschen* Sinne – rechtswidrig? Und doch ist auch das Gesetz Recht! Kurz: Wie ist gegenüber dem *rechtslogisch* unlösbaren Widerstreit von gesetztem und ungesetztem Recht die Einheit des Rechtsbegriffes aufrecht zu erhalten, die doch die Grundvoraussetzung aller rechtstheoretischen Erkenntnis ist? Darauf verzichten, die Rechtsordnung als sinnvolles Ganzes, d. h. als logisch widerspruchlose Einheit zu denken, d. h. sie zu begreifen, bedeutet das nicht den Verzicht auf Rechtserkenntnis (im normativen Sinne) überhaupt?

Zu *Zitelmanns* „echten“ Lücken, die dann gegeben sein sollen, wenn das Gesetz zwar einen positiven Satz gibt, nach dem zu entscheiden ist, innerhalb dieses Satzes aber ein einzelnes Moment unentschieden läßt,⁵⁶ bemerkt *Spiegel* ganz mit Recht: der Fall, wo diese gesetzliche Unbestimmtheit mit Absicht gelassen ist, damit dem Rechtsanwender ein Spielraum freien Ermessens bleibe, unterscheidet sich nicht wesentlich von jenem, wo die Unbestimmtheit ohne Absicht blieb.⁵⁷ *Spiegel* sieht hier nur insoferne eine Lücke, als das Gesetz eben nicht ausdrücklich die Ent-

⁵¹ Vgl. *Zitelmann*, Lücken (Anm. 47), S. 9.

⁵² *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 135.

⁵³ Vgl. *Zitelmann*, Lücken (Anm. 47), S. 19.

⁵⁴ Vgl. *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 126.

⁵⁵ *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 132.

⁵⁶ Vgl. *Zitelmann*, Lücken (Anm. 47), S. 27.

⁵⁷ Vgl. *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 134f.

scheidung trifft, die das Rechtsgefühl fordert.⁵⁸ Allein diese Entscheidung ist innerhalb der⁵⁹ vom Gesetze (mit oder ohne Absicht) gelassenen Spielraumes rechtlich zulässig und muß als Recht gelten. Zum Schlusse seiner Abhandlung sagt *Spiegel*: „Objektiv genommen hat das *Gesetz* keine Lücken. Eine formale Möglichkeit, auf Grund des Gesetzes zu entscheiden besteht immer. | Eine Lücke entsteht erst oder wird fühlbar, wenn wir das Gesetz mit unserem Rechtsgefühl in Einklang bringen wollen.“⁶⁰ Damit gibt *Spiegel das gesetzte Recht* als logisch geschlossenes Normsystem – im formalen und objektiven Sinne – zu. Damit ist aber auch zugegeben, daß das *ungesetzte* aus der Autorität des Rechtsgefühls oder sonst einer anderen Autorität abgeleitete Recht formal und objektiv im Widerspruch zum gesetztem Rechte stehen muß, wenn er⁶¹ sich nicht innerhalb jener Schranken zu halten hat, die das gesetzte ihm einräumt, d.h: wenn nicht die Autorität des ungesetzten auf einer Delegation seitens der Autorität des gesetzten Rechtes beruhend (oder umgekehrt) vorgestellt wird. Dieser formale und objektive Widerspruch des gesetzten zum ungesetzten Rechte, der offen bleibt, sofern die normsetzenden Autoritäten beider Systeme und damit diese Systeme selbst in gegenseitiger Unabhängigkeit vorausgesetzt werden, muß der Haupteinwand gegen die Freirechtstheorie sein.

Neben dieser Studie „Zur Lückenlehre“⁶² enthält die zweite Abteilung der *Spiegelschen* Schrift mehrere ausgezeichnete kritische Abhandlungen. „Savignys⁶³ ‚Beruf“⁶⁴ und Gönners⁶⁵ ‚Gegenschrift“⁶⁶“⁶⁷ stellt sich zur Aufgabe, die Darstellung

⁵⁸ Vgl. *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 135.

⁵⁹ «der»] recte: «des».

⁶⁰ *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 139 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernehmen.

⁶¹ «er»] müsste wohl heißen: «es».

⁶² *Spiegel*, Lückenlehre (Anm. 45), S. 118–139.

⁶³ Friedrich Carl (auch: Karl) von Savigny (1779–1861), Romanist, Privat- und Strafrechtslehrer sowie preußischer Justizminister. Er ist der Begründer der Historischen Rechtsschule und der wohl bedeutendste deutsche Rechtslehrer des 19. Jahrhunderts. 1800 Promotion in Marburg, ab 1803 a.o.Prof. für Straf- und Zivilrecht ebendort, ab Sommersemester 1804 bis 1808 für Forschungsreisen befreit, ab 1808 o.Prof. für Straf- und Zivilrecht in Landshut, ab 1810 erster o.Prof. für Römisches Recht in Berlin (1812 Rektor). Gab 1815–1850 zusammen mit Friedrich Karl Eichhorn (1781–1854) und J.F.L. Göschen (1778–1837) die „Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft“ heraus. 1842–1848 preußischer Justizminister für Gesetzesrevision. Wichtige Werke: *Das Recht des Besitzes*, Gießen 1803 (6. Aufl., Gießen 1837); *Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (2. Aufl., Heidelberg 1828); *Geschichte des Römischen Rechtes im Mittelalter*, 6 Bde., Heidelberg 1815–1831 (2. Aufl., 7 Bde., Heidelberg 1834–1851); *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Bde., Berlin 1840–1849.

⁶⁴ *Friedrich Carl von Savigny*, *Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (2. Aufl., Heidelberg 1828).

⁶⁵ Nikolaus Thaddäus Ritter von Gönner (1764–1827), Staats- und Privatrechtslehrer. 1789 Promotion und o.Prof. des Staatsrechts in Bamberg, 1791 o.Prof. der Pandekten, 1799 o.Prof. des deutschen Staatsrechts in Ingolstadt bzw. nach der Verlegung der Universität in Landshut (1801 Rektor), 1811 Mitglied der Geheimratskommission zur Ausarbeitung des neuen bayerischen Strafgesetzbuchs in München, 1815 Geheimer Justizsekretar, 1817 Staatsrat. Wichtige Werke: *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 4 Bde., Erlangen 1801–1803 (2. Aufl., Erlangen

die *Landsberg*⁶⁸ in seiner Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft⁶⁹ von dem großen Prinzipienstreit zwischen *Savigny* und *Gönnner* über das Problem der Gesetzgebung gibt, zu berichtigen und – indem auf den Kern des Problems hingewiesen wird – auch zu vertiefen. In dem Aufsatz „*Hatscheks*⁷⁰ Betrachtungen über das kontinentale Rechtsquellen-system“⁷¹ erfährt der bekannte Verfasser des Englischen Staatsrechtes eine energische Abfuhr. „Der *référé* législatif oder die Anfrage bei Hof“⁷² bringt eine wertvolle Berichtigung der *Lukasschen*⁷³ Abhandlung: „Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers.“⁷⁴ Alle drei Abhandlungen sind Kabinettsstücke kritischer Kunst und Musterbeispiele für eine nicht bloß negierende, sondern schöpferische und ergänzende Kritik, bieten aber, eben wegen ihres vornehmlich kritischen Charakters, einem Referate weniger Anhaltspunkte als die gehaltvollen, an das Höchst[e] und Tiefste aller Rechtswissenschaft rührenden übrigen Kapitel des *Spiegelschen* Buches, mit dem die österreichische Literatur sich eine respektable Stelle in der für die Zukunftsentwicklung unserer ganzen Disziplin hochbedeutsamen Rechtsquellentheorie gesichert hat.

1804); Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804; Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, 2 Bde., Erlangen 1815 und 1817.

⁶⁶ *Nikolaus Thaddäus von Gönnner*, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen 1815.

⁶⁷ *Ludwig Spiegel*, Savignys „Beruf“ und Gönnners Gegenschrift (1913), in: Gesetz und Recht (Anm. 1), S. 77–89.

⁶⁸ Ernst Landsberg (1860–1927), Rechtshistoriker, Privat- und Strafrechtslehrer. 1883 Habilitation in Bonn, 1887 a.o.Prof., 1899 o.Prof. für Römisches Recht und Strafrecht ebendort (1914/1915 Rektor). Er setzte die „Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft“ seines Lehrers Johann August Roderich von Stintzing (1825–1883) fort. Wichtige Werke: Das Furtum des bösgläubigen Besitzers, Bonn 1888; Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, Freiburg i.Br. 1890; Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896, 2 Bde., Berlin 1904; Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 2 Bde., München und Berlin 1910.

⁶⁹ *Ernst Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 2 Bde., München und Berlin 1910 – zur Auseinandersetzung zwischen Gönnner und Savigny vgl. Bd. 1, S. 155–159.

⁷⁰ Julius Hatschek (1872–1926), Staatsrechts- und Völkerrechtslehrer. 1905–1907 a.o.Prof. an der preußischen Verwaltungsschule in Posen, ab 1907 a.o.Prof. an der Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung in Berlin, ab 1909 a.o.Prof. in Göttingen und ab 1921 o.Prof. ebendort. Wichtige Werke: Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1919; Englisches Staatsrecht, 2 Bde., Freiburg i.Br. 1905 und 1906; Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, Leipzig und Berlin 1915.

⁷¹ *Ludwig Spiegel*, Hatscheks Betrachtungen über das kontinentale Rechtsquellen-system (1913), in: Gesetz und Recht (Anm. 1), S. 90–99.

⁷² *Ludwig Spiegel*, Der *référé* législatif oder die Anfrage bei Hof (1913), in: Gesetz und Recht (Anm. 1), S. 100–117.

⁷³ Josef Lukas (1875–1929), Staatsrechtslehrer. 1902 in Graz habilitiert, ab 1902 Privatdozent in Graz, ab 1904 a.o.Prof. in Czernowitz, ab 1910 o.Prof. in Königsberg, ab 1910 o.Prof. in Münster. Wichtige Werke: Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches, Graz 1901; Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung, Tübingen 1920; Deutschland und die Idee des Völkerbundes, Münster 1921.

⁷⁴ *Josef Lukas*, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, Tübingen 1908.

Über Staatsunrecht.
Zugleich ein Beitrag zur Frage
der Deliktsfähigkeit juristischer Personen
und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt
(1914)*

* [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114.

Nachdruck:

– in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 957–1057. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle *wrs* zu erkennen.)

Übersetzung:

– *Italienisch*: L'illecito dello Stato (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort versehen von Angelo Abignente), Neapel 1988. – Nachdruck: Neapel 1990.

| Über Staatsunrecht.

Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt.

Inhaltsübersicht:¹

Vorbemerkung: Staatsrecht und Staatsunrecht	441
I. Kapitel: Das allgemeine Prinzip	443
§ 1. Rechtsordnung und Exekutive	443
§ 2. Die rechtliche Zurechnung zum Staate und der Begriff des Unrechtes	448
II. Kapitel: Das kriminelle und zivile Unrecht des Staates	454
§ 3. Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen	454
§ 4. Das kriminelle Unrecht des Staates	463
§ 5. Das zivile Unrecht des Staates und die sogenannte Exekution gegen den Staat	468
§ 6. Staatspersönlichkeit und Organpersönlichkeit, Staatsunrecht und Organunrecht	474
III. Kapitel: Der fehlerhafte Staatsakt	476
§ 7. Begriff des fehlerhaften Staatsaktes und Einteilung der Mängel	476
§ 8. Der nichtige und der anfechtbare Staatsakt	483
§ 9. Die neuesten Systemisierungsversuche	491
§ 10. Die Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit	493
a) aus dem Gewicht der verletzten Norm	494
b) aus dem Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht	500
c) aus der rechtslogischen Natur der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nach positivistischen Prinzipien	508
§ 11. Das Verhältnis des Staatsunrechts zum fehlerhaften Staatsakt	514
§ 12. Der fehlerhafte Gesetzgebungsakt und das völkerrechtliche Delikt des Staates	516
IV. Kapitel: Staatsunrecht und Haftung des Staates für seine Organe	520
§ 13. Die rechtslogische Bedeutung des Dogmas von der rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates	520
§ 14. Haftung des Staates für die Rechtswidrigkeit seiner Organe	521
Schlusswort: Staatsrecht und Staatsunrecht	531

¹ Die Inhaltsübersicht ist im Original als Fließtext ohne Angabe von Seitenzahlen abgedruckt.

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. | WRS 958

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 | 3

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.

|WRS 959

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 Normen 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 mißverstandenen 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.

|4 |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

|WRS 960

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 verfolgbaren, aber längeren und schwierigeren, ein Plus an Denkarbeit fordernden Straße oder auf einem kürzeren und bequemeren, 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.

Das allgemeine Prinzip.

§ 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 | 5 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 Exemption² des Monarchen von der Rechtsordnung keine vollständige ist, indem eine zivilrechtliche Verpflichtungsmöglichkeit besteht,³ 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 aus- | WRS 961 spricht. Diese Unvereinbarkeit beruht auf der Exemption des Monarchen von der

² Unter Exemption (lat.: *exemptio*; dt.: Herausnahme, Ausgliederung) versteht man die Ausnahme bzw. Befreiung von einer sonst allgemein auferlegten Last.

³ Vgl. Art 1 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145; § 20 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946 (im Folgenden: ABGB 1811).

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.

|6 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, auszuschließen. 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*⁴ |, 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. | WRS 962 Denn wenn der Staat Unrecht tun kann und nur ein ideales Postulat an dem⁶ Staat zugegeben wird: daß er Unrecht womöglich vermeiden solle,

|6, WRS 961 |¹⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 241 ff.⁵

⁴ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellinek).

⁵ *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 241–245.

⁶ «dem»] müsste wohl heißen: «den».

so ist eigentlich der Staat allen übrigen Rechtssubjekten in der Frage der Unrechtsmöglichkeit 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.⁷ |7

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 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 |wrs 963

⁷ Diese Binding zugeschriebene Äußerung hat Kelsen bereits in seinen „Hauptproblemen“ (1911) angeführt, aber auch dort nicht nachgewiesen, vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 249 = HKW 2, S. 21–878 (367).

| 8 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 | WRS 964 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 *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 ste-

| 8, WRS 963 |²⁾ Über das Verhältnis des juristischen Willensbegriffes zum Begriffe der rechtlichen Zurechnung vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, J. C. B. Mohr, S. 221 ff.⁸

⁸ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 7), insb. S. 184–188 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 293–298).

hen 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 Widerspruchslosigkeit 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 widerspruchsloses 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. |10

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 Subjektivierungsprinzip des Rechtssatzes. Ich kann natürlich in diesem Zusammenhange diese Frage nicht in ihrer Gänze aufrollen und beant-

worten³⁾, 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 soferne 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 einer Person verknüpft wird, liegt Zu-

| 10, WRS 965 |³⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 311 ff.⁹

⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 311–709, insb. 618–629 = HKW 2, S. 21–878 (435–878, insb. 778–789).

|rechnung vor. Die Zurechnung muß keineswegs eine rechtliche sein, es gibt auch |12
 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 Zu-
 rechnung, zwischen der Person und dem zuzurechnenden Tatbestand besteht.
 Gerade die Zurechnung, die zur Staatsperson führt, zeigt dies deut|lich. Fragt man |wrs 967
 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 kau-
 salen Problemstellung. Das Kausalprinzip reicht zur Erklärung der Zurechnung
 nicht aus.

Ebenso ist die Behauptung, daß die Zurechnung im allgemeinen und insbe-
 sondere 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 Zurech-
 nungssubjekte 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-physio-
 logischen Einheit Mensch, daß niemals die Person, sondern stets nur der Mensch
 | als Träger psychischer Prozesse angesehen werden darf. Ich will nur darauf hin- |13
 weisen, daß dort, wo die Personqualität nicht an das reale Substrat „Mensch“
 geknüpft ist, z. B. bei den juristischen Personen der Stiftungen, Anstalten, Kor-
 porationen, 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

⁴⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 72 ff.¹⁰

|12, wrs 966

¹⁰ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 72–84 = HKW 2, S. 21–878 (161–174).

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 Zurechnung 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

|WRS 968

|14

|WRS 969

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 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 | 15 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 Rechtsnormen, die Welt des rechtlichen Sollens beschränkte Betrachtung erschöpft.

| Die Erkenntnis, daß unter Staatswille oder Staatsperson nur eine zum Zwecke | WRS 970 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 | 16 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.

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 Widersinn 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.¹²⁾

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.¹³ 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

| 16,
WRS 970

|⁵⁾ Vgl. meine Hauptprobleme S. 162 ff.¹¹

¹¹ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 162–188 = HKW 2, S. 21–878 (272–300).

¹² Vgl. oben S. 447 f., 450 f.

¹³ Vgl. oben S. 446 f.

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 Gesamtatbestand des Seins anzusehen, das ein metaphysisches Bedürfnis letztlich auf dem Soll eines transzendentalen 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 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.

| 18

| WRS 972

II. Kapitel.

Das kriminelle und zivile Unrecht des Staates.

§ 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 kriminell und zivilem 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 gerechtfertigt.⁶⁾ Für den durch die Einteilung in Kriminal- und Zivilunrecht vollkommen erschöpften Unrechtsbegriff ist ausschließlich die *Unrechtsfolge*, und für die beiden | WRS 973 Unterabteilungen die Art der | ser 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 ist.⁸⁾ Jedenfalls stünde es in

| 19, WRS 972 | ⁶⁾ Vgl. meine Hauptprobleme S. 134 ff.¹⁴

| WRS 973 | ⁷⁾ Zur Kritik dieses Schuldbegriffes vgl. meine Hauptprobleme S. 133 ff.¹⁵

⁸⁾ Die Fahrlässigkeitsdelikte weisen keinerlei positives psychisches Element auf. Vgl. dazu meine Hauptprobleme S. 135 ff.¹⁶ 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.

¹⁴ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 303–305 = HKW 2, S. 21–878 (425–428).

¹⁵ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 133–143 = HKW 2, S. 21–878 (235–250).

¹⁶ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 135–143 = HKW 2, S. 21–878 (240–250).

ihrem Belieben, auch Tatbestände unter Strafe zu stellen, die keinerlei psychische Elemente aufweisen und so trotzdem zu kriminellem 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. |20

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*¹⁷ 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 auf Grund 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 kritisieren, 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 |WRS 974

¹⁷ Otto (Friedrich) von Gierke (1841–1921), Rechtshistoriker, Privat- und Staatsrechtslehrer. 1867 habilitiert in Berlin; 1871 zunächst a.o.Prof. ebendort, im selben Jahr noch o.Prof. in Breslau, ab 1884 in Heidelberg. Er kehrte 1887 an die Universität Berlin zurück (1902–1903 Rektor). Er gilt als Begründer des deutschen Genossenschaftsrechts und als einer der Hauptvertreter einer Organismuslehre des Staates. Wichtige Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868–1881; Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 30 (1874), S. 153–198, 265–335; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a.M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., München und Leipzig 1895–1917.

|21 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 *Willensfreiheit*⁹⁾ angenommen wird, ebenso wie der Mensch deliktsfähig¹⁰⁾ sein muß.

|WRS 975 | Was nun die allgemeine Frage nach der Unrechts- und Deliktsfähigkeit 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 Voraus|setzung, welche die Zurechnung eines Unrechtstatbestandes zum Staate unmöglich macht, nämlich 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.

|22

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

|21, WRS 974 |⁹⁾ *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 752.¹⁸

¹⁰⁾ *Gierke* unterscheidet nicht scharf zwischen deliktischem und widerrechtlichem, d. h. Unrechtstatbestand. Vgl. dazu auch sein Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, I., S. 530,¹⁹ wo er die Deliktsfähigkeit der Körperschaft mit ihrer Fähigkeit zu „rechtswidriger Handlung“ identifiziert.

¹⁸ *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, S. 752.

¹⁹ *Otto Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, S. 530 – das folgende Zitat findet sich dort.

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 trifft.¹¹⁾

|wrs 976

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 – delinquirieren 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 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

|23

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. 37 ff.²⁰ |22, wrs 976

²⁰ Vgl. unten S. 468–474.

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 gesetzwidrige, keine rechtstheoretische Frage. De lege lata ist den meisten Rechtsordnungen solche Zurechnung fremd.

WRS 977

24

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.

WRS 978

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 Rechtsätze 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.

25

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 Rechtssatz 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 ge|troffen 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 *seine* 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

|wrs 979

|26

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 abzuspielen 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

| 27

| WRS 980

| 27, WRS 980 | ¹²⁾ Vgl. meine Hauptprobleme, S. 97 ff.²¹ und oben S. 15.²²

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. |28

Ob und in welchem Umfang das durch die Organe schuldhafte 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 jeden|falls 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. |WRS 981

Was den hier vertretenen Resultaten entgegenget 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[r] 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 Rechtssatz nur |29

²¹ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 97–188, insb. 145, 159, 184, 186f. = HKW 2, S. 21–878 (191–300, insb. 251, 267f., 294, 298).

²² Vgl. oben S. 451.

psychisch qualifizierte Tatbestände mit Strafe oder Exekution bedroht, somit zu Schuld tatbeständen qualifiziert werden sollen.

Weil das psychische Moment, wenn nicht zur ausnahmslosen, so doch zur regelmäßigen Bedingung der Unrechtszurechnung, d. h. des rechtlichen Schuldurteils 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.

| WRS 982

| 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 das sogenannte schuldhaft Unrecht, 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 Willen 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.

| 30

Das Verhältnis des hier aufgestellten Prinzips 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 schuldhaft 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

| WRS 983

Übereinstimmung mit den Lehrsätzen 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. |31

§ 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. |WRS 984

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 denknotwendiger Unterschied besteht. Auch die organische Auffassung kann nicht auf die Vorstellung verzichten, daß die Rechtsord-

32 nung, 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 „ebensowenig²³ wie dem Individuum Pflichten ohne die Möglichkeit der Verletzung auferlegen und Rechte ohne die Möglichkeit des Mißbrauches gewähren“.¹³⁾ 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 wolle.¹⁴⁾ 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* begeht“.¹⁵⁾ Es sei hier dahingestellt, ob diese Formel wirklich durchführbar ist, insbesondere ob, wenn | WRS 985 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 ohneweiters möglich ist, die Zurechnung von Tatbeständen zur juristischen Person | 33 *nicht* auf die inner|halb 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 Vollmachtsge-

| 32,
WRS 984

|¹³⁾ Genossenschaftstheorie, S. 756.²⁴

¹⁴⁾ A. a. O., S. 761, 762.²⁵

¹⁵⁾ A. a. O. S. 758.²⁶

²³ «ebensowenig»] *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 756: «so wenig».

²⁴ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 756.

²⁵ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 761f.

²⁶ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 758 – Hervorhebung von Kelsen.

bers 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 Vollmachtbereiches 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 deliktische Verhalten muß immer als außerhalb des rechtsgültigen Kompetenz- oder Vollmachtbereiches stehend angesehen werden und eine Zurechnung ist hier nur insoferne möglich, als die Rechtsordnung eine solche über das bloße Vollmachten- 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 insoferne auch rechtswidriges Verhalten des Organes der juristischen Person zugerechnet werden muß, ist das Organ auch in diesem seinen rechtswidrigen Verhalten „als solches“ tätig.¹⁶⁾ | WRS 986

Vollends in seiner Anwendung auf die Staatsperson muß das *Gierkesche* Zurechnungsprinzip abgelehnt werden. Niemals | kann ein Staatsorgan, das sich | 34 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

| ¹⁶⁾ *Gierke* a. a. O. S. 756.²⁷

| ¹⁷⁾ A. a. O. S. 764.²⁸

| 33, WRS 986

| 34

²⁷ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 765f. – Kelsen paraphrasiert.

²⁸ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 764.

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 eingetribenen Gelde geflohen ist, als Organ des Staates handelt, und daß der Staat in diesem Falle aus eigener Schuld den geschädigten Gläubigern haftet.¹⁸⁾ 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“³⁰ und eine Bestrafung seiner selbst | heischte und vollzöge“.¹⁹⁾ Daß aus der Unvollziehbarkeit | der Vorstellung einer Bestrafung des Staates die Unmöglichkeit zumindest eines kriminellen staatlichen Unrechts direkt hervorgeht, ignoriert *Gierke*.

| WRS 987
| 35

Andere Vertreter der organischen Theorie sind konsequenter als ihr Begründer. So verkündet *Hafter*^{32 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“³⁴, die allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider ist, ja einen Deliktstatbestand erfüllt“²¹⁾, unter Umständen auch ein Verbrechen begehen. Er spottet seiner selbst und weiß nicht wie, wenn er in der Absicht, den Umkreis der staatlichen Deliktsfähigkeit nur einzuschränken, in Wahrheit aber die Deliktsfähigkeit des Staates

¹⁸⁾ A. a. O. S. 763.²⁹

| WRS 987
| 35

¹⁹⁾ A. a. O. S. 772.³¹

²⁰⁾ Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903.³³

²¹⁾ A. a. O. S. 115.³⁵

²⁹ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 762f. Anm. 3 (763).

³⁰ «erscheine»] *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 772: «erschiene».

³¹ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 772.

³² Ernst Sigmund Hafter (1876–1949), schweizerischer Strafrechtslehrer und Richter. Ab 1902 Privatdozent an der Universität Zürich, ab 1905 a.o.Prof., 1911–1942 o.Prof. ebendort (1922–1924 Rektor). Richter am Züricher Kassationsgericht 1908–1946 (1912–1913 Präsident) und am Militärkassationsgericht 1925–1946 (1935–1946 Präsident). Er war an den Gesetzgebungsarbeiten zum Schweizerischen Strafgesetzbuch von 1937 und zum Militärstrafgesetzbuch von 1927/1928 beteiligt. Wichtige Werke: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903; Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 3 Bde., Berlin 1926–1943 (Bd. 1, 2. Aufl., Bern 1946).

³³ *Ernst Hafter*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903.

³⁴ «erläßt»] Wort von Kelsen eingefügt.

³⁵ *Hafter*, Personenverbände (Anm. 33), S. 115.

völlig wieder vernichtend, erklärt, ein Staatsdelikt ließe sich nur dann denken, „wenn in der Handlung des Beamten der Staatswille direkt zum Ausdruck gelangt“. ²²⁾ 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 *Hafter* nur durchaus folgerichtig, wenn er in Übereinstimmung mit einem anderen radikalen Vertreter der organischen Theorie, nämlich *Mestre* ^{37 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 *Hafter* 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. *Hafter* entscheidet: Der Staat ist von der Gemeinde zu bestrafen; aber damit nicht genug, auch der arme Postkutscher muß bestraft werden. ²⁴⁾ Daß *Hafter* ernstlich für möglich hält, daß innerhalb eines und desselben Rechtsgebietes zwei einander widersprechende Rechtsnormen gleichzeitig nebeneinander 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

| 36

| WRS 988

²²⁾ A. a. O. S. 116. ³⁶

²³⁾ Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris 1899. ³⁸

²⁴⁾ A. a. O. S. 116. ³⁹

| 36, WRS 988

³⁶ *Hafter*, Personenverbände (Anm. 33), S. 116.

³⁷ Achille Mestre (1874–1960), französischer Rechtswissenschaftler. 1899 Prof. in Lille, 1900–1922 Prof. für Finanzgesetzgebung und Verwaltungsrecht in Toulouse, 1922–1944 Prof. für Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Paris. Wichtige Werke: Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris 1899; La Théorie du dommage direct, Paris 1927; L'évolution du droit public, Paris 1956.

³⁸ Achille Mestre, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris 1899.

³⁹ *Hafter*, Personenverbände (Anm. 33), S. 116.

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 hat.²⁵⁾

| 37

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

| WRS 989

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 erklären.²⁶⁾ 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 irgend eines Tatbestandes durchaus zulässig.

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

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).⁴⁰⁾ 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!

| 37,
WRS 989

²⁶⁾ Vgl. die *Glaser-Ungersche* Samml. Nr. 6716.⁴¹⁾

⁴⁰⁾ *Hafter*, Personenverbände (Anm. 33), S. 112f.

⁴¹⁾ Entsch OGH 20.12.1877, Z 13953, in: Julius Glaser/Joseph Unger/Joseph von Walther (Hrsg.), Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, Bd. 15, 2. Aufl., Wien 1882, Nr. 6716, S. 460f. (in Zitaten von Erkenntnissen und Entscheidungen des OGH: GIU).

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. | 38

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 sein.²⁷⁾ Ist aber die „Zulässigkeit des Rechtsweges“⁴⁴ 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. | WRS 990

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

²⁷⁾ Das hat richtig hervorgehoben *Pollak*⁴² in seinem vorzüglichen Aufsatz: Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat. *Grünhutsche Zeitschrift*, Bd. 30, S. 380.⁴³ Der *Pollaksche* Aufsatz befaßt sich allerdings nur mit der materiellen Seite des Problems. | 38, WRS 990

⁴² Rudolf Pollak (1864–1939), Zivilprozess- und Insolvenzrechtslehrer sowie Richter. 1894 Habilitation an der Universität Wien; ab 1898 Prof. für Handelsrecht und Rechtsverfolgung an der Exportakademie des Handelsmuseums in Wien; ab 1907 a.o. Prof. an der Universität Wien, ab 1913 tit.o. Prof. ebendort; 1926 bis zu seiner Emeritierung 1934 o. Prof. an der Hochschule für Welthandel in Wien. Daneben war Pollak seit 1897 als Richter tätig, zuletzt 1922–1926 als stimmführendes Mitglied des Obersten Gerichtshofes. Wichtige Werke: Die Widerklage, Wien 1889; Das Konkursrecht, Berlin 1897; System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, 2 Bde., Wien 1903 und 1906 (2. Aufl., 3 Bde., Wien 1930–1932).

⁴³ *Rudolf Pollak*, Execution civilgerichtlicher Befehle gegen den Staat, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 30 (1903), S. 371–396 (380).

⁴⁴ *Pollak*, Execution (Anm. 43), S. 372.

mögen 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

²⁸⁾ Z. B. für das österreichische Recht, bezüglich dessen den Argumentationen *Pollaks* (a. a. O. S. 371 ff.)⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 statuierten, 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.

⁴⁵ *Pollak*, Execution (Anm. 43), S. 371–396.

⁴⁶ Vgl. *Pollak*, Execution (Anm. 43), S. 374–377.

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 – materiellen 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 |wrs 992 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 gezeugnet 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 wei|gert sich der Staat, d. h. die hier in Betracht kommende Staats- |41 kasse des Kriegsministeriums, zu zahlen. Und hierauf erfolgt etwas, was scheinbar genau so 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 kompetente 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 ausge|sprochen, 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

|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 nicht⁴⁷⁾ anwendbar, weil der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieses Zwangsmittels nicht voraussetzen konnte, noch voraussetzte, daß ein gutorganisierter *Staat* die Entscheidung⁴⁸⁾ der eigenen Gerichte nicht respektieren und die Erfüllung derselben verweigern werde.“⁴⁹⁾ 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.⁵⁰⁾

⁴⁷⁾ «Schuldner nicht»] OGH GIU 6716 (Anm. 41), S. 460: «Schuldner deshalb nicht».

⁴⁸⁾ «Entscheidung»] OGH GIU 6716 (Anm. 41), S. 460: «Entscheidungen».

⁴⁹⁾ OGH GIU 6716 (Anm. 41), S. 460 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁰⁾ Vgl. unten S. 474–476.

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 rechtskräftigen Urteils der Staat dem Gerichte gegenüber steht, weil der Staat als Gerichtsbehörde und der Staat als Partei bis zu diesem Augenblicke nicht divergierenden Willens sind – wird doch erst festgestellt, ob die fragliche Rechtspflicht besteht – ist im Zwangsverfahren 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 kann.³⁰⁾ 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, der 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.

³⁰⁾ Wenn Pollak sagt (a. a. O. S. 388):⁵¹⁾ „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.

⁵¹⁾ Pollak, Execution (Anm. 43), S. 388 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

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 insoferne, 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 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 verfehlt 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 Rechts|persönlichkeit 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, herauschält.³¹⁾

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

³¹⁾ Zum Problem der Organpersönlichkeit vgl. meine Hauptprobleme, S. 514 ff.⁵²

⁵² *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 514–537 = HKW 2, S. 21–878 (663–687).

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 geeignet 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.

| WRS 998

| III. Kapitel.

Der fehlerhafte Staatsakt.

§ 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 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 worden.³²⁾

| 48

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 „Gesetzwidrig-

| 47, WRS 998 |³²⁾ *Walter Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt. Tübingen, J. C. B. Mohr 1908,⁵³ und *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.⁵⁴

| 48 |³³⁾ Daß auch im letzteren Falle die Form des Rechtssatzes das Gesetz ist, darüber vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 537 ff.⁵⁵

⁵³ *Walter Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, Tübingen 1908.

⁵⁴ *Karl Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910.

⁵⁵ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 537–566 = HKW 2, S. 21–878 (689–719).

keit³⁴⁾ bezeichnet, so kann hier der Begriff des Gesetzes jedenfalls nur im materiellen Sinne von Rechtssatz verstanden sein. Wenn auch Zweckwidrigkeit neben Gesetzwidrigkeit als rechtlich relevante Mangelhaftigkeit bei Staatsakten unterschieden wird³⁵⁾, kann dies nur insoferne 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 ist.³⁶⁾ | WRS 999

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 | 49 involvieren; und bei diesen ist die Bezeichnung von „fehlerhaften“ Staatsakten gerechtfertigt. Die möglichen Mängel eines Staatsaktes sind sonach verschiedener Natur.

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

³⁴⁾ *Kormann* a. a. O. S. 204.⁵⁶⁾

³⁵⁾ *Kormann* behauptet a. a. O. S. 204,⁵⁷⁾ die Fehlerlosigkeit umfasste 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. 44.⁵⁸⁾ | WRS 999

⁵⁶⁾ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 204, 217, 218 u. ö.

⁵⁷⁾ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 204.

⁵⁸⁾ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 44 – Hervorhebung von Kelsen.

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 hierher: 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.

|WRS 1000

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.

|50

Ebenfalls nach den Erfordernissen des fehlerfreien Staatsaktes systemisiert *Walter Jellinek*⁵⁹ die möglichen Mängel eines Staatsaktes. Er unterscheidet vier Grup-

⁵⁹ Walter Jellinek (1885–1955), Sohn Georg Jellineks, Staats- und Völkerrechtslehrer. Nach seiner Habilitation 1912 in Leipzig Vorlesungstätigkeit ebendort. Ab 1913 planmäßiger a. o. Prof. in Kiel, 1914–1918 Teilnahme am Ersten Weltkrieg als Reserveoffizier, 1919–1929 o. Prof. in Kiel (1928/1929 Rektor). Ab 1929 o. Prof. in Heidelberg, 1935 von den Nationalsozialisten in den Ruhestand versetzt, 1945 reaktiviert. Wichtige Werke: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen*, Tübingen 1913; *Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution)*, in: *Veröffentlichun-*

pen von Vorschriften: 1. Personenrechtliche,⁶⁰ 2. das „Recht der Objekte“ betreffende,⁶¹ 3. die sich auf die Form beziehenden Normen⁶² und 4. die Erfordernisse der „sachlichen Richtigkeit“.⁶³ 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 Objekt⁶⁴ der staatlichen Gewalt sein können.“³⁷ Als Beispiel führt er an die Verurteilung eines 11-jährigen Kindes zu einer öffentlichen Strafe⁶⁶ oder die durch den Standesbeamten erfolgte Eheschließung zwischen zwei Frauen.⁶⁷ *Walter Jellinek* vergleicht in solchen Fällen die „Objekte“ der Staatstätigkeit mit „res extra commercium“⁶⁸ im publizistischen Sinne⁶⁹. 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.⁷⁰ 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

| WRS 1001

| 51

³⁷) A. a. O. S. 27 ff.⁶⁵

| 51, WRS 1001

gen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2 (1925), S. 8–80; Verwaltungsrecht, Berlin 1928 (3. Aufl., Berlin 1931).

⁶⁰ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34.

⁶¹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34.

⁶² Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 37–39.

⁶³ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 39–43 – Kelsen paraphrasiert.

⁶⁴ «Objekt»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34: «Objekte».

⁶⁵ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶⁶ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 35.

⁶⁷ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34.

⁶⁸ Lat.: res extra commercium; dt.: verkehrsunfähige Sache(n).

⁶⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 34.

⁷⁰ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 35.

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 Mängel.³⁸⁾

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 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.⁷³ 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,⁷⁴ aber auch ein Grundstücksverkauf durch ein 5jähriges Kind,⁷⁵ ebenso wie eine Ehe zwischen Christen und Nichtchristen nach österr. BGB.⁷⁶ Ganz abgesehen davon, daß der Gegensatz von Nichtkönnen (rechtliche Unmöglichkeit) und Nichtdürfen (rechtliches Verbot) bei Staatsakten nicht besteht, weil, wie an anderer Stelle ausgeführt,⁷⁷ ein staatliches Unrecht im Sinne eines Nichtdürfens denkwidrig 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*⁷⁸ geltend zu machen, der neben einer „Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit“⁷⁹ noch eine Nichtigkeit wegen Formmängel,⁸⁰ Willensmängel⁸¹ und schließlich auch eine „Nichtigkeit wegen In-

³⁸⁾ A. a. O. S. 27 ff.⁷¹

³⁹⁾ A. a. O. S. 35.⁷²

⁷¹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 29–43.

⁷² *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 35 f.

⁷³ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 35.

⁷⁴ Vgl. § 878 ABGB 1811 (Anm. 3).

⁷⁵ Vgl. § 865 ABGB 1811 (Anm. 3).

⁷⁶ Vgl. § 64 ABGB 1811 (Anm. 3).

⁷⁷ Vgl. oben S. 465 f.

⁷⁸ Karl Kormann (1884–1914), Staatsrechtslehrer. 1913 Habilitation in Berlin, 1914 als o. Prof. an die Universität Leipzig berufen. Er versuchte, einen Allgemeinen Teil für das ganze Öffentliche Recht zu entwerfen. 1914 als Leutnant d. R. in der Schlacht bei Tannenberg in Ostpreußen gefallen. Wichtige Werke: Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht, Berlin 1907; System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910; Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in: (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 44 (1911), S. 850–922 sowie 45 (1912), S. 36–129, 195–218.

⁷⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 232–260.

⁸⁰ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 260–278.

⁸¹ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 285–305.

haltsmängel⁸² unterscheidet.⁴⁰⁾ 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“ vor.⁴¹⁾

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 gerecht|fertigt sein.“⁴²⁾ Diese Normen, be- | 53
treffend den „Inhalt“ des staatlichen Aktes, bezeichnet er auch als | die Forderung | WRS 1003
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 Terminologie 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 im Denken (Irrtum) und Fehlern im Wollen unterscheidet,⁸⁷ 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 sollen!⁴⁴⁾ Aus den Beispielen, die *Wal-*

| 40) A. a. O. S. 232 ff. ⁸³

| 52, wrs 1002

| 41) A. a. O. S. 234 ff. ⁸⁴

| 42) A. a. O. S. 39. ⁸⁵

| 53

| 43) A. a. O. S. 39. ⁸⁶

| WRS 1003

| 44) A. a. O. S. 111. ⁸⁸

⁸² *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 279–284.

⁸³ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 232–305.

⁸⁴ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 234–242 – ergänzend unten S. 506 f.

⁸⁵ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 39 – Hervorhebung des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁸⁶ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 39 – Kelsen paraphrasiert.

⁸⁷ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 40–43.

⁸⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 111.

ter 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 an.⁴⁵⁾ 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.⁹⁰ 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: „Ein⁹¹ Befehl kann schon seinem *Inhalte* nach auf ein unerlaubtes Ziel gerichtet sein.“⁹² 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* nach“⁴⁶⁾ nicht gerechtfertigt ist. Allein weit gefehlt! Diesen Befehl erklärt *Jellinek* „nach“⁹⁴ allgemeinen Grundsätzen wegen *Untauglichkeit des Objektes*“⁹⁵ 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 vorliegt.“⁴⁷⁾ Diese Proben dürften zur Genüge beweisen, daß das *Jellineksche* System des fehlerhaften Staatsaktes einer näheren Prüfung nicht standhalten kann.

⁴⁵⁾ A. a. O. S. 105.⁸⁹

⁴⁶⁾ A. a. O. S. 39.⁹³

⁴⁷⁾ A. a. O. S. 113.⁹⁶

⁸⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 105 Anm. 2.

⁹⁰ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 105.

⁹¹ «Ein»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 113: «Der».

⁹² *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 113 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹³ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 39 – Kelsen paraphrasiert.

⁹⁴ «nach»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 113: «aus».

⁹⁵ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 113 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁶ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 113.

§ 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 | 55
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 | WRS 1005
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 | 56
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 bleiben, 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.

|57 Von älteren Autoren, die sich mit dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes und seinen Wirkungen befassen, haben *Bernatzik*⁹⁷ sowohl wie *Tezner*⁹⁸ 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 beson-

⁹⁷ Edmund Bernatzik (1854–1919), Staatsrechtslehrer. Er war 1891–1893 o. Prof. in Basel, 1893 in Graz und von 1894 bis zu seinem Tod 1919 an der Universität Wien; Mitglied des Reichsgerichtes, 1919 des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Wichtige Werke: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886; Republik und Monarchie, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1919); Die Österreichischen Verfassungsgesetze, Leipzig 1906 (Hrsg.).

⁹⁸ Friedrich Tezner (1856–1925), Staatsrechtslehrer. Habilitation 1892–1893 in Wien für Verwaltungs- und Staatsrecht, ab 1895 a.o. Prof., 1907–1921 o. Prof. ebendort, außerdem ab 1907 Hofrat des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (ab 1921 Senatspräsident). Wichtige Werke: Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, Wien 1896; Österreichisches Staatsrecht in Einzeldarstellungen für den praktischen Gebrauch, 2 Bde., Wien 1909 und 1912; Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 4 Bde., Wien 1925.

deren Staatsaktes bedarf, von „relativer Nichtigkeit“⁴⁸⁾ sprechen. Diese Terminologie hat, wie *Bernatzik* hervorhebt⁴⁹⁾, gegen sich, daß „man nicht etwas ‚nichtig‘ nennen sollte, was denn doch da war und gewisse Wirkungen ausübte.“ |wrs 1007

Allein wenn man bedenkt, daß die Anfechtung, d. i. 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. |58

⁴⁸⁾ *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 269:⁹⁹ „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. 239:¹⁰⁰ „Wo nur der Schein eines Verwaltungsaktes vorliegt, der bei näherer Betrachtung in nichts zerrinnt, wo irgendeiner als Verwaltungsakt sich bezeichnenden Handlung durch das objektive Recht, ohne daß | es hierzu noch einer Parteienhandlung oder einer behördlichen Handlung bedurfte, dort¹⁰¹ kann von einer Kassation nicht gesprochen werden. Denn nur das Vernichtbare kann der Vernichtung unterworfen werden, nicht das Nichts oder das Nichtige. Nichtige Akte können durch die Behörde in autoritativer Weise nur für nichtig erklärt werden. Ist die Nichtigerklärung ein deklarativer Akt, ist¹⁰² 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.“ |wrs 1006

⁴⁹⁾ A. a. O. S. 269, Anm. 1. ¹⁰³

⁹⁹ *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 269 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁰⁰ *Friedrich Tezner*, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, Wien 1896, S. 239 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰¹ «bedurfte, dort»] *Tezner*, Administrativverfahren (Anm. 100), S. 239: «bedurfte, jegliche Wirksamkeit abgesprochen ist, dort».

¹⁰² «Akt, ist»] *Tezner*, Administrativverfahren (Anm. 100), S. 239: «Akt, so ist».

¹⁰³ *Bernatzik*, Rechtsprechung (Anm. 99), S. 269 Anm. 1.

Auch die anderen von mir angedeuteten¹⁰⁴ Unterscheidungen: ob die Geltendmachung des Mangels von der Partei oder der Behörde und hier wieder von der 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 respektieren“⁵⁰⁾ 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, d. i. 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 Doppeltes 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 Rechtsatztheorie, dann kann es nicht die geringsten Schwierigkeiten bereiten, zwischen dem den 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

| 58,
WRS 1008

|⁵⁰⁾ A. a. O. S. 247.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Vgl. oben S. 484.

¹⁰⁵ *Tezner*, Administrativverfahren (Anm. 100), S. 247.

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. |WRS 1009

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 Geburtsfestes 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 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, |WRS 1010

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 |61

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 diesen 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-Vorschrift?“⁵¹⁾ Zu dieser Problemstellung – und nicht zum materiellen Problem selbst, das uns hier noch nicht interessiert – ist folgendes zu bemerken. Zunächst ist jeder Rechtssatz, als vollständiges 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 *Muß*-Vorschrift; 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

[62, WRS 1011 | 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 sind.⁵²⁾

Immerhin kann von einem bestimmten Standpunkte aus gesehen eine Unterscheidung von Sollen und Müssen auch für die Rechtserkenntnis Bedeutung haben. Wenn die Rechtsordnung die Voraussetzungen eines gültigen Testamentes fixiert, dann bilden diese rechtslogisch die Erkenntnisgründe des Urteils, das einen

[61, WRS 1010 |⁵¹⁾ A. a. O. S. 56.¹⁰⁶

[62, WRS 1011 |⁵²⁾ Vgl. meine Hauptprobleme S. 521 ff.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 56 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 521–537 = HKW 2, S. 21–878 (670–687).

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 Testaments 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 zuge-rechnet 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 | 63

des Strafrechtssatzes Erfordernissen gehört z. B.: Deliktstatbestand (etwa Mord) und Kompetenzerhaltung seitens des Organs. Der Staat ist ebensowenig wie zum Mord zur Kompetenzerhaltung *verpflichtet*, dieses sind Voraussetzung der Zurechnung der *Strafhandlung*, zu der allein der Staat verpflichtet ist. Allerdings | WRS 1012 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 negativen 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 Delikts[tat]bestand! – 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
 |64 | 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 Amtslokal ist eine „bloße“ *Soll*-, keine *Muß*vorschrift. 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 *Soll*vorschrift erblickt werden müßte, wenn die Beobachtung
 |WRS 1013 | derselben Amtspflicht des | Organs wäre. Die theoretisch immerhin mögliche Kombination: Das Verweilen im Amtslokal ist Inhalt rechtslogischen Müssens, ist Voraussetzung des gültigen Staatsaktes, ein nicht im Amtslokal gesetzter Staatsakt ist nichtig, aber das Organ ist disciplinariter *nicht* verpflichtet, den Akt im Amtslokal vorzunehmen, dürfte aber als rechtspolitisch unvernünftig abzulehnen sein. Vielmehr darf angenommen werden, daß das Organ disciplinariter 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 *Soll*vorschriften 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
 |65 | 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 *Muß*vorschriften, und als Erkenntnisgründe, d. h. als „Erfordernisse“ für den Staatsakt – nicht Inhalt rechtlichen Sollens, keine *Soll*vorschriften.

Das oben angedeutete¹⁰⁸ 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 |66
 Materiales. Die völlige Verschiedenheit der Aufgaben macht eine Verschiedenheit der Terminologie begreiflich.

|wrs 1014

§ 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 kommt.“⁵³⁾ 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.¹¹⁰ vermeiden

⁵³⁾ A. a. O. S. 45.¹⁰⁹

|66, wrs 1014

¹⁰⁸ Vgl. oben S. 476–491.

¹⁰⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 45.

¹¹⁰ §§ 1323–1329 Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896, RGBl. S. 195 (im Folgenden: BGB) lauteten im Einzelnen: „§ 1323: Eine Ehe ist nur in den Fällen der §§ 1324 bis 1328 nichtig.“ – „§ 1324: (1) Eine Ehe ist nichtig, wenn bei der Eheschließung die im § 1317 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist. (2) Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und

|WRS 1015

|67

wollte, wo eine vorläufig wirksame Ehe als „nichtig“ bezeichnet wird.¹¹¹ 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“¹¹² 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*“.¹¹³ 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 spätere¹¹⁴ 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*“.¹¹⁵ In diesen Fällen spricht *Walter Jellinek* von einer *Rücknahme* von Staatsakten. Er hält Urteile ihrem inneren Wesen nach nur für vernichtbar, Hand-

haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn, oder falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn bei dem Ablaufe der zehn Jahre oder zur Zeit des Todes des einen Ehegatten die Nichtigkeitsklage erhoben ist.“ – „§ 1325: (1) Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war oder sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit befand. (2) Die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn der Ehegatte sie nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit, der Bewußtlosigkeit oder der Störung der Geistesthätigkeit bestätigt, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist. Die Bestätigung bedarf nicht der für die Eheschließung vorgeschriebenen Form.“ – „§ 1326: Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte.“ – „§ 1327: Eine Ehe ist nichtig, wenn sie zwischen Verwandten oder Verschwägerten dem Verbote des § 1310 Abs. 1 zuwider geschlossen worden ist.“ – „§ 1328: Eine Ehe ist nichtig, wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312 verboten war. Wird nachträglich Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.“ – „§ 1329: Die Nichtigkeit einer nach §§ 1325 bis 1328 nichtigen Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das Gleiche gilt von einer nach § 1324 nichtigen Ehe, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden ist.“

¹¹¹ Die Bezugnahme hat Kelsen entnommen *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 45.

¹¹² *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 52 – Kelsen paraphrasiert.

¹¹³ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 52 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹¹⁴ «spätere»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 53: «später».

¹¹⁵ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 52 f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

lungen 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 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 |wrs 1016 und in Fremdanfechtung, resp. Anfechtung durch Rechtsmittel einteilt.¹¹⁷ 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* |68 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

|⁵⁴⁾ A. a. O. S. 315. ¹¹⁶

|67, wrs 1015

¹¹⁶ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 315.

¹¹⁷ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 305.

durch die beiden Arbeiten *Jellineks*¹¹⁸ und *Kormanns*¹¹⁹ 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 u. dgl. 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.

|WRS 1017

|69

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.¹²⁰ Dann unterscheidet er die drei verschiedenen Wirkungen der absoluten Unwirksamkeit,¹²¹ der Vernichtbarkeit¹²² und der Rücknehmbarkeit¹²³ 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 ein[e] andere Wirkung haben.¹²⁴ 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.“

¹¹⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53).

¹¹⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54).

¹²⁰ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 29–43.

¹²¹ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 45, 54–124.

¹²² Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 46–53, 125–150.

¹²³ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 151–174.

¹²⁴ Zu den Fehlergruppen oben S. 478–482.

Sie *alle wiegen schwer* und absolute Nichtigkeit ist die häufige Folge ihres Fehlens. Das gleiche läßt sich von dem vierten Erfordernis der¹²⁵ sachlichen Richtigkeit des Staatsaktes nicht behaupten.⁵⁵⁾ 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. |70 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 Sollvorschrift.⁵⁶⁾

|wrs 1018

|70

Dann erklärt *Jellinek* von den personenrechtlichen Vorschriften jene, welche die *Geschäftsfähigkeit* des Organs fordern, für unvollkommene Normen und nur die übrigen für „vollkommen“⁵⁷⁾ 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 ausgeschlossen.⁵⁸⁾ 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 Staatsaktes“⁵⁹⁾, 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 gesetz-

|⁵⁵⁾ A. a. O. S. 104.¹²⁶|⁵⁶⁾ A. a. O. S. 56/57.¹²⁷⁵⁷⁾ A. a. O. S. 59.¹²⁸⁵⁸⁾ A. a. O. S. 50.¹²⁹⁵⁹⁾ A. a. O. S. 87.¹³⁰

|69, wrs 1017

|70, wrs 1018

¹²⁵ «Erfordernis der»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104: «Erfordernis, dem Erfordernis der».

¹²⁶ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104 – Hervorhebungen von Kelsen.¹²⁷ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 56 f.¹²⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 59.¹²⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 60 f.¹³⁰ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 87.

|71 mäßigen Verkündungsorgans in die Welt der Erscheinung¹³¹ treten“. ⁶⁰⁾ Auch hier
 |WRS 1019 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 Kon-
 zession ohne Anhörung der Gemeinde ist allerdings nicht absolut nichtig, da sich
 in diesem Falle Staat und Gemeinde nicht als gleich starke Subjekte gegenüber-
 stehen; aber sie kann außer Kraft gesetzt werden, damit die Gemeinde nicht für
 immer in ihrem Rechte gekränkt bleibt“. ⁶¹⁾ 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 Staats-
 verband ohne die Zustimmung des zu Naturalisierenden. „Denn hier steht der
 Staat nicht über, sondern neben dem Untertan.“ ⁶²⁾ Ich halte diese letztere Auffas-
 sung 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 Ge-
 meinde Gasthauskonzessionen zu erteilen. Daß es sich im einen Fall nur um 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 Staats-
 aktes und beide Voraussetzungen wiegen gleich.

|72 Sehr charakteristisch für den Wert dieser Argumentation aus der Natur der
 Sache ist auch der von *Walter Jellinek* aufgestellte Grundsatz, daß alle „*empfangs-*
bedürftigen staatlichen Erklärungen“ nichtig sind, wenn sie nicht „in gültiger |
 Weise dem Untertan zugestellt oder verkündigt¹³⁵ worden sind“. ⁶³⁾ Hier wird ein-
 fach 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!

⁶⁰⁾ A. a. O. S. 64. ¹³²

|71, WRS 1019 | ⁶¹⁾ A. a. O. S. 66. ¹³³

⁶²⁾ A. a. O. S. 78. ¹³⁴

|72 | ⁶³⁾ A. a. O. S. 77. ¹³⁶

¹³¹ «Erscheinung»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 64: «Erscheinungen».

¹³² *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 64.

¹³³ Beide Zitate: *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 66.

¹³⁴ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 78.

¹³⁵ «verkündigt»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 77: «verkündet».

¹³⁶ Beide Zitate: *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 77 – Hervorhebung von Kelsen.

| Die gesetzlichen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Vornahme einer Amtshandlung bezeichnet *Walter Jellinek* als „die *schwächste* objektive Schranke für die staatlichen Tätigkeiten“⁶⁴⁾, er spricht ihnen die Qualitäten „vollkommener Normen“⁶⁵⁾ ab. Dagegen sagt er von den Formvorschriften, sie seien „fast durchwegs *zwingender* Natur“.⁶⁶⁾ Er zitiert § 125 des deutschen BGB.: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig“,¹⁴⁰ und erklärt ohne weitere Begründung: „Genau dieselbe Regel gilt für den Staatsakt.“¹⁴¹ Warum?

| WRS 1020

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.¹⁴² 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 Voraussetzungs-
tatbestandes. Wie der Unterschied zwischen jenen Be|standteilen, 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.¹⁴³ Jedenfalls darf nicht von vollkommenen oder unvoll-
kommenen, stärkeren oder schwächeren Rechtsnormen gesprochen werden, da
sowohl die stärkere wie auch die schwächere „Norm“ nur Glieder einer und der-
selben Totalrechtsnorm sind. Eine Graduierung der Rechtsnormen untereinander
könnte niemals nach formaljuristischen Prinzipien, könnte nur nach materiell-
politischen durchgeführt werden; formal ist ein Satz entweder ein Rechtssatz oder

| 73

| ⁶⁴⁾ A. a. O. S. 99.¹³⁷⁶⁵⁾ A. a. O. S. 100.¹³⁸⁶⁶⁾ A. a. O. S. 103.¹³⁹

| WRS 1020

¹³⁷ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 99 – Hervorhebung von Kelsen.¹³⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 100.¹³⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 103 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.¹⁴⁰ § 125 BGB (Anm. 110).¹⁴¹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 103.¹⁴² Vgl. oben S. 488–490.¹⁴³ Vgl. unten S. 508–514.

|WRS 1021 er ist keiner; | letzterenfalls kommt er aber für die juristische Konstruktion überhaupt nicht mehr in Betracht. Nach ihrem Inhalt betrachtet, können die Rechtsätze 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.¹⁴⁴ Einen Schein von Berechtigung erhält die *Jellineksche* Graduierung der Rechtsätze 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 Fällen.“⁶⁷⁾ 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

|74 Inhalt eines Straf- oder Disziplinarrechtssatzes und von einer Verletzung irgendeiner den Staatsakt statuierenden Norm nicht die Rede. 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,¹⁴⁶ und deren Inhalt gewiß nur aus dem Wortlaute von Disziplinar- oder Organisationsvorschriften gewonnen wird, bei Verletzung einen Nichtigkeitsgrund abgibt oder, in meine Terminologie übertragen,

|WRS 1022 zum Voraussetzungsbestandteil des den | Staatsakt bestimmenden Rechtssatzes und nicht bloß eines Disziplinarrechtssatzes gemacht werden kann, dann ist schwer zu beweisen, weshalb irgendeine andere die Amtstätigkeit betreffende Straf- oder Disziplinarvorschrift nicht für die Konstruktion des den Staatsakt statuieren-

|WRS 1021 |⁶⁷⁾ A. a. O. S. 99.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Vgl. oben S. 486–488.

¹⁴⁵ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 99.

¹⁴⁶ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 56.

den Rechtssatzes herangezogen werden darf. Weil ihr *Inhalt* weniger wichtig ist? Weil es zu Unzukömmlichkeiten 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.¹⁴⁷

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 Charakters“⁶⁸⁾, aber er hat Unrecht, wenn er meint, daß seine Sätze „im Zweifelfalle Geltung beanspruchen können“;¹⁴⁹ denn sie stehen im Widerspruch zu den Grundsätzen positiv-rechtlicher Interpretation, wie aus dem folgenden noch deutlicher hervorgehen wird;¹⁵⁰ sie liefern | nur für den Gesetzgeber brauchbare Erwägungen und Vor- |wrs 1023 schläge; sie sind nicht *de lege lata*, sie sind nur *de lege ferenda* gerechtfertigt.

⁶⁸⁾ A. a. O. S. 3.¹⁴⁸

| 75, wrs 1022

¹⁴⁷ Vgl. oben S. 497 f.

¹⁴⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 3 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁴⁹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 3.

¹⁵⁰ Vgl. unten S. 500–514.

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, 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 hinaussetzen¹⁵¹ darf, sondern überhaupt nicht hinwegsetzen kann. ... Eine Einschränkung erleidet dies[er] | 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 nichtig.“⁶⁹⁾ 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.“¹⁵³ 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 entschei|den 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,¹⁵⁴ und abgesehen von dem Problemati-

|76

|WRS 1024

|76,
WRS 1023

⁶⁹⁾ A. a. O. S. 216/7.¹⁵²

¹⁵¹ «hinaussetzen»] *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 216: «nicht hinwegsetzen».

¹⁵² *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 216f. – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁵³ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

¹⁵⁴ Vgl. unten S. 505–507, 509f.

schen 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 Privat|rechtes 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-hinwegsetzen-„können“ und nicht bloß Nichtdürfen zeigt deutlich, daß es sich hier nicht um eine *Machtfrage* handelt (wie bei dem angedeuteten¹⁵⁵ 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 Rechts|logik 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

¹⁵⁵ Vgl. oben S. 500f.

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“¹⁵⁶ und der „*übertragenden* Herrschaft der Parteiwillkür“¹⁵⁷ 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 öffentlich-rechtliche 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

|WRS 1026,
79

¹⁵⁶ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S.216 – Hervorhebung von Kelsen; ergänzend oben bei Anm. 152.

¹⁵⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S.217 – Hervorhebung von Kelsen; ergänzend oben bei Anm. 152.

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 Gesetzgebers“⁷⁰⁾, 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,¹⁵⁹ 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, etc.“⁷¹⁾

| 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. | WRS 1027

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.¹⁶¹ 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.¹⁶² *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

|⁷⁰⁾ A. a. O. S. 216.¹⁵⁸

|⁷¹⁾ A. a. O. S. 161.¹⁶⁰

|^{79, WRS 1026}

|⁸⁰

¹⁵⁸ Beide Zitate: *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 216 – Hervorhebungen von Kelsen; ergänzend oben bei Anm. 152.

¹⁵⁹ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 161 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁶⁰ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 161 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.

¹⁶¹ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217–228.

¹⁶² Vgl. oben S. 500f.

nicht.¹⁶³ 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 Rechtsmittelwesen.“⁷²⁾ *Kormann* erklärt, | daß grundsätzlich, von gewissen Ausnahmen abgesehen, „die Geltendmachung der Gesetzwidrigkeit einer Verfügung auf den Weg der Rechtsmitteleinlegung verwiesen ist.“¹⁶⁵ 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*^{166 73)} charakterisiert *Kormann* den bloß anfechtbaren Verwaltungsakt folgendermaßen: „Die obrigkeitliche Gewalt, die in dem Verwaltungsakt erscheint, bezeugt sich selbst als rechtmäßig“;¹⁶⁸ 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 wie unanfechtbar, dann kann auch die obrigkeitliche Gewalt dem Staatsakt, in dem sie erscheint, diese Qualität nicht bezeugen. Der Verwaltungsakt unterscheidet sich in diesem

|WRS 1027 |⁷²⁾ A. a. O. S. 217.¹⁶⁴
|81 |⁷³⁾ A. a. O. I. S. 39.¹⁶⁷

¹⁶³ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217.

¹⁶⁴ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217.

¹⁶⁵ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217.

¹⁶⁶ Otto Mayer (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1869 Promotion in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a. o. Prof., 1887 o. Prof. für Verwaltungsrecht in Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als o. Prof. nach Leipzig berufen (1913/1914 Rektor). 1895–1903 Mitglied des Oberkonsistoriums der ev.-luth. Landeskirche Elsaß-Lothringen. Er gilt als Nestor der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. Wichtige Werke: Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886; Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895 und 1896 (3. Aufl., Leipzig 1924); Die Frage der Trennung von Staat und Kirche in der Gegenwart, in: Neues Sächsisches Kirchenblatt 13 (1906), S. 481–484, 497–504; Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909; Ist eine Änderung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat anzustreben?, Halle (Saale) 1909.

¹⁶⁷ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.

¹⁶⁸ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 218 – der Hinweis auf Otto Mayer findet sich S. 218 Anm. 4.

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 Gesetze“¹⁷⁴), 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 nirgend 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 ent|spricht, kann er die von der Rechtsordnung an ihn geknüpften Rechtsfolgen |82 „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“¹⁷⁰,¹⁷¹ 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 öffentlicher 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 |wrs 1029 *öffentlich-rechtliche* Moment zurückgetreten ist.

Obgleich *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.¹⁷² 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

¹⁷⁴ Nach *Otto Mayer*. A.a.O. S. 100 (7) und 97 (3).¹⁶⁹

|wrs 1028

¹⁶⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 218 – *Kormann* verweist S. 218 Anm. 5 auf *Mayer*, Verwaltungsrecht I (Anm. 167), S. 100 Anm. 7 und 97 Anm. 3.

¹⁷⁰ «Verwaltungsaktes sprechen»] *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 218: «Verwaltungsaktes im Gegensatz zum Handeln des Privatmanns sprechen».

¹⁷¹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 218 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁷² Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 217.

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*;¹⁷³ er prüft die Mängel auf ihr inneres 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 sind.⁷⁵⁾ Da das Ergebnis ein zu geringes ist – Nichtigkeitsnormen sind nämlich sehr selten, was *Kormann*¹⁷⁵ wie *Walter Jellinek*¹⁷⁶ bedauernd hervorheben, weil ihnen der Grund dieser Tatsache dunkel bleiben mußte – sucht *Kormann* „im Anschluß an Literatur und Praxis“¹⁷⁷ die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kasuistisch zu entscheiden und zwar für die Fälle, „wo der Gesetzgeber schweigt“.¹⁷⁸ 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 soll“.⁷⁶⁾ Und | er entwickelt nun eine lange Reihe von Nichtigkeitsfällen: Nichtigkeiten wegen Unmöglichkeit,¹⁸⁰ Nichtigkeit wegen Formmängeln,¹⁸¹ Nichtigkeit wegen Inhaltsmängeln¹⁸² und Nichtigkeit wegen Willensmängeln.¹⁸³ 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

| 83, WRS 1029 |⁷⁵⁾ A. a. O. S. 288 ff.¹⁷⁴
⁷⁶⁾ A. a. O. S. 229.¹⁷⁹

¹⁷³ Vgl. oben S. 491–499.

¹⁷⁴ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 218–228.

¹⁷⁵ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 228.

¹⁷⁶ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 125.

¹⁷⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 229 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁷⁸ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 229 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁷⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 229.

¹⁸⁰ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 232–260.

¹⁸¹ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 260–278.

¹⁸² Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 279–284.

¹⁸³ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 285–305; vgl. ergänzend oben S. 480f.

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,¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ So scheidet er von den Inhaltsmängeln jene aus, die in einem „unzulässigen, gesetzwidrigen, aber nicht unmöglichen Inhalte“⁷⁷⁾ 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 Nichtigkeitsgrund, während *Walter Jellinek* darin einen Nichtigkeitsgrund weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* sehen will.⁷⁸⁾ 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.

| 84

| WRS 1031

[⁷⁷⁾ A. a. O. S. 279.¹⁸⁶

⁷⁸⁾ Vgl. *Kormann* a. a. O. S. 285 ff.¹⁸⁷ und *Walter Jellinek* a. a. O. S. 59 ff.¹⁸⁸

| 84, WRS 1030

¹⁸⁴ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), insb. S. 125 f.

¹⁸⁵ Vgl. *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), insb. S. 305.

¹⁸⁶ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 279 – ergänzend unten bei Anm. 197.

¹⁸⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 285–298.

¹⁸⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 59–62.

|85 |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 in¹⁹⁰ allen Einzelheiten geregelt worden.“⁸⁰⁾ 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 | *Walter Jellinek* richtig hervorhebt⁸¹⁾ – auf positiv-rechtlichen 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, daß 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 Erforder-

|WRS 1032

|86

|85, WRS 1031 |⁷⁹⁾ A. a. O. S. 228/9.¹⁸⁹

⁸⁰⁾ A. a. O. S. 125.¹⁹¹

|WRS 1032 |⁸¹⁾ A. a. O. S. 49.¹⁹²

¹⁸⁹ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 228 f.

¹⁹⁰ «in»] *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 125: «mit».

¹⁹¹ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 125 – Klammerausdruck und Hervorhebung von Kelsen eingefügt.

¹⁹² *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 49.

nisses 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 ziehen.⁸²⁾ 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.

| WRS 1033

| 87

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 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 Rechts-

⁸²⁾ Daß als einzige und endgültige „Rechtsfolge die Unrechtsfolge anzusehen ist“,¹⁹³ darauf kann, wie auf den Begriff der Rechtsfolge, in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden; darüber vgl. meine Hauptprobleme, S. 290 ff.¹⁹⁴

| 86

¹⁹³ Als Zitat n. e.

¹⁹⁴ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 290–308 = HKW 2, S. 21–878 (410–432).

ordnung 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 not|wendige, d. h. den|otwendige 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 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 un-

| 88

| WRS 1034

| 87, WRS 1033 | ⁸³⁾ Walter Jellinek, a. a. O. S. 59.¹⁹⁵¹⁹⁵ W. Jellinek, Staatsakt (Anm. 53), S. 59.

chen, 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 Akkuratess 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. |89

Ich verhehle mir nicht, daß das hier als einzig richtig erkannte Prinzip in der Praxis der Rechtsanwendung mitunter als inopportun empfunden werden dürfte, soferne 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 gezeugnet 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 vollem 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 |90

|WRS 1036 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 unsühbares – dürfte einem kaum genügende Genugtuung 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.

|91 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 Präsumtion der Gültigkeit verliehe, als es das Institut der Nichtigkeit bei Staatsakten ganz oder nur mit verschwindender Ausnahme ausschloß und *alle* Mängel bei Staatsakten für Anfechtungsgründe erklärte. Freilich wäre ein derartiger Zustand nicht weniger unerträglich[...] 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 |WRS 1037 | man versucht, das materielle Prinzip herauszufinden, nach dem die Gesetzgebungen der 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,¹⁹⁶ zusammenfällt, jene Mängel, die *Kormann* bei der Rubrik: „Gesetzwidriger, aber nicht unmöglicher Inhalt“¹⁹⁷ im Auge hat, positiv-rechtlich als Anfechtungsgründe anerkannt sei[e]n, 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 „bloße“ 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 u. dgl. 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 ver|schließen, 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

| 92

| WRS 1038

¹⁹⁶ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104.

¹⁹⁷ *Kormann*, Staatsakte (Anm. 54), S. 279 – ergänzend oben bei Anm. 186.

|93 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 |

|WRS 1039 | 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 Tatbestande 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.

|94 | § 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 irrig Urteile ausgesprochen und irrig Handlungen vollzogen werden (er versteht unter „irrig“ Staatsakten *sachlich unrichtige* Akte, bei denen der Mangel im Wissen, nicht im Willen besteht), ist bedauerlich aber nicht zu ändern. Sicher widerspricht es der Idee des

|93, |^[84] A. a. O. S. 104. ¹⁹⁸
WRS 1039

¹⁹⁸ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104f. – Hervorhebung von Kelsen.

Staates, daß er 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).¹⁹⁹ 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 vermögen.⁸⁵⁾

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.²⁰¹ 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. | 95
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 Rechtslogik.⁸⁶⁾

⁸⁵⁾ A. a. O. S. 104.²⁰⁰

⁸⁶⁾ Vgl. auch unten S. 102.²⁰²

| 94

| 95, WRS 1040

¹⁹⁹ Vgl. *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104 Anm. 1, der *G. Jellinek*, System (Anm. 5), S. 242, zitiert.

²⁰⁰ *W. Jellinek*, Staatsakt (Anm. 53), S. 104 – Klammerausdrücke von Kelsen eingefügt.

²⁰¹ Vgl. oben S. 452, 456 f., 465 f.

²⁰² Vgl. unten S. 520 f.

§ 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.²⁰⁴ 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*²⁰⁵ 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

|WRS 1041 |⁸⁷⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme, S. 405 ff.²⁰³

|96 |⁸⁸⁾ Vgl. Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880, S. 33.²⁰⁶

²⁰³ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 7), S. 405–412 = HKW 2, S. 21–878 (541–548).

²⁰⁴ Vgl. *G. Jellinek*, System (Anm. 5), S. 241 f.

²⁰⁵ «wenn *alle*»] *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880, S. 33: «wenn aber *alle*».

²⁰⁶ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 205), S. 33 – Hervorhebung von *Kelsen*.

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.

| 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 werden.⁸⁹⁾ |97, wrs 1042

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*, *unrechtig* 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 irgendeinem 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. |98 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 verletzen-

⁸⁹⁾ Vgl. dagegen *Gierke*, Genossenschaftstheorie S. 801.²⁰⁷

|97, wrs 1042

²⁰⁷ *Gierke*, Genossenschaftstheorie (Anm. 18), S. 800f.

den 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 Völkerrecht 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 gilt.⁹¹⁾

|99 |Die logische Konstruierbarkeit eines völkerrechtlichen Deliktes des Staates wäre nur dann und nur insoferne 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

|98, |90) Vgl. *Liszt*, Das Völkerrecht, 5. Aufl., 1907, S. 198.²⁰⁸

WRS 1043 |91) Vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 242.²⁰⁹

²⁰⁸ *Franz von Liszt*, Das Völkerrecht systematisch dargestellt, 5. Aufl., Berlin 1907, S. 198.

²⁰⁹ *G. Jellinek*, System (Anm. 5), S. 242 f.

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 Standpunkte der Völkerrechtsordnung eine Unrechts- oder Deliktsfähigkeit der Staatsperson. Und vom Standpunkte der innerstaatlichen Rechtsordnung aus ist ein Unrecht oder Delikt des Staates ebenso undenkbar, wie es vom Standpunkte der Völkerrechtsordnung aus sinnlos und zweckwidrig wäre, ein Unrecht oder ein Delikt anzunehmen, das der als Person gedachten, über den Einzelstaaten stehenden, die Völkerrechtsnormen setzenden Autorität, der Völkerrechtsgemeinschaft zuge-rechnet 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 weit|gehende *formale* Analogie zu den staatlichen Rechtsnormen | 100 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 | WRS 1045 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 Berufsorgane sich entwickelt haben, die zur Realisierung der Völkerrechtsnormen befugt sind.

|101 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 |WRS 1046 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 |102 Verwaltung gerichtet. Es ist ein Postulat, das die juri|stische 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 könne.⁹²⁾ 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.

| WRS 1047

§ 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 Deliktstfähigkeit 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

| 103

⁹²⁾ Vgl. System S. 242.²¹⁰

| 102, WRS 1047

^{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, R.-G.-B. Nr. 142:²¹¹ „Jede gesetzwidrig verfügte oder verlängerte Verhaftung verpflichtet den Staat zum Schadenersatz an den Verletzten“, im Herrenhaus seitens des *Freiherrn von Hock*²¹² 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 Kör-

| 103

²¹⁰ G. Jellinek, System (Anm. 5), S. 242.

²¹¹ Art 8 Abs 3 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142.

²¹² Karl (Ferdinand) Freiherr von Hock (1808–1869), Philosoph, Nationalökonom und Publizist.

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 Rechtsatzes angenommen werden. Der Staat darf hier nicht anders behandelt werden als alle anderen Rechtssubjekte, bei denen jede behauptete Leistungspflicht positivrechtlicher Grundlage bedarf.

|WRS 1048 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 der öffentlichrechtlichen Haftung des Staates prinzipiell unterschieden.⁹³⁾ 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 öffentlichrechtlicher Beziehung aber nimmt man für ihn eine Vorzugsstellung in Anspruch. So erklärt z. B. *Loening*²¹⁷: „Die Frage, ob und in-

|104

perschaft, als solche ein Unrecht nicht begehen können“. Vgl. Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsratsverhandlungen I. 1868 S. 362.²¹³

|WRS 1048

⁹³⁾ Vgl. *Loening*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1879.²¹⁴ *Jellinek*, System S. 243 ff.²¹⁵ *Dock*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Archiv für öffentliches Recht, XVI. S. 247 ff.²¹⁶

Er trat 1830 als Zollbeamter in Salzburg in den Staatsdienst, wurde 1844 Direktor des Hauptzollamtes in Wien und 1849 in das Handelsministerium berufen. Er war ab 1856 im Finanzministerium tätig, zuletzt als Sektionschef, und wurde 1865 Mitglied des Staatsrats. Wichtige Werke: Die Finanzverwaltung Frankreichs, Stuttgart 1857; Die öffentlichen Abgaben und Schulden, Stuttgart 1863; Der österreichische Staatsrath 1760–1848, 4 Bde., Wien 1866–1879 (vollendet von Hermann Ignaz Bidermann).

²¹³ Vgl. Stenographische Protokolle über die Sitzungen des Herrenhauses des Reichsrathes, IV. Session 1867–1869, S. 279 (Freiherr v. Hock) – Kelsen zitiert nach: Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, Bd. 1: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn, Wien 1868, S. 362.

²¹⁴ *Edgar Loening*, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. Eine Festschrift, Frankfurt a. M. 1879.

²¹⁵ *G. Jellinek*, System (Anm. 5), S. 243–245.

²¹⁶ *Adolf Dock*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, in: Archiv für öffentliches Recht 16 (1901), S. 244–279 (247–257).

²¹⁷ *Edgar Loening* (1843–1919), Staatsrechtslehrer. Nach seiner Habilitation 1868 in Heidelberg war er zunächst im Elsaß in der Verwaltung tätig. Ab 1872 a. o. Prof. in Straßburg, ab 1877 o. Prof. in Dorpat, ab 1883 in Rostock und ab 1886 in Halle (Saale) (1899–1900 Rektor). 1901 wurde er ins Preußische Herrenhaus berufen (Nationalliberale Partei). Wichtige Werke: Geschichte des deutschen Kirchenrechts, 2 Bde., Straßburg 1878; Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt a. M. 1879; Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884; Grundzüge der Verfassung des Deutschen Reichs, Leipzig 1901 (4. Aufl., Leipzig 1913).

wieweit 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 gleich.“⁹⁴⁾

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 Gründen²¹⁹ für die juristische Konstruktion nicht möglich. Es mag zugegeben werden, daß sich der Staat als Fiskus dem Privatrecht unterwirft.⁹⁵⁾ 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 irgend ein 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 Staats befindet, als Handlung des Staates selbst angesehen werden?“⁹⁶⁾ Aber soll das | nur für das öffentliche Recht gelten? Wenn die Nicht- | WRS 1049
erfüllung einer Privat|rechtspflicht eine Rechtswidrigkeit ist, soll eine Handlung, | 105
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 sowie damit ein Unrecht der juristischen Person konstruierbar geworden. Es ist damit nur die Rechtspflicht eines Ersatzorganes (des Exekutionsgerichtes) geschaffen, an Stelle des pflichtwidrig eine Staatspflicht zu realisieren sich weigernden Organs, die zu erfüllende

⁹⁴⁾ A. a. O. S. 93, ²¹⁸

| 104

⁹⁵⁾ *Loening*, a. a. O. S. 93, ²²⁰

⁹⁶⁾ A. a. O. S. 107, ²²¹ Wenn *Loening* die innerhalb der Kompetenz rechtmäßig ge|setzte Handlung | WRS 1049
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.

²¹⁸ *Loening*, Haftung (Anm. 214), S. 93 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

²¹⁹ Vgl. oben S. 521–523.

²²⁰ *Loening*, Haftung (Anm. 214), S. 93.

²²¹ *Loening*, Haftung (Anm. 214), S. 107.

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 Schadensersatz) *entsteht*. Daß es zur Entstehung dieser Rechtspflicht des Staates ebenso einer positiven Rechtsnorm bedarf wie zur Konstituierung der Amtspflicht des Ersatzorganes, 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 Schadensersatz 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.

|WRS 1050,
106

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,²²² die Servituten²²³ 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 Exe|kution. 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 öffent|lichen Rechtes statuieren soll, ist eine gesetzgebungspolitische Frage.⁹⁷⁾ | 108

|⁹⁷⁾ *Jellinek* erklärt dies nur für das Gebiet des öffentlichen Rechtes (a. a. O. S. 244)²²⁴ mit der richtigen Begründung: „Aus der Natur der Sache ergibt sich a priori keine Entscheidung zugun- | 108, WRS 1051

²²² Lat.: depositum; dt.: das Hinterlegte, die Sicherheitsleistung.

²²³ Lat.: servitus; dt.: Dienstbarkeit.

²²⁴ *G. Jellinek*, System (Anm. 5), S. 244.

|WRS 1052

| 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.

|109

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 Haftpflichtprinzips 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 gesetzestechnischen 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 Zusammenhange 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.

|WRS 1053

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 au-

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

ßerhalb 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 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 anderemal dagegen „außerhalb seines Wirkungskreises“ tätig war.

Solange aber die Praxis der Gesetzgebung den oben entwickelten²²⁵ Gesichtspunkten keine Rechnung trägt und die Rechtsordnung keinen Rechtssatz aufweist, der den Willen, resp. die Pflicht des Staates ausspricht, allen oder gewissen von seinen 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 Vorgebrachten zur Genüge hervor. Der für eine positivistische Jurisprudenz selbstverständliche Grundsatz, daß eine Haftpflicht des Staates für das Unrecht seiner Organe nur auf Grund positiver-rechtlicher Bestimmung anzunehmen ist, findet gerade seitens der österreichischen Theorie und Praxis Bestätigung.⁹⁸⁾

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

²²⁵ Vgl. oben S. 525–527.

| 110

| WRS 1054

| 110, WRS 1054

| 111

auf einen Rechtssatz berufe und nicht auf die Natur des Organverhältnisses. Darum gerät *Ružička*²²⁶ (Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913)²²⁷ in einen Widerspruch zu sich selbst, wenn er, um die Haftpflicht des Staates für das österreichische Recht zu beweisen, einerseits „ein jahrhundertaltes Gewohnheitsrecht“ (S. 49)²²⁸ und „jahrhundertalten Gerichtsgebrauch“ (S. 16)²²⁹ geltend macht, andererseits aber wieder versucht, die Haftpflicht des Staates für gewisse pflichtwidrige Schadenszufügungen seiner Organe 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)²³⁰ und dem Beamten herrscht eine dem Mandate analoge Rechtsbeziehung. Die *Generalvollmacht* des Organs ist *nach außen* hin die ihm übertragene *Amtsgewalt*, wirksam gegen jedermann, erkennbar²³¹ 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).²³² 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.

| WRS 1055

| 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

²²⁶ Ernst Ružička (gest. 1942), Rechtsanwalt in Wien und Ökonom. Er war auch als Kammerstenograph in der Korrespondenz und im Stenographenbüro des österreichischen Reichsrats tätig. Wichtige Werke: Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913; Kriegsschade und Wiederherstellung, Wien 1916; Das eherne Rentengesetz, Wien 1917; Neue Wirtschafts- und Staatenordnung auf Grundlage von Aussenhandelsbanken, Wien und Leipzig 1936.

²²⁷ Ernst Ružička, Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913.

²²⁸ Ružička, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 49.

²²⁹ Ružička, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 16 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²³⁰ Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

²³¹ «jedermann, erkennbar» Ružička, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 32: «jedermann und meist auch jedermann erkennbar».

²³² Ružička, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 32 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Hier hat die herrschende Lehre eine solche Haftpflicht des Staates für die | 111, WRS 1055
Verwaltungsorgane immer abgelehnt und nur für die richterlichen Organe zugegeben, weil eben nur für dieses Gebiet staatlicher Tätigkeit durch das Syndikats-

des Prokuristen mit dem Prinzipal, und gilt nur zwischen den beiden Kontrahenten.²³³ 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 | 112
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 Kriterium, da doch normalerweise die Beobachtung *aller* einschlägigen Normen in die Amtspflicht des Organes gestellt ist? Verletzt nicht der Polizist, um ein *Rsches* Beispiel für Überschreitung der äußeren Machtbefugnis zu verwenden, der durch Verhaftungsdrohung Geld erpreßt,²³⁴ 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)²³⁵ 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 *Rsche* Argumentation läuft schließlich darauf hinaus, daß dem Staate nur aus *nichtigen* Staatsakten keine Schadensersatzpflicht erwachsen solle.²³⁶ Das ist natürlich eine ganz willkürliche und *de lege ferenda* wahrscheinlich | WRS 1056
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 Unrechts 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 Rechtsakt abgeleitet werden kann.

²³³ Art 41–43 Allgemeines Handelsgesetzbuch, in: Gesetz vom 17. December 1862, giltig für die Königreiche Böhmen, Galizien und Lodomerien mit den Herzogthümern Auschwitz und Zator und dem Großherzogthume Krakau, das lombardisch-venetianische Königreich und das Königreich Dalmatien, die Erzherzogthümer Oesterreich unter und ob der Enns, die Herzogtümer Ober- und Nieder-Schlesien, Steiermark, Kärnthen, Krain, Salzburg und Bukowina, die Markgrafschaft Mähren, die gefürstete Grafschaft Tirol und das Land Vorarlberg, dann die gefürstete Grafschaft Görz und Gradiska mit der Markgrafschaft Istrien und die reichsunmittelbare Stadt Triest nebst ihrem Gebiete, zur Einführung eines Handelsgesetzbuches, RGBl 1863/1.

²³⁴ Vgl. *Ružička*, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 34.

²³⁵ Vgl. *Ružička*, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 33.

²³⁶ Vgl. *Ružička*, Entschädigungsklage (Anm. 227), S. 34.

|112 gesetz²³⁷ eine Haftpflicht des Staates ausdrücklich statuiert ist. | Wenn man neu-
 |113 stens diesen Standpunkt zu verlassen geneigt ist, so mag ja die Gesinnung, die zu
 |WRS 1056 solchem Bestreben führt, durchaus zu loben sein; allein die Methode dieser Ge-
 |113 fühljurisprudenz steht auf schwachen logischen Beinen. Ihr Fehler ist ein Seiten-
 stück zu jenem, den ich früher²³⁸ cha|rakterisiert 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 neuesten
 wieder im Zusammenhange mit der sogenannten Freirechtsbewegung²³⁹ zu beob-
 achtende 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 Zwie-
 spalt 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 ma-
 terielle Resultate zu deduzieren und daher notwendig in innere Widersprüche
 geraten, wie z. B. das logische Monstrum eines staatlichen Unrechtes.

²³⁷ Gesetz vom 12. Juli 1872, womit zur Durchführung des Artikels 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867 (R.G.Bl. Nr. 144) über die richterliche Gewalt, das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen geregelt wird, RGBl 1872/112.

²³⁸ Vgl. oben S. 520f.

²³⁹ Die Freirechtsbewegung (auch Freirechtsschule) war eine Denkrichtung innerhalb der deutschsprachigen Rechtswissenschaft an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, deren Hauptvertreter Ernst Stampe (1856–1942), Ernst Fuchs (1859–1929), Eugen Ehrlich (1862–1922) und Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940; Pseudonym Gnaeus Flavius) waren. Sie polemisierte gegen die herrschende anwendungspositivistische Lehre, wonach alles Recht bereits in dem vom Richter anzuwendenden Gesetz enthalten und nur mehr durch begriffslogische Operationen zu gewinnen sei.

| Schlusswort.

| WRS 1057

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 Rechts- | 114
ordnung 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 Rechtsercheinung 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 herrschaftbegabte 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.

Buchbesprechung
Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie,
Wien und Leipzig 1912
(1915)*

* Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 5 (1915), S. 225–229.

Übersetzung:

– *Italienisch*: Giusnaturalismo e sociologia, in: Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 197–205. – Nachdruck in: Scienza giuridica e sociologia del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 127–132.

| *Adolf Menzel*, *Naturrecht und Soziologie*. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S.¹

Daß die *soziologischen Systeme* der Gegenwart nicht reine Kausalerklärungen der sozialen Wirklichkeit, sondern ebenso wie die Sozialtheorie des *Naturrechtes* moralische und politische Wertungen liefern, ist der Nachweis, den die angezeigte geistreiche Schrift des Wiener Staatsrechtslehrers² erbringt.

Das gemeinsame Merkmal jener materiell so divergierenden Theorien, die man unter dem Namen des „*Naturrechtes*“ zusammenfaßt, sieht *M.* in der *juristischen Methode*, deren sich die Staats- und Gesellschaftslehre in der Zeit vom 16. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts zur Erklärung und Kritik der sozialen Erscheinungen bediente. Der *Sozialkontrakt* ist das formale Instrument mit dem individualistische und kollektivistische, demokratische und absolutistische Staats- und Gesellschaftstheorien konstruiert wurden. Insbesondere weist *M.* darauf hin, daß auch der ältere *Sozialismus* und *Anarchismus* (*Babeuf*³, *Cabet*⁴) in den Bahnen des *Naturrechtes* sich bewegt. Den rein formalen Charakter der naturrechtlichen Vertragstheorie zeigt *M.* an einer in ihrer Knappheit geradezu klassischen Analyse der *Fichteschen*⁵ Staatstheorie, die vom Anarchismus ausgeht, um über ein extrem kollektivistisches Ideal wieder zu ihrem Ausgangspunkt zurückzukehren. Darin sehe ich das deutlichste Beispiel dafür, daß der Gegensatz von Individualismus und Kollektivismus nur für eine *statische* Betrachtung gegeben ist, in der Dynamik der Entwicklung aber – die jeder große Geist durchlaufen muß – sich selbst aufhebt! Ist nicht *Kant*⁶ und *Rousseau*⁷ mit demselben Rechte Individualist und Kollektivist

¹ *Adolf Menzel*, *Naturrecht und Soziologie*, in: Festschrift zum einunddreißigsten Deutschen Juristentag. 3. bis 6. September, Wien 1912, Wien und Leipzig 1912, S. 1–60.

² *Adolf Menzel* (1857–1938), Staatsrechtslehrer. 1882 Habilitation in Wien, ab 1889 a. o. Prof., ab 1894 o. Prof. ebendort (1915/1916 Rektor); 1919–1920 Vizepräsident des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs sowie 1920–1930 Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs nach B-VG 1920. Er entwarf eine energetische, realistisch-psychologische Staatstheorie, mit der er sich von der dominierenden abstrakt-juristischen Staatslehre distanzierte. Mitbegründer und -herausgeber der „*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*“. Wichtige Werke: *Die energetische Staatslehre*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), S. 132–187; *Der Staatsgedanke des Faschismus*, Leipzig und Wien 1935; *Griechische Soziologie*, in: *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien. Philosophisch-historische Klasse* 216 (1936), S. 1–199; *Grundriss der Soziologie*, Baden bei Wien 1938.

³ François Noël Babeuf (genannt Gracchus Babeuf, 1760–1797), politischer Publizist während der Französischen Revolution. Als Anführer einer radikaldemokratischen Verschwörung gegen das Direktorium guillotiniert.

⁴ Étienne Cabet (1788–1856), französischer Rechtsanwalt, Politiker und Schriftsteller. Er engagierte sich im Rahmen der Juli-Revolution 1830 und gilt als Vertreter des utopischen Sozialismus.

⁵ Johann Gottlieb Fichte (1762–1814), Philosoph. 1794–1799 o. Prof. in Jena, Privatlehrer in Berlin, 1805 o. Prof. in Erlangen, 1806 in Königsberg, ab 1809 in Berlin (1811–1812 Rektor), wo er bereits im Winter 1807/1808 die „*Reden an die deutsche Nation*“ hielt. Er gilt als einer der bedeutendsten Vertreter des deutschen Idealismus. Wichtige Werke: *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig 1796; *Der geschlossene Handelsstaat*, Tübingen 1800; *Reden an die deutsche Nation*, Berlin 1808.

⁶ Immanuel Kant (1724–1804), bedeutendster Philosoph seiner Zeit. Ab 1770 Prof. für Logik und

zu nennen, je nach dem Punkte, an dem man ihre lebendige[n] Systeme ins Auge faßt?

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es den meisten Naturrechtslehrern bei der Verwendung des Sozialkontraktes nicht so sehr um die reale Tatsache eines Vertragsabschlusses, als vielmehr um die reine *Sollform* zu tun war, die im Vertrag, dieser im täglichen Rechtsverkehr dem Denken geläufigsten Vorstellung, sinnfällig zum Ausdruck kam. Das Charakteristische der naturrechtlichen Doktrin besteht nun gerade darin, daß sie ein *soziologisches* Problem: Entstehung, Entwicklung und Funktion der sozialen Verbände, also eine auf das soziale *Sein* gerichtete Frage, mit einer *ethisch-juristischen* Konstruktion, d. h. mit einer Antwort zu lösen versucht, die ein rechtliches oder moralisches *Sollen* nachweist. Statt Erklärung: Rechtfertigung¹⁾. Dieser eigenartige Synkretismus der Methode, die spezifische *Synthese von Sein und Sollen*, die mittels der Vertragskonstruktion durchgeführt wurde – und nicht so sehr die Verwendung des Sozialkontraktes an sich – scheint mir für das Wesen des Naturrechtes charakteristisch zu sein. Am deutlichsten zeigt sich dies ja in der das ganze Naturrecht beherrschenden Idee eines „natürlichen Rechtes“. Aus der bloßen | Betrachtung der Wirklichkeit müssen die Normen erkannt werden, die | 226 den Dingen gleichsam innewohnen, aus der Natur der Dinge sich von selbst ergeben. Wert und Wirklichkeit, Sollen und Sein, *Recht* und *Natur* sind eins. Der Name „Naturrecht“ drückt diesen für die ganze Richtung charakteristischen Gedanken selbst am besten aus.

Es ist *M.s* Verdienst in seiner kritischen Analyse der modernen soziologischen Theorien gezeigt zu haben, daß auch diese, obgleich sie sich für eine rein explikative Betrachtung der sozialen Realität ausgeben, dennoch ebenso wie die Naturrechtslehre von normativen Elementen durchsetzt sind. Es ist äußerst charakteristisch, daß schon die Anfänge der modernen Gesellschaftslehre, die sich geradezu in einem Gegensatz zur naturrechtlichen Theorie stellten: *Spinoza*⁹⁾, *Montes-*

¹⁾ Vgl. dazu *meine* Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen 1911. | 225 S. 16 ff.⁸

Metaphysik in Königsberg. Wichtige Werke: Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781 (2. Aufl., Riga 1787); Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788; Kritik der Urteilskraft, Berlin und Libau 1790; Zum ewigen Frieden, Königsberg 1795 (2. Aufl., Königsberg 1796); Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797.

⁷⁾ Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), schweizerisch-französischer Staats- und Geschichtsphilosoph, Schriftsteller und Pädagoge. Um in der Gesellschaft so frei zu sein wie im Naturzustand, schließen die Bürger Rousseau zufolge untereinander den Gesellschaftsvertrag (*contrat social*), der die Basis für die Herrschaft des Gemeinwillens (*volonté générale*) abgibt. Wichtige Werke: *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762; *Émile*, Den Haag und Amsterdam 1762.

⁸⁾ *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911, S. 16–23 = HKW 3, S. 32–36.

⁹⁾ Benedictus oder Baruch de Spinoza, auch: Bento d’Espinoza (1632–1677), einer portugiesisch-jüdischen Kaufmannsfamilie entstammender niederländischer Philosoph des ethischen Rationalismus.

quieu¹⁰, Hume¹¹ und insbesondere die Physiokraten¹² mit demselben Fehler wie das Naturrecht behaftet sind. Speziell die Schule der Physiokraten will ganz wie die moderne Soziologie *Naturgesetze* der menschlichen Gesellschaft auffinden; aber diese *Naturgesetze* sollen zugleich die besten und vernünftigsten *Normen* für die Gesellschaft sein. *M.s* scharfsinnige Kritik zeigt diese Vermengung normativer und explikativer Methode auf. Allein auch die moderne Soziologie verfällt in den gleichen Fehler. Wenn auch die Mehrzahl der Soziologen – so führt *M.* aus – auf die Anwendung naturrechtlicher Begriffe verzichten, so bedienen sie sich doch eines neuen Instrumentes, „welches bewußt oder unbewußt dazu verwendet wird, um politische und soziale Ideen¹³ wissenschaftlich zu rechtfertigen und Postulate aufzustellen. Dieser neue Apparat heißt: das ‚Gesetz der Entwicklung.‘“¹⁴ Das „Naturgesetz der Entwicklung“ das *M.* bei Comte¹⁵, Spencer¹⁶, Kidd¹⁷, Hauriou¹⁸, Ward¹⁹, Coste²⁰, Giddings²¹, Mackenzie²², Gumpłowicz²³, Ratzenhofer²⁴, kurz bei

¹⁰ Montesquieu (1689–1755), französischer Schriftsteller, Geschichts- und Staatsphilosoph. Begründer einer kulturrelativistischen Staats- und Gesellschaftstheorie, wonach der „Geist der Gesetze“ einer Nation Ausdruck ihrer sozialen, ökonomischen und kulturellen Ambiance, ihrer Geschichte und ihres Charakters ist.

¹¹ David Hume (1711–1776), britischer Philosoph. Wichtigster Vertreter des schottischen Empirismus; zählt zu den Wegbereitern des Utilitarismus.

¹² Physiokraten sind Verfechter der wirtschaftspolitischen Theorie der „Herrschaft der Natur“. Die von François Quesnay (1694–1774) begründete Lehre begreift die wirtschaftlichen Austauschprozesse einer Volkswirtschaft als zyklisch und gründet sich auf die Annahme, allein die Landwirtschaft sei Quelle des ökonomischen Reichtums einer Nation.

¹³ «Ideen»] Menzel, Naturrecht (Anm. 1), S. 24: «Ideale».

¹⁴ Menzel, Naturrecht (Anm. 1), S. 24 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen; die Worte, die in einfachen Anführungszeichen stehen, sind vom Autor hervorgehoben.

¹⁵ Auguste Comte (1798–1857), französischer Mathematiker, Wissenschaftstheoretiker, Soziologe. Begründer des französischen Positivismus.

¹⁶ Herbert Spencer (1820–1903), englischer Philosoph und Soziologe. In allen Vorgängen – seien sie physischer oder psychischer, ethischer oder sozialer Natur – erblickte er das Moment der Evolution und bezeichnete dies als „synthetic philosophy“.

¹⁷ Benjamin Kidd (1858–1916), britischer Publizist. Er verlieh dem evolutionstheoretischen Paradigma eine kooperativ-kollektivistische Prägung, wonach das Handeln durch die Orientierung am Gemeinwohl bestimmt sei.

¹⁸ Maurice (Jean Claude-Eugène) Hauriou (1856–1929), französischer Staats- und Verwaltungsrechtslehrer. Er gilt als einer der Pioniere des Öffentlichen Rechts und der Rechtssoziologie sowie als Begründer des Institutionalismus.

¹⁹ Lester Frank Ward (1841–1913), US-amerikanischer Paläontologe und Soziologe. Er hatte entscheidenden Anteil an der Etablierung der Soziologie als akademischer Disziplin in den USA. Ward verfocht die Vision eines durch planvolle staatliche Eingriffe regulierten politischen Gemeinwesens.

²⁰ Adolphe Coste (1842–1901), französischer Statistiker, Ökonom und Soziologe; Wegbereiter der empirischen Sozialforschung. Die Soziologie ist ihm zufolge als objektive, mathematisch-statistisch verfahrenende, quantitativ-messende Wissenschaft zu betreiben. Sie dürfe sich nur auf verifizierbare Daten stützen und könne daher als „Soziometrie“ („sociométrie“) bezeichnet werden.

²¹ Franklin Henry Giddings (1855–1931), US-amerikanischer Soziologe. 1894–1928 Prof. für Soziologie und Geschichte der Zivilisationen an der University of Columbia; erster Ordinarius für Soziologie in den USA. Sein evolutionär-behavioristischer Ansatz trug entscheidend dazu bei, die Soziologie in den USA von einer philosophischen Subdisziplin in eine instrumentell einsetzbare Wissenschaft umzuwandeln.

allen bedeutenderen Soziologen untersucht, stellt sich bei näherer Betrachtung als *Norm*, nicht als Erklärungsprinzip der Wirklichkeit, sondern als *Wertmaßstab* dar. Insbesondere die eingehendere[n] Analysen des *Comteschen* und des *Spencerschen* Entwicklungsgesetzes zeigte deutlich das diesen immanente *Wertmoment* auf, sofern eben in beiden Fällen das Entwicklungsgesetz zugleich die Realisierung des *Fortschrittes* bedeutet. Was von dem jeweiligen subjektiven Standpunkte des Soziologen als soziales Ideal erscheint, wird – wie bei den Naturrechtslehrern als Inhalt des Sozialkontraktes – jetzt in die Form des „Entwicklungsgesetzes“ gekleidet.

Den Höhepunkt erreicht die *M.sche* Parallele zwischen Naturrecht und Soziologie bei der Kritik jener Richtung der modernen Soziologie, deren Vertreter als „Kontraktualisten“ bezeichnet werden, weil sie ungeachtet der von ihnen akzeptierten naturwissenschaftlich-explikativen Methode dennoch an dem Gedanken eines Gesellschaftsvertrages festhalten, um die Realität des sozialen Lebens zu erklären. Dieser Richtung gehören vor allen *Fouillée*²⁵, *Bourgeois*²⁶, *De Greef*²⁷ und *Huxley*²⁸ an. Allein es scheint, als ob *M.* gerade dieser Richtung der neueren Soziologie nicht ganz gerecht geworden ist. Denn bei näherem Zusehen zeigt sich,

²² John Stuart MacKenzie (1860–1935), britischer Sozialphilosoph und Ökonom. 1895–1915 Prof. für Logik und Philosophie am University College of South Wales and Monmouthshire; war in seinen Werken zur Metaphysik von Platon und Hegel inspiriert, ist aber hauptsächlich für seine Beschäftigung mit Themen der Sozialphilosophie und Ethik bekannt. Sein Spätwerk wird als ein von der Idee der Schönheit geleiteter „Ästhetischer Idealismus“ beschrieben.

²³ Ludwig Gumplowicz (1838–1909), Soziologe und Staatsrechtslehrer. 1875 Habilitation in Graz, 1882 a. o. Prof., 1893–1907 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Verwaltungslehre ebendort. Die Aufgabe der Soziologie besteht Gumplowicz zufolge in der Aufdeckung der Bestimmung sozialer Phänomene durch universelle Gesetze; das soziale Leben erfahre im Geschichtsverlauf keine Änderungen und werde durch Machtgefälle geprägt.

²⁴ Gustav Ratzenhofer (1842–1904), Offizier (zuletzt Feldmarschall-Leutnant) und Soziologe. 1898 bis zu seiner Pensionierung 1901 Präsident des Militär-Obergerichts in Wien. Seine Konflikttheorie erhebt divergierende Interessen zur zentralen Kategorie soziologischer Analysen. Die Gesellschaft wird als ein komplexes Geflecht grundsätzlich antagonistischer Interessen begriffen.

²⁵ Alfred (Jules Emile) Fouillée (1838–1912), französischer Philosoph und Soziologe. Ab 1872 Maître de conférences an der Ecole Normale Supérieure. Er entwickelte ein evolutionistisch-idealisiertes Gedankengebäude, das Wandel und Fortschritt auf das Wirken dynamischer Ideenkkräfte (idées-forces) zurückführt.

²⁶ Léon (Victor Auguste) Bourgeois (1851–1925), französischer Politiker. 1890–1917 mehrfach Minister, 1895–1896 Ministerpräsident, 1920–1923 Präsident des Senats (Parti Républicain Radical et Radical-Socialiste). Als Theoretiker und Praktiker des Solidarismus arbeitete er am wirtschaftlichen und sozialen Programm des Parti radical. Er wurde 1919 zum ersten Präsidenten des Völkerbundes gewählt und erhielt für seine pazifistischen Bemühungen 1920 den Friedensnobelpreis.

²⁷ Guillaume De Greef (1842–1924), belgischer Volkswirtschaftler und Soziologe. Er spielte eine wichtige Rolle bei der Etablierung der Soziologie durch seine evolutionstheoretisch-positivistischen Methodenschriften.

²⁸ Thomas Henry Huxley (1825–1895), britischer Mediziner und Biologe. 1854–1885 Prof. an der Royal School of Mines; 1863–1869 Prof. am Royal College of Surgeons; Mitbegründer der Fachzeitschrift „Nature“. Als Protagonist der Abstammungslehre verfocht und popularisierte er die Darwinsche Evolutionstheorie.

|227

daß der Vertrag bei der sogen. kontraktualistischen Soziologie tatsächlich eine etwas andere Rolle spielt als bei den Naturrechtslehrern. Schon bei manchen von *diesen* hatte die Annahme eines Staat und Gesellschaft begründenden Vertrages eine leise Nebenbedeutung, die nur durch die unklare Problemstellung um ihren Sinn und Wert gebracht wurde. Der Vertrag, dieser Idealtypus zielbewußten Zusammenarbeitens der Menschen, wird als Symbolausdruck für die Erkenntnis verwendet, daß das soziale Geschehen, daß Staat und Gesellschaft nicht wie das Naturgeschehen die Wirkung blind waltender Kräfte, sondern vernünftiger, nach bewußten Zwecken strebender Menschen sei. Soweit dieser Sinn der naturrechtlichen Vertragstheorie abgewonnen werden kann, besteht ihr Fehler in diesem Punkte bloß darin, daß sie das zweckstrebige Zusammenarbeiten der Menschen als *einzig* Faktor und noch dazu vom Anbeginn aller sozialen Entwicklung angefangen angesehen hat. Nimmt man den Vertrag als eine soziale Tatsache, nicht in dem engeren spezifisch *juristischen* Sinne eines Tatbestandes übereinstimmender Willenserklärungen, an welche die Rechtsordnung gewisse *Soll*-Konsequenzen knüpft, sondern faßt man die für eine soziologische Wirklichkeitsbetrachtung wesentlichen Elemente ins Auge: das bewußte, willensmäßige Zusammenwirken mehrerer Individuen zu einem gemeinsamen Zwecke, dann muß jede Soziologie mit diesem „Vertrage“ (im soziologischen Sinn) als mit einer der wichtigsten Determinanten der gesellschaftlichen Entwicklung rechnen. Und in diesem Sinne ist der „Vertrag“ ein tatsächlicher Vorgang, der in zahlreichen sozialen Erscheinungen wiederkehrt, ohne den daher die Erklärung der sozialen Wirklichkeit unvollständig wäre. Das ist aber im großen und ganzen der Kern des kontraktualistischen Gedankens in der modernen Soziologie. Das ist insbesondere der Gesichtspunkt, von dem aus der bedeutendste Vertreter dieser Richtung, *Alfred Fouillée*, dem *biologischen* Organismus, als einer ohne Bewußtsein und Willen der Elemente, *nur* durch blinde Naturkräfte geschaffenen Einheit, die *soziale*, als eine *auch* durch bewußt zielstrebiges Zusammenarbeiten, d. h. durch „Vertrag“ geschaffene Einheit gegenüberstellt. Dabei unterscheidet sich *Fouillée* von den Naturrechtslehrern überdies noch dadurch, daß er das Vertragsmoment erst in einem vorgeschrittenen Stadium der sozialen Entwicklung für wirksam hält.

Über das Materielle dieser Theorie des Kontraktualismus kann gestritten werden. Als Erklärungsversuch ist sie vom Standpunkte einer explikativen Betrachtungsweise in *methodologischer* Hinsicht einwandfrei: der Vertrag ist hier wirklich ein Erklärungs- kein Rechtfertigungsmittel. Den positiven Boden einer reinen Wirklichkeits-Betrachtung verliert der Kontraktualismus und speziell das System *Fouilléés* an demselben Punkte, an dem auch die meisten übrigen Soziologen entgleisen: sobald der Versuch gemacht wird, aus der Erkenntnis der sozialen Realität eine soziale Idealität zu erschließen, aus dem Sein ein Sollen abzuleiten. Diesen Punkt hat auch *M.s* Kritik scharfsinnig angezeigt.

Die methodologische Kritik, die *M.* an den Systemen der Soziologie durchführt, muß sich im Prinzip auch an dem *wissenschaftlichen Sozialismus* bewähren.

Leider beschränkt sich *M.* in dieser Richtung nur | auf einige Andeutungen. Und |228 doch macht sich gerade an dem von *Marx*²⁹ aufgerichteten Lehrgebäude des historischen Materialismus stärker als bei irgend einem anderen soziologischen Systeme der typische Fehler bemerkbar, welcher der Methode der modernen Gesellschaftslehre anhaftet: der Synkretismus explikativer und normativer Betrachtungsweise. Hat das Naturrecht eine soziologische Frage mit einer ethisch-juristischen Konstruktion zu beantworten versucht, will der wissenschaftliche Sozialismus ein ethisch-juristisches Problem soziologisch lösen. Denn die „soziale Frage“, die zur Bearbeitung der Gesellschaftslehre überhaupt, insbesondere aber zur Entfaltung der sozialistischen Theorie den Anstoß gegeben hat, ist von allem Anfange an eine Frage nach der gesellschaftlichen Gerechtigkeit. Und obgleich der sich als „wissenschaftlich“ bezeichnende Sozialismus, psychologisch-genetisch betrachtet, von einer *Kritik* des bestehenden Gesellschaftszustandes ausgeht und bei der Aufstellung eines sozialen Ideals endet, behauptet er dennoch nichts anderes als eine rein explikative, auf kausale Erklärung gerichtete Betrachtung des sozialen Geschehens zu geben, die sich der naturwissenschaftlichen möglichst anzunähern hat. Wie die meisten andern soziologischen Theorien sucht auch der historische Materialismus neben speziellen Naturgesetzen des sozialen Lebens ein allgemeines Entwicklungsgesetz der menschlichen Gesellschaft. Die in Anlehnung an *Hegel*³⁰ versuchte Formulierung dieses Gesetzes der „Negation“, das die Entwicklung vom urwüchsigen Kommunismus über das Stadium des Privateigentums zum Kommunismus zurück aussagt, ist hier nebensächlich. Worauf es ankommt ist dies, daß *Marx* und *Engels*³¹ ganz ebenso wie *Comte* und *Spencer* in der von ihnen erkannten naturgesetzlichen Entwicklung der Gesellschaft zugleich ein Gesetz des *Fortschrittes*, der *Höherentwicklung*, das heißt aber: eine *Norm* behaupten. Gerade in dieser man-

²⁹ Karl Marx (1818–1883), Publizist und wirkmächtigster politischer Philosoph des 19. Jahrhunderts. Wichtige Werke: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung (1843), in: Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe (MEGA), Abt. I, Bd. 2, Berlin 1982, S. 170–183; Manifest der kommunistischen Partei (gemeinsam mit Friedrich Engels, zuerst anonym publiziert, 1848), in: Karl Marx Friedrich Engels Werke (MEW), Bd. 4, Berlin 1959, S. 459–493; Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte (1852), in: MEGA, Abt. I, Bd. 11, Berlin 1985, S. 96–189; Das Kapital, 3 Bde., Hamburg 1867–1894 (Bd. 2 und Bd. 3 postum hrsg. von Friedrich Engels), in: MEGA, Abt. II, Bd. 5, Bd. 13 und Bd. 15, Berlin 1983–2008.

³⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), Philosoph, bedeutendster Vertreter des deutschen Idealismus. 1801 in Jena Privatdozent für Philosophie, 1805–1807 a. o. Prof. ebendort, 1816 o. Prof. in Heidelberg; 1817–1831 o. Prof. in Berlin (Nachfolger von Fichte, 1829–1830 Rektor). Wichtige Werke: Phänomenologie des Geistes, Bamberg und Würzburg 1807; Wissenschaft der Logik, 3 Bde., Nürnberg 1812–1816; Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Heidelberg 1817 (3. Aufl., Berlin 1830); Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821.

³¹ Friedrich Engels (1820–1895), Publizist und politischer Philosoph. Wichtige Werke: Die Lage der arbeitenden Klasse in England (1845), in: MEW, Bd. 2, Berlin 1959, S. 225–506; Manifest der kommunistischen Partei (gemeinsam mit Karl Marx, zuerst anonym publiziert, 1848), in: MEW, Bd. 4, Berlin 1959, S. 459–493; Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft (frz. 1880, dt. 1882), in: MEGA, Abt. I, Bd. 27, Berlin 1988, S. 581–627.

gelnden Scheidung von Sein und Sollen, in dieser Identifizierung von Wirklichkeit und Wert bewährt sich der historische Materialismus als ein echtes Kind vom Geiste *Hegels*.

Diese Verquickung des explikativen mit dem normativen Standpunkte zeigt sich unverkennbar und unverhüllbar in der Doppelrolle die der Marxismus allerwegen durchführt: Er ist nicht nur *Erklärung*, sondern zugleich auch *Kritik* der Geschichte. Und diese Gesellschaftskritik, die theoretisch und praktisch seine bedeutendste Funktion ist, ist unmöglich ohne eine *Norm*, an der die Wirklichkeit gewertet wird. Dabei ist der allgemeine Widerspruch zwischen den angeblich rein *kausalen* Erkenntnissen des Marxismus und den nur äußerlich, durch die Terminologie verdeckten *normativen* Richtlinien um so kritischer, als dieser Sozialismus nicht bloß ein theoretisch-wissenschaftliches System, sondern auch ein praktisch-politisches Programm darstellt. Der *naturrechtliche* Trugschluß aus dem Sein auf das Sollen wird hier nach zweifacher Richtung vorgenommen. Einmal innerhalb des theoretischen Systems selbst; hier nur verschleiert, indem aus der Erkenntnis der Vergangenheit des tatsächlichen sozialen Geschehens auf dem Wege eines logischen Schlusses ein soziales Ideal abgeleitet und in die Form einer Zukunftsprognose eingeleitet³² wird. Gerade weil innerhalb des Rahmens einer Kausalerklärung eine Voraussage der Zukunft methodisch gar nicht | möglich ist – zu tatsächlich gegebenen Wirkungen die Ursachen aufsuchen (erklären) ist etwas wesentlich anderes als zu *angeblich* gegebenen Ursachen die Wirkung prophezeien – muß, da von einem *Gegebensein* bestimmter Ursachen zu künftigen Wirkungen niemals die Rede sein kann – an Stelle des Voraussagens einer *Wirkung* – in solche Sprachform gehüllt ein Postulat treten. Es ist zu allen Zeiten die *Sprache* des *Optimismus*: es *wird* sein, wie die des *Pessimismus*: es *war* einmal; und stets kann sich Optimismus wie Pessimismus nur beziehen auf dasjenige, was *soll*. In dem *Optimismus* der materialistischen Geschichtsauffassung steckt ihr normativer Charakter. – Das andere Mal aber vollzieht der Marxismus den Trugschluß vom Sein aufs Sollen ganz offen: indem aus der Erkenntnis der Vergangenheits- und Zukunftsentwicklung Normen für den politischen Kampf abgeleitet werden. Daraus, daß die historische Entwicklung naturnotwendig zum Kommunismus führt, folgt *logisch* keineswegs, daß der einzelne für dieses Endresultat kämpfen *solle*. Ist aber ein auf wissenschaftlicher Basis begründetes „Parteiprogramm“ etwas anderes als Normen, gerechtfertigt durch Naturgesetze, Sollvorschriften für praktisches Verhalten, abgeleitet aus der Erkenntnis eines Müssens? Oder kann sich der wissenschaftliche Sozialismus ernstlich damit für einverstanden erklären, daß zwischen seinen theoretischen Erkenntnissen und seinen ethisch politischen Postulaten eine bloß *zufällige* inhaltliche Konkordanz besteht? Von allen soziologischen Systemen verdient der wissenschaftliche Sozialismus am meisten die Bezeichnung eines *Naturrechtes* der Gegenwart!

| 229

³² «eingeleitet»] muss wohl heißen: «eingekleidet».

Es ist außerordentlich charakteristisch, daß *M.* von allen modernen Soziologen eigentlich nur *Simmel*³³ das Zeugnis ausstellen kann, naturrechtliche Entgleisungen vermieden zu haben. Eben nur deshalb, weil *Simmel* auf das *Materielle* des gesellschaftlichen Prozesses gar nicht eingeht, keine Naturgesetze der sozialen Entwicklung aufsucht, sondern lediglich eine Lehre von den *Formen* sozialer Beziehungen geben will. Tatsächlich scheint auch einer Erkenntnis der materiellen Dynamik die formale Theorie einer Statik der Gesellschaft voran gehen zu müssen!

³³ Georg Simmel (1858–1918), Soziologe und Philosoph. Ab 1885 Privatdozent, ab 1901 a.o. Prof. in Berlin, 1914–1918 o. Prof. in Straßburg. Simmel zählt zu den Begründern der Soziologie als eigenständige Wissenschaft. Im Zentrum seiner soziologischen und philosophischen Bemühungen steht die spannungsreiche Korrelation von statischen und dynamischen Elementen, von Form und Inhalt. Wichtige Werke: *Einleitung in die Morawissenschaft*, 2 Bde., Stuttgart und Berlin 1892 und 1893; *Philosophie des Geldes*, Leipzig 1900 (2. Aufl., Berlin und Leipzig 1907); *Soziologie*, Leipzig 1908.

Buchbesprechung

Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung
bei Staatsverträgen in Österreich,
Leipzig und Wien 1915
(1915/1916)*

* Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915/1916), S. 256–259.

| *Dr. Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich.* Wiener staatswissenschaftliche Studien. XII. Band, 1. Heft. Leipzig u. Wien, 1915. Franz Deuticke. 138 S. Preis K 6.–.¹

Die Bestimmung unseres Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt: daß zur *Gültigkeit* gewisser Staatsverträge die Zustimmung des Parlamentes erforderlich sei,² ist – da es sich dabei um ein allen konstitutionellen Verfassungen gemeinsames Problem handelt – in allen Literaturen, insbesondere aber in der deutschen, vielfach erörtert worden. Die Theorie des deutschen Staatsrechtes, dem sich die österreichische völlig angeschlossen hat, scheidet sich bei der Interpretation der fraglichen Verfassungsbestimmung in zwei Ansichten. Die eine hält die Zustimmung des Parlamentes sowohl für den staatsrechtlichen als auch für den völkerrechtlichen Bestand des Vertrages für notwendig. Die andere interpretiert die Bestimmung – ihrem Wortlaute gegenüber stark restringierend – in dem Sinne, daß die parlamentarische Mitwirkung nur für die staatsrechtliche Durchführung des ohne Parlament gültig abgeschlossenen Vertrages erforderlich sei.³ Genau genommen, behauptet diese staatsrechtliche Theorie die Ungültigkeit oder juristische Bedeutungslosigkeit der fraglichen Verfassungsvorschrift. Denn der Staatsakt, dessen Gültigkeitsbedingungen diese Vorschrift festsetzen will, ist ein *Vertrag*; für die *Gültigkeit* eines *Vertrages* setzt sie Bedingungen. Die sogenannte staatsrechtliche Theorie behauptet nun, daß die Gültigkeit des fraglichen Staatsaktes, sofern er als *Vertrag* in Betracht kommt, von jener Bedingung unabhängig sei, welche die Verfassung gerade für seine Gültigkeit setzt. Die „Durchführung“ eines Vertrages ist offenbar etwas anderes als seine – von der zu interpretierenden Bestimmung ausdrücklich genannte – „Gültigkeit“.

In der vorliegenden Studie schließt sich *Pitamic*⁴ für das österreichische Recht der „staatsrechtlichen“ Theorie an und begründet seine Stellungnahme mit der

¹ *Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich*, Wien und Leipzig 1915.

² Vgl. Art 6 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBI 1867/145 (im Folgenden: StGG Regierungsgewalt 1867): „Der Kaiser schließt die Staatsverträge ab. Zur Giltigkeit der Handelsverträge und jener Staatsverträge, die das Reich oder Theile desselben belasten oder einzelne Bürger verpflichten, ist die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich.“

³ Vgl. *Pitamic, Staatsverträge* (Anm. 1), S. 31–33, der sich hinsichtlich der vertretenen Ansichten ausdrücklich auf die Darstellung bei *Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 2, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig 1911, S. 125–172, bezieht.

⁴ Leonidas Pitamic (1885–1971), Staatsrechtslehrer und jugoslawischer Diplomat. Er gehörte zu den ersten Schülern Kelsens. 1915 Habilitation in Wien, 1918 Ernennung zum a. o. Prof. in Czernowitz, ab 1920 o. Prof. in Laibach (1925/1926 Rektor), 1929–1934 außerordentlicher Gesandter und bevollmächtigter Minister des Königreichs Jugoslawien bei der Regierung der USA, 1938–1952 o. Prof. für Verfassungsrecht und Staatstheorie in Ljubljana. Wichtige Werke: *Das Recht der Abgeordneten auf Diäten*, Wien und Leipzig 1913; *Parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich*, Leipzig und Wien 1915; *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1918), S. 339–367; *Država* (Der Staat), Laibach 1927 (erweiterte engl. Ausgabe: *A Treatise on the State*, Baltimore 1933).

Behauptung, daß die Verfassung eines Staates überhaupt nicht imstande sei, Regeln für ein Rechtsverhältnis des Völkerrechtes aufzustellen (S. 37).⁵ Die Frage, in welcher Form Staatsverträge gültig abgeschlossen werden können, entscheide nicht eine Norm der staatlichen Rechtsordnung, sondern ein Völkerrechtssatz.⁶ Da nun *Pitamic* keine allgemeine – d. h. für alle Staaten oder eine bestimmte Gruppe von Staaten gültige – Norm des Völkerrechts finden kann, begnügt er sich, die Praxis des österreichischen Staates festzustellen. Dieser zufolge werden Staatsverträge *tatsächlich* ohne Mitwirkung des Parlamentes bloß durch den Monarchen oder die Regierung abgeschlossen.⁷ Diese Praxis erklärt *Pitamic* für ein „partikuläres Gewohnheitsrecht.“⁸ „Staatsverträge sind somit für Österreich nach Völkerrecht gültig abgeschlossen mit der Übermittlung des Versprechens des Kaisers oder der Regierung an den anderen Vertragsstaat. Das Versprechen dieser Organe ist notwendig, aber auch ausreichend.“ (S. 49).⁹

Die Frage nach der Bedeutung der die Zustimmung des Parlamentes für die Gültigkeit von Staatsverträgen postulierenden Verfassungsbestimmung beantwortet sich nach der Vorstellung, die man von dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Rechte hat. Wie neuestens *Verdroß*¹⁰ in seiner ausgezeichneten Abhandlung: „Zur Konstruktion des Völkerrechts“ (Zeitschrift für Völkerrecht Bd. VIII, S. 330 ff.)¹¹ klar aufgezeigt hat, kann das Verhältnis das der Subordination oder der Koordination sein. Wenn man die Völkerrechtsordnung als ein selbständiges, von der staatlichen Rechtsordnung unabhängiges Normsystem vorstellt, dann steht der Staat als Rechtssubjekt zwei Ordnungen gegenüber, die miteinander ebenso in Konflikt geraten können, wie die staatliche Rechtsordnung zur Moral oder diese zur Sitte. Es kann somit vom Standpunkte der staatlichen Rechtsordnung geboten sein, was von der Völkerrechtsordnung verboten, oder zumin-

⁵ *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 37 – Kelsen bezieht sich auf die von Pitamic an dieser Stelle aufgeworfene Frage, die dieser auf den nachfolgenden Seiten (S. 38–53) verneint.

⁶ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 31–53, insb. S. 40 f.

⁷ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 48 f.

⁸ *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 47, spricht im Kontext des Gewohnheitsrechts von „partikulärem Völkerrecht“.

⁹ *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 49 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰ Alfred Verdross(-Drossberg) (1890–1980), Völkerrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1921 Habilitation in Wien, 1918–1924 im österreichischen Außenministerium tätig, 1922–1938 Prof. an der Wiener Konsularakademie, 1924 a. o. Prof., ab 1925 o. Prof. für Internationales Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien. 1938 suspendiert, 1945 reaktiviert (1951/1952 Rektor). 1950 wurde er Mitglied des „Institut de Droit international“, war 1958–1977 Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und 1956–1966 Mitglied der International Law Commission. Er ist mit Adolf Merkl der bedeutendste Schüler Kelsens. Wichtige Werke: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien 1926; *Völkerrecht*, fünf Auflagen, Berlin und Wien 1937–1964 (fortgeführt in drei Auflagen als „Universelles Völkerrecht“ mit Bruno Simma, Berlin 1976–1984).

¹¹ *Alfred Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: *Zeitschrift für Völkerrecht* 8 (1914), S. 329–359.

|257

dest nicht geboten ist. Der Staat steht in diesem Falle in einem Pflichten-Konflikt, geradeso wie das Individuum möglicherweise zwischen den Forderungen des Rechtes und |der Moral. Nun sei dahin gestellt, ob bei einer solchen Konstellation von staatlichem Recht und Völkerrecht das letzte noch als „Recht“ bezeichnet werden darf. Der Begriff des Rechtes muß wohl so gestaltet werden, daß es ausgeschlossen bleibt, etwas zugleich als rechtlich geboten und verboten, als rechtlich gültig und zugleich *rechtsungültig* zu erkennen. Eine Rechtstheorie, die dies zugebe, würde sich ja als Theorie selbst aufheben. Ein von der staatlichen Rechtsordnung unabhängiges und gänzlich selbständiges Völkerrecht verdiente den Namen des „Rechtes“ nicht mehr und nicht weniger, als der Rechtsordnung gegenüber die Moral. Steht man aber auf diesem „dualistischen“ Standpunkt, dann ist die vorliegende Frage eben nicht einheitlich zu beantworten. Dann ist die Zustimmung des Parlamentes für die Gültigkeit von Staatsverträgen vom Standpunkt des staatlichen Rechtes erforderlich, vom Standpunkt des sogenannten Völkerrechtes dagegen nicht, *sofern das Völkerrecht darüber etwas anderes bestimmt*. Es läge ein Konflikt vor, der, wenn beide Ordnungen Rechtsordnungen wären, unlösbar bliebe, der sich aber *juristisch* im Sinne jener Ordnung löst, die allein man als *Recht* gelten läßt.

Nun scheint *Pitamic* von dieser dualistischen Konstruktion ausgegangen zu sein. Er nimmt einen Konflikt zwischen zwei Normsystemen an indem er sagt: „Ein solcher Konflikt ist überall möglich, wo ein Rechtssubjekt – in unserem Falle der Staat – zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliegt: kommt z. B. auch im Verhältnis zwischen Staats- und Kirchenrecht vor“. (S. 57.)¹² Freilich verkennt er das Wesen der Rechtswissenschaft, wenn er ihr – die als *Rechtserkenntnis* wie alle Erkenntnis letztlich kein anderes Ziel hat, als ihren Gegenstand widerspruchlos zu begreifen – die Aufgabe abspricht, die möglichen Gegensätze zwischen Völker- und Staatsrecht zu überbrücken.¹³ Allein *Pitamic* gerät zu dieser seiner dualistischen Grundauffassung in Widerspruch, wenn er im Anschluß an die von ihm akzeptierte staatsrechtliche Theorie die gestellte Frage nicht vom staatsrechtlichen Standpunkt anders als vom völkerrechtlichen, sondern einheitlich dahin beantwortet, daß zum Abschluß von Staatsverträgen die Zustimmung des Parlamentes rechtlich nicht erforderlich sei.¹⁴ *Pitamic* erklärt nämlich, die Verfassung sei „überhaupt nicht imstande“, die Frage, wie völkerrechtliche Verträge gültig abzuschließen seien, zu regeln.¹⁵ Also müssen die bezüglichlichen Vorschriften der Verfassung *ungültig sein*. Daß sich aber Art. 6 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt auf den *Abschluß* von Staatsverträgen bezieht, kann seinem klaren Wortlaute nach nicht bezweifelt werden: „Der Kaiser *schließt*

¹² *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 57 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹³ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 57.

¹⁴ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 48–50.

¹⁵ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 37.

die Staatsverträge ab“, lautet der erste Satz.¹⁶ Er muß nach *Pitamic* ungültig sein, weil die staatliche Rechtsordnung nicht imstande ist, diese Materie zu regeln. Ungültig muß aber auch der nächste Satz des zitierten Artikels sein; denn dieser bedeutet nichts anderes, als die Feststellung einer *Ausnahme* von der im ersten Satze ausgesprochenen Regel; bezieht sich somit auch auf den Abschluß von Staatsverträgen, indem er zur Gültigkeit i. e. für den gültigen Abschluß gewisser Staatsverträge neben der Tätigkeit des Kaisers die Zustimmung des Parlamentes fordert.

Der Konsequenz, einen so wesentlichen Bestandteil der Verfassung für ungültig zu erklären, versucht *P.* dadurch zu entgehen, daß er den zweiten Satz des zit. Art. 6, der sich klar und deutlich auf *den Abschluß und die Vertragsgültigkeit* bezieht, im Anschluß an die bekannte staatsrechtliche Theorie so umzudeuten versucht, als ob die *Durchführung* des Vertrages gemeint wäre.¹⁷ Ganz abgesehen davon, daß diese Interpretation im Widerspruch zu Sinn und Wortlaut des Artikels steht, ist damit doch nicht vermieden, daß wenigstens der erste Satz des Artikels, der die Kompetenz des Monarchen zum Abschluß von Staatsverträgen aufstellt, für ungültig erklärt werden müßte. Und zwar deshalb, weil die staatliche Verfassung die ihr nach Ansicht *P.s* gezogene Kompetenzgrenze überschritten hätte.

Damit ist aber der staatlichen Rechtsordnung die Kompetenzhoheit (oder m. a. W. die Souveränität) abgesprochen. Ein Normsystem kann nur durch ein übergeordnetes System in seiner Kompetenz eingeschränkt sein. Dieses übergeordnete System ist in unserem Falle die Völkerrechtsordnung. Somit hat *P.* die dualistische Konstruktion, die Annahme einer Koordinierung von staatlicher und Völkerrechtsordnung aufgegeben, die staatliche Rechtsordnung ihrer Souveränität entkleidet, lediglich als ein von der Autorität des Völkerrechtes delegiertes Normsystem anerkannt. So zukunftsreich auch diese Konstruktion sein mag – im selben Maße als die Völkerrechtsordnung zu einer wahrhaften *Rechtsordnung* wird, müssen die staatlichen Normsysteme ihre Souveränität verlieren – so ist doch zu bezweifeln, ob *P.* entschlossen ist, ihre Konsequenzen zu ziehen. |258

Immerhin bedeutet es schon eine starke Opposition gegen das herrschende Dogma von der Souveränität der staatlichen Rechtsordnung oder – was dasselbe bedeutet – der Kompetenzhoheit des Staates, wenn *P.* diesen für unfähig erklärt, selbst zu bestimmen, welche seiner Organe eine bestimmte Staatsfunktion, nämlich den Abschluß von Staatsverträgen vorzunehmen haben.¹⁸ Da der Abschluß eines Staatsvertrages ein Staatsakt ist, die Frage, wann eine menschliche Handlung nicht dem physisch Handelnden selbst, sondern dem *Staate* zuzurechnen, das heißt aber: als Staatsakt anzusehen ist, juristisch nur auf Grund eines Rechtssatzes, einer *Organisationsnorm* beantwortet werden kann, wird das Völkerrecht, solange

¹⁶ Vgl. Art 6 StGG Regierungsgewalt 1867 (Anm. 2).

¹⁷ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 49.

¹⁸ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 51.

es nicht die Selbständigkeit der staatlichen Rechtsordnung gänzlich absorbiert hat, oder m.a.W. solange die Einzelstaaten nicht unselbständige Organe der zum Oberstaat gewordenen Völkerrechtsgemeinschaft geworden sind, in dieser Richtung auf die staatliche Rechtsordnung angewiesen sein. Nur diese, nicht aber eine von ihr unabhängige Ordnung kann bestimmen, unter welchen Bedingungen irgend ein Tatbestand ein gültiger Staatsakt sei. Das ist der Grund, weshalb man noch keinen Völkerrechtssatz aufzeigen kann, der vorschreibt, durch welche Organe Staatsverträge abgeschlossen werden; denn wenn es einen solchen Völkerrechtssatz gäbe, wären die von ihm bestimmten Organe nicht Organe von Einzelstaaten, sondern Organe der Völkerrechtsgemeinschaft als eines Oberstaates.

Wenn *Pitamic* – um den für seine Interpretation unumgänglich notwendigen Völkerrechtssatz zu gewinnen, die Regel der in Österreich tatsächlich geübten Praxis als partikuläres Gewohnheitsrecht deutet, so wandelt er – ohne sich dessen bewußt zu sein – die Pfade der neuestens so beliebten „soziologischen“ Rechtswissenschaft. Moderne Juristen würden, was *P.* nach alter Weise „Gewohnheitsrecht“ nennt, als „lebendes“ Recht im Gegensatz zu dem toten Buchstaben des Gesetzes bezeichnen.¹⁹ Allein, wie sehr diese Methode die völlige *Denaturierung juristischer Erkenntnis* bedeutet, zeigt gerade der vorliegende Fall. Wenn die Frage, wie die den Abschluß von Staatsverträgen betreffenden Bestimmungen der Verfassung oder des Völkerrechts zu interpretieren sind, irgend einen Sinn haben kann, ist es doch der: Wie *sollen* Staatsverträge rechtlich abgeschlossen werden, ist das was tatsächlich in dieser Richtung geschieht, die Praxis, *richtig* oder nicht, rechtmäßig oder rechtswidrig? Allein man läßt das Problem, von dem man ausgegangen ist, unversehens fallen, wenn man nun diese Praxis für richtig erklärt, unter Berufung darauf, weil es die Praxis ist! Wenn man das zu messende oder zu wertende Objekt zum Maßstab seiner selbst macht, hört man eben auf zu messen oder zu werten. Es ist so, als ob man die Höhe des Kölner Doms mit einem Maße messen wollte, dessen Einheit der Kölner Dom ist. Sich bei juristischen Betrachtungen mit der Feststellung dessen begnügen, was tatsächlich regelmäßig geschieht, heißt von vornherein auf die Möglichkeit verzichten, reales Geschehen, das irgend einen regelmäßigen Charakter hat, als rechtswidrig zu bewerten, heißt, an Stelle einer normativ-wertenden eine erklärende oder bloß beschreibende Erkenntnis setzen, heißt überhaupt auf jede rechtliche Wertung und damit auf eine spezifische rechtliche Betrachtung verzichten.

Die Annahme eines „partikulären Gewohnheitsrechtes“ enthält zwar die Behauptung einer Rechtsnorm, also eines rechtlichen Sollens, das seinen Charakter unbeschadet eines konformen Seins bewahrt. Allein die von *Pitamic* konstatierte Staatenpraxis kann nicht als ausreichender Erkenntnisgrund für einen Rechtssatz angesehen werden, dessen partikuläre Beschränkung auf *einen* Staat mit dem *Gemeinschaftscharakter* alles Rechtes – auch des Völkerrechtes – in Widerspruch

¹⁹ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1913, S. 393–407.

steht. *Diese Praxis muß vom Standpunkte der österreichischen Verfassung als rechtswidrig bezeichnet werden.* Da es aber keinen von der staatlichen Rechtsnorm unabhängigen Völkerrechtssatz über den Abschluß von Staatsverträgen gibt, ist die Frage vom Standpunkt eines selbständigen und unabhängigen Völkerrechtes in demselben Sinne zu entscheiden: Auch völkerrechtlich müssen Staatsverträge von den durch die staatliche Verfassung hierzu ermächtigten Organe abgeschlossen werden.

Über die einzelnen Kategorien jener Verträge, die nach österreichischer Verfassung einer parlamentarischen Behandlung bedürfen,²⁰ stellt *Pitamic* sorgfältige Untersuchungen an. Er zeigt, daß unter Verträgen „die einzelne Bürger verpflichten“ nur solche zu verstehen sind, die deren Freiheitssphäre einschränken.²¹ Mit *Gneist*²² und *Meier*²³ versteht er unter den Staat „belastenden“ Verträgen solche, die dem Staat Lasten auferlegen, die Gegenstand eines Finanzgesetzes oder einer Budgetbewilligung sind.²⁴ Mit der herrschenden Lehre nimmt *P.* die ausschließ-

²⁰ Nach § 11 lit a Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141, gehört die Prüfung und Genehmigung jener Staatsverträge, die eine „Gebietsänderung der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder zur Folge haben“, zum Wirkungskreis des Reichsrates. Art 6 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145, bestimmt, dass zur Gültigkeit solcher Staatsverträge die Zustimmung des Reichsrates erforderlich ist, auch wenn dort (möglicherweise infolge redaktionellen Versehens) Gebietsänderungen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Entsprechend normiert § 1 lit a Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146, dass die Genehmigung der Staatsverträge den „Vertretungskörpern der beiden Reichshälften (dem Reichsrathe und dem ungarischen Reichstage)“ vorbehalten bleibt, „insoweit eine solche verfassungsmäßig notwendig ist“.

²¹ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 75.

²² Rudolf von Gneist (1816–1895), Privat- und Staatsrechtslehrer sowie Politiker. Er gilt als Wegbereiter der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen. 1839 Habilitation in Berlin, ab 1845 a. o. Prof., ab 1858 o. Prof. ebendort (1872–1873 Rektor). 1859–1893 Mitglied des Abgeordnetenhauses, 1867–1870 und 1871–1884 Reichstagsabgeordneter (Nationalliberale Partei). Ab 1875 Richter im Nebenamt am Preußischen Obergerverwaltungsgericht. Wichtige Werke: Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 2 Bde., Berlin 1857 und 1860 (Ergänzungsband zu Bd. 2: Die Geschichte des Selfgovernment in England oder die innere Entwicklung der Parlamentsverfassung bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts, Berlin 1863); Budget und Gesetz nach dem konstitutionellen Staatsrecht Englands, Berlin 1867; Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, Berlin 1871; Der Rechtsstaat, Berlin 1872 (2. Aufl. u. d. T.: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Berlin 1879); Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen, 2 Bde., Berlin 1883 und 1884.

²³ Ernst von Meier (1832–1911), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1856 Habilitation für Kirchenrecht und Rechtszyklopädie, später auch für Deutsche Rechtsgeschichte und Deutsches Staatsrecht in Göttingen, 1866 Umhabilitation in Berlin. Ab 1868 a. o. Prof., ab 1871 o. Prof. in Halle (Saale), 1888–1894 o. Prof. in Göttingen. Nach Kompetenzkonflikten mit dem Chef der Hochschulabteilung im preußischen Kultusministerium Friedrich Theodor Althoff zog er sich nach Berlin zurück und widmete sich der Verwaltungsgeschichte. Wichtige Werke: Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 1680–1866, 2 Bde., Leipzig 1898 und 1899; Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtentwicklung Preussens im 19. Jahrhundert, 2 Bde., Leipzig 1907 und 1908.

²⁴ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 83.

liche Kompetenz des *Reichsrates* (und nicht auch der Landtage) für Staatsverträge in Anspruch.²⁵ Da er in der von der Verfassung für die *Gültigkeit* der Staatsverträge geforderten *Zustimmung* des Reichsrates nur eine Schlußfassung zur Durchführung eines ohne die Zustimmung des Reichsrates gültig geschlossenen Vertrages sieht, hält er – wie *Herrnritt*²⁶, *Ulbrich*²⁷ u. a. – diese „Durchführung“ von Staatsverträgen auch im Wege einer kaiserlichen Verordnung auf Grund des § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung²⁸ für zulässig.²⁹ Unter der Voraussetzung, daß die Mitwirkung des Parlamentes bei Staatsverträgen die Bedeutung hat, die ihr *Pitamic* zuspricht, ist diese Verwendung des § 14 nur konsequent.

Die *Pitamische* Schrift orientiert gut über die einschlägige Literatur und ist als gründliche und fleißige Arbeit anzuerkennen.

²⁵ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 115.

²⁶ Rudolf Hermann von Herrnritt (1865–1945), Staatsrechtslehrer. 1891–1904 im Ministerium für Kultus und Unterricht tätig, 1897 Habilitation in Wien, 1904–1909 o. Prof. an der Technischen Hochschule Wien, 1913 a. o. Prof., 1915 o. Prof. an der Universität Wien. 1925–1930 Senatspräsident am Verwaltungsgerichtshof. Wichtige Werke: Nationalität und Recht, Wien 1899; Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, Tübingen 1909; Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921.

²⁷ Josef Ulbrich (1843–1910), Staatsrechtslehrer. 1879–1884 a. o. Prof. an der Deutschen Universität in Prag, 1884–1898 o. Prof. ebendort (1896/1897 und 1904/1905 Rektor). Wichtige Werke: Lehrbuch des österreichischen Staatsrechtes, Berlin 1883; Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechtes, Prag und Leipzig 1884; Österreichisches Staatswörterbuch, 2 Bde. (hrsg. mit Ernst Mischler), Wien 1895 und 1897 (2. Aufl., 4 Bde., Wien 1905–1909).

²⁸ § 14 Abs 1 Satz 1 Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBL 1867/141: „Wenn sich die dringende Nothwendigkeit solcher Anordnungen, zu welchen verfassungsmäßig die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich ist, zu einer Zeit herausstellt, wo dieser nicht versammelt ist, so können dieselben unter Verantwortung des Gesamtministeriums durch kaiserliche Verordnung erlassen werden, in soferne solche keine Abänderung des Staatsgrundgesetzes bezwecken, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräußerung von Staatsgut betreffen.“

²⁹ Vgl. *Pitamic*, Staatsverträge (Anm. 1), S. 121f.

Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft.

Eine methodenkritische Untersuchung

(1916)*

* Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239.

Nachdruck:

– in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 37–93. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle WRS zu erkennen.)

Übersetzungen:

– *Italienisch*: La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 73–136. – Nachdruck in: Metodologia della scienza giuridica (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1989, S. 103–152.

– *Japanisch 1*: 規範學又は文化科學としての法律學 Kihangaku mata wa Bunka-Kagaku to shite no Hôritsugaku (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft) (übersetzt von Keijirô Anno), Tokio 1923.

– *Japanisch 2*: 法科学は規範科学か文化科学か Hôgaku wa Kihan-kagaku ka Bunka-kagaku ka (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft) (übersetzt von Kanji Morita), in: 法学論 Hôgakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokio 1977, S. 53–141. – Nachdruck in: ハンス・ケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushû IV Hôgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 51–114.

| Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft

Eine methodenkritische Untersuchung

Inhaltsverzeichnis:¹

Vorbemerkung:	
Sein und Sollen	553
Die Grundeinteilung der Wissenschaften	554
I. Rickerts Begründung der Kulturwissenschaft:	
Natur und Kultur	555
Der Gegenstand der Kulturwissenschaft	556
Werten und auf Werte beziehen	564
Das individualisierende und das generalisierende Verfahren	574
II. Die Stellung der Rechtswissenschaft im Rickertschen Wissenschafts- system:	
Kantorowicz: Die dogmatische Jurisprudenz außerhalb dieses Systems	576
Lask: Die Rechtswissenschaft als empirische Kulturwissenschaft	577
„Wert“ und „Bedeutung“	582
Das Recht als Norm	584
Die Positivität des Rechts	587
Der formale Charakter des Sollens	589
Die Relativität des Rechtswerts	590
III. Die Durchführung der Rickert-Laskschen Auffassung bei Radbruch:	
Die Rechtswissenschaft ihrem Gegenstande nach empirische Kulturwissenschaft, ihrer Methode nach Normwissenschaft	593
Die Kultur als „Zwischenreich“ von Sollen und Sein	595
Norm und Imperativ	600
„Geltung“ und „Sinn“ des Rechts	602
Der „Sinn“ des Rechtsimperativs als Gegenstand der Rechtswissenschaft	602
Der „Sinn des Rechtsimperativs“ gleichbedeutend mit „das Recht als Norm“	603
Verhältnis von Gegenstand und Methode	604

¹ Die Inhaltsübersicht ist im Original als Fließtext abgedruckt.

Vorbemerkung

In *Herbarts*² Allgemeiner Metaphysik findet sich der charakteristische Satz: „Dem unverkünstelten Verstande kann man es ohne weiters anmuthen, sich ursprünglich zu besinnen, daß er, wenn das Seyn und das Sollen gesucht wird, in zwey ganz verschiedene Richtungen hinausschaue¹⁾.“

Mit großem Scharfsinn gründet *Herbart*, der den Gegensatz von Sein und Sollen prinzipieller und konsequenter noch als *Kant*⁴ erfaßt hat, den fundamentalen Dualismus auf eine *ursprüngliche Besinnung* und konstituiert ihn erkenntnistheoretisch korrekt in der totalen Verschiedenheit der *Blickrichtungen*. Gerade in diesem Sinne muß der formal-logisch unlösbare Antagonismus von Sein und Sollen zur Grundlage eines Erkenntnissystems und sohin einer Grundeinteilung der Wissenschaften werden. Je nachdem das | Ziel der Betrachtung das Sein tatsächlichen Geschehens, das heißt die Realität, oder | ein sittliches, rechtliches, ästhetisches oder sonstiges Sollen, das heißt also eine Idealität ist, scheiden sich die Bezirke unserer Erkenntnis in zwei von Grund aus verschiedene Gruppen, teilt sich die Welt – als das Ergebnis unserer *Erkenntnis* (nicht unseres Fühlens oder Wollens) – in zwei Reiche, die kein Weg miteinander verbindet. Sofern die Erkenntnis des Seins nach der *Kausalität* orientiert ist – Kausalität ist die Einheit, unter der die Gegebenheit hier zusammengefaßt wird, Sein ist kausal geordnetes Sein – und sofern die Erkenntnis des Sollens die Gegebenheit nach der Einheit einer Norm ordnet, an der Normalität orientiert ist, scheiden sich die Wissenschaften in Kausalwissenschaften auf der einen und Normwissenschaften oder normative Disziplinen auf der anderen Seite. Der Gegensatz von Sein und Sollen ist identisch mit dem Gegensatz von Wirklichkeit und Wert oder Natur und Zweck. Denn das kausal geordnete Sein ist eins mit demjenigen, was unter dem Begriffe der Wirklichkeit oder dem der Natur (im weitesten Sinne dieses Wortes) erfaßt wird. Ebenso sind „Wert“ und „Zweck“ nur Synonyma für den Begriff des Sollens und die Norm nur der Ausdruck für ein Sollen, einen Wert oder Zweck, wie das Kausal- oder Naturgesetz ein Ausdruck für das Sein oder die Wirklichkeit der Natur ist.

| 1182

| WRS 38

¹⁾ a. a. O. I, § 120.³

| 1181, WRS 37

² Johann Friedrich Herbart (1776–1841), Philosoph, Musiker und Psychologe. Studierte ab 1794 in Jena bei Fichte, habilitierte sich 1802 in Göttingen und war dort Privatdozent, ab 1805 a. o. Prof. für Philosophie, wurde 1808 nach Königsberg als Nachfolger Kants berufen und wirkte dort bis 1833 als o. Prof. für Philosophie und Pädagogik, anschließend wieder o. Prof. der Philosophie in Göttingen. Wichtige Werke: Allgemeine Pädagogik aus dem Zwecke der Erziehung abgeleitet, Göttingen 1806; Allgemeine practische Philosophie, Göttingen 1808; Lehrbuch zur Psychologie, Königsberg und Leipzig 1816 (2. Aufl., Königsberg 1834); Allgemeine Metaphysik, nebst den Anfängen der philosophischen Naturlehre. 2 Teile, Königsberg 1828–1829.

³ *Johann Friedrich Herbart*, Allgemeine Metaphysik, nebst den Anfängen der philosophischen Naturlehre. Erster, historisch-kritischer Theil, Königsberg 1828, S. 392 (§ 120).

⁴ Immanuel Kant (1724–1804); vgl. *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781/1787, S. A 318f., S. B 375.

Dabei müssen freilich die Begriffe Wert und Zweck in einem streng objektiven Sinne genommen und deutlich von jenen Tatbeständen geschieden werden, die unter der gleichen Bezeichnung einen realen Vorgang, ein psychisches Geschehen darstellen. Der rein formale Charakter der Begriffe Sein und Sollen sowie ihrer Synonyma kann nicht nachdrücklich genug betont werden. Es handelt sich tatsächlich nur um Erkenntnisformen, unter denen die Gegebenheit das eine Mal zur Wirklichkeit, das andere Mal zum Wert wird. Und sofern er die Methode, d. h. der Weg der Erkenntnis ist, durch den der Gegenstand bestimmt wird, beruht der Gegensatz von Kausal- und Normwissenschaften ebenso auf einem Unterschied der Erkenntnisrichtung wie des Erkenntnisobjektes. Denn man kann die Wirklichkeit und den Wert ebenso als Objekt der Erkenntnis wie als ihre Form oder Richtung bezeichnen.

| 1183

| WRS 39

Da es sich um einen Gegensatz innerhalb der *Wissenschaften* handelt, Wissenschaft aber nur systematische Einheit von Erkenntnissen bedeutet, darf man das Wesen einer normativen Wissenschaft, als welche die Ethik, die Grammatik, die Rechtslehre usw. aufgefaßt werden sollen, nicht darin erblicken, daß sie Normen, daß sie ein Sollen *schaffen*, das heißt *autoritär statuieren*, sondern darin, daß sie Normen *erkennen* und *begreifen*, indem sie sie nach einem einheitlichen Gesichtspunkt ordnen. Es wäre ein Fehler, die normative, d. h. normerkennende Wissenschaft mit der normsetzenden Autorität zu identifizieren, deren spezifische Funktion im *Wollen*, nicht aber wie bei der *Wissenschaft* im *Erkennen* und *Begreifen* liegt. Nicht die als „Ethik“ bezeichnete Wissenschaft statuiert die sittlichen Gebote, sondern das Gewissen, die Gottheit oder sonst eine Autorität; die Ethik hat diese Normen nur aufzusuchen und zu ordnen. Ebenso wie nicht die theoretische Disziplin der Grammatik, sondern der Sprachgebrauch die Regeln richtiger Sprache setzt, die von der Grammatik nur systematisch bearbeitet werden. Und sofern man unter Politik die Kunst eines richtigen und zweckmäßigen Wollens (und Handelns) versteht, also ein Wollenkönnen, ist Wissenschaft auch von Politik zu scheiden, die freilich als solche Gegenstand einer Wissenschaft sein muß.

Darum ist es unzulässig, eine Einteilung der Wissenschaften auf den Gegensatz von *Erkennen und Wollen* zu gründen. Wissenschaft ist nie Wollenschaft. Auch eine Wissenschaft von den Wollungen resp. deren „Gesetzen“, den „Normen“, wie Ethik und Rechtslehre, ist nur eine Summe von Erkenntnissen (wobei Wollungen keineswegs das einzige oder spezifische Substrat der Norm sind; gesollt kann auch etwas anderes sein als ein Wollen; jeder beliebige Inhalt kann in dieser Form vorgestellt werden). Ebenso wenig kann das Verhältnis von Intellektualität und Aktualität zu einem Differenzierungskriterium innerhalb der Wissenschaften führen, wie dies gelegentlich versucht wurde. Wissenschaft ist stets nur Intellektualität.

Ob die systematische Erkenntnis von Normen, wie die Ethik, die Rechtslehre usw., noch als „Wissenschaft“ zu bezeichnen ist, oder ob dieses Wort nur auf die Kausalwissenschaften beschränkt werden soll, ist eine terminologische Frage ohne tiefere Bedeutung. Gründet man den Begriff der Wissenschaft aber auf den der

Gesetzmäßigkeit, dann muß man sich bewußt bleiben, daß „Gesetz“ im Sinne von Kausal-(Natur-)Gesetz etwas *wesentlich* anderes bedeutet als Gesetz im Sinne von Norm. Gesetzmäßigkeit ist entweder Kausalität oder Normalität. Die Gemeinsamkeit besteht tatsächlich nur im Worte, das den fundamental-logischen Gegensatz nur zu verschleiern, nicht aber zu überbrücken vermag.

| I.

| 1184

Der oben entwickelte Gegensatz von kausalen und normativen Disziplinen ist wohl zu sondern von der Einteilung in *Natur-* und | *Kulturwissenschaften*, die hier mit Rücksicht darauf untersucht wird, daß neuestens der Versuch gemacht wurde, die *Rechtswissenschaft* nach Gegenstand und Methode als Kulturwissenschaft zu begründen.

| WRS 40

Bekanntlich hat es *Rickert*^{5 1)} unternommen, den Gegensatz von *Natur* und *Kultur* scharf herauszuarbeiten, um ihn zur Grundlage eines neuen Wissenschafts-systems zu machen. Doch soll die Einteilung in Natur- und Kulturwissenschaften lediglich die erklärenden Seinswissenschaften erfassen. Trotz der Verschiedenheit des Objektes wie der Methode, nach der sich Kultur- und Naturwissenschaft differenzieren, stehen dennoch beide auf gemeinschaftlicher Basis: der kausalen Erklärung der Wirklichkeit. Es handelt sich dabei in einer gewissen Richtung um einen „Hauptgegensatz“ der „*empirischen* Wissenschaften“²⁾, der an die Stelle der üblichen Einteilung in Natur- und Geisteswissenschaften treten soll.

Sofern man als den Gegenstand der empirischen Wissenschaften die „Natur“ in jenem weitesten Sinne des *Kantschen* Naturbegriffes versteht, in dem Natur und Wirklichkeit zusammenfallen, scheint der Versuch, der „Natur“ *innerhalb* der Wirklichkeit einen anderen Begriff entgegenzusetzen, der als „Kultur“ zwar Wirklichkeit, aber nicht Natur bedeutet, auf Schwierigkeiten zu stoßen; zumal *Rickert*

¹⁾ Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 3. Auflage 1915;⁶ Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 3. Auflage 1915.⁷ | 1184, WRS 40

²⁾ Kulturwissenschaft S. 63.⁸

⁵ Heinrich Rickert (1863–1936), Philosoph. 1891 Habilitation in Freiburg i.Br., ab 1894 a.o. Prof., ab 1896 o. Prof. ebendort, 1915–1934 o. Prof. in Heidelberg. Er gehörte zu den Exponenten der Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus, die in Freiburg i.Br., Straßburg und Heidelberg beheimatet war. Im Anschluss an Kant vertritt diese philosophische Richtung eine Wertlehre, die insbesondere durch die Unterscheidung von Sein und Sollen gekennzeichnet ist. Rickert erzielte mit seiner Gegenüberstellung von Wertbeziehung und Werturteil prägende Wirkung. Wichtige Werke: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, Freiburg i.Br. 1899 (6. und 7. Aufl., Tübingen 1926); Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Tübingen 1902 (5. Aufl., Tübingen 1929); Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen 1921.

⁶ *Heinrich Rickert*, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften. 2. Aufl., Tübingen 1913.

⁷ *Heinrich Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 3. Aufl., Tübingen 1915.

⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 63.

anerkennt, daß „es nur *eine* Wirklichkeit gibt⁹⁽³⁾, und daß mit dem Gegensatz „nicht zwei verschiedene Realitäten, sondern nur dieselbe Wirklichkeit unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten gemeint ist“⁴⁾. Ergibt sich doch die „Wirklichkeit an sich“ schon als Resultat einer bestimmten (der empirischen) Betrachtungsweise nur unter einem gewissen „Gesichtspunkte“ und es bleibt fraglich, wie es möglich sein soll, diesen Gesichtspunkt aufzugeben, ohne dabei die Realität aus dem Auge zu verlieren.

| 1185 Das Wesen der Kulturwissenschaft im Gegensatz zur Naturwissenschaft ist in erster Linie bestimmt durch ihren Gegenstand: die | Kultur. Da die Kulturwissenschaften empirische Seinsdisziplinen sind, kann „Kultur“ nur ein Stück Realität, eine irgendwie qualifizierte Wirklichkeit sein. Dabei muß natürlich jene Qualifikation, durch welche sich die als „Kultur“ bezeichnete Realität von der „Natur“
| WRS 41 | differenziert, durch ein Moment geschehen, das nicht außerhalb der Wirklichkeit liegt. Eine Erinnerung, die scheinbar selbstverständlich, mit Rücksicht auf die *Rickertsche* Entwicklung des Kulturbegriffes aber nicht überflüssig ist.

Es wird nun vor allem darauf ankommen, den Begriff der Kultur, der den Kernpunkt der *Rickertschen* Wissenschaftstheorie bildet, klarzustellen und insbesondere sein Verhältnis zu den Kategorien des Seins und Sollens, der Wirklichkeit und des Wertes zu bestimmen.

Da *Rickert* die Kulturwissenschaften von vornherein als empirische Seinsdisziplinen etabliert, muß „Kultur“ – wie schon bemerkt – eine irgendwie differenzierte Realität sein. Durchaus in der Richtung dieser Erwägung liegt, daß *Rickert* als „Kultur“ „aus der *Gesamtwirklichkeit* einer¹² Anzahl von Dingen und Vorgängen heraushebt, die für uns eine besondere *Bedeutung* oder Wichtigkeit besitzen, und in denen wir daher noch etwas anderes sehen als bloße Natur“¹⁾. Ein Stück „Gesamtwirklichkeit“ also ist Kultur, ein reiner Seinsbegriff. Dabei soll schon jetzt betont werden, daß es methodologisch durchaus zulässig ist, den Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung abzugrenzen nach einem besonderen Interesse, einer gewissen „Bedeutung“ oder „Wichtigkeit“ für den Betrachter (natürlich nur als Mitglied der Gesellschaft, das heißt in der Voraussetzung, daß diese „Bedeutung“ auch für die meisten anderen Zeitgenossen zutrifft, also: allgemein ist). Solche

³⁾ a. a. O. S. 15.¹⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 60.¹¹ Hier hat *R.* speziell den Gegensatz von Natur- und Geschichtswissenschaft im Auge.

| 1185, WRS 41 | ¹⁾ a. a. O. S. 15.¹³

⁹ «*eine* Wirklichkeit gibt»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 15: «eine empirische Wirklichkeit giebt».

¹⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 15 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 60 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹² «einer»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 15: «eine».

¹³ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 15 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Abgrenzung hat für die Methode der wissenschaftlichen Betrachtung des Objektes keine wesentliche Relevanz. Eine Chemie der menschlichen Nahrungsmittel ist in demselben Sinne (das heißt mit derselben Methode) Chemie wie eine Chemie der anorganischen Substanzen, wenn auch die Abgrenzung des Objektes im ersten, nicht aber im zweiten Falle nach deren besonderen Bedeutung für uns (das heißt die Menschen als Genossen des Betrachters) erfolgte.

Allein es ist nicht sicher, ob dieses Beispiel ganz im Sinne *Rickerts* gewählt ist. Denn eine Chemie der Nahrungsmittel wäre ebenso Naturwissenschaft wie eine Chemie der anorganischen Substanzen; und genau genommen ist jeder besondere Gegenstand einer engeren (Spezial-)Wissenschaft durch die besondere „Bedeutung“ abgegrenzt, die er für uns hat, und wäre es nur ein Interesse der Neugierde, ein Wissenstrieb, der sich gerade diesem noch unerforschten Gegenstande zuwendet. Ohne solche „Bedeutung“ gäbe es überhaupt keinen Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung, und *diese* „Bedeutung“ wäre daher nicht geeignet, die spezifische Differenz des Kulturobjektes – als eines besonderen Gegenstandes einer eigenartigen Wissenschaft – zu bilden. Daß aber *Rickert* unter „Bedeutung“ tatsächlich dasselbe versteht wie unter „Wichtigkeit“, „Interessantheit“, darf deshalb angenommen werden, weil er diese Worte als Synonyma häufig verwendet. So zum Beispiel a. a. O. S. 94,¹⁴ wo er als das Wesen der Geschichte (als der spezifischen Kulturwissenschaft) behauptet, sie habe nur darzustellen, was „wichtig“, „bedeutsam“ und „interessant“ ist, es werde jeder Historiker „als Vorwurf gegen seine Wissenschaftlichkeit empfinden, wenn man ihm sagt, daß er das Wesentliche nicht vom Unwesentlichen unterscheiden könne“. Allein dieser Vorwurf kann auch den Naturwissenschaftler treffen, wenn er „Unwesentliches“ darstellt. Auch für ihn ist doch nicht *alles* wesentlich. Auch er hat eine *Auswahl* zu treffen, wenn auch vielleicht nach anderen Gesichtspunkten als der Historiker, weil hier eben ein anderes „Interesse“ des Forschers gegeben ist.

Versucht man näher zu präzisieren, welcher Art jener Akt ist, durch welchen ein Objekt – seiner besonderen Bedeutung, Wichtigkeit oder Interessantheit wegen – zum Gegenstand einer Wissenschaft gemacht wird, so muß man ihn als „Wertung“ charakterisieren; Wertung, sei es im subjektiven oder objektiven Sinne. Ohne hier schon auf die sehr wichtige Unterscheidung einzugehen, sei bemerkt, daß es gleichgültig ist, ob das Objekt wissenschaftlicher Erkenntnis sich bestimmt nach dem subjektiven Werte, das heißt dem Interesse, der Bedeutung und Wichtigkeit, die es für den speziellen Forscher tatsächlich hat, oder nach dem objektiven Werte, den der Forscher als allgemeingültig voraussetzt. Denn dieser Akt der Wertung, auf welchem die Objektwahl beruht, nach dem sich das Objekt wissenschaftlicher Erkenntnis abgrenzt, ist *vorwissenschaftlicher* Natur, ist eine notwendige *Voraussetzung jeder* Wissenschaft, die auf die Methode, das Wesen der Wissenschaft keinen Einfluß hat. Die „Wichtigkeit“, welche eine Kenntnis der Gestirne

¹⁴ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 94.

|1187 etwa im Hinblick auf die Orientierung zur See, somit letzten Endes im Hinblick auf die technische Kultur hat, und die zweifellos auch zur Wahl | dieses Objektes wissenschaftlicher Erkenntnis geführt hat, ist ohne Wirkung auf die Methode der Astronomie als eines Zweiges der Naturwissenschaft. Sind aber die Gestirne für uns deshalb mehr als „bloße Natur“?

|WRS 43 In diesem Sinne verstanden, ist die „Bedeutung“ oder „Wichtigkeit“, die ein Ding für uns hat, eine vorwissenschaftliche *Voraussetzung* | (gewissermaßen in demjenigen oder für denjenigen, der die Wissenschaft betreibt). Allein es muß zweifelhaft erscheinen, ob *Rickert* durchwegs in diesem Sinne jene „Bedeutung“ oder „Wichtigkeit“ verstanden haben will, durch die gewisse Objekte aus bloßer Natur zur Kultur werden. Denn schon einige Seiten nach der oben wiedergegebenen Begriffsbestimmung versucht er dem Wesen der „Kultur“, dem Sprachgebrauche folgend, diesermäßen näherzukommen: „Naturprodukte sind es, die frei aus der Erde wachsen, Kulturprodukte bringt das Feld hervor, wenn der Mensch geackert und gesät hat. Hiernach ist Natur der Inbegriff des von selbst Entstandenen, Geborenen und seinem eigenen Wachstum Überlassenen. Ihr steht die Kultur als das von einem nach gewerteten Zwecken handelnden Menschen entweder direkt Hervorgebrachte oder, wenn es schon vorhanden ist, so doch wenigstens um der daran haftenden Werte willen absichtlich Gepflegte gegenüber¹⁾.“ Auch nach dieser Charakterisierung liegt das Wesen des als „Kultur“ bezeichneten Objektes in einer gewissen „Bedeutung“, „Wichtigkeit“ oder (wie hier zum erstenmal gesagt wird) in einem gewissen *Werte* dieses Objektes für die Menschen. Allein hier ist es nicht ein Urteil über die „Bedeutung“, die „Wichtigkeit“ oder den „Wert“ des Objektes, das den Gegenstand der Wissenschaft konstituiert und so als vorwissenschaftliche Voraussetzung des Betrachters fungiert. Es ist nicht eine vorwissenschaftliche Selektion, eine Scheidung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem in demjenigen, der die wissenschaftliche Erkenntnis vollzieht, wodurch das Objekt der Kulturwissenschaft bestimmt wird. Vielmehr sind es die wertenden, die Dinge nach Wichtigkeit und Bedeutung einschätzenden Menschen selbst, bzw. die Objekte ihrer Zweckstrebungen, die als „Kultur“ der „Natur“ gegenübergestellt werden. Die „Bedeutung“ oder der „Wert“ bietet in diesem Zusammenhange keine Scheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen, denn unter all dem, was der Mensch selbst hervorbringt oder um der daran haftenden Werte willen, pflegt, |1188 ist selbst wieder zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem, Bedeutendem und Unbedeutendem zu scheiden. Ansonst müßte der Historiker alle Zielstrebungen der Menschen ohne Unterschied zum Gegenstand seiner Darstellung machen. Denn alles menschliche Handeln ist entweder ein Hervorbringen oder Pflegen von (geistigen oder körperlichen) Gütern. In diesem Sinne wäre Kultur der Inbegriff

|1187, WRS 43 |¹⁾ a. a. O. S. 19/20.¹⁵

¹⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 19f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

der menschlichen Güter. Das scheint auch *Rickert* zu meinen, | wenn er sagt, „daß | WRS 44
in allen Kulturvorgängen irgendein vom Menschen anerkannter Wert *verkörpert*
ist, um dessentwillen sie entweder hervorgebracht oder, wenn sie schon entstanden
sind, gepflegt werden.“ „An Kulturobjekten *haften* also Werte, und wir wollen sie
deshalb Güter nennen¹⁾.“

Der hier von *Rickert* eingeführte Begriff des „Gutes“ ist in der *Nationalökonomie*
allgemein im Gebrauch, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß er eine
ganz besondere Art von Wirklichkeit darstellt, die von den engeren Naturwissen-
schaften nicht zum Gegenstand der Betrachtung gemacht wird. Dabei könnte nur
insofern eine schärfere Formulierung in Frage gezogen werden, als der Begriff des
Gutes als einer Sache, an der menschliche Werte „haften“ oder in der menschliche
Werte „verkörpert“ sind, an einer gewissen Unklarheit leidet. Die spezifischen
Objekte einer von den engeren Naturwissenschaften verschiedenen Disziplin sind
nicht eigentlich diese Sachen, d. h. körperlichen Gegenstände, welche von den
Menschen, weil sie ihrer Bedürfnisbefriedigung dienen, hervorgebracht oder ge-
pflegt werden, sondern eben jene Zweckverfolgungen, Zielstrebungen, Wertschät-
zungen der Menschen, durch welche die Sachen zu Gütern werden. Der Inbegriff
dieser Vorgänge könnte sehr wohl als Inhalt der „Kultur“ einer bloßen „Natur“
entgegengesetzt werden, und die auf diesem Gegensatz aufgebaute Einteilung der
empirischen Wissenschaften hätte möglicherweise die Tendenz, der *Naturwissen-*
schaft die *Sozialwissenschaft* gegenüberzustellen. Faßt man speziell die nach *Rickert*
typische Kulturwissenschaft, die Geschichte, ins Auge, dann wird sinnfällig, daß
nur menschliches Verhalten, psychische und physische Funktionen der gesell-
schaftlich lebenden Individuen, nicht aber irgendwelche Sachen oder Gegenstände
Objekt der Kulturwissenschaft sind. Diese letzteren kommen hier überhaupt nur
insofern in Betracht, als sie den Inhalt menschlicher Zweckvorstellungen bilden.
Der Begriff des „Gutes“ bezeichnet eine *seelische* Wirklichkeit: | den Inhalt oder das | 1189
Ziel eines menschlichen Wollens, Zielstrebens, Wertschätzens. Geld oder Ware
sind für die ökonomische Theorie nicht in ihrer Körperlichkeit „Güter“ – als
solche sind sie Objekte der Naturwissenschaften –, sondern als Inhalt mensch-
lichen Wollens und Zwecksetzens. Nicht mit irgendeiner Königskrone hat sich die
Geschichte zu befassen, sondern mit den Kämpfen um dieses Gut, d. h. mit den
Zielstrebungen und Wertschätzungen der Menschen und den aus diesen seeli-
schen | Vorgängen entspringenden Handlungen, die auf den Besitz einer Macht- | WRS 45
stellung gerichtet sind, die durch eine Königskrone symbolisiert wird. Und einen
integrierenden Bestandteil der Kulturgeschichte bildet nicht die Geschichte der
Gemälde, sondern eine Geschichte der Malerei; Objekt dieser Kulturwissenschaft
sind nicht Sachen, sondern Handlungen. Auf diese Weise muß der Begriff des

¹⁾ a. a. O. S. 20.¹⁶

| 1188, WRS 44

¹⁶ Beide Zitate: *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20 – Hervorhebungen von Kelsen, Her-
vorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Gutes als einer *Sache*, an der menschlicher Wert „haftet“, oder in der menschlicher Wert „verkörpert“ ist, aufgelöst werden in den reinen Naturbegriff der Sache und in den Kulturvorgang der menschlichen Wertung, durch den eine Sache zum Gut wird. Ja es gibt „Kulturgüter“, bei denen jede Beziehung zu einer „Sache“ als dem Objekt gewisser Wertschätzungen fehlt. Das Recht, die Moral, der Staat, die Religion, das sind – sofern man damit nicht gewisse Normsysteme, sondern soziale *Realitäten* bezeichnet – Komplexe menschlicher Wertschätzungen, Tendenzen, Zweckvorstellungen und Handlungen, die keine wesentliche Beziehung auf körperliche Sachen aufweisen.

Während *Rickert* in seiner ersten Charakterisierung des Kulturbegriffes von „Wichtigkeit und Bedeutung“ gesprochen hat, führt er hier den vieldeutigen Terminus des „Wertes“ ein. Unter Kultur will er Dinge oder Vorgänge verstanden wissen, an denen *Werte* haften. Hält man sich an jenen Sinn, der sich aus dem von *Rickert* angezogenen Gegensatz zwischen Natur als dem von selbst Entstandenen, und Kultur als dem von zielstrebigem, wertschätzenden Menschen Erzeugten ergibt, dann möchte es scheinen, daß der Begriff des Wertes hier in einem subjektiven Sinne zu verstehen ist, und zwar als psychische Wirklichkeit des Wertes und als physische Realität des Wertverwirklichens der Menschen. Der Begriff des Wertes kommt hier nicht in jener spezifischen Bedeutung in Betracht, in welcher er in einen Gegensatz zum Begriff der Wirklichkeit tritt. Der Wert, oder richtiger der Vorgang des Wertens, erscheint vielmehr selbst als ein Stück der Wirklichkeit; und nur insofern Werte in diesem Sinne als Wirklichkeiten in Betracht kommen, können | sie mit anderen Wirklichkeiten eine spezifische Verbindung eingehen, können Werte an Dingen oder Vorgängen „haften“, in solchen „verkörpert“ sein, kann man mit *Rickert* von „wertvollen Wirklichkeiten“¹⁾ sprechen. Faßt man den Begriff des Wertes dagegen in einem objektiven Sinne, d. h. als ein Sollen im Gegensatz zum Sein der Wirklichkeit, | dann ist jene Synthese von Wert und Wirklichkeit, die im Begriffe des Gutes vollzogen wird, logisch unmöglich.

Dennoch will *Rickert* den „Wert“, „der Wirklichkeiten zu Kulturgütern macht und sie dadurch aus der Natur heraushebt“²⁾, gerade in jenem objektiven Sinne verstanden wissen. Von der Art dieses Wertes sagt er ausdrücklich: „Von Werten kann man nicht sagen, daß sie *sind* oder nicht sind, sondern nur, daß sie *gelten* oder nicht gelten“³⁾.“ Und an anderer Stelle: „Werte sind keine Wirklichkeiten, weder physische noch psychische. Ihr Wesen besteht in ihrer *Geltung*, nicht in ihrer *Tatsächlichkeit*“⁴⁾.“ Allein wie kann ein Wert in diesem Sinne, also etwas, was in keiner Weise wirklich oder seiend ist, an einem Wirklichen oder Seienden

| 1190, WRS 45 |¹⁾ a. a. O. S. 20. ¹⁷

| WRS 46 |²⁾ a. a. O. S. 20. ¹⁸

³⁾ a. a. O. S. 20. ¹⁹

⁴⁾ a. a. O. S. 96. ²⁰

¹⁷ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

¹⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

„haften“ oder gar in einem Seienden „verkörpert“ sein? Wie kann die Wirklichkeit eines Wertes voll sein, der keine Wirklichkeit ist; wie kann Seiendes und Geltendes (das ist Sollendes) zu einem einheitlichen Begriffe verbunden sein, wenn sich die Kategorien des Seins und Geltens (Sollens), der Wirklichkeit und des Wertes gegenseitig ausschließen? Das Sollen, mit dem der Wert als *Geltung* identisch ist, kann in keiner Weise an das Sein der Wirklichkeit herangebracht werden. Realität und Idealität können sich niemals in einem Begriffe verbinden oder von demselben Standpunkt einer Wissenschaft aus erfaßt werden, da sich die Realität nur unter einem wesentlich anderen Gesichtspunkt der Betrachtung ergibt als die Idealität, da ein Inhalt nur *entweder* in der Erkenntnisform des Seins *oder* in der des Sollens, in dem ersten Falle als Wirklichkeit, im zweiten als Wert sich darstellt. Auf dem Wege ganz verschiedener Erkenntnisrichtungen wird das Gegebene zur Wirklichkeit *oder* zum Werte.

Dennoch vollzieht *Rickert* diese Synthese. Wäre es nicht gerade einer der bedeutendsten Logiker, wäre man geneigt, diesen Synkretismus der Methoden darauf zurückzuführen, daß der psy|chische Akt des (subjektiven) Wertens – also einer psychischen Realität des Seins – mit dem Werte im Sinne objektiver Sollgeltung – einem Sollen – verwechselt wurde. Allein gerade *Rickert* hebt diesen Unterschied scharf hervor! „Man sollte vielmehr das geistige Sein oder die psychischen Akte der Wertung von den Werten selbst und ihrer Geltung ebenso scharf begrifflich trennen, wie man die Güter von den an ihnen haftenden Werten trennen muß. ... Nur als Wertung ist | es (das psychische Sein) mit der Kultur |1191 verknüpft, und auch als Wertung fällt es nicht mit dem Werte zusammen, der aus einer Wirklichkeit ein Kulturgut macht¹⁾.“ *Rickert* stellt hier fest, daß die Vermengung des psychischen Aktes der Wertung mit gültigem Werte ein logischer Fehler sei und fordert ihre *begriffliche* Trennung; er verlangt aber auch, daß man *ebenso scharf begrifflich* „die Güter von den an ihnen haftenden Werten trennen muß“.²² Früher sprach er davon, daß die Werte an den Wirklichkeiten (nicht an den Gütern!) haften, die Wirklichkeit erst zum Gute machen. Das ist nicht unwesentlich! Denn wenn man die „Güter“ von den an ihnen haftenden „Werten“ begrifflich trennt, hören sie auf, „Güter“ oder „Kultur“ zu sein; gerade durch die von ihm abgelehnte begriffliche Synthese von Wirklichkeit und (daran „haftendem“) Wert hat doch *Rickert* den Begriff des Gutes und sohin seinen ganzen Begriff der Kultur geschaffen. Wie kann er zugleich die Werte an den Wirklichkeiten (oder Gütern) *haften* lassen und doch *logisch* von ihnen trennen wollen, wo diese Haftung nur eine logische Verbindung bedeutet, die Verbindung zweier Elemente zu einem *Begriffe*, nämlich dem der „Güter“ oder der „Kultur“? Und zumindest eine Unklarheit ist es, wenn *Rickert* im selben Satze sagt, das Psychische sei nur als *Wertung*

|¹⁾ a. a. O. S. 26/27.²¹

|1191, WRS 47

¹⁹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

²⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 96.

²¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 26 f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

²² *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 26.

mit der Kultur „verknüpft“ (er spricht gelegentlich davon, daß die Wirklichkeit durch „Verknüpfung mit Werten“ zur Kultur werde),²³ und daß es doch nur der Wert sei, der eine Wirklichkeit zum Kulturgut mache.

Das ist das Unbefriedigende des *Rickertschen* Kulturbegriffes, daß er bald die in der Geschichte auftretenden, nach Zeit und Ort wechselnden *Wertungen der Menschen*, ihre Zielstreben und Zweckverfolgungen zum Inhalt zu haben, Kulturwissenschaft somit eine Darstellung der menschlichen Wertstreben zu sein scheint, bald aber das Objekt der Kulturwissenschaft durch die spezifische Relation | auf einen *gültigen Wert* gewonnen werden soll, der nur in der Voraussetzung des wissenschaftlichen Betrachters steht. Faßt man den Begriff der Kultur ins Auge, so wie ihn *Rickert* ursprünglich formulierte: das von den Menschen (um ihrer Bedürfnisse willen) künstlich Geschaffene und Gepflegte,²⁴ so scheint gar kein Zweifel möglich, daß Kulturwissenschaft Werterklärung im Sinne von Erklärung menschlicher Wertschätzungen sein muß. Kultur als Inbegriff gewisser allgemein verbreiteter Wertungen, die zu verschiedenen Zeiten verschiedenen Inhalt hatten, menschlicher Zielstreben typischen Charakters: dieser durchaus diskutabile Begriff scheint sich aus den Worten *Rickerts* zu ergeben: „Ferner darf es sich bei Kultur im höchsten Sinne nicht um Gegenstände eines bloßen Begehrens, sondern um Güter²⁵ handeln, zu deren Wertung oder Pflege wir uns mit Rücksicht auf die Gemeinschaft, in der wir leben, oder aus einem anderen Grunde zugleich mehr oder weniger verpflichtet fühlen. Damit²⁶ grenzen wir die Kulturobjekte sowohl gegen das ab, was zwar von allen, aber nur triebartig gewertet und erstrebt wird, als auch gegen das, was zwar nicht einem bloßen Trieb, aber doch nur den Anwendungen einer Laune seine Wertung als Gut verdankt¹⁾.“ Wertungen, Streben, Begehren, also realpsychische Akte, das sind hier die Kulturobjekte oder machen doch ihre Ziele zu solchen. Und in dem gleichen Sinne scheinen die Worte verstanden werden zu dürfen: „Die Religion, die Kirche, das Recht, der Staat, die Sitten, die Wissenschaft, die Sprache, die Literatur, die Kunst, die Wirtschaft und auch die zu ihrem Betrieb notwendigen technischen Mittel sind, jedenfalls auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung, Kulturobjekte oder *Güter* genau in dem Sinne, daß der an ihnen haftende Wert entweder von allen Gliedern einer Gemeinschaft als gültig anerkannt oder seine Anerkennung ihnen zugemutet wird²⁾.“ Auch hier sind es also die faktischen Wertungen, somit reine Seinsvor-

| 1192,
WRS 48

|¹⁾ a. a. O. S. 21.²⁷

²⁾ a. a. O. S. 21.²⁸

²³ Vgl. *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), insb. S. 88–94.

²⁴ Vgl. *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

²⁵ «sondern um Güter»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21: «sondern es muß sich um Güter».

²⁶ «verpflichtet fühlen. Damit»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21: «verpflichtet fühlen, wenn wir überhaupt auf die Geltung der Werte reflektieren. Damit».

²⁷ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21.

²⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21.

gänge, die den Kulturbegriff konstituieren. Und mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit sagt *Rickert* von der typischen Kulturwissenschaft: „Niemals ist für die Geschichte die Geltung eines Wertes ein Problem, sondern die Werte kommen für sie nur insofern in Betracht, als sie faktisch von Subjekten gewertet und daher faktisch gewisse Objekte als Güter betrachtet werden³⁾.“ Um so schwerer | zu verstehen ist es daher, wenn *Rickert* an anderen Stellen den Wert als *Geltung* | 1193 zum konstituierenden Faktor des Kulturbegriffes macht und die Kulturwissenschaft nicht als eine Darstellung und Erklärung der menschlichen Wertungen (die *Wertungen* als Objekt der Erkenntnis), sondern als eine unter einem gewissen Wertgesichtspunkt erfolgende Betrachtung (der *Wert* als Voraussetzung oder Beziehungspunkt der Erkenntnis) etabliert. So in der bereits früher zitierten Stelle, wo von der Art des Wertes, der Wirklichkeiten zu Kulturgütern macht, ausdrücklich hervorgehoben wird, er komme nicht als Tatsache der Wertung, sondern | als gültiger Wert in Betracht, dessen Wesen eben nicht in seiner Tatsächlichkeit, sondern in seiner Geltung besteht (S. 20, S. 96).³⁰ Ebenso finden sich mehrere Stellen, wo das Wesen der Kulturwissenschaft in einer bestimmten Betrachtungsweise charakterisiert wird, die irgendwie auf Werte Rücksicht nimmt. So heißt es schon auf S. 20,³¹ „daß in allen Kulturvorgängen irgendein vom Menschen anerkannter Wert verkörpert ist, um dessentwillen sie entweder hervorgebracht oder, wenn sie schon entstanden sind, gepflegt werden, *daß dagegen alles von selbst Entstandene und Gewachsene ohne Rücksicht auf Werte betrachtet werden kann und, wenn es wirklich nichts anderes als Natur sein soll, auch wirklich betrachtet*³² werden muß“. Hier scheint sich eine Verschiebung zu vollziehen. Soeben wurde Kultur als Inbegriff von Gütern, d. h. faktisch geschätzten, von Menschen angestrebten Gütern erklärt, somit die realpsychische Tatsache der Wertung zum Objekt der Kulturwissenschaft gemacht; dann aber wird der Wert im Sinne einer Geltung zu einer Voraussetzung der Kulturwissenschaft, deren spezifische Betrachtung mit Rücksicht auf diesen Wert erfolgt. Daraus erklärt sich auch die Annahme, daß nur das von selbst Entstandene, die Natur im engeren Sinne *Rickerts*, „ohne Rücksicht auf Werte betrachtet werden kann“, denn ohne diese „Rücksicht auf Werte“ als Betrachtungsvoraussetzungen kann auch das „von einem nach gewerteten Zwecken handelnden Menschen entweder direkt Hervorgebrachte oder, wenn es schon vorhanden ist, so doch wenigstens um der daran haftenden Werte willen absichtlich

³⁾ a. a. O. S. 97.²⁹

²⁹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 97 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20, 96.

³¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

³² «*Natur sein soll, auch wirklich betrachtet*»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20: «Natur in dem angegebenen Sinne sein soll, auch betrachtet».

Gepflegte“,³³ das ist die Kultur, betrachtet werden. Die tatsächlichen Wertstrebungen der Menschen, die ja auch nur ein Stück Wirklichkeit sind, *müssen* sogar, sofern sie in ihrer Tatsächlichkeit erkannt werden, ohne jede Rücksicht auf Werte erfaßt werden, wobei ja durchaus im Sinne *Rickerts* als selbstverständlich angenommen werden darf, daß die faktischen Wertungen der Menschen als Objekt einer empirischen | Wissenschaft etwas anderes sind als die gültigen Werte, mit Rücksicht auf die irgendeine Erkenntnis vollzogen wird. Daß die menschlichen Wertungen nicht deshalb ohne „Rücksicht auf Werte“ betrachtet werden könnten, weil es eben Wertungen sind, kann ernstlich nicht behaupten, wer mit *Rickert* die fundamentale Differenz zwischen faktischer Wertung und gültigem Wert nicht übersieht. Daß die hier von *Rickert* eingeführte „Rücksicht auf Werte“ nicht etwa identisch ist mit der Betrachtung menschlicher Wertungen, daß vielmehr hier der Wert als *Geltung*, als *Voraussetzung* der Kulturwissenschaft fungiert, das geht auch aus der Wendung hervor, *Rickert* wolle zeigen, „wie ohne einen | *Wertgesichtspunkt*, der Güter von wertfreien Wirklichkeiten trennt, keine scharfe Scheidung von Natur- und Kulturgütern möglich ist“³⁴⁽¹⁾.

|WRS 50

Gelegentlich hat es den Anschein, als ob der Wert für die Kulturwissenschaft in einem doppelten Sinne von Bedeutung sein soll: sowohl als Objekt der Wissenschaft, nämlich als Akt der *Wertung*, als auch als *gültiger* Wert und Voraussetzung der Betrachtung. „Die Kulturvorgänge werden ja wirklich nicht nur mit Rücksicht auf einen Wert, sondern zugleich auch immer mit Rücksicht auf ein psychisches Wesen, das sie wertet, betrachtet werden müssen“²⁾.⁴ Indes läßt sich auch diese Auffassung *Rickert* gegenüber nicht aufrechterhalten; dies ergibt eine Analyse jenes Verfahrens, das er als charakteristisch für die Kulturwissenschaften angibt, und das zur Gewinnung des Kulturbegriffes wesentlich sein soll. Da die Scheidung der Kulturobjekte von der Natur durch eine „Beziehung auf Werte“³⁾ erfolgt, spricht *Rickert* von einem „wertbeziehenden“ Verfahren.³⁸ Der *Wert* fungiert somit hier als ein Gesichtspunkt der Betrachtung, nicht aber das *Werten* als Gegenstand der Erklärung; „über die Art des Wertes aber, der Wirklichkeiten zu Kulturgütern

|1194,
WRS 50|¹⁾ a. a. O. S. 25.³⁵|²⁾ a. a. O. S. 26.³⁶|³⁾ a. a. O. S. 20.³⁷

³³ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 19f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁴ «von Natur- und Kulturgütern möglich ist»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 25: «von Kultur und Natur zu finden ist».

³⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 25 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁶ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 25f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁷ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 94 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

macht und sie dadurch aus der Natur heraushebt“,³⁹ jenes Wertes also, auf den die Beziehung erfolgt, sagt *Rickert* zunächst, und zwar in unmittelbarem Anschluß an jene Ausführungen, in denen er zum erstenmal von einer „Beziehung auf Werte“ und der durch dieses Verfahren gewonnenen Scheidung von Natur und Kultur spricht, daß sie nicht der Welt des Seins angehören, sondern „daß sie *gelten* oder nicht gelten“⁴⁰. | Und auch an jener Stelle, wo er im besonderen das wertbeziehende | 1195 Verfahren zu erklären bemüht ist, beginnt er mit der Konstatierung, daß Werte keine Wirklichkeiten seien, weder physische noch psychische. „Ihr Wesen besteht in ihrer Geltung, nicht in ihrer Tatsächlichkeit“⁴¹. Und wenn er fortfährt: „Doch sind Werte mit Wirklichkeiten verbunden,“ so vollzieht er ausdrücklich jene logische Verbindung, die er an anderer Stelle zurückweist. Zwei Arten dieser Verbindung unterscheidet *Rickert*: „Der Wert kann erstens an einem Objekte so haften, daß er es dadurch zum Gute macht, und er kann außerdem mit dem Akte eines Subjektes so verknüpft sein, daß dieser dadurch zu einer Wertung wird“⁴². Allein zum Gute wird ein Objekt durch | den psychischen Akt der Wertung; und | WRS 51 dieser entsteht nicht aus der Verbindung eines objektiv gültigen Wertes, eines Sollens mit irgendeinem realen Seelenvorgang, sondern ist ein spezifischer, ganz und gar im Bereiche des Seins beschränkter seelischer Prozeß des Wünschens, Wollens, Zielstrebens, Zweckvorstellens oder wie sonst man jenen Akt bezeichnen will, mit dem der Mensch zu irgendeinem Dinge, das seine Lust befördert oder verringert, Stellung nimmt. *Rickert* fährt dann fort: „Die Güter und die Wertungen lassen sich nun so behandeln, daß man nach der *Geltung* der mit ihnen verbundenen Werte fragt, also festzustellen sucht, ob ein Gut den Namen des Gutes wirklich *verdient*, und ob eine Wertung mit *Recht* vollzogen wird“⁴³. Sie lassen sich aber auch – so müßte die Darstellung *Rickerts* sinngemäß ergänzt werden – behandeln, ohne daß nach der *Geltung* der mit ihnen verbundenen Werte gefragt wird, und gerade diese Behandlung soll diejenige der Kulturwissenschaften sein, soll in dem wertbeziehenden Verfahren zum Ausdruck kommen. Allein wenn die Werte, die mit den Objekten oder Akten eines Subjektes verbunden sind, nach *Rickerts* Versicherung keine Wirklichkeiten sind, wenn ihr Wesen in ihrer Geltung und nicht in ihrer Tatsächlichkeit besteht, dann ist schlechterdings unbegreiflich,

⁴⁰ a. a. O. S. 20.⁴⁰

⁴¹ a. a. O. S. 96.⁴¹

⁴² a. a. O. S. 96.⁴²

⁴³ a. a. O. S. 96.⁴³

³⁹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

⁴¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 96 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴² Beide Zitate: *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 96 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴³ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 96.

|1196 wie Güter und Werte anders behandelt werden können, als daß man nach der Geltung der mit ihnen verbundenen Werte fragt, da doch gerade nur in dieser Geltung das Wesen der mit ihnen verbundenen Werte besteht. Und darum ist es nicht leicht verständlich, wie die historischen Kulturwissenschaften, welche Güter, also im Sinne *Rickerts* mit gültigen Werten verbundene Wirklichkeiten zum Gegenstande haben, der Geltung jener Werte aus dem Wege gehen können, die einen integrierenden Bestandteil ihres Objektes ausmachen¹⁾.

|WRS 52 „Das *wertbeziehende* Verfahren, von dem wir sprechen, ist also, wenn es das Wesen der Geschichte als einer theoretischen Wissenschaft zum Ausdruck bringen soll, auf das schärfste vom *wertenden* Verfahren zu trennen und das heißt: niemals ist für die Geschichte die *Geltung* eines Wertes ein Problem, sondern die Werte kommen für sie nur insofern in Betracht, als sie *faktisch* von Subjekten gewertet und daher *faktisch* gewisse Objekte als Güter betrachtet wer|den. Auch wenn die Geschichte es also mit Werten zu tun hat, so ist sie doch *keine wertende Wissenschaft*. Sie stellt daher lediglich fest, was *ist*²⁾.“ Allein wie können Werte, „deren Wesen nicht in ihrer Tatsächlichkeit besteht“, für die Kulturwissenschaft gerade nicht in ihrer „Geltung“, also nicht in ihrem Wesen, sondern in eben jener Tatsächlichkeit, in der ihr Wesen, wie *Rickert* nachdrücklich hervorhebt, nicht besteht, in Betracht kommen? Wie können Werte für die Kulturwissenschaft nur insofern vorhanden sein, „als sie faktisch von Subjekten gewertet werden“; werden denn Werte gewertet? Heißt das nicht, daß für die Kulturwissenschaft nicht Werte im Sinne objektiver Gültigkeiten, sondern nur die realpsychischen Akte subjektiver Wertungen in Betracht kommen, zwei Begriffe, die *Rickert* selbst prinzipiell geschieden wissen will? Wenn man die eben zitierten Ausführungen *Rickerts* dahin auffassen muß, daß für die Kulturwissenschaft die Tatsächlichkeit der faktischen Wertungen in Betracht kommt, dann ist es schwer, keinen Widerspruch zu der gleichfalls schon wiederholt zitierten Behauptung *Rickerts*⁴⁷ zu sehen, daß der Wert, auf den innerhalb der Kulturwissenschaft bezogen werden müsse, um das Objekt dieser Wissenschaft zu gewinnen, in einer *Geltung* und nicht in einer *Tatsächlichkeit* bestehe. Daß aber *Rickert* diese Auffassung fallen gelassen und nicht mehr eine Beziehung auf *Werte*, sondern auf *Wirklichkeiten* als kulturwissen-

|1196 |¹⁾ Es ist auffallend, daß *Rickert* in diesem Zusammenhange als Objekt der Kulturwissenschaft Güter und wertende Menschen bezeichnet, während er früher nur Güter als Kultur erklärte und darunter „das von einem nach gewerteten Zwecken handelnden Menschen Hervorgebrachte oder Gepflegte“⁴⁴ (S. 20)⁴⁵ verstand.

|WRS 52 |²⁾ a. a. O. S. 96/97.⁴⁶

⁴⁴ «Menschen Hervorgebrachte oder Gepflegte»] *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20: «Menschen entweder direkt Hervorgebrachte oder, wenn es schon vorhanden ist, so doch wenigstens um der daran haftenden Werte willen absichtlich *Gepflegte*».

⁴⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 19f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁶ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 96f.

⁴⁷ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20.

schaftliches Verfahren erklärt, das geht auch aus der folgenden Stelle unzweifelhaft hervor: „Die theoretische *Wertbeziehung* | *bleibt* im Gebiete der *Tatsachenfeststellung*, die praktische Wertung nicht. Es ist eine Tatsache, daß Kulturmenschen bestimmte Werte als Werte anerkennen und danach streben, Güter hervorzubringen, an denen diese Werte haften. Nur mit Rücksicht auf diese *Tatsache*, die der Historiker meist stillschweigend voraussetzt und voraussetzen muß, nicht etwa mit Rücksicht auf die *Geltung* der Werte, nach der er als Mann der empirischen Wissenschaft nicht zu fragen braucht, zerfallen für die Geschichte die Wirklichkeiten in wesentliche und unwesentliche Bestandteile¹⁾.“ Allein, ist das der „Wertgesichtspunkt“, „der Güter von wertfreien Wirklichkeiten trennt“ und ohne den „keine scharfe Scheidung von Natur und Kultur zu finden ist“?²⁾ Und wie soll die eben entwickelte Auffassung *Rickerts*, daß die historische Kulturwissenschaft es ausschließlich mit den psychischen Wertungsakten | zu tun hat, mit der an anderer Stelle aufgestellten Behauptung vereinbart werden, daß die Kulturvorgänge nicht nur mit Rücksicht auf ein psychisches Wesen, das wertet, d. h. also die reale Tatsache der Wertung, sondern auch mit Rücksicht auf einen *gültigen Wert* betrachtet werden müssen³⁾? Daß es nicht gültige Werte, sondern reale Tatsachen sind, auf welche die Kulturwissenschaft ihre Objekte zu beziehen habe, behauptet *Rickert* gelegentlich der Frage, ob Geographie und Ethnographie Natur- oder Kulturwissenschaften seien; das hänge davon ab, „unter welchen Gesichtspunkt sie ihre Gegenstände bringen, d. h. ob sie sie als bloße Natur ansehen oder zum *Kulturleben* in Beziehung setzen“⁴⁾. Das Kulturleben ist freilich etwas anderes als die gültigen Werte, zu denen in Beziehung gesetzt, die Wirklichkeit zur Kultur wird. Kulturleben ist eine Seinstatsache, ist der Inbegriff der tatsächlichen Wertschätzungen und Wertverwirklichungen; „Wert“ im Sinne dessen, was die Menschen *faktisch* dafür halten.

Ist der Punkt, auf welchen die Kulturwissenschaften ihr Objekt beziehen, kein Wert, sondern eine Wirklichkeit, nämlich die Realität psychischer Wertungsakte, dann hat eigentlich der Terminus „*Wertbeziehung*“ keinen rechten Sinn mehr. Es ist eine Beziehung zwischen Wirklichkeiten, welche die Kulturwissenschaft vornimmt, und diese Beziehung kann im Grunde nur ein Kausalnexus sein. Es wäre | durchaus denkbar, einer Wissenschaft die Aufgabe zu stellen, die Entstehung der | 1198

¹⁾ a. a. O. S. 90.⁴⁸ | 1197

²⁾ a. a. O. S. 25.⁴⁹

³⁾ a. a. O. S. 25.⁵⁰ | WRS 53

⁴⁾ a. a. O. S. 22.⁵¹

⁴⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 97 – Hervorhebung teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴⁹ Drei Zitate: *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 25 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 26 – Kelsen paraphrasiert.

⁵¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 22 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

tatsächlichen typischen Wertungen, Zielstrebungen, Zwecksetzungen, die in einem bestimmten Zeitpunkt und bei einer bestimmten Menschengruppe auftreten, darzustellen. Man kann es sicherlich als die Aufgabe der Geschichte betrachten, die Entwicklung der menschlichen „Güter“ oder der Kultur als den Inbegriff der faktischen Wertschätzungen darzustellen. Was hat zum Beispiel eine Religionsgeschichte anderes als eine Entwicklungsgeschichte der religiösen Güter zu liefern? In diesem Sinne ist eben die ganze Geschichte Kulturgeschichte. Allein demgegenüber findet sich bei *Rickert* die ausdrückliche Verwahrung dagegen, daß durch das wertbeziehende Verfahren in der Geschichte „irgend etwas aus den bewußten Zwecksetzungen der Personen, von denen sie handelt, erklärt werde“. Mit dem wertbeziehenden Verfahren sei nichts über den „Inhalt der Geschichte“ ausgesagt, sondern lediglich der „methodische Gesichtspunkt“ charakterisiert¹⁾.

|WRS 54

| Dabei kann nicht nur bezweifelt werden, ob von einer „Wertbeziehung“ gesprochen und gesagt werden darf, daß „Werte“ die Darstellung der historischen Kulturwissenschaft leiten, wenn doch die faktischen Wertungen, also realpsychische Wirklichkeiten gemeint sind; es ist auch fraglich, ob eine „Beziehung“ vorliegt, weil dies den Anschein erweckt, als ob das Objekt wissenschaftlicher Erkenntnis durch Beziehung auf einen gültigen Wert, etwa durch die Beziehung menschlichen Verhaltens zur Idee des Guten, gewonnen würde. *Rickert* sagt wörtlich: „Hat der Historiker auch nicht nach der Geltung der Werte zu fragen, die seine Darstellung leiten, so wird er seine Objekte doch auch nicht auf irgendwelche beliebigen Werte beziehen, sondern voraussetzen, daß diejenigen, an die er sich mit seiner geschichtlichen Darstellung wendet, wenn auch nicht diese oder jene bestimmten Güter, so doch die Werte der Religion, des Staates, des Rechts, der Sitten, der Kunst, der Wissenschaft (an anderer Stelle⁵³ spricht er auch von der Kirche, der Sprache, der Literatur, der Wirtschaft), mit Rücksicht auf welche das geschichtlich Dargestellte wesentlich ist, im allgemeinen als Werte anerkennen oder doch wenigstens als allgemein anerkannte Werte verstehen²⁾.“ Denn die historische Kulturwissenschaft stellt ja gar nicht „in Beziehung auf“ oder „unter Voraussetzung von“ als Kunst, Recht, Staat, Religion usw. bezeichnete *Werte*, sondern diese Güter als *Wertschätzungen* in ihrer kausalen Entwicklung dar. Die Geschichte ist eben durchaus auch im Sinne *Rickerts* eine Geschichte des Rechtes, der Staaten, der Kunst, der Religionen, kurz aller menschlichen Güter, die man unter dem Namen der Kultur zusammenfaßt. Nicht die „Werte“ sind Beziehungspunkte, sondern die Wertschätzungen der Menschen sind der Gegenstand der

|1199

|1198

|WRS 54

|¹⁾ a. a. O. S. 102.⁵²|²⁾ a. a. O. S. 107.⁵⁴

⁵² Drei Zitate: *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 102 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵³ Vgl. *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21.

⁵⁴ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 107 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Kulturwissenschaft, sind keine Voraussetzung, auf die bezogen wird, sondern ein Objekt, das kausal erklärt wird. Als solche Objekte der kulturwissenschaftlichen Darstellung, als *Gegenstände* und nicht als einen von der wissenschaftlichen Betrachtung *vorausgesetzten* Wert hat ja *Rickert* selbst auch das Recht, den Staat, die Kultur, die Wissenschaft, die Sprache usw. aufgefaßt und als die spezifischen *Objekte* der Kulturwissenschaft den *Objekten* der Naturwissenschaft entgegengesetzt¹⁾. Nur gültige Werte, nicht jedoch Wirklichkeiten faktischer Wertungsprozesse, können als jene spezifischen Voraussetzungen, als jene Gesichts- oder Beziehungspunkte fungieren, mit denen eine besondere Betrachtungsweise, eine eigenartige, von der naturwissenschaftlichen verschiedene Blickrichtung der Kulturwissenschaft zu begründen versucht werden könnte. *Rickert* hat die zweifellos richtige Tatsache, daß der Historiker nur solche Gegenstände, die faktisch allgemein als Güter geschätzt werden, wie Recht, Staat, Kunst, Religion, Moral usw., kurz „Güter“ oder typische menschliche Wertstrebungen, zur Darstellung bringt, durch die Terminologie klar gemacht, der Historiker stelle seinen Gegenstand mit „Beziehung auf Werte“ dar.

| WRS 55

Auf diese Terminologie ist es zurückzuführen, daß sich *Rickert* immer wieder vor seinen Gegnern dagegen verwahren muß, daß seine „wertbeziehende“ Kulturwissenschaft eine *wertende* Disziplin sei. Daß eine solche Auffassung möglich ist, hat *Rickert* selbst verschuldet, da er immer wieder davon spricht, daß die Beziehung auf „Werte“ erfolge, und das Wesen dieser „Werte“, zum Unterschied von den faktischen Wertungsprozessen, in einer *Geltung* feststellt. Denn auf solche gültige Werte beziehen, ist nichts anderes als der *logische Akt* des (objektiven) Werturteils. Dagegen wünscht *Rickert*, daß zwischen seinem „auf Wert beziehen“ und einem „Werten“ scharf geschieden werde. Die Wertbeziehung bleibe im Gebiete der Tatsachenfeststellung, die Wertung nicht. „Werten muß immer Lob | oder Tadel sein. Auf Werte beziehen ist keins von beiden¹⁾.“ Dagegen könnten | 1200 jedoch Bedenken geltend gemacht werden. Das Zeitwort „werten“ kann nämlich ebenso wie das Hauptwort „Wert“ in einem doppelten Sinne genommen werden. Als „Wert“ wird sowohl eine objektiv gültige, generelle *Norm*²⁾ bezeichnet, deren Geltung unabhängig ist von dem Sein eines entsprechenden Wollens, als auch ein konkretes reales Wollen, Wünschen, Zielstreben, durch welches der Gegenstand desselben zum „Gute“ wird. Etwas ist in objektivem Sinn wertvoll (oder hat objektiven Wert), wenn es dem als objektiv gültig vorausgesetzten Wert, dieser ge-

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 21.⁵⁵

¹⁾ a. a. O. S. 98.⁵⁶

²⁾ Vgl. oben S. 96.⁵⁷

| 1199

| 1200, WRS 55

⁵⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 21 – Kelsen paraphrasiert.

⁵⁶ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 98 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁷ Vgl. oben S. 553f.

nerellen Norm entspricht; etwas ist subjektiv wertvoll, hat subjektiven Wert, wenn es faktisch gewünscht, gewollt, angestrebt, geschätzt usw. wird. Der objektive Wert ist eine Funktion des Sollens, der subjektive eine Funktion des Wollens, somit eine Seins-Tatsache innerhalb der Wirklichkeit. „Wert“ in jenem spezifischen Sinne eines *Gegensatzes* zur „Wirklichkeit“ ist natürlich nur der objektive Wert, der identisch ist mit dem Begriffe des Sollens überhaupt oder der Norm. Der sogenannte Wert im subjektiven Sinn ist selbst eine Wirklichkeit, ein seelischer Akt. Es wäre besser, hier überhaupt nicht von „Wert“ zu sprechen. Doch ist dieser Sprachgebrauch in der Nationalökonomie schon zu eingebürgert, um ernstlich bekämpft werden zu können.

|WRS 56

Objektiv „wertet“ man, wenn man einen Tatbestand zu einem objektiv gültigen Wert, das heißt zu einer Norm oder zu einem Sollen in Beziehung setzt, das unabhängig ist oder als unabhängig vorausgesetzt wird von dem eigenen Wünschen und Wollen des Wertenden. Eine solche Beziehung stelle ich dadurch her, daß ich den konkreten Vorgang, der bewertet werden soll, als Inhalt eines Sollens vorstelle und nun diese Sollvorstellung einer generellen, als gültig vorausgesetzten Norm gegenüberstelle. Ist der konkrete Sollsatz mit dem generellen vereinbar, d. h. läßt sich der konkrete (individuelle) aus dem abstrakten (generellen) im Wege einer logischen Operation ableiten, dann ist der fragliche Tatbestand *positiv* gewertet, er wird als „schön“, „gut“, „gerecht“, „wahr“ usw. qualifiziert. Ist dagegen ein solches Verhältnis nicht herzustellen, stellt sich der zu bewertende Tatbestand seinem Inhalte nach in einen Gegensatz zu dem Inhalt der generellen Norm (des obersten Wertes), dann ist er negativ zu bewerten oder, mit anderen Worten, |er erhält, in der Form des Sollens vorgestellt, gleichsam ein negatives Vorzeichen, er wird als „häßlich“, „böse“, „ungerecht“ usw. qualifiziert. Dabei muß man den Irrtum vermeiden, zu dem man leicht durch den ungenauen Sprachgebrauch des täglichen Lebens verführt wird: als ob es die *Wirklichkeit* wäre, die *gewertet* wird. In diesem objektiven Sinne einer Beziehung zu *gültigen* Werten ist eine „Wertung“ der „Wirklichkeit“ logisch nicht möglich, da Wert und Wirklichkeit die Resultate zweier fundamental verschiedener Betrachtungsweisen sind. Nur der *Inhalt*, der das eine Mal in der Erkenntnisform der Wirklichkeit oder des Seins auftritt, kann das andere Mal in die Erkenntnisform des Wertes oder des Sollens gekleidet und, je nach seiner Beziehung zu den obersten Werten oder Normen, den letzten nicht weiter ableitbaren Sollsätzen positiv oder negativ bewertet, d. h. mit einem positiven oder negativen Vorzeichen in der Form des Sollens gedacht werden. Unter der Voraussetzung gewisser gültiger Normen, Werte oder Sollsätze – und nur unter dieser Voraussetzung – sind solche objektive Werturteile möglich, die in keiner Weise irgendeine subjektive Stellungnahme des Wertenden wie überhaupt keine reale Seinstatsache zum Ausdruck bringen. Man *muß* eine konkrete Lüge – unter Voraussetzung des allgemeinen Lügenverbotes – als unmoralisch, als gegen das Moralgebot der Wahrhaftigkeit verstoßend qualifizieren, obgleich man vielleicht selbst diese Lüge gewünscht | hat oder ihr mit seinem Wollen und Fühlen

|1201

|WRS 57

indifferent gegenübersteht. Das objektive Werturteil ist ein Akt der Erkenntnis, nicht des Wollens oder Fühlens.

Subjektiv bewerten aber heißt, einen Tatbestand zu einem subjektiven Wert, das ist zu einem eigenen faktischen Wünschen oder Wollen des Wertenden selbst in Beziehung setzen. In diesem subjektiven Sinn ist etwas wertvoll, was vom Wertenden selbst gewünscht, gewollt, bezweckt wird. Das Urteil, das einen subjektiven Wert ausspricht, ist ein Wirklichkeits-, ein Tatsachener Urteil; es konstatiert eine Beziehung innerhalb der Realität, eine Relation zwischen dem Innern eines Menschen und einem Gegenstand oder Vorgang in der Seinswelt. Als *Urteil* ist es allerdings auch ein Akt der Erkenntnis; allein die subjektive Wertung muß nicht in der Form des Urteils ausgedrückt werden, muß nicht den Umweg durch die Erkenntnis machen. Sie kann der unmittelbare Ausdruck des Wünschens, Begehrens, Wollens, der Stellungnahme des Subjektes zu einem Objekte sein. Dieser Ausdruck kann in Handlungen, in Worten, in einem ganzen Komplex von Taten, einem Verhalten der Individuen | erfolgen. Alles menschliche Tun ist im Grunde genommen als zweckmäßig, zielstrebig, als *Willensemanation* ein „Werthen“ in diesem Sinne, ein Bejahen oder Verneinen, ein Stellungnehmen zur Welt. Dieses „wertende“ Verhalten der Menschen ist das Objekt der Kulturwissenschaften, richtiger, ist das ungeheure Reservoir, aus dem die Kultur- (und Sozial-)wissenschaften ihre Objekte holen. | 1202

Natürlich kann ein objektives Werturteil mit einem subjektiven sogenannten Wertungsakte im konkreten Falle tatsächlich zusammenfallen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Wertende die Norm, die er im konkreten Falle anwendet, auch persönlich „anerkennt“, d. h. wenn sein subjektives Wollen und Wünschen mit den Forderungen, dem Sollen der objektiven Norm übereinstimmt, subjektiver und objektiver Wert koinzidieren. Selbstverständlich muß auch in diesem Falle das objektive Werturteil, das die Beziehung zur gültigen Norm feststellt, von dem Akte der subjektiven Wertung geschieden werden, durch den die persönliche Stellungnahme des Wertenden erfolgt, sein eigenes Wollen oder Wünschen, seine subjektiven Gefühle ausgedrückt werden.

Sofern man unter „Lob“ und „Tadel“ den Ausdruck eines Gefühls der Billigung oder Mißbilligung versteht, wird eine Wertung zu Lob oder Tadel durch ihre Subjektivierung, d. h. dadurch, daß in die fragliche Relation der subjektive Wert eingestellt wird. Alles Werthen ist ein „auf Werte beziehen“, Lob und Tadel aber: auf subjektive | Werte beziehen. Ja, das subjektive Werturteil wird nur dadurch mehr als eine bloße Feststellung eigenen Wünschens oder Wollens, eines eigenen Lust- oder Unlustgefühls oder sonst einer faktischen Reaktion der Seele der Wertenden, daß es mit dem Anspruch auf *Gültigkeit* auftritt, d. h. daß der Urteilende sich in Übereinstimmung mit einer als objektiv gültig vorausgesetzten Norm behauptet. „Dies Bild ist schön“ bedeutet nur insofern ein *Werturteil* und kein bloßes Wirklichkeitsurteil, das eine angenehme Gefühlsempfindung des Urteilenden behauptet, als es implizite die Aussage enthält, das Bild entspreche einer als objektiv gültig vorausgesetzten Schönheitsnorm. | WRS 58

|1203 Darum ist *Rickerts* Versuch, das „Wertbeziehen“ vom „Werten“ dadurch zu unterscheiden, daß dieses nicht, aber jenes stets Lob oder Tadel bedeute, nicht einwandfrei. Wenn Lob und Tadel – im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches – den oben angenommenen Sinn haben, dann bedeutet Werten im objektiven Sinne eines auf gültige Werte Beziehens niemals Lob oder Tadel. Gerade | dieses objektive Werten setzt aber *Rickert* seinem „auf Werte beziehen“ entgegen. Allerdings ist es nicht ganz ausgeschlossen, „Lob“ und „Tadel“ im Sinne *objektiver* Werturteile zu gebrauchen.

Zweifelhaft ist auch, ob die objektive Wertung zum Unterschiede von der Wertbeziehung, wie *Rickert* behauptet, immer positiv oder negativ sein müsse¹⁾. Auch das Urteil, das einen Tatbestand für wertindifferent konstatiert, von einem Tatbestand aussagt, daß er *keinen* (weder einen positiven noch einen negativen) Wert habe, ist formal ein Werturteil, in demselben Sinne, wie die Null eine Zahl ist. Denn es ist die gleiche formale Beziehung zu einem objektiven Wert, einer Norm, die ein solches Urteil ausspricht. Nur jener psychische Akt, der als subjektive Wertung bezeichnet wird, muß als Wollen stets positiv oder negativ sein, weil entweder einem positiven oder einem negativen Ziele zustreben. Über den positiven oder negativen Wert, den eine Wirklichkeit hat, kann Streit herrschen, sagt *Rickert*,⁵⁹ um die „Wertung“ zum Unterschied von der Wertbeziehung zu charakterisieren. Und gerade nur über jenes Werturteil, das eine Beziehung zum objektiv gültigen Wert ausdrückt – und daher einen positiven, einen negativen und einen indifferenten Inhalt haben kann, ist ein Streit möglich, sofern eben die Gültigkeit der vorausgesetzten Norm in Frage gestellt wird. Über die subjektive Wertung, die als Ausdruck eines seelischen Verhaltens zu einem Objekte eine *Tatsache* beinhaltet, ist ein Streit unmöglich. Über die Behauptung, daß mir | eine Speise schmeckt, daß mich ein Verhalten meines Nebenmenschen empört, ist ein Streit sinnlos. *De gustibus non est disputandum*.⁶⁰

|WRS 59 „Auf Werte beziehen“ umschreibt *Rickert* auch mit den Worten: „ein Objekt als bedeutsam für die Werte und die Realisierung von Kulturgütern bezeichnen“²⁾. Wie können aber „Werte“, also *Geltungen*, mit den *Tatsachen* einer Realisierung von Kulturgütern auf eine Basis gestellt werden? Erfolgt die „Beziehung“ auf Werte und Wirklichkeiten? Hat nicht *Rickert* gelegentlich die Kulturgüter als „Realisierungen von Werten“ bezeichnet? Davon muß man jedoch absehen, will man zu dem Resultate vordringen, daß für die historische Kulturwissenschaft nicht nur das „wichtig und bedeutsam“ sei, „was die Realisierung von Kulturgütern fördert,

|1203, WRS 58 |¹⁾ a. a. O. S. 98.⁵⁸

|WRS 59 |²⁾ a. a. O. S. 98.⁶¹

⁵⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 98.

⁵⁹ Vgl. *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 95–103.

⁶⁰ Lat.: *De gustibus non est disputandum*; dt.: Über Geschmack lässt sich nicht streiten.

⁶¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 98 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

sondern ebenso das, was sie hemmt. Allein das Wertindifferente | wird als *unwesentlich* ausgeschieden¹⁾. Die *Wertbeziehung fungiert hier als Selektionsprinzip*. |1204

Die Wertbeziehung – das kann vielleicht als ihr endgültiger Sinn aufgefaßt werden – stellt eine Methode dar, um die Wirklichkeit in wesentliche und unwesentliche Bestandteile zu sondern, wobei vom Standpunkte der Kulturwissenschaften das „Wesentliche“ mit Kultur, das „Unwesentliche“ mit Natur zu identifizieren ist. „Auch wenn keiner der von den Kulturmenschen gewerteten Werte gelten sollte, bleibt es doch auf jeden Fall richtig, daß für die Verwirklichung der faktisch gewerteten Werte oder für die Entstehung von Gütern, an denen diese Werte haften, nur eine bestimmte Anzahl von Objekten bedeutsam sind, und daß an diesen Objekten wiederum nur ein bestimmter Teil ihres Inhalts dafür in Betracht kommt²⁾.“ Gewiß lassen sich Güter von Naturdingen deutlich scheiden, gewiß stellen die menschlichen Wertschätzungen und Zielstrebungen ein besonderes Stück Wirklichkeit dar; allein innerhalb dieses so abgegrenzten Objektes, das im Grunde genommen mit dem *gesellschaftlichen Leben* der Menschen überhaupt zusammenfällt, muß die Kulturwissenschaft doch selbst wiederum eine Scheidung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem vornehmen. Wie hier die *Rickert-sche Wertbeziehung* ein brauchbares Selektionsprinzip bilden soll, ist nicht ganz klar. Nicht alles, was in irgendeiner Weise kausal mit einer menschlichen Wertschätzung oder mit einem Gute zusammenhängt und somit die Realisierung eines Kulturgutes fördert oder | hemmt, ist wesentlich für die Entstehung dieses Gutes, |wrs 60 für die Verwirklichung des faktisch Gewerteten. Hier ist wohl eine „Wertbeziehung“ gegeben, aber keineswegs eine endgültige Auswahl des Wesentlichen. Denn auch innerhalb dessen, was in irgendeiner vielleicht sehr entfernten Weise zu einem Kulturgut in positiver oder negativer Beziehung steht, muß eine Auswahl des Wesentlichen vom Unwesentlichen getroffen werden. Für das Kulturgut der deutschen Strafrechtsordnung ist die CCC⁶⁴ historisch von Bedeutung. Für das Zustandekommen dieser wieder *Karl V.* und eine Reihe von Juristen; in entfernter Weise schließlich auch der Schreiber, der das Originalmanuskript geschrieben hat. Seine Arbeit hat kausal zur Förderung der Kulturgüter beigetragen, die wir heute in der deutschen Strafrechtsordnung schätzen. Dennoch ist sie historisch un-

|¹⁾ a. a. O. S. 97.⁶²

²⁾ a. a. O. S. 98.⁶³

|1204

⁶² *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 98 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶³ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 97 f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶⁴ Die *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), auch „Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.“ oder kurz „Carolina“ genannt, regelte das Strafrecht und das Strafverfahren reichsgesetzlich. Sie wurde 1532 auf dem Reichstag zu Regensburg unter Kaiser Karl V. (1500–1558) erlassen. Ihr Anwendungsbereich umfasste bis auf wenige Ausnahmen nur peinliche Strafsachen, d. h. solche Strafsachen, die mit Pein verursachenden, körperlichen Strafen oder der Todesstrafe zu ahnden waren. Sie verlor ihre Geltung erst 1871 mit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches vollständig.

|1205 |wesentlich. Aber nach dem „wertbeziehenden“ Verfahren gibt es keine Möglichkeit, sie von der Darstellung auszuschließen. Als Selektionsprinzip faßt *Rickert* die „Wertbeziehung“ bald in dem Sinne auf, daß nur dasjenige, was ein Kulturgut fördert oder hemmt, zum Gegenstand der Kulturwissenschaft gemacht werde, wobei also die Wertbeziehung eine (Kausal-)Relation innerhalb des Objektes ist, bald aber wieder in dem Sinne, daß nur dasjenige, was uns „in irgendeiner Weise ‚interessant‘ oder ‚wichtig‘ ist“, ⁶⁵ zum Objekt kulturwissenschaftlicher Betrachtung werde, wobei *Rickert* ausdrücklich dieses Interessant- oder Wichtig-Sein eines Objektes damit identifiziert, „daß es zu Werten in Beziehung steht, die von uns gewertet werden“⁽¹⁾. Daß in diesem Sinne jede Wissenschaft Kulturwissenschaft wäre, da die Wichtigkeit des Objektes oder gar das Interesse dafür die Voraussetzung jeder Wissenschaft von dem Objekte ist, und zwar eine *vorwissenschaftliche* Voraussetzung, wurde bereits früher festgestellt⁽²⁾.

Faßt man das Ergebnis zusammen, das eine kritische Untersuchung des materialen Einteilungsprinzipes bietet, so ist zu konstatieren, daß der Begriff der Kultur nicht klar und deutlich genug von dem der Natur geschieden ist, um beide in einen *Gegensatz* zu bringen, da das Wesen des „wertbeziehenden“ Verfahrens, das den Kulturbegriff konstituieren soll, unsicher zwischen einer objektiven Werterkenntnis (der Beziehung zu objektiv gültigem Werte) und einer Darstellung der psychisch-realen Wertstrebungen in der Geschichte, also einer *Wirklichkeitserkenntnis*, zu schwanken scheint.

|WRS 61 |Klarer als das materielle Einteilungsprinzip hat *Rickert* das formale herausgearbeitet, den Gegensatz von individualisierender und generalisierender Betrachtung: Wissenschaften, die auf die Aufstellung von Naturgesetzen, auf die Bildung allgemeiner Begriffe gerichtet sind – die generalisierende Naturwissenschaft – und solche, welche die Wirklichkeit in ihrer Individualität darstellen – die individualisierende Geschichte. Unklar ist nur die Verbindung des materialen mit dem formalen Einteilungsprinzip. Die Kulturwissenschaft soll sich einer individualisierenden, die Naturwissenschaft einer generalisierenden Methode bedienen. „Nur die individualisierende historische Behandlung wird also dem Kulturvorgang gerecht, sobald seine Bedeutung| für die Kulturwerte in Frage steht“⁽¹⁾. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum unser Interesse bei den Kulturvorgängen, das ist – wie *Rickert* früher behauptet⁶⁹ – das vom Menschen Hervorgebrachte und Gepflegte, sind „Güter“ wie Religion, Recht, Sitte, Staat, Sprache, Kunst, Wirtschaft usw. ... –

|1205, WRS 60 |⁽¹⁾ a. a. O. S. 145. ⁶⁶

⁽²⁾ Vgl. oben S. 100. ⁶⁷

|1206, WRS 61 |⁽¹⁾ a. a. O. S. 88. ⁶⁸

⁶⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 144f.

⁶⁶ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 145.

⁶⁷ Vgl. oben S. 557.

⁶⁸ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 88.

⁶⁹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 20f.

„auch auf das Besondere und Individuelle und dessen einmaligen Verlauf gerichtet“⁷⁰ sein soll, warum einem solchen Kulturvorgang – man denke an das *Rechtsleben*, die *Wirtschaft*, die *Sitten* und *Gebräuche* eines Volkes – „nur“ die individualisierende Betrachtung gerecht werden könne; wobei der einschränkende Zusatz: „sobald seine Bedeutung für die Kulturwerte in Frage steht“⁷², doch wohl überflüssig ist, da ja nach *Rickert* ein Vorgang, als Stück der Wirklichkeit, gerade nur in seiner Bedeutung für gewisse Werte Kultur ist! Die Unklarheit beginnt in demselben Augenblicke, da der Kulturbegriff auf den Plan tritt. Ist Gegenstand der Kulturwissenschaft nicht nur alles, „was die Realisierung von Kulturgütern fördert, sondern ebenso das, was sie hemmt“⁷³, liegt gerade in diesem Verhältnis der Förderung oder Hemmung die „Beziehung“ auf Werte, welche die kulturwissenschaftliche Betrachtung herstellt, sind es eben die geförderten oder gehemmten Werte, die an der Wirklichkeit haften und so diese zur Kultur machen, dann ist es unverständlich, warum gerade diese Wirklichkeit in ihrer *Individualität* in Betracht kommen, warum die „Kulturbedeutung einer Wirklichkeit“ „immer am Besonderen“ „haften“⁷⁴, wie „durch die Werte, die an der Kultur haften“, „der Begriff einer darstellbaren historischen Individualität“ erst konstituiert werden soll⁷⁵. Die Darstellung des Rechts- und Wirtschaftslebens, des religiösen oder sittlichen Verhaltens der Menschen kann generalisierend und individualisierend ganz ebenso wie das biologische Verhalten der Lebewesen dargestellt werden. Faßt man auch die wertenden oder normativen Disziplinen ins Auge, so muß festgestellt werden, daß ein konkreter, individueller Inhalt gewertet wird, indem er zu einer generellen Norm in Beziehung gebracht wird. Ebenso wie eine konkrete oder individuelle Tatsache dadurch erklärt wird, daß sie auf ein generelles Naturgesetz zurückgeführt wird. Die Beziehung zu objektiv gültigen Werten steht somit an sich nicht in einem spezifischen Zusammenhange mit individualisierender Methode. | WRS 62

Im übrigen gibt *Rickert* die Möglichkeit generalisierender Kulturwissenschaften selbst zu, und da er die Rechtswissenschaft – ohne näher auf sie einzugehen – als generalisierende Kulturwissenschaft oder doch zumindest *auch* als solche gelten | 1207

²⁾ a. a. O. S. 87/88.⁷¹

³⁾ a. a. O. S. 98.⁷²

⁴⁾ a. a. O. S. 120.⁷³

⁵⁾ a. a. O. S. 90.⁷⁴

⁷⁰ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 87 f. – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷¹ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 88.

⁷² *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 98.

⁷³ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 120.

⁷⁴ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 90 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

läßt¹⁾, kommt gerade für die Frage, ob die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft konstituiert werden könne, nur das materiale, nicht aber das formale Einteilungsprinzip in Betracht.

II.

Die Unklarheit der Begriffe Kultur und Kulturwissenschaft hat zur Konsequenz, daß diejenigen, die *Rickerts* Wissenschaftstheorie auf die Rechtswissenschaft anzuwenden versuchten, zu sehr divergierenden Resultaten gelangten. Während *Rickert* selbst – freilich ohne nähere Begründung – die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft in Anspruch nimmt,⁷⁶ hat *Kantorowicz*^{77 2)}, der die *Rickertsche* Einteilung der Wissenschaften bedingungslos akzeptiert, die Rechtswissenschaft als außerhalb des Wissenschaftssystems stehend erkannt, das auf den Gegensatz von Natur und Kultur aufgebaut ist³⁾. Zu diesem Resultate mußte *Kantorowicz* folgerichtig gelangen, da er | die dogmatische Jurisprudenz als wertende Normwissenschaft auffaßt, die Einteilung in Kultur- und Naturwissenschaften aber sich ausschließlich auf die empirischen (wertfreien) Seinsdisziplinen bezieht. Nur die Rechtsgeschichte und die Rechtssoziologie – also Disziplinen, die mit der Rechtswissenschaft im eigentlichen und engeren Sinne nichts zu tun haben, von dieser wesensverschieden sind – kann *Kantorowicz* als Kulturwissenschaften erkennen, und zwar die erste[...] als individualisierend-historische, die letztere[...] als generalisierende.

Dabei ist es nicht uninteressant, festzustellen, wie *Kantorowicz* jene spezifische „Wertbeziehung“ auffaßt, durch die speziell die Rechtssoziologie zur Kulturwissenschaft wird. Von Rechtssoziologie spricht *Kantorowicz* dann, „wenn das soziale

|WRS 63

|1207

¹⁾ a. a. O. S. 114 ff.⁷⁵

²⁾ Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911.⁷⁸

³⁾ a. a. O. S. 23.⁷⁹

⁷⁵ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 114–128, insb. 121.

⁷⁶ *Rickert*, Kulturwissenschaft (Anm. 7), S. 114–128, insb. 121.

⁷⁷ Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940), Strafrechtswissenschaftler, Rechtssoziologie, Rechtshistoriker und Rechtsphilosoph. 1908 Habilitation in Freiburg i.Br., ab 1913 a.o. Prof. ebendort, 1924 Gastprofessur an der Universität in London, 1927 an der Columbia-Universität in New York, 1929–1933 o. Prof. in Kiel. 1933 aus politischen Gründen seines Amtes enthoben, setzte er seine Forschungs- und Lehrtätigkeit in den USA 1933–1934 (New School for Social Research in New York) und in Großbritannien 1934–1940 (London School of Economics, Cambridge, Oxford) fort. Unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius verfasste Kantorowicz 1906 die Freirechtbewegung mitbegründende Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“. Er gilt neben Eugen Ehrlich (1862–1922), Émile Durkheim (1858–1917) und Max Weber (1864–1920) als Wegbereiter der Rechtssoziologie. Wichtige Werke: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906; *Zur Lehre vom richtigen Recht*, Berlin und Leipzig 1909; *Tat und Schuld*, Zürich und Leipzig 1933; *Some Rationalism about Realism*, in: *Yale Law Journal* 43 (1934), S. 1239–1253; *The Definition of Law* (hrsg. von Archibald Hunter Campbell), London und Cambridge 1958.

⁷⁸ *Hermann Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen 1911.

⁷⁹ *Kantorowicz*, *Soziologie* (Anm. 78), S. 23.

Leben *auf seine Beziehung zu den Rechtsnormen* hin untersucht wird⁴⁾. Aus seinen Ausführungen geht hervor, daß er die Rechtsnormen, deren Beziehung | zum sozialen Leben Gegenstand der Rechtssoziologie ist, nicht als gültige Normen (im Soll-Sinne), sondern als reale, psychische Tatsachen auffaßt, somit eigentlich die | 1208 Vorstellung, das Erlebnis der Rechtsnormen meint. Von den *Wirkungen* dieser Tatsachen im sozialen Leben und von Ursachen ihrer Wirkungslosigkeit handelt die Soziologie. Nur reale Tatsachen können in der Ebene des Seins in einem Kausalnexus stehen. Dabei ist diese Beziehung – die ja nur ein Kausalzusammenhang sein kann – *Objekt* der kulturwissenschaftlichen Betrachtung. An jener Stelle freilich, an der *Kantorowicz* das *Rickertsche* Wissenschaftssystem darlegt und auf die Rechtssoziologie anwendet, definiert er: „Die Rechtssoziologie ist also eine theoretische, die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszweckes generalisierend bearbeitende Wissenschaft“¹⁾. Man merke: An Stelle der Rechtsnormen als *Tatsachen* tritt jetzt ein *Wert* – der Kulturwert des Rechtszweckes; und die Beziehung auf diesen Wert bedeute eine methodische Einstellung der Wissenschaft – nicht das Objekt ihrer Darstellung. Es ist aber etwas anderes, „das soziale Leben auf seine Beziehung zu den Rechtsnormen hin“ untersuchen und „die Wirklichkeit mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszweckes“ bearbeiten. Nur daß eben *Kantorowicz* tatsächlich bloß das erstere durchführt und den in der letzteren Formulierung ausgedrückten methodischen Gesichtspunkt praktisch ignoriert. Über dessen Schwierigkeit hilft er sich aber | WRS 64 dadurch hinweg, daß er beide Formeln als gleichbedeutend ausgibt.

Im Gegensatz zu *Kantorowicz*, der die Rechtswissenschaft als außerhalb des Schemas: Kultur- und Naturwissenschaft stehend erkennt, hat ein anderer Anhänger der *Rickertschen* Wissenschaftstheorie – *Lask*⁸² – die dogmatische Jurisprudenz – im unmittelbaren Anschluß an *Rickert* selbst – als empirische Kulturwissenschaft zu begründen versucht²⁾. Dieser Versuch *Lasks* ist schon deshalb von größter Be-

⁴⁾ a. a. O. S. 2.⁸⁰

¹⁾ a. a. O. S. 23.⁸¹

²⁾ *Lask*, Rechtsphilosophie, in: Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts, herausg. von W. Windelband. 2. Aufl. 1907. S. 269 ff.⁸³

| WRS 63

| 1208

| WRS 64

⁸⁰ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 78), S. 2 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁸¹ *Kantorowicz*, Soziologie (Anm. 78), S. 23 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸² Emil Lask (1875–1915), Philosoph, Schüler Wilhelm Windelbands (1848–1915) und Heinrich Rickerts (1863–1936), Mitglied der Südwestdeutschen (Badischen) Schule des Neukantianismus. 1904 Habilitation in Heidelberg, 1905 Privatdozent, ab 1910 a.o. Prof. ebendort. Lask fiel im Ersten Weltkrieg. Wichtige Werke: Fichtes Idealismus und die Geschichte, Tübingen 1902; Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre. Eine Studie über den Herrschaftsbereich der logischen Form, Tübingen 1911 (2. Aufl., Tübingen 1923); Die Lehre vom Urteil, Tübingen 1912.

⁸³ *Emil Lask*, Rechtsphilosophie, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, 2. Aufl., Heidelberg 1907, S. 269–320.

deutung, da er zugleich eine Grundlegung der Rechtsphilosophie und die prinzipielle Stellungnahme einer bedeutenden Richtung neukantischer Philosophie zu den methodologischen Problemen der Rechtswissenschaft darstellt. *Lask* unternimmt es, die Rechtswissenschaft dem *Rickertschen* Wissenschaftssystem einzuordnen und näher auszuführen, was bei *Rickert* selbst nur angedeutet wurde.

|1209 | Den Gegensatz von Wert und Wirklichkeit nimmt *Lask* zum Ausgangspunkte, um die Rechtsphilosophie als Rechtswertlehre, d. h. als Lehre vom Werte des Rechtes, der Rechtswissenschaft als Rechtswirklichkeitsbetrachtung gegenüberzustellen¹⁾. Dabei bestimmt *Lask* das Verhältnis von Wert und Wirklichkeit in der Weise, daß er die Wirklichkeit „als Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte“⁽²⁾ bezeichnet, die Werte, wie *Rickert*, an den Wirklichkeiten „haften“ läßt. Allein diese Vorstellung ist strenggenommen nicht vereinbar mit einer „Zweidimensionalität der Betrachtungsweise“, von der *Lask* spricht,⁸⁶ mit dem Dualismus von Sein und Sollen, der in dem Gegensatz von Wirklichkeit und Wert zum Ausdruck kommt. Sie wurzelt letzten Endes in dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Man sagt wohl: Ein Seiendes, eine Wirklichkeit ist wertvoll oder wertwidrig, wird gewertet, an die Realität wird der Wertmaßstab gelegt. Allein dieser Satz oder die damit verbundene Vorstellung eines an der Wirklichkeit haftenden Wertes, der gleichsam durch eine Betrachtung der Wirklichkeit abgelesen werden könne, ist unvollziehbar, weil sich selbst widersprechend. Denn sofern etwas als seiend gedacht, als Wirklichkeit vorgestellt wird, kann es – kritischer Voraussetzung nach – gar nicht gewertet, d. h. als wertvoll oder wertwidrig gedacht werden. Die Betrachtungsweise, auf Grund | deren etwas als seiend vorgestellt wird, steht in einem strikten Gegensatz zu jener, in der etwas gewertet wird. Sofern ein Inhalt als „wirklich“ behauptet wird, kann von keinem Werte mehr die Rede sein, und sofern ich etwas werte, darf ich es eben nicht als wirklich, d. h. seiend vorstellen, sondern muß versuchen, es als Inhalt eines Sollens zu denken. Wie sich logisch die Wertung eines konkreten Substrates oder mit anderen Worten die Wertbetrachtung eines bestimmten Objektes vollzieht, habe ich schon früher gezeigt:⁸⁷ ich muß das zur Bewertung gestellte Substrat als Sollvorstellung mit einer von mir als allgemein gültig vorausgesetzten Norm (Sollvorstellung) konfrontieren, um dann zu entscheiden, ob dem konkreten, in der Form des Sollens gedachten Inhalt ein positives oder negatives Wertvorzeichen gebührt, d. h. ob er in Übereinstimmung mit der allgemeinen Norm als wertvoll, im Widerspruch zu ihr als wertwidrig zu erkennen ist. Der Wert oder das Sollen kann niemals an die Wirklichkeit oder das

|WRS 65

|1209 |¹⁾ a. a. O. S. 271/2.⁸⁴

²⁾ a. a. O. S. 271.⁸⁵

⁸⁴ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 271f.

⁸⁵ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 271.

⁸⁶ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 271 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁷ Vgl. oben S. 564f.

Sein herangebracht, niemals kann beides miteinander verbunden, d. h. unter | ein | 1210
und demselben Gesichtspunkte erfaßt werden. Es gibt ebensowenig eine wertvolle
Wirklichkeit, wie es einen wirklichen Wert geben kann; beides wäre eine *contra-*
dictio in adjecto.

Das „Substrat“ oder der „Schauplatz“ des Wertes ist niemals ein Seinsvorgang
oder eine Wirklichkeit, sondern dasjenige, was möglicherweise auch Inhalt, d. h.
Substrat oder Schauplatz des Seins ist. Wert und Wirklichkeit sind eben nur ver-
schiedene Anschauungsformen eines und desselben Substrates. Für dieses Sub-
strat, das ich das eine Mal als Inhalt des Seins, somit als Wirklichkeit, das andere
Mal als Inhalt eines Sollens, somit als Wert vorstelle, hat die Sprache leider keine
spezifische Bezeichnung und die Philosophie noch keinen festen Begriff geschaf-
fen. Der irreführende vulgäre Sprachgebrauch identifiziert die Wirklichkeit, somit
eine Anschauungsform mit ihrem *Inhalt*, wenn er die Realität als Substrat des
Wertes, d. h. wiederum einer Anschauungsform, erscheinen läßt, welche diejenige
der Wirklichkeit *ausschließt*. Dieser logische Fehler zeigt sich am schärfsten in dem
Ausdruck, den die Sprache dafür hat, daß irgendein Inhalt als gesollt vorgestellt
wird. Man sagt: etwas soll sein, obgleich es widerspruchsvoll ist, von etwas zugleich
ein Sollen und ein Sein auszusagen.

Ich muß daher – so schwer mir auch ein solches Urteil gegenüber einem Lo-
giker vom Range *Lask* fällt – es als unzutreffend bezeichnen, wenn dieser ausführt:
„Aus der notwendigen Auseinanderhaltung von Wert und empirischem Wertsub-
strat folgt die grundle|gende Zweidimensionalität der Betrachtungsweise, der | WRS 66
Dualismus philosophischer und empirischer Methode. Die Philosophie betrachtet
die Wirklichkeit lediglich unter dem Gesichtspunkte ihres absoluten Wertgehaltes,
die Empirie lediglich unter dem ihrer tatsächlichen Inhaltlichkeit¹⁾.“

Denn die Philosophie kann die „Wirklichkeit“ nicht unter dem Gesichtspunkte
ihres absoluten Wertgehaltes betrachten, wenn die Wirklichkeit selbst nur das
Ergebnis einer absolut wertfreien Betrachtung ist. Ein erkenntnistheoretischer
Standpunkt, den gerade *Lask* zu teilen scheint, der in voller Anerkennung dieser
„kopernikanischen“ Umkehrung vulgärer Vorstellungen, „die Wirklichkeit als ein
Erzeugnis kategorialer Synthesen“ gelten läßt²⁾.

Nach Feststellung dieser nicht unwesentlichen Differenz in den prinzipiellen
Voraussetzungen kann nunmehr *Lask*'s Auffassung von | der Rechtswissenschaft als | 1211
einer empirischen Rechtswirklichkeitsbetrachtung untersucht werden.

¹⁾ a. a. O. S. 3.⁸⁸

²⁾ a. a. O. S. 299.⁸⁹

⁸⁸ *Emil Lask*, Rechtsphilosophie, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Die Philosophie im Beginn
des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, Bd. 2, Heidelberg 1905, S. 1–50 (3) –
Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁹ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 299.

Lask behauptet, die *Rechtsphilosophie* suche „die allgemeingültige Rechtswertformel, den formalen, absoluten Zweck jedes einzelnen geschichtlichen Rechtes, den systematisch gegliederten Inbegriff von Postulaten, die an jede empirische Rechtswirklichkeit ergehen oder, wie *Stammler*⁹⁰ sagt, das Recht des Rechtes, das richtige Recht. Rechtsphilosophie ist die Aufsuchung des transzendentalen Ortes oder der typischen Wertbeziehungen des Rechtes, die Frage nach seinem Eingespanntsein in einen Weltanschauungszusammenhang“⁴¹). Daran ist zweifellos richtig, daß die Rechtsphilosophie – in ihrem materiellen Teile – als Lehre von der Gerechtigkeit den richtigen Inhalt des positiven Rechtes aufzusuchen, daß sie festzustellen hat, wie das positive Recht beschaffen sein *soll*. Sie steht dem positiven Rechte als ein Postulat gegenüber, hält ihm den Imperativ eines Sollens vor. Allein ist damit schon gesagt, daß das positive Recht diesem in der Rechtsphilosophie erkannten Sollen als ein *Sein*, als eine Realität gegenübersteht? Muß das Recht, als Gegenstand der Rechtswissenschaft, eine empirische Realität sein, um in der Rechtsphilosophie „Substrat“, „Schauplatz“ eines Wertes, Gegenstand einer Bewertung zu sein? Die Bejahung dieser Frage hat *Lask* offenbar zu seiner Auffassung der Rechtswissenschaft als einer empirischen Wirklichkeitsbetrachtung geführt. Trotzdem kann er sich aber nicht der Tatsache | verschließen, daß das positive Recht gerade für den Juristen der Wirklichkeit des sozialen Lebens in irgendeiner Weise *gegenübersteht*, daß das Recht, als Gegenstand der Rechtswissenschaft, ein *Normenkomplex* ist, dessen spezifische *Geltung* – nicht dessen Faktizität – für den Juristen in Betracht kommt; daß es dem mit der Erkenntnis einer positiven Rechtsordnung befaßten Juristen nicht auf die Kausalerklärung irgendwelcher empirischer Seinsvorgänge, sondern offenbar auf etwas ganz anderes ankommt als einer empirischen Seinswissenschaft, deren Typus die Naturwissenschaft ist, sofern generalisierende Erkenntnis erstrebt wird, – und *Lask* spricht auch der Rechtswissenschaft die generalisierende Methode zu. *Lask*, der die kritische Auseinanderhaltung von Wert und Wirklichkeit als einen obersten Leitsatz ge|wählt hat, muß dem positiven Rechte eine *Geltung* zusprechen und es zugleich als *empirische Realität* erkennen. Eine Geltung als empirische Realität ist ein Sollen, das ein Sein ist, die vollkommenste Vereinigung von Wirklichkeit und

|WRS 67

|1212

|1211

⁴¹) So lautet die Formulierung in der 1. Auflage der *Lask'schen* Schrift, S. 4/5.⁹¹ Vgl. dazu 2. Aufl., S. 278: „Sie (die Rechtsphilosophie) erforscht die letzten formalen Zwecke des Rechts, seine Stellung im Reich der Kulturwerte ...“⁹²

⁹⁰ Rudolf Stammler (1856–1938), Rechtsphilosoph und Privatrechtslehrer. Habilitation 1876 in Leipzig, 1882–1884 a.o. Prof. in Marburg, 1884–1885 in Gießen, 1885–1916 o. Prof. in Halle (Saale), 1916–1923 in Berlin. Er gilt – der Marburger Schule des Neukantianismus verpflichtet – als Begründer der neukantianischen Rechtsphilosophie. Wichtige Werke: Die Lehre vom richtigen Rechte, Berlin und Halle (Saale) 1902 (2. Aufl., Halle (Saale) 1926); Theorie der Rechtswissenschaft, Halle (Saale) 1911 (2. Aufl., Halle (Saale) 1923); Recht und Macht, Berlin 1918; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1922 (3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928).

⁹¹ *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88), S. 4f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁹² *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 278 – Klammersausdruck von Kelsen eingefügt.

Wert. *Lask* bezeichnet wiederholt das Recht – das den Gegenstand der Rechtswissenschaft bildet – als „Norm“; er gibt als das Wesen des positiven Rechtes seine „Verbindlichkeit“ an. Verbindlichsein heißt aber nichts anderes als befolgt werden *sollen*. Er führt diese „Verbindlichkeit“ auf „Autorität“, also wiederum auf eine Norm, ein Sollen zurück: Und dennoch, die Rechtswissenschaft soll eine empirische Wirklichkeitsbetrachtung sein? Was hat aber „empirische Wirklichkeit“⁹³ mit „Geltung“, „Verbindlichkeit“ und „Norm“ zu tun?¹⁾⁹⁵

Die Postulate des in der Rechtsphilosophie zu erkennenden Gerechtigkeitsideales richten sich streng genommen gar nicht an das positive Recht als einen abstrakten Komplex von Normen, sondern an die Subjekte, welche die Rechtsordnung erzeugen oder anwenden. Diese sind die Adressaten, an die sich die Gerechtigkeitsnorm richtet, und die durch diese verpflichtet werden. Die Rechtsordnung als unpersönliches Objekt kann wohl an der Gerechtigkeitsnorm gemessen, durch diese gewertet, nicht aber verpflichtet werden. Dabei steht das Pflichtsubjekt ebenso wie das Bewertungsobjekt nicht in der Erkenntnisform der Realität, sondern als Inhalt eines Sollens in jener der Idealität. Die „Person“, nicht der Mensch – eine ethisch-juristische, nicht eine biologische Einheit – ist Pflichtsubjekt und das verpflichtete Verhalten eben als Inhalt einer Norm und nicht als realer Vorgang zu denken. Wenn die Rechtsordnung an dem Gerechtigkeitsideal gemessen oder gewertet werden soll, muß sie in der gleichen Erkenntnisform wie dieses gedacht werden, da sonst ein Vergleich zwischen beiden gar nicht möglich ist. Die Form des Sollens | ist gleichsam der gemeinsame Nenner, auf den Gerechtigkeit |wrs 68 und positives Recht gebracht werden müssen, um einander gegenübergestellt werden zu können; zwischen Sein und Sollen ist ein Vergleichs- oder Berührungspunkt nicht möglich. Die logische Struktur der objektiven Wertung, die ich schon früher klargelegt habe,⁹⁶ zeigt sich auch in der Bewertung einer konkreten Rechtsnorm durch das allgemeine Gerechtigkeitsideal. Es handelt sich dabei lediglich darum, festzustellen, ob das konkrete positiv-rechtliche Sollen an die allgemeine Norm der Gerechtigkeit herangebracht mit einem positiven oder |negativen Wert- |1213 vorzeichen zu versehen ist, d. h. ob der *Inhalt* der Rechtsnorm mit dem des Gerechtigkeitsideales in Einklang steht, die Rechtsnorm somit aus dem Gerechtigkeitsideal logisch abgeleitet werden kann, oder ob der Inhalt der Rechtsnorm zu dem des Gerechtigkeitsideales in einem Widerspruch steht.

Soll das positive Recht – als Gegenstand der Rechtswissenschaft – durch das in der Rechtsphilosophie erkannte Gerechtigkeitsideal gewertet werden, muß es in der Erkenntnisform des Sollens und nicht in der des empirischen Seins gedacht

|¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 6 und 33.⁹⁴

|1212, WRS 68

⁹³ «Wirklichkeit»] *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88), S. 3: «Rechtswirklichkeit».

⁹⁴ Vgl. *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88), S. 3, 33.

⁹⁵ Fußnotenzeichen fehlt im Haupttext, Standort aus der Bezugsstelle erschlossen.

⁹⁶ Vgl. oben S. 564f.

werden, kann somit die Rechtswissenschaft nur als eine Sollerkenntnis, nicht aber als empirische Seinsbetrachtung begründet werden.

Wie bereits hervorgehoben, faßt *Lask* im Anschluß an *Rickert* die Rechtswissenschaft als eine empirische Kulturwissenschaft auf, da er die empirische Realität des positiven Rechtes als einen Kulturvorgang qualifiziert. Die Unklarheit des Kulturbegriffes, seine schwankende Stellung im Verhältnis zu den Kategorien des Seins und des Sollens, des Wertes und der Wirklichkeit, ist schon bei *Rickert* aufgefallen. Bei *Lask* zeigt sie sich auf das schärfste.

Rickert bestimmt den Begriff der Kultur – soweit von einer eindeutigen Bestimmung überhaupt die Rede sein kann – als die auf Werte bezogene Realität; er bedient sich mitunter statt des Wertbegriffes auch des Begriffes der „Bedeutung“, und zwar in demselben Sinne. Es macht bei *Rickert* keinen Unterschied, ob er von auf Kulturwerte oder auf Kulturbedeutungen bezogene Realitäten spricht. *Lask* benützt nun den ebenso nach der Wert- wie der Wirklichkeitsseite hin gerichteten Kulturbegriff, um dasjenige, worauf die Realität bezogen ist (um überhaupt zu Kultur zu werden), selbst als Wirklichkeit anzusprechen. Zwar ist bei *Rickert*, wie ich gezeigt habe,⁹⁷ die Auffassung keineswegs festgehalten, derzufolge die den Kulturbegriff konstituierende „Beziehung“ auf gültige Werte erfolgt. Auch | *Rickert* läßt häufig die Realität auf die Wirklichkeitstatsache faktischer Wertungsvorgänge „beziehen“, um Kultur gegenüber bloßer Natur zu differenzieren; gerade diese letztere Auffassung wird bei *Lask* zum Prinzip und zur wichtigsten Voraussetzung für die Begründung der These, daß die Rechtswissenschaft eine empirische Wirklichkeitsbetrachtung sei.

Für die Bezeichnung dessen, was *Rickert* in dem Vorgang der Wertbeziehung den „Wert“ nennt, bedient sich *Lask* des Wortes „Bedeutung“. Er sagt zunächst, wir hören nicht auf, die „Kulturwelt, trotz ihrer ... gleichsam entstellenden Bezogenheit auf Kultur|bedeutungen (*Rickert* würde auch sagen: *Kulturwerte*) als Wirklichkeit anzusehen ...“¹⁾. Hierin ist er ja – abgesehen davon, daß er eine „Entstellung“ der Wirklichkeit durch die Beziehung derselben auf Werte oder Bedeutungen halb und halb (gleichsam!) zugibt – mit *Rickert* noch auf einer Basis. Nunmehr geht *Lask* aber noch einen Schritt weiter. Er sagt, die Logik der Kulturdisziplinen habe sich die Frage vorzulegen – und hierin liege ihre schwierigste Aufgabe – „inwieweit die kulturwissenschaftliche Bearbeitung bloß bis zu den auf Kulturbedeutungen *bezogenen* ‚Realitäten‘ vordringt und inwieweit sie das Reich reiner losgelöster Bedeutungen *selbst* zu ihrem Endziel macht“²⁾. Zum Gegenstand

| WRS 69

| 1214

| 1214,
WRS 69¹⁾ a. a. O. S. 302.⁹⁸²⁾ a. a. O. S. 303.⁹⁹⁹⁷ Vgl. oben S. 560.⁹⁸ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 302 – Klammerausdruck und Hervorhebungen von Kelsen eingefügt.⁹⁹ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 303.

kulturwissenschaftlicher, also empirischer Wirklichkeitsbetrachtung wird also dasjenige, worauf die Realität bei *Rickert* bezogen wird, um dadurch zur Kultur zu werden, und was *Rickert* als „Wert“ bezeichnet, dessen Wesen in seiner Geltung, nicht seiner Tatsächlichkeit besteht. „Bedeutung“ sagt *Lask*; kann aber nicht verlangen, daß man darunter etwas anderes verstehe als den *Rickertschen* „Wert“, sofern er eben den *Rickertschen* Kulturbegriff akzeptiert. Kulturwissenschaft wäre somit eine empirische Wirklichkeitsbetrachtung gültiger Werte oder Bedeutungen!

Allein *Lask* lehnt die Identifizierung von „Wert“ und „Bedeutung“ ab, obgleich er das Wort „Bedeutung“ schlechterdings an jener Stelle eingeschoben hat, an der *Rickert* von „Wert“ oder im gleichen Sinne von „Bedeutung“ spricht. Dabei gibt *Lask* einen Gegensatz von Realität und Bedeutung zu: „Die, wie *Lotze*¹⁰⁰ glaubt, schon von *Plato* erkannte Gegensätzlichkeit von Realität und Bedeutung muß hier in einem ganz eingeschränkten *empiristischen* Sinne für die Methodologie fruchtbar gemacht werden³⁾.“ Wie „Bedeutung“ | zu „Realität“ in Gegensatz stehen und dennoch zugleich als Gegenstand empirischer Wirklichkeitsbetrachtung Realität sein kann, muß freilich rätselhaft bleiben. Steht überdies auch im Widerspruch zu dem Gedanken, den *Lask* unmittelbar vorher ausführt⁴⁾: Realität ist nicht bloß das „Konkretissimum der erkenntnistheoretischen Wirklichkeit“,¹⁰³ sondern auch die auf die Kulturbedeutung (Kulturwert im Sinne *Rickerts*) bezogene Wirklichkeit in ihrer Totalität, d. h. einschließlich dieser Beziehung zur Kulturbedeutung. Ja, schließlich | ist sogar dieser Kulturwert bzw. diese Kulturbedeutung selbst Realität, |215 da sie ja zum Gegenstand empirischer Seinswissenschaft gemacht wird.

Worin der Unterschied von Wert und Bedeutung liegt, sagt *Lask* leider nicht; er begnügt sich mit der Behauptung: „Man wird somit die methodologisch-empiristische ‚Kulturbedeutung‘ und den absoluten ‚Kulturwert‘ zum mindesten in formalmethodischer Hinsicht auseinanderhalten müssen¹⁾.“ Nach der *Laskschen*

³⁾ a. a. O. S. 303.¹⁰¹

| ⁴⁾ a. a. O. S. 302.¹⁰²

| ¹⁾ a. a. O. S. 299.¹⁰⁴

| WRS 70

| 1215

| WRS 70

| 1215

¹⁰⁰ (Rudolf) Hermann Lotze (1817–1881), Philosoph und Mediziner. Habilitation 1939 (Medizin) und 1840 (Philosophie) in Leipzig, wo er 1842 a. o. Prof. für Philosophie wurde, bis er 1844 nach Göttingen (Nachfolger von Johann Friedrich Herbart) berufen wurde. 1881 nahm er einen Ruf nach Berlin an. Wichtige Werke: Allgemeine Pathologie und Therapie als mechanische Naturwissenschaften, Leipzig 1842 (2. Aufl., Leipzig 1848); Mikrokosmos. Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit, 3 Bde., Leipzig 1856–1864 (6. Aufl., Leipzig 1923); Geschichte der Aesthetik in Deutschland, München 1868; System der Philosophie, Theil 1: Logik, Leipzig 1874 (2. Aufl., Leipzig 1880), Theil 2: Metaphysik, Leipzig 1879 (2. Aufl., Leipzig 1884).

¹⁰¹ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 303 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰² *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 302.

¹⁰³ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 302.

¹⁰⁴ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 299 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Konstruktion müßte man somit zwei Arten von empirischen Realitäten unterscheiden, nämlich „Realitäten“ im eigentlichen Sinne und „Bedeutungen“, die zwar selbst Realitäten sind, aber dennoch zu solchen in Gegensatz stehen und zugleich irgendwie einen Übergang zur Kategorie der Werte darstellen.

Wenn die Rechtswissenschaft als eine empirische Seinsdisziplin aufzufassen ist, dann muß ihr Gegenstand die Wirklichkeit und ihre Methode die generalisierende oder individualisierende Kausalerklärung sein; sie muß als Naturwissenschaft oder als Geschichte auftreten. Daß die dogmatische Jurisprudenz keines von beiden ist, wird jedem Juristen außer Zweifel stehen. Dagegen hat man die *Rechtssoziologie* als empirische Betrachtung der sozialen Wirklichkeit zu begründen unternommen. Sie versucht das Recht als ein irgendwie differenziertes Stück des realen gesellschaftlichen Lebens anzusehen und steht darum in einem völligen Gegensatz zur dogmatischen Jurisprudenz, die es eben nicht mit einem Sein, sondern einem Sollen, nicht mit Wirkungen, sondern mit Geltungen zu tun hat. *Lask* erkennt und anerkennt diesen Methodendualismus vollkommen. Er unterscheidet durchaus das Recht „als realen Kulturfaktor und als sozialen Lebensvorgang“²⁾, das den Gegenstand der Soziallehre oder Soziologie des Rechtes bildet, von dem Recht als Normenkomplex, | dem Gegenstand einer dogmatischen Rechtswissenschaft, die „nicht ein Existierendes, sondern ein bloß Bedeutendes, nicht ein Seiendes, sondern ein Seinsollendes, ein Befolgung Heischendes zum Objekt hat“³⁾. Dennoch hält er daran fest, diese Rechtswissenschaft als empirische Wirklichkeitsbetrachtung aufzufassen | und lehnt mit Entschiedenheit ab, die Jurisprudenz als *Normwissenschaft* „in einen Gegensatz zu den rein empirischen Disziplinen“ zu stellen¹⁾.

Diesen Widerspruch überwindet er nur dadurch, daß er den Gegensatz zwischen empirischer Rechtssoziologie und der, seiner Meinung nach allerdings auch empirischen dogmatischen Rechtswissenschaft (worin könnte der Gegensatz zweier empirischer Disziplinen liegen, die beide das Recht als Realität zum Gegenstand haben?) nicht in dem Gegensatz von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert aufgehen läßt, sondern mit einem Antagonismus von Realität und Bedeutung identifiziert. „In der Entgegensetzung von Realitäts- und Bedeutungsforschung zeigt sich der Parallelismus philosophischer und empiristischer Wissenschaftstendenzen in seiner verwirrendsten Gestalt. Nur allzunahe liegt der Gedanke an den letzten spekulativen Gegensatz von Sollen und Sein, Normen und Naturgesetzen, normativer und genetischer Betrachtungsweise, und häufig – zum

²⁾ a. a. O. S. 302.¹⁰⁵

³⁾ a. a. O. S. 304.¹⁰⁶ Hier wird „Sollen“ und „Bedeuten“ als synonym nebeneinander gestellt.

¹⁾ a. a. O. S. 304.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Lask*, *Rechtsphilosophie*² (Anm. 83), S. 302 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰⁶ *Lask*, *Rechtsphilosophie*² (Anm. 83), S. 304.

¹⁰⁷ *Lask*, *Rechtsphilosophie*² (Anm. 83), S. 304.

| WRS 71

| 1216

| WRS 71
| 1216

Beispiel von *Jellinek*¹⁰⁸, *Kistiakowsky*¹⁰⁹, *Kohlrausch*¹¹⁰, *Eltzbacher*¹¹¹ – ist dieser all-gemeinste Methodendualismus zur Charakterisierung der Jurisprudenz verwertet worden. Allein, es gäbe keine verderblichere Verwischung methodologischer Grenzlinien, als wenn über all den unbezweifelbaren Analogien und Parallelitäten andererseits¹¹² die Vieldeutigkeit des Normbegriffes, die Kluft zwischen seinem philosophischen und empirischen Sinn übersehen würde und dadurch die Jurisprudenz als ‚Normwissenschaft‘ etwa unvermerkt in einen Gegensatz zu den rein empirischen Disziplinen geriete¹¹³).

Demgegenüber muß gefragt werden, wie eine Wissenschaft, die nach *Lask* nicht ein Existierendes und nicht ein Seiendes zum Gegenstand hat, als empirische Wirklichkeitsbetrachtung möglich sein kann, wo er doch selbst voraussetzt³), die Empirie betrachte die Wirklichkeit lediglich unter dem Gesichtspunkte ihrer tatsächlichen Inhaltlichkeit. Und es ist schwer zu begreifen, warum eine Wissenschaft, | deren Objekt zugestandenermaßen Normen, d.h. also ein Sollen (und zwar im Gegensatz zum Sein) ist, die es nicht mit Wirkungen, sondern mit Gel-tungen zu tun hat, keine Normwissenschaft, keine Sollbetrach|tung sein solle. Und | 1217 all dieser Widerspruch soll gedeckt werden durch die Differenzierung zwischen Wert und Bedeutung.

|WRS 72

|1217

²⁾ a. a. O. S. 304.¹¹³

³⁾ a. a. O. S. 3.¹¹⁴

¹⁰⁸ Georg Jellinek (1851–1911), führender Staats- und Völkerrechtslehrer seiner Zeit. 1882 Habilitation in Wien, ab 1883 a. o. Prof. für Staatsrecht ebendort, 1889–1891 o. Prof. in Basel, ab 1891 o. Prof. für Allgemeines Staatsrecht und Völkerrecht an der Universität Heidelberg. Wichtige Werke: Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Br. 1887; System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892 (2. Aufl., Tübingen 1905); Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900 (3. Aufl., Berlin 1914, aus dem Nachlass ergänzt von Walter Jellinek).

¹⁰⁹ Theodor Kistiakowski (1868–1920), ukrainischer Rechtssoziologe, Schüler von Wilhelm Windelband (1848–1915) und Georg Simmel (1858–1918). Wichtiges Werk: Gesellschaft und Einzelwesen, Berlin 1899.

¹¹⁰ Eduard Kohlrausch (1874–1948), Strafrechtslehrer. 1902 Habilitation in Heidelberg, ab 1903 a. o. Prof., ab 1906 o. Prof. für Strafrecht an der Universität Königsberg, wechselte 1913 nach Straßburg und 1919 nach Berlin. Seit 1922 Leiter der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“. Wichtige Werke: Irrtum und Schuld-begriff im Strafrecht, Berlin 1903; Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 26. Aufl., Berlin und Leipzig 1922 (40. Aufl., Berlin 1950) (Mithrsg.); Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin 1923 (3. Aufl., Berlin 1928) (Mithrsg.).

¹¹¹ Paul Eltzbacher (1868–1928), Sozialwissenschaftler und Privatrechtslehrer. 1900 Habilitation in Halle (Saale), ab 1906 o. Prof. des Bürgerlichen und Handelsrechts an der Handelshochschule Berlin. Wichtige Werke: Der Anarchismus. Eine ideengeschichtliche Darstellung seiner klassischen Strömungen, Berlin 1900; Über Rechtsbegriffe, Berlin 1900; Deutsches Handelsrecht, Berlin 1924 (2. Aufl., Berlin 1925).

¹¹² «Analogien und Parallelitäten andererseits»] *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 304: «Analogien andrerseits».

¹¹³ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 304.

¹¹⁴ *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88), S. 3.

Nun ist schon früher gezeigt worden,¹¹⁵ daß *Lask*, wenn er in Anwendung der *Rickertschen* Wissenschaftstheorie das Wort „Bedeutung“ an Stelle des bei *Rickert* verwendeten Wortes „Wert“ setzt, nicht berechtigt ist, in diesem Zusammenhange zwischen Wert und Bedeutung zu differenzieren. Allein, ganz abgesehen davon, kann dem Begriffe „Bedeutung“ gerade in seiner Verbindung mit Kultur und speziell im Zusammenhange mit dem Begriff des Rechtes keine andere Bedeutung zugesprochen werden als ganz die gleiche, welche auch dem Begriff des Wertes zukommt. In jenem Sinne, in dem man von der Bedeutung eines symbolischen Zeichens oder eines fremdsprachigen Wortes spricht, ist natürlich hier keine Rede; auch nicht in jenem Sinne, in dem der vulgäre Sprachgebrauch „Bedeutung“ mit „Wirkung“ identifiziert. Wenn von der „Kulturbedeutung“ des Rechtes die Rede ist, kann darunter nur der Zweck, und zwar der objektive Zweck oder Wert gemeint sein. Wenn man behauptet, die Jurisprudenz habe es mit der rechtlichen „Bedeutung“ gewisser Tatbestände zu tun, so heißt das, es kommt hier auf die Bedeutung an, die gewissen Tatbeständen von den Rechtsnormen dadurch verliehen wird, daß sie als Inhalt dieser gebietenden oder verbietenden Rechtsnormen erkannt werden. Dieser Vorgang „bedeutet rechtlich“ einen Diebstahl, sagt soviel wie: dieser Vorgang wird unter dem Namen des Diebstahls von einer Rechtsnorm verboten, oder allgemeiner ausgedrückt: Was ich hier konkret als Inhalt eines realen Vorganges feststelle, erkenne ich auch allgemein irgendwie als Inhalt einer Rechtsnorm. In diesem Sinne hat die *Rechtsanwendung* die rechtliche Bedeutung gewisser Vorgänge zu erforschen, die *Rechtswissenschaft* hat es mit den Normen zu tun, die selbst nichts „bedeuten“, sondern den von ihnen beibehaltenen Tatbeständen Bedeutung verleihen. Der *Soll*charakter dieser „Bedeutung“, ihr allem Sein, aller Wirklichkeit ferner Sinn erhellt am besten daraus, daß keine noch so eindringliche empirische Betrachtung der Wirklichkeit jemals imstande ist, in ihr eine *rechtliche* Bedeutung zu erkennen. Denn für sie sind nichts als kausale Zusammenhänge gegeben. Nur eine Betrachtung, die ein rechtliches Sollen oder rechtliches Werten voraussetzt und Tatbestände zu diesem Sollen in Beziehung setzt, kann die rechtliche Bedeutung oder den rechtlichen Wert erkennen. *Lask* identifiziert | gelegentlich die „Be|deutung“ der Rechtsnormen mit ihrem „Inhalt“. ¹¹⁶ Allein wenn er meint, dem Juristen komme es „lediglich darauf an, den gedankenmäßigen Inhalt der Normen, die auf Grund *sozialtheoretischen* Urteils als ‚Recht‘ erkannt sind, in einen systematischen Zusammenhang zu bringen“⁽¹⁾, so ist dagegen zu bemerken, daß eine empiristische Wirklichkeitsbetrachtung das Recht von vornherein gar nicht als „Norm“ erfassen kann und daß aus dem systemati-

| WRS 73, 1218

| 1218, WRS 73 | ¹⁾ a. a. O. S. 303.¹¹⁷

¹¹⁵ Vgl. oben S. 578.

¹¹⁶ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 303.

¹¹⁷ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 303 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

schen Zusammenhang des Inhalts irgendeiner Realität niemals eine gültige *Rechtspflicht* abzuleiten ist.

Der tiefste Grund für die Schwierigkeiten, in die *Lask* dadurch gerät, daß er zu vermeiden bestrebt ist, die Rechtswissenschaft als Norm- oder Wertdisziplin in einen klaren Gegensatz zu den empirischen Seinswissenschaften zu setzen, ist der: Er geht von einer irrigen Auffassung des Rechtspositivismus aus. Allerdings schließt er sich dabei nur an die herrschende Lehre der heutigen Rechtswissenschaft an, welche die Positivität des Rechtes in der tatsächlichen Existenz, der Gegebenheit oder faktischen Wirkung einer Rechtsordnung erblickt. *Lask* spricht hier von dem Momente der empirischen Gegebenheit des tatsächlichen Bestehens²⁾. Nun ist doch offenbar, daß die Rechtsordnung als reale Tatsache des sozialen Lebens, als ein sozialpsychischer Prozeß oder Zustand, wohl für eine soziologische, auf das Sein und dessen kausale Erklärung gerichtete Betrachtung, nicht aber für eine juristische Erkenntnis relevant sein kann, für die nicht die Wirkung, sondern die Geltung der Rechtsordnung, nicht die Tatsache irgendwelcher Motivationen durch bestimmte Normvorstellungen, sondern die *Verpflichtung* von *Personen* durch Sollnormen, ohne Rücksicht auf die tatsächliche, mehr oder weniger wirksame *psychische Bindung* der *Menschen* in Frage steht. Dem Problem der Rechtspositivität gegenüber gerät die herrschende Lehre, wie in so vielen Fällen, in den typischen Fehler des Methodensynkretismus, die Berufskrankheit des theoretischen Juristen, ein Fehler, der hier mit Rücksicht auf die besonderen logischen Schwierigkeiten, die gerade dieses Problem bietet, begrifflich ist.

Unter der Positivität der Rechtsordnung kann – die Rechtsordnung als ein System von Normen vorausgesetzt – logischerweise nichts anderes verstanden werden als die Eigenschaft der Rechtsordnung, derzufolge sie als ein oberstes, von keiner höheren Norm ableitbares oder der Ableitung bedürftiges Normsystem angesehen | wird. Darin liegt das Wesen des *positiven* Rechtes zum Unterschiede | vom Naturrecht – und gerade in diesem Gegensatze tritt der Rechtspositivismus in die Erscheinung –, daß das Recht nach naturrechtlicher Auffassung aus der Moral, der Gerechtigkeitsnorm, aus der Natur der Sache oder wie sonst man ein oberstes Norm- oder Wertprinzip zu umschreiben oder zu erklären pflegt, abzuleiten ist, das jede Norm, die mit diesem obersten Norm- oder Wertprinzip in Widerspruch steht, nicht als *Rechtsnorm* angesehen werden darf. Und sofern man mit einer gewissen Vereinfachung als das eigentliche Normprinzip, aus dem fast alle Naturrechtslehrer – ob sie es nun ausdrücklich zugestehen oder nicht – die Rechtsnormen ableiten, die *Moral* erkennt, ist das Wesen des *positiven* Rechtes im Gegensatz zum Naturrecht darin zu erblicken, daß es unabhängig von der Moral, ein selbständiges, von der Moral verschiedenes, aus ihr nicht ableitbares Normsystem ist, |1219 |wrs 74

²⁾ a. a. O. S. 305.¹¹⁸

¹¹⁸ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 305.

so daß eine Rechtsnorm als solche in ihrer Gültigkeit unberührt bleibt, wenn man sie zu einer Moralnorn in Widerspruch stehend erkennt, daß eine Rechtsnorm, um ihre Gültigkeit zu beweisen, es nicht nötig hat, auf eine höhere Moralnorn zu rekur[r]ieren. Moral und Recht stehen nach positivistischer Anschauung als *zwei* Normenkomplexe neben- und eventuell auch *gegeneinander*, nicht aber über- und untereinander, welch letzteres der naturrechtlichen Auffassung entsprechendes Verhältnis im Grunde ja ein Aufgehen des Rechtes in der Moral, somit die Geltung nur *eines*, nicht aber zweier verschiedener Normensysteme bedeutet. Als *Normenkomplexe!* Damit ist gesagt, daß das Recht ebenso wie die Moral im Reiche des Sollens, nicht des Seins steht und daß daher seine Wesenheit nach keiner Richtung hin durch eine Tatsache der *Realität* bestimmt sein kann.

Mit der Frage nach der Positivität des Rechtes ist natürlich keineswegs die Frage nach seinem Wesen überhaupt beantwortet, ist der Begriff des Rechtes nicht restlos bestimmt, sondern nur eines seiner Merkmale angegeben. Es bleibt noch immer die Frage offen, welche Normen denn eigentlich als Recht anzusehen seien, wodurch sie sich von anderen unterscheiden. Und wenn nun etwa – ob zutreffend oder nicht, bleibe hier dahingestellt – als *Recht* diejenigen Normen bezeichnet würden, die von einem bestimmten sozialen Machtfaktor, zum Beispiel dem Staate oder absoluten Gerichten,¹¹⁹ gesetzt oder anbefohlen werden, so wäre es von Grund aus verfehlt, die | Geltung einer konkreten Rechtsordnung, ich meine ihre *Sollgeltung*, ihren *Norm*charakter auf die Tatsächlichkeit dieses Befehles, die empirische Gegebenheit eines faktischen Vorganges zurückzuführen, der | als Gesetzgebungsakt bezeichnet wird. Niemals kann ein Sollen auf ein Sein zurückgeführt, aus einem Sein abgeleitet werden! Das gehört zum methodologischen ABC jeder Erkenntnis. Die Antwort auf die Frage: warum sollen die Befehle des Fürsten, die Gesetze des Staates (wie man zu sagen pflegt) befolgt werden, warum sind sie Normen, kurz dasjenige, worauf die Geltung der konkreten Rechtsordnung zurückzuführen ist, kann wiederum nur ein Sollen sein: die oberste, nicht weiter abgeleitete Norm: du sollst den Befehlen des Fürsten oder den Gesetzen des Staates gehorchen. Dieser Satz – der „*Rechtssatz*“ in einer gesteigerten Bedeutung des Wortes – ist die Voraussetzung – die einzige Voraussetzung jeder konkreten Rechtsordnung. Die Rechtsordnung wird, materiell genommen, gar nicht auf diesen Satz zurückgeführt oder aus ihm abgeleitet; in seiner reinen Formalität bedeutet er ja nichts anderes, als daß die konkrete Rechtsordnung eben *nicht* weiter ableitbar ist, oder mit anderen Worten, daß er eine willkürliche, nicht weiter diskutabile Voraussetzung ist (die allerdings psychologisch ihre tiefen Gründe und politisch ihre höheren Zwecke haben kann), daß ich die Befehle des Fürsten oder die Gesetze des Staates als Inhalt von Normen vorstelle, die in ihrer Sollgeltung verpflichten. Der faktische, in gesprochenen oder geschriebenen Worten erteilte

¹¹⁹ «Gerichten»] Hierbei dürfte es sich um ein Versehen handeln; es müsste wohl «Fürsten» heißen.

Befehl des Fürsten, der reale Vorgang des sogenannten staatlichen Gesetzgebungsaktes ist nicht der *Grund* – d.h. der Erkenntnisgrund – für die „Geltung“ der bezüglichen Rechtsordnung, sondern der Inhalt dieser Befehle oder Gesetze ist Inhalt der gültigen Rechtsordnung. Warum? Auf diese Frage gibt es eben keine oder nur jene rein formale Scheinantwort, die der „Rechtssatz“ im oben dargelegten Sinne gibt. In dem *Verzicht* auf eine materielle Beantwortung dieser Frage, in der Ausschaltung dieser auf das „Recht des Rechtes“, letzten Endes auf die Gerechtigkeit gerichteten Frage selbst, liegt ja gerade das Wesen des juristischen Positivismus!

Daß die juristische Theorie, die sich recht abseits von philosophischen Spekulationen, insbesondere methodologischer und erkenntnistheoretischer Natur entwickelt hat, und die bisher so gut wie gar nicht von dem kritischen Methodendualismus berührt wurde, bei dem Problem der Positivität des Rechts durchweg den schweren Fehler beging, die *Geltung* der Rechtsordnung, d.h. das rechtliche | Sollen, auf irgendeine *Seinstatsache*, einen realen Vorgang zurückzuführen, ist nicht allzu befremdlich. Weniger verständlich ist es, wenn ein Philosoph, der als ein Vertreter des kritischen Methodendualismus auftritt und gerade als solcher berufen wäre, die Jurisprudenz aus | mancher Wirrsal zu befreien, sie in einem | WRS 76 ihrer verhängnisvollsten Irrtümer bestärkt, ja sogar den überaus erfreulichen Ansätzen, die speziell in dieser Richtung zu konstatieren waren, mit dem ganzen Gewicht seiner philosophischen Autorität *entgegentritt*. Das tut aber *Lask*, wenn er im Verlaufe seiner Argumentation gegen die Auffassung der Jurisprudenz als „Normwissenschaft“ die *Positivität* des Rechtes betont und erklärt, die Jurisprudenz habe zwar „nicht ein Seiendes, sondern ein Seinsollendes, ein Befolgung Heischendes zum Objekt“, aber dieser Sollenscharakter sei auf eine „empirische Autorität“ zurückzuführen, „habe seinen formellen Grund in positiver Anordnung durch Gemeinschaftswillen. Das von Stammler und Eltzbacher gerade in diesem Zusammenhange mit Recht hervorgehobene Moment der empirischen Gegebenheit, des tatsächlichen Bestehens, ist nicht etwa, wie es bei Jellinek und Kistiakowsky zuweilen den Anschein hat, bloß für die soziale Seinslehre, sondern gerade auch für die juristische Sollenslehre vom Recht relevant¹⁾.“ Allein dieser auf jede nähere Begründung verzichtenden Negierung des doch im Prinzip anerkannten Methodendualismus muß mit aller Entschiedenheit entgegengehalten werden, daß ein „Sollenscharakter“ seinen „formalen Grund“ niemals in einer empirischen Tatsache finden kann, sofern die „positive Anordnung durch Gemeinschaftswillen“ als solche zu verstehen ist; und daß ein „Moment der empirischen Gegebenheit, des tatsächlichen Bestehens“ als Seinstatsache eben nur für eine Seinslehre und niemals für eine Sollenslehre relevant sein kann, sofern der Gegensatz von

| 1221

| WRS 76

| ¹⁾ a. a. O. S. 305.¹²⁰

| 1221, WRS 76

¹²⁰ *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 304f.

Sein und Sollen überhaupt einen Sinn, und speziell jenen Sinn hat, der in einem kritischen Dualismus der Methoden zum Ausdruck kommt.

Im innigsten Zusammenhange mit dieser irrigen Auffassung des Rechtspositivismus und der aus ihr resultierenden Verschiebung der methodologischen Stellung der Rechtswissenschaft in der Richtung empirischer Seinsbetrachtung steht, daß *Lask* die Begriffe des Wertes und Sollens in einem absoluten und materiellen Sinne nimmt. Er befindet sich in diesem Punkte allerdings in Übereinstimmung mit | der herrschenden Auffassung. Trotzdem muß hier – gerade mit Rücksicht auf den Rechtsbegriff – der rein formale Charakter des Sollens und des Wertbegriffes mit Nachdruck betont werden. „Sollen“ und „Wert“ sind nur Anschauungs- oder Erkenntnisformen, ganz ebenso wie die Begriffe des Seins oder der Wirklichkeit. An sich ist mit ihnen kein bestimmter Inhalt wesentlich verbunden. Es wäre | ein logischer Fehler, ein Sollen nur dann als solches anzunehmen, wenn es einen bestimmten – oder: richtigen – Inhalt hat. Unabweislich ist das Bedürfnis nach einem Begriffe des Sollens oder Wertes, der alle möglichen Inhalte haben kann, unter den ich das sittliche Ideal der Chinesen wie das des Europäers, die Schönheitsnorm des Japaners wie die logischen Postulate der Erkenntnis überhaupt subsumieren kann: Das Gemeinsame, das jedem irgendmöglichen materialen Wert anhaftet, ist eben nichts anderes als dieser inhaltslose Begriff des „Wertes“, dieses rein formale „Sollen“, mit dem nur eine bestimmte Erkenntnisform, nicht aber irgendein bestimmter Inhalt ausgesagt ist. Ein solch rein formaler Soll- oder Wertbegriff setzt allerdings voraus, daß auf die Annahme *eines* materiell bestimmten, absoluten höchsten Wertes, *eines* letzten Sollens bestimmten Inhaltes, *einer* obersten, auch inhaltlich determinierten Norm verzichtet werde. Abgesehen davon, daß bisher alle Bemühungen, den Inhalt einer solchen obersten Norm oder eines solchen höchsten Wertes in allgemein gültiger Weise zu bestimmen, gescheitert sind, bedeutet der historisch berühmteste Versuch – *Kants* Entwicklung des kategorischen Imperativs¹²¹ – den glänzendsten Beweis dafür, daß im Bereiche der Werte letzten Endes mit absoluter und objektiver Gültigkeit nichts anderes ausgesagt werden kann, daß auf der höchsten Spitze der Wertpyramide nichts anderes steht: als das von jedem Inhalte befreite, reine Sollen, die abstrakte Form des Wertes an sich. Nichts anderes besagt – trotz seiner scheinbaren Inhaltlichkeit – der kategorische Imperativ: du sollst, was du sollst!

Vertritt man bei der Frage nach dem Inhalt des höchsten Sollens den *relativistischen* Standpunkt, von dem aus eine eindeutige Antwort überhaupt nicht als möglich gilt, dann kann gegen die Auffassung des positiven Rechtes als Normkomplex, gegen die Gültigkeit rechtlichen, von der Moral gänzlich unabhängigen Sollens nicht eingewendet werden, man könne nicht etwas als (rechtlich) *gesollt*

¹²¹ Der kategorische Imperativ tritt in *Kants* Schriften in mehreren Formulierungen auf und lautet in der bekanntesten: „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“ (*Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785, S. AA IV 421).

vorstellen, was etwa unmoralisch, somit gegen ein (anderes) Sollen verstoße, das man mit dem Sollen schlechtweg, mit dem absoluten Wert identifiziert. Dann kann man nicht – wie *Lask* es tut – | gegen den normativen Charakter der Rechtswissenschaft geltend machen, der „Sollenscharakter“ entstamme hier nicht wie in der Philosophie „einer absoluten Werthaftigkeit“, könne hier nicht „aus dem absoluten Werte gefolgert“¹⁾ werden. Denn von dem kritischen Standpunkte des Relativismus aus gibt es keinen solchen absoluten Wert | im *materiellen* Sinne, aus dem *allein* jedes Sollen abgeleitet werden kann. | WRS 78

Die grundlegende Bedeutung dieses rein formalen Sollensbegriffes einer relativistischen Wertanschauung wird sich jedem eröffnen, der bemüht ist, das spezifische Wesen des positiven Rechtes zu erfassen, das nur als ein Sollen – als Norm – vorgestellt werden kann und dabei gänzlich unabhängig von dem – seinem Inhalt nach – als Moral bestimmten Sollen, dem materiellen Sittengebote entwickelt werden muß. Wie anders denn als „Geltung“ kann jene spezifische Existenz des positiven Rechtes aufgefaßt werden, die unberührt bleibt durch jede Verletzung ihrer Vorschrift, an die das tatsächliche Geschehen eines Zuwiderhandelns so wenig heranreicht, daß von einem „Rechtsbruch“ niemals in dem Sinne die Rede sein kann, als ob durch dieses rechtswidrige Sein der Bestand der Rechtsnorm in Frage gestellt, das Recht in seiner spezifischen Erscheinungsform „gebrochen“ wäre. Wie läßt sich dieses Nebeneinander, diese gleichzeitige Existenz zweier einander ausschließender Vorstellungsinhalte ermöglichen, wenn nicht dadurch, daß jede von ihnen in eine andere Vorstellungsform gebracht wird? Und da die eine – die Rechtswidrigkeit – als Sein vorausgesetzt wird, welche andere bleibt für die des Rechtes als jene des Sollens? Kann das Urteil, das einen Inhalt als rechtmäßig oder rechtswidrig bezeichnet, das zwischen „Recht“ und „Unrecht“ scheidet, ein anderes als ein *Werturteil* sein, so es nicht eine *Wirklichkeit* ausdrückt? Muß es nicht ein *Wert* sein, als welcher die Rechtsordnung der ihr nur möglicherweise entsprechenden, aber auch widersprechenden sozialen Wirklichkeit gegenübergehalten, als ein – irgendwie geartetes – *Ideal* vorgesetzt wird? Kann der Jurist – will er die eigenartige Form zum Ausdruck bringen, in der das von der Rechtsordnung „geforderte“ Verhalten an das Subjekt herantritt, sich mit dem zur „Person“ gewordenen Subjekte verknüpft – auf den Begriff der Pflicht verzichten; und ist diese *Rechtspflicht* – sofern nur ihre *formale* Struktur in Betracht gezogen und von ihrem *Inhalt* abstrahiert wird – nicht von der gleichen logischen | Art wie die sittliche Pflicht, deren Sollenscharakter ja selbstverständlich ist? Ist dieser Pflichtbegriff der Rechtstheorie nicht wesentlich, wenn eine Rechtsordnung, ohne daß sie Rechtspflichten statuierte, gar nicht gedacht werden kann? Und welcher Art muß diese Rechtspflicht sein, wenn es schlechterdings unmöglich ist, sie als realpsy- | 1224

|¹⁾ a. a. O. S. 304/5.¹²²

| 1223, WRS 77

¹²² Drei Zitate: *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83), S. 305.

|WRS 79

chischen Vorgang oder Zustand (etwa der seelischen Gebundenheit durch die motivierende Wirkung der Rechtsnormvorstellung) zu bestimmen, da ihre Existenz – ebenso | wie die der korrespondierenden Rechtsnorm – unabhängig von dem faktischen Wollen, Denken oder Fühlen, unabhängig auch von jedem Handeln des verpflichteten Subjektes, völlig unabhängig von jedem realen Sein ihres Inhaltes ist?

Letzten Endes freilich läßt sich der Sollenscharakter des positiven Rechtes nicht logisch beweisen. Es mag rückhaltslos zugegeben werden, daß die tiefste Wurzel dieser Anschauung – wie immer, so auch hier – in einer gleichsam intuitiven Wesensschau ruht. Im Bereiche logischer Erörterungen muß man sich begnügen, auf die Brauchbarkeit dieser Auffassung hinzuweisen, die sich vor allem darin zeigt, daß sie eine große Anzahl von sonst unlösbaren Schwierigkeiten, die sich bei der Entwicklung des Rechtsbegriffes ergeben, leicht und zwanglos überwindet, daß ihr kein ernstlicher Einwand entgegensteht!

|1225

Das einzige Bedenken, das auf den ersten Blick einen Schein von Berechtigung hat, wie nämlich das positive Recht, auch wenn es unsittlich, unrichtig oder ungerecht ist, seinen Sollenscharakter zu bewahren imstande sei, da doch Unsittliches, Unrichtiges oder Ungerechtes nicht „gesollt“ sein könne, erledigt sich mit der Erkenntnis des rein formalen Charakters des Sollbegriffes und der Relativität des Wertes. Das Sollen oder der Wert des positiven Rechtes ist nur relativ; es „gilt“ nur, gilt als *positives* Recht nur, sofern davon abgesehen wird, seine Normen auf einen höheren Imperativ der Moral oder Gerechtigkeit zurückzuführen und so zu rechtfertigen. Allein dieser relative Charakter kommt dem positiven Rechte nicht anders als den Normen der Moral zu, wenn man die Annahme eines einzigen, absoluten, höchsten materiellen Moralprinzipes ablehnt. So gelten etwa die Normen einer kollektivistischen Moral, die die Existenz und das Wohl des Kollektivums als obersten Zweck setzt, nur relativ, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß man davon absieht, sie an den Normen einer individualistischen zu messen, für die das Individuum oberster Zweck ist. Ich muß, will ich moralisch werten, dogmatisch Moraltheorie treiben – so operieren, als ob die | Normen der von mir akzeptierten Moral ein höchstes, nicht weiter ableitbares, d. h. ein *souveränes* Normsystem wären. Ganz ebenso wie eine selbständige Rechtswissenschaft, besondere Rechtswerturteile nur unter der analogen Voraussetzung der *Souveränität der Rechtsordnung* möglich sind. Diese Souveränität der Rechtsordnung und nichts anderes ist dasjenige, was man als ihre *Positivität* bezeichnet. Vom Standpunkte normativ-juristischer Betrachtung ist Souveränität eine Eigenschaft der Rechtsordnung, nicht aber einer als Staat bezeichneten sozialen *Realität*. Nur sofern man den Staat als eine *Ordnung* erkennt, die dann nur die *Rechtsordnung* sein kann, wenn man den Staat als die Personifikation des Rechtes vorstellt, dann gebührt natürlich dem Staate das Attribut der Souveränität, dessen rein normativen Charakter die bisherige Staatslehre übersehen hat. (Woraus sich die argen Verwirrungen erklären, die alle modernen Darstellungen des Souveränitätsproblems charakterisieren.)

|WRS 80

Damit ist aber auch die wahre Beziehung aufgeklärt, die zwischen dem Begriffe des *positiven* Rechtes und dem des (souveränen) Staates besteht, und die unter manchen Verzerrungen von der herrschenden Theorie im Prinzip angenommen wird, wenn sie die Positivität des Rechtes auf die fälschlich für empirisch gehaltene Autorität des Staates gründet.

Ob diese Positivität des Rechtes oder die damit gleichbedeutende Souveränität des Staates eine *Fiktion* ist, kann hier dahingestellt bleiben; es genügt in diesem Zusammenhange, festzustellen, daß sie keinen *absoluten* Charakter habe, da keinem inhaltlich irgendwie bestimmten Normsysteme, keiner konkreten *Ordnung*, somit auch jener nicht, die man als Staat anspricht, die Eigenschaft einer obersten, nicht weiter ableitbaren, von der Erkenntnis mit *Notwendigkeit* zugesprochen werden kann; es genügt, den *relativen* Charakter der Positivität des Rechtes oder der Souveränität des Staates aufzuzeigen und festzustellen, daß der Verzicht auf die Annahme der Positivität oder Souveränität des Rechtsstaates die Unmöglichkeit eines selbständigen Rechtsbegriffes und somit einer selbständigen Rechtswissenschaft bedeutet.

III.

Während *Kantorowicz* die dogmatische Jurisprudenz als normative Disziplin außerhalb des nur die empirische Erkenntnis umfassenden Systems der Kultur- und Naturwissenschaften stellt, *Lask* dagegen in ihr eine Kulturwissenschaft und sohin eine empirische Seinsbetrachtung erblickt, kommt ein dritter Vertreter der *Rikkerschen* Theorie, *Radbruch*¹²³, zu dem merkwürdigen Resultate, daß die Rechtswissenschaft beides zugleich sei, sowohl empirische Seinsbetrachtung als auch Normwissenschaft, und zwar – wenn das zu untersuchende Ergebnis seiner „Grundzüge der Rechtsphilosophie“¹²⁴ schon jetzt vorweggenommen werden darf – ihrem Gegenstande nach eine Erfahrungswissenschaft, ihrer Methode nach eine Normwissenschaft.

| 1226

| WRS 81

¹²³ Gustav Radbruch (1878–1949), Rechtsphilosoph, Strafrechtslehrer und Reichsjustizminister. Ab 1904 Privatdozent in Heidelberg, ab 1910 a. o. Prof. ebendort, ab 1914 a. o. Prof. in Königsberg, ab 1919 o. Prof. in Kiel, ab 1926 in Heidelberg, 1933 von den Nationalsozialisten entlassen, 1945 zurückberufen, 1948 emeritiert. 1920–1924 war er Mitglied des deutschen Reichstags, 1921–1922 sowie 1923 Reichsjustizminister (SPD). Radbruch betonte, in Anlehnung an die Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus, die strikte Unterscheidung von Sein und Sollen und vertrat eine im Ansatz relativistische Rechtslehre, ohne deswegen aber ohne weiteres als Rechtspositivist eingeordnet werden zu können. Größten Einfluss gewann er nach dem Zweiten Weltkrieg mit der nach ihm benannten Radbruchschen Formel, wonach (allerdings auch nur) extrem ungerechtem positiven Recht der Rechtscharakter abzusprechen sei. Wichtige Werke: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig 1910 (11. Aufl., Stuttgart 1964); Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914; Rechtsphilosophie, Leipzig 1932 (8. Aufl., Leipzig 1973); Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, S. 105–108.

¹²⁴ *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.

Zu diesem auffallenden Resultate gelangt *Radbruch* im engsten Anschluß an *Lask* „Rechtsphilosophie“,¹²⁵ mit der er das *Rickertsche* Wissenschaftssystem und die Grundanschauungen von dem Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft – diese Rechtswirklichkeits-, jene Rechtswertbetrachtung – akzeptiert. Bei *Radbruch*, der als *Jurist* an das Problem herantritt, zeigen sich die Mängel, die schon bei *Rickert* und *Lask* konstatiert wurden, gleichsam unverhüllt. Hier, wo die *Rickert-Lasksche* Formel in unmittelbarste Berührung mit der Rechtsmaterie gebracht wird, tritt ihre Unzulänglichkeit besonders deutlich in die Erscheinung.

Hält man sich das *Ergebnis* der *Radbruchschen* Untersuchungen vor Augen, derzufolge die Rechtswissenschaft den *Gegenstand* einer Erfahrungswissenschaft haben soll, dann muß die Annahme stutzig machen, von der sie ihren Ausgang nehmen: daß der Begriff des Rechtes – der doch den Gegenstand der Rechtswissenschaft bildet – *nicht auf Erfahrung* gegründet werden könne, sondern *a priori* deduziert werden müsse¹⁾. *Radbruch* geht aus von „der Grundeinteilung alles Denkbaren in zwei Welten, zwei Reiche – besser: von der Zweiheit der Betrachtungsweisen, die aus ein und derselben Gegebenheit zwei Weltbilder formt“²⁾; und setzt auf die eine Seite das Sein oder die Wirklichkeit, die Natur; auf die andere Seite das Sollen, den Wert oder Zweck. *Radbruch* stellt zunächst mit voller Entschiedenheit fest, „daß der Rechtsbegriff nicht dem Reiche der | Natur angehöre“³⁾ oder, mit anderen Worten, nicht unter die Kategorie des Seins oder der Wirklichkeit falle; was freilich schwer mit seiner Endbehauptung vereinbar ist, daß die Rechtswissenschaft den Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft habe. Obgleich nun *Radbruch* ausdrücklich erklärt, daß irgendeine juristische Erkenntnis „ohne Heranziehung des Zweckgedankens“ unmöglich sei, daß „durch eine wert- und zweckfreie Betrachtungsweise“ das Recht nicht erfaßt werden könne¹⁾, sagt er: „Dennoch darf aber im Reiche der Zwecke dem Rechtsbegriffe sein transzendentaler Ort nicht an|gewiesen werden.“¹³⁰ Nun müßte man eigentlich annehmen, daß gerade nach dem von *Radbruch* akzeptierten „*Methodendualismus*“ die Einteilung in Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, Natur und Zweck eine erschöpfende ist; handelt es sich doch dabei nach *Radbruchs* eigenen Worten um eine „Grund-

| 1226, |¹⁾ a. a. O. S. 25.¹²⁶
WRS 81

²⁾ a. a. O. S. 35.¹²⁷ Also ist es die Betrachtungsweise, somit doch wohl die Methode, die den Gegenstand der Erkenntnis (Wirklichkeit oder Wert) erzeugt! Wie kann also ein „empirischer“ Gegenstand durch normative Methode erzeugt werden?

³⁾ a. a. O. S. 36.¹²⁸

| 1227 |¹⁾ a. a. O. S. 36.¹²⁹

¹²⁵ *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88) und *Lask*, Rechtsphilosophie² (Anm. 83).

¹²⁶ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 35.

¹²⁷ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 35.

¹²⁸ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 36.

¹²⁹ Beide Zitate: *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 36.

¹³⁰ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 36.

einteilung *alles* Denkbaren“;¹³¹ ein Drittes ist somit gar nicht denkbar. Dennoch versucht *Radbruch* noch ein drittes Reich zu konstruieren²⁾, in das er den Rechtsbegriff verlegt. Und dieses dritte Reich – das weder Sein noch Sollen, weder Wirklichkeit noch Wert, weder Natur noch Zweck ist – ist die *Kultur*³⁾!

Interessant ist die Auffassung, die *Rickerts* Kulturbegriff bei *Radbruch* gefunden hat. Dieser versucht die „Kultur“ und mit ihr das „Recht“ *zwischen* die – alles Denkbare erschöpfenden – Kategorien des Seins und Sollens zu stellen; er bezeichnet sie als ein „Zwischenreich“, dem er selbst allerdings das Attribut des „Merkwürdigen“⁴⁾ nicht versagen kann. Da *Rickert* die „Kultur“ nur *innerhalb der Gesamtwirklichkeit* der „Natur“ entgegengesetzt und somit Kulturwissenschaft vom Standpunkte der Methode lediglich als *empirische* Disziplin gelten läßt⁵⁾, scheint bei *Radbruch* nur ein Mißverständnis vorzuliegen. Von einem dritten Reich *zwischen* Sein und Sollen ist bei *Rickert* eigentlich nirgends die Rede. Allein die *Radbruchsche* Auffassung des Kulturbegriffes ist erklärlich durch die Haltung des *Rickertschen* Kulturbegriffes im Verhältnis zu den Kategorien des Wertes und der Wirklichkeit. Dabei | ist es nicht uninteressant zu beobachten, wie *Radbruch* mit der *Rickertschen* „Wertbeziehung“ fertig wird. „Die Betrachtungsweise, welche aus der Gegebenheit (*Rickert* sagt: aus der *Wirklichkeit*!) die Kultur ausschält, ist ja offenbar keine bewertende: die Kultur eines Volkes oder einer Zeit, wie sie zum Beispiel den Gegenstand der Kulturgeschichte¹⁾ bildet, umfaßt ja nicht nur die Tugenden, die Einsichten, den Geschmack dieses Volkes, dieses Zeitalters, sondern auch seine Laster, Irrtümer und Geschmacklosigkeiten, ohne daß es dem Kulturhistoriker zustände, die einen von den anderen richtend zu sondern²⁾.“ Allein | die Feststellung eines „Lasters“ ist ebenso ein Werturteil wie die Behauptung einer „Tugend“; und die „Wertbeziehung“ unterscheidet sich bei *Radbruch* durch nichts von einem objektiven Werturteil, wenn er diese „Beziehung auf Werte“ in der Weise charakterisiert: sie liest aus der Gegebenheit nur diejenigen Bestandteile aus, „welche sich Wertbegriffen subsumieren lassen“;¹³⁶ denn was anderes heißt „werten“, als unter einen Wertbegriff subsumieren? Allerdings muß es völlig ungreiflich bleiben, wie diese als Kultur qualifizierten Bestandteile der Gegebenheit

| 1228

| WRS 83

²⁾ Daß er überdies noch ein Viertes (das religiöse) annimmt, kann hier außer Betracht bleiben. | WRS 82

³⁾ a. a. O. S. 38.¹³²

⁴⁾ a. a. O. S. 38.¹³³

⁵⁾ Vgl. oben S. 98 ff.¹³⁴

¹⁾ Es ist von Wichtigkeit, festzustellen, daß *Radbruch* die Kulturgeschichte und die dogmatische Rechtswissenschaft auf ein- und dieselbe Basis stellt! | 1228

²⁾ a. a. O. S. 38.¹³⁵

| WRS 83

¹³¹ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 35.

¹³² *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 38.

¹³³ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 38.

¹³⁴ Vgl. oben S. 555–576.

¹³⁵ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 38 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

¹³⁶ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 38.

unter Wertbegriffen subsumierbar sein sollen, wenn *Radbruch* von ihnen sagt, daß sie sich als „*Verwirklichungen* eines Wertes oder Unwertes“ oder als „Mittel oder Hemmnisse der Wertverwirklichung“ darstellen.¹³⁷ Wie kann eine Wirklichkeit unter einen Wertbegriff subsumiert werden, wenn die Kategorie des Wertes und der Wirklichkeit – nach dem von *Radbruch* akzeptierten Methodendualismus – *auseinanderfallen*?

Merkwürdig ist der Wandel, den der *Rickertsche* Kulturbegriff auf dem Wege über *Lasks* „Rechtsphilosophie“ bis zu *Radbruchs* „Grundzügen“ erfahren mußte: „Kulturerscheinung ist also ein Seinsgebilde (nur von „Gegebenheit“ sprach *Radbruch* bisher vorsichtigerweise), insofern es zum Gegenstande einer Beurteilung gemacht werden kann, insofern es mögliches Substrat eines Wertes oder Unwertes ist³⁾.“ Es bedeutet einen Widerspruch in sich selbst, wenn ein Sein, das nach *Radbruchs* eigener Annahme nur das Ergebnis einer wertfreien, d. i. nicht-wertenden Betrachtung ist, zum Gegenstand einer Beurteilung, das ist einer Bewertung, gemacht werden soll, um zur | Kultur zu werden! Von der schon bei *Lask* konstatierten Fehlvorstellung eines Seins als Substrat des Sollens kann hier abgesehen werden. Von Bedeutung ist nur, daß bei *Radbruch* die „Wertbeziehung“, durch die Wirklichkeit zur „Kultur“ wird – nach einigen schwachen Versuchen, sie von der „Wertung“, dem objektiven Werturteile, zu unterscheiden –, mit diesem kurzerhand identifiziert wird. Das Seinsgebilde zum „Gegenstand einer Beurteilung“, zum „Substrat eines Wertes oder Unwertes“ machen, ist das nicht geradezu jenes „Bewerten“, das *Radbruch* noch einige Zeilen vorher vom Wertbeziehen geschieden haben wollte? Nunmehr fällt der Kulturbegriff schlechterdings mit dem der Wirklichkeit zu|sammen. Denn – in dieser fehlerhaften Vorstellung der Wirklichkeit als Substrat oder Schauplatz des Wertes weitergedacht – ist es nicht die ganze Wirklichkeit, die beliebig zum Gegenstande irgendeiner Bewertung gemacht werden kann? Ganz in diesem Sinne spricht noch *Lask* „die empirische Wirklichkeit als einzige Art der Realität, zugleich aber als Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte, allgemeingültiger Bedeutungen“¹⁾ an. Aber er identifiziert sie noch nicht mit der „Kultur“.

Weil *Radbruch* auf dieser Definition des Kulturbegriffes den Begriff des Rechtes als einen Kulturbegriff und die Rechtswissenschaft als eine Kulturwissenschaft aufbaut, muß auch die Anwendung auf andere Kulturbegriffe und andere Kulturwissenschaften geprüft werden. „So ist dem Wertgebilde der Wahrheit die Kulturtatsache der Wissenschaft, dem Wertgebilde der Schönheit die Kulturtatsache der Kunst, dem Wertgebilde der Sittlichkeit die Kulturtatsache der positiven Moral

³⁾ a. a. O. S. 39.¹³⁸

| 1229, WRS 84 | ¹⁾ a. a. O. S. 3.¹³⁹

¹³⁷ Beide Zitate: *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 38 – Hervorhebung von Kelsen.

¹³⁸ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39 – Klammersausdruck von Kelsen eingefügt.

¹³⁹ *Lask*, Rechtsphilosophie¹ (Anm. 88), S. 2f.

zugeordnet.“¹⁴⁰ Aber ist es wirklich die Wissenschaft, die als Seinsgebilde, als ein Stück Wirklichkeit zum Gegenstand einer *Wahrheits*beurteilung und dadurch zur *Kultur* wird? Sollte nur die Kunst zum Gegenstande eines Schönheitswerturteiles gemacht werden? Wird eine Landschaft zum Kunstgegenstand, wenn man sie schön findet? Und ist die positive Moral nicht selbst ein Maßstab, ein objektiver Wert, an dem menschliches Verhalten beurteilt wird?

In demselben Sinne wie die Wissenschaft, die Kunst und die Moral nimmt *Radbruch* das Recht als eine Kulturtatsache, die, ein Seinsgebilde, das Substrat des Gerechtigkeitswertes bildet. Diese Auffassung steht allerdings schon in Widerspruch zu der von ihm | vertretenen Anschauung eines „Zwischenreiches“, als |1230 welches die Kultur weder Sein noch Sollen, weder Natur noch Wirklichkeit, somit keinesfalls als ein „Seinsgebilde“ gelten kann. Die schon bei *Lask* und *Rickert* kritisierte Vorstellung von der Wirklichkeit als Substrat des Wertes¹⁴¹ ist unvereinbar mit der Annahme eines dritten Reiches zwischen beiden. Nichtsdestoweniger bedient sich *Radbruch* beider Konstruktionen, wenn er erst die Kulturtatsache des Rechtes als „*Seinsgebilde*“ bezeichnet und unmittelbar darauf erklärt, der Rechtsbegriff sei kein Wertgebilde, „*aber noch viel weniger*“¹⁴² eine Naturtatsache“, weil er nur „in Hinblick auf einen Wert“, auf die Gerechtigkeit nämlich, gebildet werden könne.¹⁴³ „Recht ist alles, was zum Gegenstande eines Gerechtigkeitsurteiles, also auch eines Unge|rechtigkeitsurteiles gemacht werden kann. Recht ist dasjenige, |wrs 85 was gerechtes Recht sein sollte, gleichviel ob es wirklich gerechtes Recht ist¹.“ Es ist natürlich leicht zu zeigen, daß gerade nach dieser Begriffsbestimmung das Recht nur als Sollgebilde gedacht werden kann, wenn man den von *Radbruch* akzeptierten erkenntnistheoretischen Standpunkt voraussetzt: die Gegebenheit wird zum Sein oder Sollen, zu Wirklichkeit oder Wert, je nach der Blickrichtung, nach der wertblinden oder wertenden *Betrachtungsweise*.

Was „in *Hinblick* auf einen Wert“, was durch eine *bewertende*, nämlich nach dem Gerechtigkeitswerte beurteilende Betrachtungsweise „gebildet“ wird, das kann nichts anderes sein als das zweite Reich, das *Radbruch* als das des Sollens, des Wertes oder Zweckes, dem des Seins, der Wirklichkeit oder der Natur entgegengesetzte. Der Rechtsbegriff *Radbruchs* zeigt wie unter einem Vergrößerungsglas die inneren Widersprüche, an denen der Kulturbegriff leidet. Es ist darum gar nicht zu verwundern, daß sich bei *Radbruch* nicht nur die einander widersprechenden Behauptungen finden, das Recht sei zwar ein Seinsgebilde aber doch keine Natur-

|¹ a. a. O. S. 39.¹⁴⁴

|1230, wrs 85

¹⁴⁰ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39.

¹⁴¹ Vgl. oben S. 560–576, 577–593.

¹⁴² «*noch viel weniger*»] *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39: «noch weniger».

¹⁴³ Drei Zitate: *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁴⁴ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39.

tatsache, sondern daß auch der These gegenüber, das Recht sei kein Wertgebilde²⁾, gelegentlich von einem „juristischen Wert“ die Rede ist, der selbst *Gegenstand ethischer Bewertung* sein könne³⁾; wobei hier als Substrat der Bewertung – nicht eine Wirklichkeit, sondern wiederum ein Wert erscheint!

|1231

|Es ist *Radbruch* ohne weiteres zuzugeben, daß Recht gerecht sein solle, daß das Recht Gegenstand eines Gerechtigkeitsurteiles sein könne, und daß auch „ungerechtes Recht“ Recht bleibe. Allein es ist schon unrichtig, daß *alles*, was gerecht sein soll, auch *Recht* (d. h. positives, im Gegensatz zum richtigen Rechte) sei. Es gibt Inhalte, die als gerecht oder ungerecht beurteilt werden können, ohne mit dem positiven Rechte das geringste zu tun zu haben. Eine Mutter, die eines ihrer gleich würdigen Kinder in ihrer Liebe bevorzugt, handelt *ungerecht*, wenngleich ihr Verhalten rechtlich gänzlich irrelevant bleibt; und ein Vater, der sein Vermögen unter seine gleich würdigen Kinder letztwillig gleich verteilt, handelt gerecht, obgleich die Verteilung des Vermögens innerhalb gewisser Schranken eine außerrechtliche Angelegenheit bleibt. Ebenso gibt es Rechtstatbestände, d. h. von Rechtsnormen postulierte Verhaltensweisen, die |weder gerecht noch ungerecht, somit dem Gerechtigkeitswerte gegenüber indifferent, überhaupt nicht Substrat einer solchen Bewertung sind. Man denke an zahlreiche Vorschriften des Prozeßrechtes. Aus der von *Radbruch* selbst gegebenen Begriffsbestimmung des Rechtes geht hervor, daß Gerechtigkeit nur eine mögliche, keine notwendige Eigenschaft des Rechtes ist. Wie soll es dann möglich sein, wie *Radbruch* nichtsdestoweniger fordert, den Begriff des Rechtes aus dem der Gerechtigkeit – des „richtigen Rechtes“ – zu „gewinnen“⁴⁾, wenn *Radbruch* gleichzeitig zugibt, daß beide Begriffe voneinander „streng unterschieden“ seien²⁾? Nach *Radbruch* soll sich der Begriff der Gerechtigkeit zu dem des Rechtes so verhalten wie der Wert zu seinem Substrat; wie kann es dann aber möglich sein, das Recht aus der Gerechtigkeit, das hieße: aus dem Werte sein Substrat, im Sinne *Radbruchs*: aus einem Sollen ein Sein abzuleiten?

|WRS 86

Die Unzulänglichkeit der *Radbruchschen* Ausführungen geht zum großen Teile auf gewisse Voraussetzungen zurück, die schon früher aufgezeigt wurden,¹⁴⁹ und die *Radbruch* von *Rickert* und *Lask* übernommen hat. Das ist vor allem die Vorstellung, das Recht müsse, soll es an der Gerechtigkeit gewertet werden können, als ein Sein, eine Realität gedacht werden, da nur die Wirklichkeit Substrat des Wertes

²⁾ a. a. O. S. 39.¹⁴⁵

³⁾ a. a. O. S. 56.¹⁴⁶

|1231, WRS 86 |¹⁾ a. a. O. S. 39.¹⁴⁷

²⁾ a. a. O. S. 39.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39.

¹⁴⁶ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 56 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁴⁷ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39.

¹⁴⁸ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 39.

¹⁴⁹ Vgl. oben S. 594.

sei. Das Irrige dieser Annahme habe ich bereits dargelegt.¹⁵⁰ Hier sei nur noch hinzugefügt, daß von einem positiven | Rechte ja nur die Rede sein kann, sofern | 1232
 man davon absieht, den außerrechtlichen Maßstab einer absoluten Gerechtigkeit anzulegen, daß die Positivität des Rechtes geradezu in der Ausschaltung der Frage nach der Gerechtigkeit der Rechtsordnung liegt. Das ist der Sinn der ja auch von *Radbruch* angenommenen Voraussetzung, daß auch ungerechtes Recht Recht bleibe, daß die Eigenschaft der Gerechtigkeit für das positive Recht irrelevant ist! In ganz seltsamer Weise wird diese Voraussetzung bei *Radbruch* umgedeutet. Nicht weil die Rechtsordnung selbst als souveräner Wert gedacht wird, ist sie in ihrem Wesen unabhängig von der Gerechtigkeit, sondern ebenso wie eine Handlung als solche unabhängig ist davon, ob ihr das Attribut gerecht oder ungerecht zukommt, ist auch das Recht nur *Substrat* des Gerechtigkeitwertes. *Radbruch* meint: „Es war der verhängnisvolle Fehler des Naturrechtes, das Recht ins Reich der Zwecke und Werte zu versetzen, also nicht zweckmäßigem und nicht wertvollem Recht mit der Gerechtigkeit auch den Rechtscharakter und die Geltung abzuspre|chen¹⁾“. Man hätte somit dem Rechte *als solchem*, ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit, die *Geltung* zusprechen sollen! Die Geltung? Das heißt doch wohl, das Recht als ein Sollen, als Wert betrachten. Und dennoch scheint *Radbruch* gar nicht für möglich zu halten, das Recht als (Sollen oder) Wert vorzustellen und dabei seine Geltung trotzdem von der Gerechtigkeit seines Inhaltes nicht abhängig zu machen. *Radbruch* denkt eben nicht daran, das Recht als einen von der Gerechtigkeit unabhängigen Wert, gleichsam neben der Gerechtigkeit, gleichgeordnet mit der Moral und anderen *obersten* Werten, als souveräne Ordnung zu begründen. „Nur die Gerechtigkeit ... kann dem Reiche der Werte angehören, nicht jedoch das Recht als solches²⁾“.

|wrs 87

Daß sich *Radbruch* dieser Erkenntnis verschlossen hat, ist um so verwunderlicher, als ihm keineswegs ihre Grundvoraussetzung mangelt: Die Ablehnung eines einzigen, absoluten und objektiven, inhaltlich bestimmten obersten Wertes. *Radbruch* ist durchaus Relativist und hat im materiellen Teil seiner Rechtsphilosophie diesen Relativismus treffend begründet. Dennoch hat ihm an entscheidender Stelle die Erkenntnis des rein formalen Charakters des Soll- oder Wertbegriffes und der Relativität des Rechtswertes gefehlt. Darum hat er sich der zwanglosen Auffassung des Rechtes als eines *Normsystems* | verschlossen und wurde dazu gedrängt, das | 1233
 Recht als Seinstatsache darzustellen.

Die Unhaltbarkeit dieser Annahme zeigt sich wohl am besten darin, daß *Radbruch* selbst gezwungen ist, sie noch im Laufe seiner Darstellungen aufzugeben!

|¹⁾ a. a. O. S. 36.¹⁵¹²⁾ a. a. O. S. 36.¹⁵²

| 1232, wrs 87

¹⁵⁰ Vgl. oben S. 560–576, 577–593.¹⁵¹ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 36 – Hervorhebung von Kelsen.¹⁵² *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 36.

Zunächst versucht *Radbruch* die Realität, als welche er das Recht bezeichnet, näher zu bestimmen. Als psychischen Vorgang des *Wollens* glaubt er das Recht erkennen zu können. „Das Recht tritt deshalb an den Willen des einzelnen nicht nur als sittliches Sollen, sondern auch als empirisches Wollen, nicht nur als geltende Idee, sondern auch als wirkende Kraft, nicht nur als Lehre, sondern auch als Macht, nicht nur als Norm, sondern auch als *Imperativ* heran.“¹⁵³ Man ist gewöhnt, diesen Gegensatz der beiden Erscheinungsformen des Rechtes in der Literatur unter dem Antagonismus von „Recht als Macht“ und „Recht als Norm“ zu erfassen. Doch muß man sich dabei stets bewußt bleiben, daß es ungenau und irreführend ist, in beiden Fällen von „Recht“ zu sprechen, als ob dasselbe Objekt zugleich | „realer Machtfaktor“, somit ein Sein, und Norm, somit ein Sollen wäre. Das ist logisch unmöglich. In Wahrheit liegen zwei gänzlich verschiedene Objekte vor: ein seelischer Prozeß und sein Inhalt. Das Denken, Fühlen, Wollen, das Erleben des Rechtes ist etwas anderes als das Recht selbst. Nur dieses ist Norm und Sollen, der psychische Akt, der es trägt, dagegen Sein, motivierte und motivierende Realität, und als solche Macht. Der seelische Vorgang, der das Recht zu seinem Inhalt hat, ist ebensowenig das Recht selbst, wie das Denken eines Begriffes dieser Begriff selbst ist.

| WRS 88

Um das Recht als Seinsstatsache zu retten, bezeichnet *Radbruch* jene psychischen Prozesse, die das Recht tragen, selbst als Recht, oder besser gesagt, er greift den ungenauen Sprachgebrauch des naiven Denkens auf und macht ihn zur Grundlage seiner Erkenntnis. Daß er das Recht *auch* als Norm anspricht, ist freilich merkwürdig genug; aber er muß offenbar damit nur eine *uneigentliche* Bezeichnung meinen. Nicht eigentlich das Recht, sondern die im Rechte steckende Sittlichkeit oder Gerechtigkeit ist Norm und Sollen, nur *als sittliches* Sollen läßt er das Recht auftreten. „Die *Sittlichkeit* ist ein Inbegriff von *Normen* für den Willen, die *Gerechtigkeit* ein Inbegriff von *Normen* für das Verhalten und, sofern sie zum sittlichen Werte wird, für den Willen. Das¹⁵⁴ *positive Recht* aber gehört dem Reich der Kultur an: es ist das *Seinsgebilde* ... also eine *Realität* aus grobem, irdischem Stoffe¹⁵⁵ gemacht, aus | *wirklichen Willensäußerungen wirklicher Menschen* – aus Imperativen¹⁾“.

| 1234

Als „Imperativ“ bezeichnet *Radbruch* ein Objekt, das die sogenannte Rechtssoziologie zu erfassen bemüht ist, die *Kantorowicz* in seiner auf *Rickerts* Wissenschaftssystem gegründeten Programmschrift als Kulturwissenschaft – neben der

| 1234,
WRS 88|¹⁾ a. a. O. S. 62.¹⁵⁶¹⁵³ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 61 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.¹⁵⁴ «wird ... Das»] *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 62: «wird, auch für den Willen. Beide gehören der Welt des Sollens, der Werte an. Das».¹⁵⁵ «irdischem Stoffe»] *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 62: «irdischem, empirischem Stoffe».¹⁵⁶ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 62 – Hervorhebungen von Kelsen.

als Normwissenschaft erkannten dogmatischen Jurisprudenz – auszubauen versucht hat. Dagegen wäre in diesem Zusammenhange nichts einzuwenden. Nur will eben *Radbruch* in dieser sozialpsychischen Realität das Recht schlechtweg, somit den Gegenstand der Rechtswissenschaft überhaupt erblicken. Darin unterscheidet er sich – wenigstens an dieser Stelle seines Werkes – ganz wesentlich von dem ihm sonst nahestehenden *Kantorowicz*. Dabei fällt die eigenartige Verwendung des Imperativbegriffes auf. Reale Seelenvorgänge, empirische Wollungen werden als „Imperative“ der Norm *entgegengesetzt*. Dieser Sprachgebrauch ist deshalb im höchsten Grade bedenklich, weil er mit einer ganz allgemein anerkannten, vor allem auf die Autorität | *Kants* gestützten Terminologie in Konflikt gerät. Der Imperativ ist eine charakteristische Sprachform, in der die *Norm*, das Sollen zum Ausdruck kommt. *Kants* „kategorischer Imperativ“ ist geradezu die zum Gemeingute der Wissenschaft gewordene klassische Bezeichnung für das sittliche Sollen, die sittliche Norm schlechtweg. Angesichts dieses Umstandes muß die Kühnheit *Radbruchs* in Erstaunen setzen, der den Begriff des Imperativs dem der Norm direkt entgegenzustellen sucht, indem er unter Imperativ ein Sein verstanden wissen will. Dies muß um so mehr wundernehmen, als *Radbruch* keineswegs *Kants* kritischen Idealismus negiert und weit davon entfernt sein möchte, sich, wie so mancher Rechtssoziologe, auf den Standpunkt eines empirischen Naturalismus zu stellen.

| WRS 89

Nun könnte man diese „Imperativ“ genannte psychische Realität als eine Besonderheit der *Radbruchschen* Terminologie schließlich und endlich mit in den Kauf nehmen, wenn nicht damit eine arge Begriffsverwirrung verbunden wäre, wenn das einmal gewählte Wort nicht tatsächlich auch eine normative Nebenbedeutung erhielt. Wie gefährlich es ist, eine Wirklichkeit als Imperativ zu bezeichnen, und welchen zweideutigen Charakter dieser reale Imperativ *Radbruchs* hat, geht daraus hervor, daß sich dahinter im Grunde doch wieder eine „Norm“, ein Sollen verbirgt. Es heißt da: „Die Norm ist eine | Nichtwirklichkeit, die verwirklicht sein will, der Imperativ eine Wirklichkeit, die wirken *will*“¹⁾. Aber eine Wirklichkeit „will“ nicht wirken, sondern *wirkt*. Der Imperativ, der etwas „will“, und zwar im objektiven Sinne – da doch dem Imperativ als solchem kein „Wille“ innewohnt – nähert sich stark einer Norm, die postuliert. „Die Norm *fordert* normgemäßes Verhalten aus normgemäßen Motiven¹⁵⁸; dem Imperativ *geschieht* durch wie auch immer motiviertes, imperativgemäßes Verhalten Genüge. Mit anderen Worten: Die Norm *verlangt* Moralität, der Imperativ bloße Legalität“²⁾. Aber glaubt *Radbruch* wirklich, daß eine Realität etwas „verlangt“, daß einer Realität „Genüge

| 1235

|¹⁾ a. a. O. S. 63.¹⁵⁷|²⁾ a. a. O. S. 63.¹⁵⁹

| 1235, WRS 89

¹⁵⁷ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 63 – Hervorhebung von Kelsen.¹⁵⁸ «normgemäßen Motiven»] *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 63: «normgemäßem Motiv».¹⁵⁹ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 63 – Hervorhebungen von Kelsen.

| WRS 90

geschieht“, daß eine Realität „befolgt“ wird? Sieht *Radbruch* nicht ein, daß er damit den Imperativ in ganz demselben Sinne wie die Norm der *Wirklichkeit gegenüberstellt*? Zwischen Imperativ und Wirklichkeit *formal* das gleiche Verhältnis voraussetzt wie zwischen Norm und Wirklichkeit, wenn er auch – weil er im Grunde nur zwei verschiedene Normen im Auge hat – in beiden Fällen nicht denselben Inhalt annimmt. Es fordert eben | die eine Norm ein bestimmtes Verhalten aus bestimmten Motiven, die andere Norm postuliert lediglich ein äußeres Verhalten. Ist die zweite darum weniger Norm? In dem „fordern“ liegt doch der Normcharakter! Wie wäre es überhaupt möglich, Norm und Imperativ miteinander zu vergleichen, wie *Radbruch* es tut, wenn nicht beide von derselben Art wären, nicht letztlich der gleichen Kategorie – des Sollens – unterstünden?

Die von *Radbruch* versuchte Differenzierung zwischen Norm und Imperativ ist für sein ganzes System von größter Bedeutung, da er den Imperativ zum Objekt der Rechtswissenschaft macht. Sie muß als gänzlich mißlungen zurückgewiesen werden. Der als „wirkend“ gedachte reale Imperativ – im Gegensatz zur „geltenden“ Norm – trägt in Wahrheit auch die untrüglichen Zeichen einer Geltung, das Stigma des Sollens auf der Stirn. Sein doppelter Charakter entspricht durchaus dem Boden, dem er entwachsen ist: dem zweideutigen Kulturbegriffe, dessen problematisches Wesen er widerspiegelt.

| 1236

Faßt man das Recht – so wie *Radbruch* den Imperativ als Gegenstand der Rechtswissenschaft bestimmt – als Seinstatsache, | als einen Inbegriff empirischer Wollungen auf, dann kann von keiner „Geltung“ des Rechtes mehr die Rede sein, dann ist die Verwendung des Pflichtbegriffes innerhalb der Rechtswissenschaft – der spezifisch juristische Begriff einer *Rechtspflicht* – unmöglich. Daß damit auch der – rein normative – Begriff der Rechtspersönlichkeit, ja alle Grundbegriffe der Rechtslehre fallen müssen, da sie bei näherer Betrachtung ihren normativen Charakter nicht verbergen können, ist selbstverständlich. *Radbruch* erklärt denn auch durchaus in Übereinstimmung mit seiner Grundauffassung vom Recht als realer Kulturtatsache, als den eigentlichen Bereich des Pflichtbegriffes die Sittlichkeit¹⁾ und sagt ausdrücklich, daß man – das Recht als Willen aufgefaßt – „auf die Begründung seiner Gesolltheit, seiner verpflichtenden Kraft, seiner *Geltung* zu verzichten“ gezwungen sei²⁾. Angesichts dieser klaren und unzweideutigen Erkenntnis müssen die seltsamen Auffassungen wundernehmen, zu denen *Radbruch* in einem „Die Geltung des Rechtes“³⁾ überschriebenen Kapitel gelangt. Nunmehr stellt er

| 1236,
WRS 90|¹⁾ a. a. O. S. 49 ff. ¹⁶⁰²⁾ a. a. O. S. 55. ¹⁶¹³⁾ a. a. O. S. 159 ff. ¹⁶²¹⁶⁰ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 49–52.¹⁶¹ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 55 – Hervorhebung von Kelsen.¹⁶² *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 159–183.

die Frage der Geltung des Rechtes ernstlich in Untersuchung, obgleich sie nach seiner bisherigen Stellungnahme von vornherein negativ zu beantworten gewesen wäre. Allein *Radbruch* erklärt jetzt: „Der Jurist hat es nicht mit der Tatsächlichkeit der Rechtsordnung zu tun“¹⁶⁴), mit jener Tatsächlichkeit, die – in den „wirklichen Willensäußerungen der¹⁶⁴ Menschen“¹⁶⁵ gelegen – noch im Kapitel vom „Begriff des Rechtes“¹⁶⁶ als das Wesen des positiven Rechtes und sohin als Gegenstand der Rechtswissenschaft erklärt worden war. Nicht mit der Tatsächlichkeit der Rechtsordnung habe es der Jurist zu tun, „sondern mit ihrem *Sinn*“¹⁶⁷. Man greift wohl nicht fehl, wenn man hier an die „Bedeutung“ *Lasks* denkt, die dieser vergeblich von dem „Werte“ zu differenzieren versuchte.¹⁶⁸ Bei *Radbruch* wird dieser Versuch gar nicht mehr gemacht. Der „Sinn“ der Rechtsordnung, dasjenige also, womit es die Rechtswissenschaft zu tun hat, und was somit als ihr Gegenstand bezeichnet werden darf, ist nach *Radbruch* – das Resultat muß nach dem Vorangegangenen einigermaßen verblüffen – ein Sollen, geradezu eine *Norm*. „Der Sinn jedes Wollens aber, wenn wir ihn ganz sauber von seinem psychisch tatsächlichen Träger ablösen, ist ein Sollen, der Sinn jedes Imperativs, wenn man (mit *Merkels*¹⁶⁹ Ausdrücken) seinen Lehrgehalt aus seinem Machtgehalt herauspräpariert, ist – eine Norm¹⁷⁰“. Wenn *Radbruch* den Sinn der Rechtsordnung ein Sollen nennt und dieses Sollen als Gegenstand der Rechtswissenschaft bezeichnet, so sagt er doch nur mit anderen Worten, daß das Recht als Sollen oder Norm, nicht aber als Sein oder tatsächliches Wollen Objekt der Jurisprudenz ist! Mit den Worten: „... wenn wir ihn (den Sinn der Rechtsordnung) ganz sauber von seinem psychisch-tatsächlichen Träger ablösen – ...“¹⁷¹ vollzieht *Radbruch* auf das Präziseste jene Abstraktion, durch die der Gegenstand einer möglichen Rechtssoziologie von dem einer normativen Rechtswissenschaft, das Recht als sozialpsychische Realität, als Macht, als Sein, von dem Recht als Norm oder Sollen geschieden zu werden pfllegt. Nur um das

¹⁴) a. a. O. S. 161.¹⁶³

¹⁾ a. a. O. S. 161.¹⁷⁰

¹⁶³ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161.

¹⁶⁴ «der»] *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 62: «wirklicher».

¹⁶⁵ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 62.

¹⁶⁶ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 29–81.

¹⁶⁷ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶⁸ Vgl. oben S. 582–584.

¹⁶⁹ Adolf Merkel (1836–1896), Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1862 Habilitation in Gießen, 1868 a. o. Prof. ebendort, im selben Jahr o. Prof. in Prag, ab 1872 o. Prof. in Wien, ab 1874 o. Prof. in Straßburg (1889–1890 Rektor). Merkel wird als der Begründer der Allgemeinen Rechtslehre betrachtet. Wichtige Werke: Kriminalistische Abhandlungen, Leipzig 1867; Juristische Enzyklopädie, Berlin und Leipzig 1885 (7. Aufl., Berlin und Leipzig 1922); Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889; Über den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker, Straßburg 1889.

¹⁷⁰ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161.

¹⁷¹ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

|WRS 92

vollkommene Fallenlassen seiner Auffassung des Rechtes als reale Seinstatsache, um den vollkommenen Zusammenbruch seines Kulturbegriffes einigermaßen zu verschleiern, bedient er sich der Ausdrucksweise: der Jurist habe es mit dem Sinn der Rechtsordnung zu tun, der ein Sollen sei, und nicht: der Gegenstand der Rechtswissenschaft ist die Rechtsordnung als Sollen oder Norm vorgestellt. Zum Schlusse läuft es ja doch auf dasselbe hinaus. Kann denn überhaupt der „Sinn“ eines Seins ein Sollen sein? Die Wollungen, die nach der ursprünglichen Darstell|ung *Radbruchs* in ihrer Tatsächlichkeit (d. h. als seiend gedacht) das Recht darstellen, sind in Wahrheit nur der Inhalt jenes Sollens, jener Norm, als welche die Rechtsordnung dem Juristen erscheint. Die Rechtsordnung postuliert menschliches Wollen, aber sie ist nicht dieses Wollen selbst, das ausbleiben kann, ohne daß dadurch die Rechtsordnung in ihrer Existenz, d. i. in ihrer *Geltung* berührt wird.

|1238

Die Unklarheit der Situation, in die *Radbruch* dadurch gedrängt wurde, daß er auf der einen Seite das Recht als reale Seinstatsache im Sinne des *Rickertschen* Kulturbegriffes zu fassen verleitet wurde, auf der anderen Seite aber als *Jurist* mit richtigem Instinkte den unabweislichen Bedürfnissen der juristischen Begriffsbildung folgend, den spezifischen Normcharakter seines Gegenstandes anzuerkennen gedrängt war, zeigt sich am deutlichsten in der Formulierung der „wichtigsten Konsequenz“, die *Radbruch* aus seinen einander widersprechenden Prämissen zieht: „Die Rechtswissenschaft, mit den *faktischen* Rechtsimperativen befaßt, ihrem Gegen|stande nach also eine *Tatsachenwissenschaft*, ist, da sie nur mit dem *Sinne* dieser Imperative zu *schaffen* hat, der Sinn jedes Imperativs aber eine *Norm* ist, in ihrer *Methode* von einer *Normwissenschaft* nicht zu unterscheiden¹⁾“.

Ist es möglich, zwischen dem „Gegenstand“ der Rechtswissenschaft, demjenigen, womit sie „befaßt“ ist, und demjenigen zu unterscheiden, womit sie „zu schaffen“ oder „zu tun“ hat? Kann man behaupten, der Jurist habe mit der Tatsächlichkeit der Rechtsordnung – also mit dem Gegenstande der Rechtswissenschaft nichts zu tun! Ist es zulässig, in einem Atem zu sagen, die Rechtswissenschaft sei mit einem Sein *befaßt*, habe aber „nur“ mit einem Sollen zu *schaffen*? Eine Wissenschaft, die mit ihrem Gegenstande nichts zu tun hat!

Nur so ist die Annahme einer Wissenschaft möglich, die ihrem Gegenstande nach empirische Seinsbetrachtung, ihrer Methode nach eine Normwissenschaft sein soll. Diese ganz seltsame und überaus befremdliche Isolierung des Gegenstandes von der Methode seiner wissenschaftlichen Erfassung steht zu der bisher für selbstverständlich erachteten Annahme in Widerspruch, daß die Methode einer Wissenschaft sich nach ihrem Gegenstande richte oder, umgekehrt, durch die Methode – d. h. durch Weg und Richtung der Erkenntnis – deren Gegenstand bestimmt werde; daß Gegenstand und Methode miteinander so untrennbar ver-

|1238,
WRS 92|¹⁾ a. a. O. S. 161.¹⁷²¹⁷² *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161 – Hervorhebungen von Kelsen.

bunden seien, daß eines ohne das andere gar nicht gedacht werden, daß ein Gegenstand nur insofern als „empirisch“ bezeichnet werden kann, als er durch empirische Methode gewonnen wird, oder eine Methode nur insofern normativ ist, als den Gegenstand der Erkenntnis Normen bilden, weil mit „Gegenstand“ und „Methode“ gar nicht zwei verschiedene Begriffe, sondern nur zwei Seiten derselben Erkenntnisfunktion bezeichnet werden. Allerdings beschränkt sich auch für *Radbruch* der Gegensatz von Gegenstand und Methode darauf, daß er unter Gegenstand dasjenige versteht, womit die Wissenschaft „befaßt“ ist, während die Methode bestimmt wird durch dasjenige, womit die Wissenschaft zu „schaffen“ hat!

So kann es gelingen, die „Imperative“, ¹⁷³ die *Radbruch* auf das prinzipiellste von den Normen unterscheidet, „unbefangen als Normen zu bezeichnen“, von einer juristischen Geltung der Rechtsordnung zu sprechen, nachdem festgestellt wurde, daß beim Gegenstande der Rechtswissenschaft – den tatsächlichen Willensakten wirklicher Menschen – von einer Geltung keine Rede sein könne, und im Rechtsgebiete „dem Begriffe der Pflicht unbedenklich Aufnahme zu gewähren“, nachdem er aus diesem feierlich ausgewiesen wurde¹⁾.

* * *

Zusammenfassend muß als das positive Ergebnis dieser kritischen Auseinandersetzung festgestellt werden, daß gerade dem Versuche gegenüber, die Rechtswissenschaft auf Basis des *Rickertschen* Wissenschaftssystems als empirische Kulturwissenschaft zu begründen, sich die Auffassung der dogmatischen Jurisprudenz als einer Normwissenschaft bewährt hat. Unter der Voraussetzung, daß der rein formale Charakter des Sollens und die Relativität des positiven Rechtswertes erkannt wird.

¹⁾ a. a. O. S. 162.¹⁷⁴

¹⁷³ *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 161.

¹⁷⁴ Beide Zitate: *Radbruch*, Grundzüge (Anm. 124), S. 162.

Replik zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1916)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853.

Nachdrucke:

- in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992, Text Nr. 6 (S. 850–853).
- in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003, S. 67–72.

Übersetzungen:

- *Italienisch*: Replica, in: Scienza giuridica e sociologia del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 115–119.
- *Japanisch*: 再批判 Sai Hihan (Zweite Bemerkung) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンス・ケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushū IV Hōgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 342–348.

Dieser Beitrag bildet einen Teil der literarischen Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich: *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Eugen Ehrlich*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844–849; *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Eugen Ehrlich*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609f.; *Hans Kelsen*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614.

Vorweg sei bemerkt, daß ich mich nicht auf eine Prüfung der Frage einlasse, in welchem Zusammenhang Herr[n] Professor *Ehrlichs*¹, auf keinerlei sachliche Grundlage gestützte Bewertung meiner früheren wissenschaftlichen Arbeiten² zu der Kritik seines Buches³ steht.

Den spärlichen konkreten Einwendungen gegenüber, die *Ehrlich* gegen meine Kritik erhebt, könnte ich mich darauf beschränken, auf meine ausführliche 3 Druckbogen starke Abhandlung zu verweisen,⁴ in der jeder aufmerksame Leser, der nicht wie Herr Professor *Ehrlich* sich auf die ersten 16 Seiten beschränkte, die Antwort gefunden hat. Da mir die Redaktion aber zu einem Schlußworte⁵ Gelegenheit gibt, darf ich, ja muß ich darin die Erlaubnis erblicken, schon Gesagtes zu wiederholen.

Ehrlich fordert mich zu der Erklärung auf, wo er die ihm – übrigens nicht bloß von mir¹⁾ – vorgeworfene Vermengung der Seins- und Sollens-Bedeutung der

¹⁾ Den gleichen Einwand gegen *Ehrlichs* Buch erhebt auch *Friedrich Hahn* in seinem durchaus sachlichen Aufsatz „Eine Soziologie des Rechts“ (Der Kampf, VII. Bd. 1914, S. 527 ff.).⁶ Natürlich wirft *Ehrlich* auch diesem Kritiker vor, daß er ihn gänzlich mißverstehe! (a. a. O. S. 461).⁷

¹ Eugen Ehrlich (1862–1922), Rechtssoziologe und Rechtshistoriker. Ab 1894 Privatdozent in Wien, ab 1896 a.o.Prof. für Römisches Recht in Czernowitz, 1900–1914 o.Prof. ebendort (1906/1907 Rektor). Er gilt zusammen mit Émile Durkheim (1858–1917), Max Weber (1864–1920) und Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940; Pseudonym Gnaeus Flavius) als einer der Begründer der Rechtssoziologie und neben Kantorowicz und Ernst Fuchs (1859–1929) als Hauptvertreter der Freirechtsbewegung. Wichtige Werke: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1903; Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, Leipzig 1907; Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913 (2. Aufl., München und Leipzig 1929).

² Ehrlich übt Kritik an: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878, vgl. *Eugen Ehrlich*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844–849 (847).

³ *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913.

⁴ Vgl. *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358.

⁵ Hans Kelsen ging offenbar davon aus, dass seine Replik das letzte Wort in dieser Kontroverse darstellen würde, vgl. indes *Eugen Ehrlich*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609f. sowie *Hans Kelsen*, Schlusswort, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916–1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614 (614).

⁶ *Friedrich Hahn*, Eine Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatsschrift 7 (1913/1914), S. 401–407 (404); *Friedrich Hahn*, Zur Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatsschrift 7 (1913/1914), S. 527–529 – der Einwand findet sich nur auf S. 404.

⁷ *Eugen Ehrlich*, Zur Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatsschrift 7 (1913/1914), S. 461–463 (462).

Rechtsregel begangen habe. Ich antworte ihm darauf: In jedem Satze seines Buches, das als Ganzes nur durch diese Vermengung möglich wurde. Der Mangel einer Unterscheidung zwischen dem Recht als Seinsregel, d. i. als Regel tatsächlichen Geschehens, von dem Recht als Soll-Regel, d. i. als Norm, die statuiert was zu geschehen habe, ist ja nur ein besonders prägnantes Symptom der für *Ehrlichs* Anschauung charakteristischen Vermengung einer auf das Sein gerichteten kausal-erklärenden und einer auf das Sollen und speziell das rechtliche Sollen gerichteten normativen Betrachtungsweise. Diesen Synkretismus der Methoden habe ich *Ehrlich* vor allem vorgeworfen. Wie wenig er den ihm entgegengehaltenen Standpunkt eines kritischen Methodendualismus überhaupt begreift, beweist am besten, daß er in seiner Entgegnung behauptet, er habe das Recht immer nur als Soll-Regel aufgefaßt, und dabei an seiner Auffassung der Jurisprudenz als einer kausal-erklärenden induktiven Soziologie festhält. Allein eine kausal-erklärende, induktive, d. i. nach Art der Naturwissenschaft erkennende Disziplin, kann niemals ein Sollen, sondern stets nur ein Sein und daher niemals eine Regel des Sollens, sondern stets nur eine solche des Seins erfassen. Da *Ehrlich* die ihm vorgeworfene Vermengung in seiner Entgegnung vor aller Augen wiederholt, ist es eigentlich überflüssig, ihm die zahlreichen Stellen seines Buches ins Gedächtnis zurückzurufen, die ich in meiner Kritik unter diesem methodenkritischen Gesichtspunkt hervorgehoben habe. Aber da Herr Professor *Ehrlich* es will, und die Redaktion nichts dagegen hat, so reproduziere ich den Grundgedanken des V. Abschnittes⁸ meiner Kritik, wo ich das „lebende Recht“ *Ehrlichs* untersuche. Angesichts der in *Ehrlichs* Buch noch keineswegs aufgestellten Behauptung, er verstehe unter Recht stets *nur* eine Soll-Regel, muß der Widerspruch besonders kraß zutage treten, in dem diese These zu seinem „lebenden Rechte“ steht, das⁹ die Rechtswissenschaft nicht dadurch erkenne, daß sie bloß darstellt, „was das Gesetz vorschreibt“¹⁰ (d. h. doch wohl eine Soll-Regel), „sondern auch dasjenige, *was wirklich geschieht*“.¹¹ Das ist doch offenbar das „Lebende“ an der von *Ehrlich* entdeckten Art des Rechtes, daß es eine Regel tatsächlichen Geschehens, d. h. seienden und nicht bloß gesollten Handelns, daß es ein Stück lebendiger in der Außenwelt sich abspielender Wirklichkeit darstellt, von dem man freilich nicht weiß, warum es denn auch gesollt sei. Denn daraus, daß es tatsächlich ist, kann doch nicht folgen, daß es auch sein soll!

Was *Ehrlich* gegen meine Kritik seiner Begriffsbestimmung von Rechtssatz und Rechtsnorm einwendet, ist mir nicht verständlich. Ich habe nachgewiesen, daß *Ehrlich* 2 Definitionen des Rechtssatzes gibt, die sich von einander wesentlich unterscheiden, und daß er als spezifische Differenz zwischen Rechtssatz und

⁸ *Kelsen*, Rechtssoziologie (Anm. 4), S. 870–876 = HKW 3, S. 317–358 (352–358).

⁹ «das»] Vgl. *Kelsen*, Schlusswort (Anm. 5), S. 611 = HKW 3, S. 613–614 (614): «daß».

¹⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 398 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹ Der ganze Satz lautet bei *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 398: „Auch hier erfüllt die Wissenschaft als Lehre vom Rechte ihre Aufgabe sehr schlecht, wenn sie bloß darstellt, was das Gesetz vorschreibt, und nicht auch, was wirklich geschieht.“

Rechtsnorm anführt daß ersterer in Worte gefaßt sei, letzterer dagegen nicht, obgleich er gerade dieses „in Worte gefaßt sein“ als das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der Rechtsnorm gegenüber der Moralnorm angibt. Ehrlich beklagt sich, daß ich ihm einen falschen Gedanken unterschiebe, wenn ich seine Begriffsbestimmung des Rechtssatzes: „Die feste, in Worte gefaßte Rechtsregel, die von einer über dem Einzelnen stehenden Gewalt ausgehend, diesem von Außen auferlegt wird“¹², als eine Umschreibung des Begriffs der heteronomen Rechtsregel deute.¹³ (Ehrlich verwechselt in seiner Entgegnung „heteronom“ mit „heterogen“ und spricht hartnäckig von einer „heterogenen“ Norm;¹⁴ was er sich darunter vorstellt, weiß ich nicht; nur dagegen protestiere ich, daß er mir diese Terminologie in den Mund legt.) Allein darin wird doch niemand eine falsche Deutung erblicken können, dem der Begriff der Heteronomie geläufig ist, mit dem eine von Außen an das Subjekt herantretende Verpflichtung bezeichnet wird. Oder ist Ehrlich darüber ungehalten, daß ich seine „feste, in Worte gefaßte Rechtsregel“¹⁵ als Norm bezeichne? Aber das tut er ja doch gelegentlich selbst! Wo in aller Welt liegt die mir zur Last gelegte Unterschiebung? Ehrlich meint, wenn ich Gierke verstanden habe, hätte ich auch ihn verstehen müssen, da er den Begriff des Rechtssatzes genau so bestimme wie dieser.¹⁶ In dem von mir gebrachten Zitate¹⁷ definiert Gierke das objektive Recht als eine Summe von Rechtssätzen und stellt somit in bezug auf den Rechtssatz gerade jene Behauptung auf, die Ehrlich auf das heftigste bekämpft, in deren Zerstörung er eines der wichtigsten Resultate seiner Rechtssoziologie erblickt! In der Gierkeschen Begriffsbestimmung werden die Rechtssätze als qualifizierte Normen bezeichnet, so zwar, daß an Stelle des Wortes Rechtssatz auch das Wort Rechtsnorm eingesetzt werden kann. Ich habe das Gierkesche Zitat in erster Linie dafür angeführt, daß Gierke zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm nicht differenziert. Gerade diese Differenzierung ist aber ein Spezifikum der Ehrlich'schen Begriffshäufung, die neben Rechtssatz noch: Rechtsnorm, Entscheidungsnorm, lebendes Recht, staatliches und nicht staatliches Recht und noch manches andere innerhalb des weiten Bereiches objektiven Rechtes unterscheidet. Und es bedeutet schon eine gewisse Kühnheit, wenn Ehrlich meiner Kritik seiner These: Erst gäbe es verbindliche Verträge, konkrete Rechtsverhältnisse und später Rechtssätze, wonach Verträge, Testamente usw. verbindlich seien,¹⁸ vorwirft, daß ich ihm dabei einen falschen Rechtssatzbegriff, nämlich den der allgemein verbindlichen Soll-Regel unterschiebe.¹⁹ Denn gerade in diesem Zusammenhange hat Ehrlich seinen Begriff des Rechtssatzes wieder einmal bei Seite liegen lassen und

¹² Ehrlich, Grundlegung (Anm. 3), S. 22.

¹³ Vgl. Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 4), S. 848 = HKW 3, S. 317–358 (328).

¹⁴ Vgl. Ehrlich, Entgegnung (Anm. 2), S. 846.

¹⁵ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 3), S. 22.

¹⁶ Vgl. Ehrlich, Entgegnung (Anm. 2), S. 846.

¹⁷ Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Leipzig 1895, S. 113.

¹⁸ Vgl. Ehrlich, Grundlegung (Anm. 3), S. 24–30.

¹⁹ Vgl. Ehrlich, Entgegnung (Anm. 2), S. 847.

verwendet das Wort genau in dem Sinne, in welchem ich es hier gegen ihn verwende: In dem einer generellen rechtlichen Soll-Regel. Ich zitiere absichtlich nur jene Stellen, die ich in meiner Kritik bereits gebracht habe. „Der Staat war früher da als die Staatsverfassung, die Familie ist älter als die Familienordnung, der Besitz ging dem Eigentum voraus, es gab Verträge bevor noch ein Vertragsrecht vorhanden war und selbst das Testament, wo es urwüchsig entstanden ist, reicht über das Testamentsrecht hinaus“. (*Ehrlich*, Seite 28).²⁰ *Staatsverfassung*, *Familienordnung*, *Vertragsrecht*, das sind Beispiele für *Rechtssätze*, die den konkreten Rechtsverhältnissen nachfolgen! Oder will *Ehrlich* in seiner Entgegnung glauben machen, er habe in seinem Buche die Meinung vertreten, daß lediglich die nach der *erklärten* Ueberzeugung einer Gemeinschaft verbindlichen Rechtsnormen den konkreten Rechtsverhältnissen nachfolgen? Aber darauf kommt es doch gar nicht an: Was er der herrschenden Lehre vorwirft ist, daß sie „das *Abstrakte* vor das *Konkrete* setze“.²¹ Er leugnet also – und das ist der Sinn der von mir bekämpften These *Ehrlichs* –, daß das Recht in *genereller* Form dem *konkreten* Rechtsverhältnis vorausgehe. Darum durfte in diesem Zusammenhange unter „Rechtssatz“ „wie üblich“ und wie auch *Ehrlich* selbst hier diesen Terminus verwendet, die *allgemein* verbindliche Rechtsnorm verstanden werden.

Daß *Ehrlich* meinen Einwand²² nicht versteht: Die generelle Rechtsnorm müsse notwendigerweise *logisch* (und nicht *zeitlich*, wie er irrtümlich der herrschenden Auffassung imputiert) jedem | konkreten Rechtsverhältnis *vorausgesetzt* werden, damit dieses als *Rechts-Verhältnis* erkannt werde, daß er nicht begreift, daß der Rechtssatz – d. i. die allgemein verbindliche Rechtsnorm – die gültige Voraussetzung jener Betrachtung sein muß, die Tatbestände rechtlich beurteilt oder was dasselbe ist, rechtlich bewertet, daß ihm der Unterschied zwischen Urteilen und Beurteilen, Kausalerklärung und Bewertung fremd ist, nimmt mich nicht Wunder. Denn darin zeigt sich ja nur seine absolute Unfähigkeit, das methodologische Problem, um das es sich bei einer Scheidung der Rechtssoziologie von einer dogmatischen Rechtswissenschaft handelt, zu begreifen. Er schmeichelt mir mit der Behauptung, ich sei der erste, der eine – gültige Normen voraussetzende – Wert-Betrachtung von einer – in dieser Richtung voraussetzungslosen – Kausalerklärung unterscheide, nur daß er meine (!) erkenntnistheoretische Entdeckung bloß für eine boshafte terminologische Erfindung hält! Denn er habe das Wort „Betrachtungsvoraussetzung“ vergeblich in einem Fremdwörterbuch gesucht.²³

Darum kann Herr Professor *Ehrlich* auch nicht einsehen, warum die beiden von ihm aufgestellten Sätze über das Wesen des Rechtes einen eklatanten Widerspruch darstellen: „Recht und Rechtsverhältnis ist ein *gedankliches* Ding, das nicht

²⁰ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 28.

²¹ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 28 – Hervorhebungen von Kelsen.

²² *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 (849 f.) = HKW 3, S. 317–358 (329 f.).

²³ Vgl. *Ehrlich*, Entgegnung (Anm. 2), S. 847.

in der *greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit*, sondern in den Köpfen der Menschen lebt“ (Seite 28).²⁴ „Aber wie sonst überall so sind auch hier unsere Vorstellungen aus einem Stoffe geformt, den wir der *greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit entnehmen*.“²⁵ In seiner Entgegnung identifiziert Herr Professor *Ehrlich* „Gedankending“ und „Vorstellung“ und meint, das Recht sei als Vorstellung ein Gedankending und eine Tatsache.²⁶ Aber das ist ja gerade der Denkfehler, den ich ankreide! Auch die Blätter eines Baumes sind „Vorstellungen“, aber sie stehen ebenso in der greifbaren sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit der Außenwelt, wie die *Handlungen* der Menschen, deren Regelmäßigkeit die *Ehrliche* Rechtssoziologie zu fassen sucht. Oder glaubt Herr Professor *Ehrlich*, daß die Handlungen, deren Regel seine Rechtswissenschaft auf induktivem Wege gewinnt, bloße Gedankendinge sind, weil sie als Vorstellungen in den Köpfen der Menschen leben? Dann gäbe es ja überhaupt nur Gedankendinge! Und worin bestände dann der Unterschied zu jenen „Vorstellungen“ die, wie beispielsweise jene der *Zeit* und des *Raumes*, ihren Inhalt nicht der sinnlich-wahrnehmbaren Wirklichkeit entnehmen, weil ja diese Wirklichkeit erst durch sie, mit ihrer Hilfe erfaßt wird? Aber dieser Unterschied ist sicherlich von mir nur ad hoc erfunden und darum wird Herr Professor *Ehrlich* diese Ausgeburten meiner Terminologie in seinem Fremdwörterbuche nicht finden. Und ich meinerseits habe mich damit abgefunden, daß unter Juristen und juristischen Soziologen das Wörterbuch der Philosophie ein – Fremdwörterbuch ist.

²⁴ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 68 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁵ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 3), S. 68 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁶ Vgl. *Ehrlich*, Entgegnung (Anm. 2), S. 848.

Schlusswort zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“ (1916/1917)*

* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611.

Nachdrucke:

- in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992, Text Nr. 8 (S. 611).
- in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003, S. 77–78.

Übersetzungen:

- *Italienisch*: Epilogo, in: Scienza giuridica e sociologia del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 123.
- *Japanisch*: 結語 Ketsugo (Schlusswort) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンス・ケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushū IV Hōgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 350–352.

Dieser Beitrag bildet einen Teil der literarischen Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich: *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Eugen Ehrlich*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844–849; *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Eugen Ehrlich*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609f.; *Hans Kelsen*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614.

Da ich für meinen Teil die *sachliche* Diskussion mit Herrn Professor *Ehrlich* für abgeschlossen erachte, berührt mich aus seinen vorstehenden Ausführungen lediglich die neue Behauptung, ich hätte ihn *falsch zitiert*. *Ehrlich* will glauben machen, ich habe bei Darstellung seines „lebenden Rechts“ einen Satz seines Buches¹ unrichtig und mit Veränderung seines eigentlichen Sinnes wiedergegeben. *Ehrlich* hält es für notwendig, diesen Satz, den ich offenbar meinen Lesern vorenthalten hätte, wiederzugeben:² „Auch hier erfüllt die Wissenschaft als Lehre vom Recht ihre Aufgabe sehr schlecht, wenn sie bloß darstellt, was das Gesetz vorschreibt und nicht auch was wirklich geschieht“.³

*Dieser Satz wurde aber von mir anlässlich der Darstellung von Ehrlichs lebendem Rechte auf S. 873 Zeile 9–12 meines Referates wörtlich unter Anführungszeichen wiedergegeben.*⁴

Ich akzeptiere wohl die für Professor *Ehrlich* günstigste Beurteilung seines Vorgehens, wenn ich annehme, daß er diesen Teil meines Referates nicht gelesen hat.

In meiner „Replik“,⁵ wo ich mich auf bereits Gesagtes beziehen konnte und mich wirklich auch bezogen habe, gab ich den Gedanken des zitierten Satzes in einem auf *Ehrlichs* „lebendes Recht“ bezüglichen Relativsatz wieder: „daß⁶ die *Rechtswissenschaft* nicht dadurch erkenne, daß sie bloß darstellt, was das Gesetz vorschreibt (d. h. doch wohl eine Soll-Regel), sondern auch dasjenige, was wirklich geschieht“.⁷

Mir – und wohl jedem objektiv Denkenden – muß schlechterdings unverständlich bleiben, worin meine Darstellung in der Replik den Sinn des fraglichen Satzes aus *Ehrlichs* Buch ändert. Wenn *Ehrlich* betont, die Worte des zitierten Satzes beziehen sich auf *die Rechtswissenschaft*,⁸ so bestätigt doch seine eigene Wiedergabe meiner Darstellung in der Replik, daß auch ich die „*Rechtswissenschaft*“ zum Subjekt des fraglichen Satzes mache.

¹ *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913, insb. S. 398.

² *Eugen Ehrlich*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609f. (609).

³ *Ehrlich*, Grundlegung (Anm. 1), S. 398.

⁴ *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915), S. 839–876 (873) = HKW 3, S. 317–358 (354).

⁵ *Hans Kelsen*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612.

⁶ «daß»] Vgl. *Kelsen*, Replik (Anm. 5), S. 851 = HKW 3, S. 607–612 (609): «das».

⁷ *Kelsen*, Replik (Anm. 5), S. 851 = HKW 3, S. 607–612 (609) – Klammerausdruck bereits in der „Replik“ eingefügt von *Kelsen*.

⁸ *Ehrlich*, Replik (Anm. 2), S. 609.

Zur Reform der verfassungsrechtlichen
Grundlagen der Wehrmacht
Österreich-Ungarns
(1917/1918)*

* Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 8–23.

| Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns.*)

I.

Die wichtigste Erfahrung, die dieser Weltkrieg gebracht hat, betrifft die Notwendigkeit einer wirklichen Durchführung der *allgemeinen Wehrpflicht*. Von einer solchen konnte speziell in Österreich-Ungarn bis vor Kriegsausbruch nicht eigentlich die Rede sein, solange etwa nur 40% der Wehrpflichtigen in die Armee eingereiht wurden. Die Folge davon war das arge Mißverhältnis, das zwischen der Zahl der gedienten und der nicht gedienten Wehrpflichtigen bestand, und das erst während des Krieges allmählich ausgeglichen wurde. Es ist selbstverständlich, daß künftig der Prozentsatz der tatsächlich assentierten¹ Wehrpflichtigen schon von vornherein derjenige sein muß, den die Erfahrungen dieses Krieges als notwendig, aber auch als möglich – nämlich in Bezug auf die durchschnittliche physische Qualität der Wehrpflichtigen – erwiesen haben. Alle wirklich Tauglichen sind schon im Frieden tatsächlich militärisch auszubilden.

Wenn dies bei uns bisher – im Gegensatz zu Frankreich² und im gewissen Maße auch zu Deutschland³ – noch nicht der Fall war, so lag es an dem System des vom Parlament alljährlich zu bewilligenden und wehrgesetzlich *begrenzten Rekrutenkontingentes*,⁴ das es mit sich brachte, daß bei einem großen Teil wehrpflich-

|*) Der Aufsatz wird veröffentlicht, obwohl der Herausgeber gegen einzelne Ausführungen grundsätzliche Bedenken hat. Er behält sich vor, zu diesen Ausführungen Stellung zu nehmen.

¹ „Assentieren“ bedeutete: auf Militärdiensttauglichkeit hin untersuchen, mustern.

² Vgl. Loi relative au mode de formation de l'armée de terre du 19 fructidor an 6 (5 septembre 1798) (auch: loi Jourdan-Delbel), in: J. B. Duvergier (Hrsg.), Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État, Bd. 10, 2. Aufl., Paris 1835, S. 343–348: Art. 1^{er}: „Tout Français est soldat, et se doit à la défense de la patrie.“ – Art. 3: „Hors le cas du danger de la patrie, l'armée de terre se forme par des enrôlemens volontaires et par la voie de la conscription militaire.“ – Art. 15: „La conscription militaire comprend tous les Français depuis l'âge de vingt ans accomplis jusqu'à celui de vingt-cinq ans révolus.“

³ Vgl. Art. 57 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63.

⁴ Vgl. § 14 Gesetz vom 11. April 1889, betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes, RGBl. 1889/41; z. B. findet sich die Festsetzung für 1889 in: Gesetz vom 28. December 1889, womit die Aushebung der zur Erhaltung des Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr erforderlichen Rekruten-Contingente im Jahre 1890 bewilligt wird, RGBl. 1890/3.

tiger und wehrfähiger Individuen von ihrer Wehrpflicht kein Gebrauch gemacht wurde. Es lag aber auch daran, daß mit Rücksicht auf die zwei- oder gar dreijährige Präsenzdienstpflicht schon aus staatsfinanziellen und volkswirtschaftlichen Gründen eine Beschränkung der einzuziehenden Mannschaften geboten war.

Wenn nun auch der Krieg gelehrt hat, daß die Ausbildung der Mannschaft für den Felddienst in verhältnismäßig kurzer Zeit | erfolgen kann, so hat es sich auch |9 gezeigt – und dazu bedurfte es keiner besonderen Erfahrung – daß diese kurze Ausbildung eines großen Teiles der Armee nicht während des Krieges unter dem Drucke unmittelbarer Erforderlichkeit zu geschehen habe. Wenn aber schon im Frieden alle Wehrfähigen militärisch ausgebildet werden sollen, wenn man nicht auf den Ernstfall warten will, um dann erst mit der Ausbildung auch älterer Jahrgänge zu beginnen – was notwendigerweise mit gewissen Schwierigkeiten verbunden – dann ist es erforderlich, *die Zahl der periodisch zu assentierenden Rekruten nicht von vornherein zu limitieren, die Präsenzdienstzeit aber, mit Rücksicht auf die voraussichtliche Verdoppelung der so zu erzielenden Rekrutenzahl gegenüber den bisherigen Verhältnissen, entsprechend herabzusetzen.*

Die gegenwärtig auf zwei bis drei Jahre vorgeschriebene Dauer der Präsenzdienstpflicht bildet einen charakteristischen Bestandteil unseres Wehrsystems, das – wie dasjenige der meisten europäischen Großmächte – ein sogenanntes *System des „stehenden Heeres“* auf Basis der allgemeinen Wehrpflicht ist. Als solches wird es einerseits zu dem *System des Söldnerheeres*, andererseits zu dem sogenannten *Milizsystem* in Gegensatz gebracht.

Das *System des Söldnerheeres* entspricht dem politischen Prinzip des extremen Liberalismus: Niemand kann zum Heeresdienste gezwungen werden, dieser beruht auf dem freiwilligen Eintritt desjenigen, der das Waffenhandwerk zu seinem Beruf macht und dieser Eintritt wird rechtlich durch einen Privatvertrag vollzogen. Dem gegenüber steht das dem politischen Geiste des Kollektivismus (oder auch in einem gewissen Sinne des Sozialismus) entstammende *System der allgemeinen Wehrpflicht*: Die Last der militärischen Funktion des Staates ist als Rechtspflicht jedermanns gleichmäßig auf die Schultern aller verteilt, die diese Last zu tragen imstande sind.

Die *Idee des stehenden Heeres* ist dort am meisten verwirklicht, wo sich die Armee ausschließlich aus Berufssoldaten zusammensetzt; sie kann daher nur *in Verbindung mit dem System des Söldnerheeres* voll zur Geltung kommen. Wo *allgemeine Wehrpflicht* besteht, kann nur ein sehr kleiner Teil des Heeres einen dauernden Bestandteil bilden: die Berufsoffiziere und die Berufsunteroffiziere. Da das Hauptkontingent des Heeres in diesem Falle identisch ist mit der wehrfähigen Bevölkerung | überhaupt, daher nicht aus Berufssoldaten bestehen kann, ist hier |10 nur eine *Annäherung* an das System eines wirklich stehenden Heeres möglich. Dies geschieht durch die Festsetzung einer *tunlichst langdauernden Präsenzdienstzeit*. Doch muß betont werden, daß das Prinzip der Allgemeinheit der Wehrpflicht zu jenem des stehenden Heeres so sehr im Gegensatz steht, daß je allgemeiner die

Wehrpflicht tatsächlich realisiert wird, desto größer die Entfernung vom Ideal des stehenden Heeres werden muß, das eben nur durch eine *Armee von Berufssoldaten* verwirklicht wird. Auch die vorgeschriebene Präsenzdienstzeit, deren möglichste Ausdehnung nur ein *Surrogat* für den Berufsmilitarismus bietet, muß umso kürzer bemessen werden, je mehr die Wehrkraft des Volkes tatsächlich in Anspruch genommen wird, je stärker das jährliche Rekrutenkontingent ist. Denn je größer die Zahl der Männer ist, die der Volkswirtschaft aus dem Titel der Wehrpflicht entzogen werden, auf eine um so kürzere Zeit muß sich diese Entziehung beschränken, wenn die Basis der Wehrkraft: die Nährkraft des Volkes, nicht allzu sehr geschwächt werden soll; ganz abgesehen von den ins Ungemessene steigenden Kosten, die der Heeresverwaltung bei verlängerter Präsenzdienstzeit und gleichzeitiger Vergrößerung des Rekrutenkontingentes erwachsen.

Daher ist ja auch bei allgemeiner Wehrpflicht das Kadersystem unvermeidlich. Die Kaders, diese festen Rahmen, getragen von den Berufsoffizieren und Berufsunteroffizieren, sind der einzige stehende Bestandteil der modernen, auf Basis der *allgemeinen Wehrpflicht* beruhenden Heere. Und darum ist auch der Gegensatz, in dem man das auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhende System des sogenannten „*stehenden Heeres*“ der europäischen Großmächte zu dem sogenannten „*Milizsystem*“ zu stellen pflegt, *keineswegs* – wie das gewöhnlich angenommen wird – *ein prinzipieller*, sondern *nur ein gradueller*. Auch hier, z. B. in der Schweiz,⁵ bestehen Kaders von Berufssoldaten, die von den ihre allgemeine Wehrpflicht leistenden Bürgern ausgefüllt werden. Der Unterschied liegt hauptsächlich in der *Dauer* der Präsenzdienstpflicht. Ein *prinzipieller Gegensatz* besteht *nur* zwischen dem System des ausschließlich aus Berufssoldaten bestehenden *Söldnerheeres* und dem System der *allgemeinen Wehrpflicht*. Mit der Überwindung des englischen Manchester-Liberalismus verschwindet aber auch das diesem Geiste verwandte System des *Söldnerheeres*. *Auf der anderen Seite aber sind das | Milizsystem und das System der auf allgemeiner Wehrpflicht aufgebauten stehenden Heere stetig in gegenseitiger Annäherung begriffen.*

| 11

Man ist gewohnt als Vorzug *des stehenden Heeres* oder – was im Falle der allgemeinen Wehrpflicht dasselbe ist – *einer mehrjährigen Präsenzdienstzeit* die Tatsache einer gründlicheren Ausbildung der Truppen, eine größere Bereitschaft und Bereitwilligkeit der Armee gelten zu lassen. Allein eine der wichtigsten Lehren dieses Krieges bietet die Erkenntnis, daß eine wesentlich kürzere Präsenzdienstzeit – als man bisher geglaubt hat – genügt, jenen Grad von Schulung zu erreichen, der im Feldkrieg erforderlich ist. Dies gilt ganz besonders bei der Hauptwaffengattung, der Infanterie, im hohen Maße aber auch bei den berittenen und technischen Truppen. Denn es ist kein Zweifel daran möglich, daß in diesem Kriege schon nach

⁵ Art. 19 Abs. 1 Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (AS I 38); Art. 65 Abs. 1 Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907, BBl 1907 II 1013.

wenigen Monaten gerade diejenigen Bestandteile der kämpfenden Armee, welche das sogenannte stehende Heer bilden, die präsent dienenden Jahrgänge, die subalternen Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere zum großen Teile infolge Tod oder Verwundung ausgeschieden sind, sodaß dieser Krieg hauptsächlich mit Truppen geführt wurde, die im Grunde genommen nach dem Milizsystem organisiert wurden. Zumal wenn man die große Zahl der Ungedienten berücksichtigt, die erst während des Krieges einer kurzen Ausbildung unterzogen wurden.

Die größere Bereitschaft der stehenden Heere, die dadurch erzielt wird, daß stets ein großes Kontingent geschulter Truppen unter den Waffen steht, was wegfällt, wenn der Soldat, sobald er die nötige Ausbildung erfahren hat, nach Hause geschickt wird, kann bei kurzer, nur der Ausbildung dienenden Präsenzdienstzeit dadurch gewonnen werden, *daß Zahl und Dauer der Waffenübungen wesentlich erhöht werden*. Dann ergibt sich, daß jederzeit eine relativ große Menge bereits ausgebildeter Leute sich bei den Fahnen befindet. Was aber die größere Bereitwilligkeit eines stehenden Heeres betrifft, seine Disziplin und sein unbedingter Gehorsam, so kann nicht nachdrücklich genug auf die auch durch die Erfahrungen dieses Krieges bekräftigte Tatsache hingewiesen werden, daß der jeden kriegerischen Erfolg verbürgende Geist bedingungsloser Bereitwilligkeit nicht so sehr aus dem Drill eines langjährigen Kaserndienstes, als vielmehr – ja vielleicht sogar allein – *aus einem gefestigten Staatsgefühl*, aus dem lebendigen Empfinden der Zugehörigkeit zur staatlichen Gemeinschaft, des | Verbundenseins mit dem Ganzen |12 wächst. *Nicht die Erzeugung*, sondern nur die *Verwertung und Stärkung dieses Staatsgefühls*, seine Inanspruchnahme für ihre besonderen Zwecke *ist Aufgabe der Heeresverwaltung. Hier hat sie vornehmlich nur zu ernten, wo eine zielbewußte Zivilverwaltung zu säen hätte*.

So zeigt sich, daß eine bedeutende *Verkürzung der Präsenzdienstzeit* nicht nur zur wirklichen Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht *notwendig*, sondern daß eine solche Reform ohne jede Beeinträchtigung der Schlagkraft unserer Wehrmacht *möglich* ist.

Mit der Herabsetzung der Präsenzdienstzeit wäre eine *wesentliche Vermehrung der Waffenübungen* zu verbinden. Außerdem wäre in den Schulunterricht obligatorisch eine Art *militärische Propädeutik* einzuführen. Indem schon in der Schule die Elemente der militärischen Disziplin, die Grundbegriffe der militärischen Theorie beigebracht werden, erfährt die spezifisch militärische Fachausbildung eine wesentliche Entlastung *und kann auch aus diesem Grunde leichter in ihrer Dauer eingeschränkt werden*. Dies wäre der Hauptzweck der militärischen Propädeutik. Schon hier ist der Punkt, wo der *systematische Ausbau des allgemeinen Wehrpflichtprinzipes* zu beginnen hätte.

II.

Wenn mit dem *System der allgemeinen Wehrpflicht* Ernst gemacht werden soll, dann muß nicht nur die gesetzliche Kontingentierung des Rekrutenstandes sondern auch das jährliche Rekrutenbewilligungsrecht des Parlamentes fallen. Dieser Überrest aus der Zeit der ständischen Monarchie stellt ohnehin längst keinen realen politischen Besitzstand der Volksvertretung dar. Mit Rücksicht darauf, daß ja gerade im Ernstfalle von einer Beschränkung der Zahl der heranzuziehenden Wehrpflichtigen keine Rede ist, hat es sich – soweit die jährliche Bewilligung in Frage steht – immer nur um ein *Scheinrecht* gehandelt. Gerade dieser Krieg aber hat gezeigt, daß es schlechterdings sinnlos ist, die Zahl der zur Präsenzdienstleistung heranzuziehenden Personen irgendwie zu begrenzen, wenn im Ernstfalle gerade die außerhalb des der parlamentarischen Bewilligung unterworfenen Kontingentes Stehenden, nicht zur Präsenzdienstpflicht Herangezogenen: der | nicht gediente Landsturm,⁶ in so bedeutendem Ausmaße in die Reihe der Kämpfenden eingestellt werden müssen. Wie ja überhaupt der ganze Unterschied von Präsenzstand und Reserve auf der einen Seite und Landsturm auf der anderen Seite, der ja auch für die parlamentarische Kontrolle von Bedeutung ist, sofern sich diese vornehmlich nur auf die erstere erstreckt – in diesem Kriege gänzlich obsolet wurde.

Durch die *gesetzliche* Festlegung des Rekrutenstandes⁷ hat die alljährliche Bewilligung des Rekrutenkontingentes ohnedies schon einen guten Teil ihres eigentlichen Sinnes eingebüßt. Sieht man aber in dem Recht der jährlichen Rekrutenbewilligung ein wichtiges Mittel politischen Einflusses des Parlamentes auf die Regierung, so sei bemerkt, daß für dieses durchaus berechtigte Bedürfnis in der jährlichen Budgetbewilligung hinreichend vorgesorgt ist.

Die möglichste Einschränkung der parlamentarischen Kompetenz auf dem Gebiete des Heereswesens ist nicht nur aus Gründen wünschenswert, die sich aus der zu ordnenden Materie selbst ergeben, sondern auch unter dem Gesichtspunkt verfassungsrechtlicher Erwägungen dringend geboten. Im Verhältnis Österreichs zu Ungarn bedeutet die parlamentarische Kompetenz in Heeresangelegenheiten eine schwierige Komplikation. Schon der gegenwärtige Zustand, so wie er durch den Ausgleich des Jahres 1867⁸ geschaffen wurde, ist höchst bedenklich.

Nach den Ausgleichsgesetzen beider Staaten gehören die *Militärangelegenheiten* zu den sogenannten *pragmatischen*, aber nur insoferne, als eine *gemeinsame* Armee und Flotte und eine *gemeinsame* Führung, Leitung und innere Organisation der

⁶ Der Landsturm war ursprünglich das allgemeine Aufgebot aller wehrtauglichen Bürger zur Verteidigung gegen einen feindlichen Einfall; zu Kelsens Zeiten entsprach der Landsturm der Miliz.

⁷ Vgl. § 13 Gesetz vom 5. Juli 1912, betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes, RGBl 1912/128.

⁸ Mit dem „Ausgleich des Jahres 1867“ wird die staatsrechtliche Neugestaltung der Habsburgermonarchie bezeichnet, durch die das bisherige Kaisertum Österreich in die bis 1918 bestehende österreichisch-ungarische Doppelmonarchie umgewandelt wurde.

Wehrmacht in Betracht kommen.⁹ Die *Wehrgesetzgebung* ist jedoch eine sogenannte *dualistische* Angelegenheit, d. h. die Gemeinsamkeit des Wehrsystems ist *keine dauernde, sondern nur eine von Zeit zu Zeit für eine gewisse Dauer zu vereinbarende*.¹⁰ Käme eine solche Vereinbarung nicht zustande, dann könnte durch nichts verhindert werden, daß die Wehrverfassung Ungarns eine andere wird, als die Österreichs; ganz abgesehen davon, daß die *pragmatische Verwaltungsgemeinschaft*, die in der Gemeinsamkeit der *Heeresorgane* besteht (gemeinsame Armee und Flotte, Kriegsministerium), nach ungarischer, dem Wortlaute der Ausgleichsgesetze entsprechender, immer wieder betonter Auffassung durch *einseitige* Gesetzesänderung Ungarns oder Österreichs *aufgehoben* werden kann. Und gerade in diesem Punkte be|deutet die Tatsache, daß die Person des österreichischen Kaisers |14 und des die ungarischen Gesetze sanktionierenden Königs dieselbe ist, keine allzu große Garantie. Denn welche kritische Situation wäre gegeben, wenn selbst bei formaler Aufrechterhaltung der Gemeinsamkeit des Heeres eine übereinstimmende Wehrgesetzgebung in beiden Staaten der Monarchie nicht zustande kommen sollte.

In Hinblick auf diese Momente wären vom Standpunkte militärischer Interessen die folgenden Modifikationen anzustreben:

Der Gesetzgebung sind lediglich die Grundzüge der Wehrverfassung zu überlassen. Dazu gehört die *prinzipielle Statuierung der allgemeinen Wehrpflicht* und ihrer Voraussetzungen; ferner die *Bestimmung der Gesamtdauer der Präsenzdienstpflicht*. Diese Ziffer wäre jedoch nur als die Fixierung einer *obersten* Grenze anzusehen und hätte auch die *Dauer aller Waffenübungen* einzubegreifen.

Diese Normen gehören ihrer Natur nach in die Verfassung beider Staaten, deren Änderung wenigstens in Österreich an gewisse Garantien gebunden ist. Eine Abänderung der die allgemeine Wehrpflicht betreffenden Verfassungsbestimmungen wäre jedoch in den Gesetzen jedes der beiden Staaten an die Bedingung einer analogen Verfassungsänderung im anderen Staate zu knüpfen. Auf diese Weise wäre bei Respektierung der Souveränität beider Staaten und Aufrechterhaltung der vollen Parität jener Zustand rechtlich realisiert, den man wohl im Jahre 1867 im Auge hatte, aber *gesetzestechisch* mit unzulänglichen Mitteln herbeizuführen suchte.

Die Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht im Rahmen der Verfassung wäre in beiden Staaten verfassungsgemäß der unter ministerieller Verantwortung zu übenden Verordnungsgewalt des Monarchen als des obersten Kriegsherrn zu überlassen.

⁹ § 1 lit b Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146 (im Folgenden: DelegationsG 1867); 1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ó Felsége uralkodása alatt álló többi országok között fenforgó közös érdekű viszonyokról, s ezek elintézésének módjáról (Gesetzesartikel XII aus dem Jahre 1867 über die Verhältnisse gemeinsamen Interesses zwischen den Ländern der ungarischen Krone und den unter der Herrschaft seiner Majestät stehenden übrigen Ländern, und über das Verfahren zur Erledigung dieser Fragen), § 11 (im Folgenden: AusgleichsG Ungarn 1867).

¹⁰ § 2 Z 5 DelegationsG 1867 (Anm. 9); § 13 AusgleichsG Ungarn 1867 (Anm. 9).

Diejenigen Materien, die heute durch das Wehrgesetz geregelt werden, eignen sich mit Ausnahme der Bestimmung über die allgemeine Wehrpflicht und die Präsenzdienstzeit ihrer sachlichen Bedeutung nach durchwegs eher für eine *verordnungsmäßige* als für eine *legislative* Behandlung.

Damit wären für die Einheit der Heeresorganisation die erforderlichen Garantien geschaffen und ein Reibungselement zwischen Österreich und Ungarn eliminiert.

| 15

| III.

So unzweckmäßig eine ausgedehnte *legislative* Kompetenz auf dem Gebiete des Heereswesens ist, so gerechtfertigt und ebenso sehr im Interesse der Armee wie der Bevölkerung gelegen ist eine *Rechtskontrolle über die Militärverwaltung*. Daß die Gesetze und Verordnungen von den militärischen Administrativorganen tatsächlich angewendet werden, daß von niemandem mehr gefordert werde, als die Gesetze und die *gesetzmäßigen* Verordnungen vorschreiben, ist ein allgemeines öffentliches Interesse, nicht etwa bloß der Parteien, sondern auch der *entscheidenden Militär-Verwaltungsbehörde* selbst, die, wie die Praxis zeigt, das lebhafteste Bedürfnis nach der einheitlichen Orientierung durch die *Autorität eines Verwaltungsgerichts* empfindet. Und es ist nur zu wundern, daß bisher in dieser Richtung noch keine energischen Postulate von demokratischen Parteien erhoben wurden. Gegenüber der vorgeschlagenen Einbuße auf *legislativem* wäre es ein überragender Gewinn auf *administrativem* Gebiete, wenn in Hinkunft gegen Akte der militärischen Verwaltung ein Beschwerderecht bei den obersten Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts gegeben würde. Einsichtige haben längst schon erkannt, daß der Schwerpunkt der Demokratie nicht ausschließlich auf dem Gebiete der Gesetzgebung, sondern *insbesondere auf dem Gebiete der Verwaltung* zu suchen ist. Und darum muß die hier vorgeschlagene Änderung unter dem Gesichtspunkte jenes *demokratischen Fortschrittes* vertreten werden, *mit dem in der Zeit nach dem Kriege unbedingt zu rechnen ist*. Die natürliche Ergänzung der *Rechtskontrolle* über die Militärverwaltung ist deren *Einbeziehung in den Bereich der ministeriellen Verantwortlichkeit*. Wenn auch gerade darin praktisch keine sonderlich einschneidende Änderung gelegen ist, so wäre sie doch als eine wirksame Ideologie durchaus geeignet, als ein *Ausgleich für die Beschränkung der legislativen Kompetenz in Militärangelegenheiten* zu gelten.

| 16

Die Unterstellung der Militärverwaltung unter eine Rechtskontrolle, d. h. die Möglichkeit gegen Entscheidungen oder Verfügungen von Militär-Verwaltungsbehörden bei einem *Verwaltungsgerichtshofe* Beschwerde zu führen, setzt jedoch, da das gegenwärtige Verhältnis zwischen Österreich und Ungarn einen *gemeinsamen* Verwaltungsgerichtshof *nicht* kennt, eine Modifikation in der Organisation der Militärverwaltung voraus, die, richtig durchgeführt, zu *einer wichtigen Verbesserung und Vereinheitlichung der Armeeverfassung* beitragen kann.

Unsere heutige Heeresverfassung leidet nämlich an dem Mangel einer *Scheidung zwischen Militärverwaltung- und Armee-Kommando-Angelegenheiten*. Obgleich der prinzipielle Unterschied dieser beiden Kategorien nicht zu verkennen ist, stellt dennoch unsere oberste Militärbehörde, das Kriegsministerium, in ihrer Kompetenz eine unklare und unzweckmäßige Vermengung beider Arten von Agenden dar.

Diese Vermengung ist vor allem *verfassungsrechtlich* unhaltbar. Denn die Angelegenheiten des *Oberkommandos* über die Streitkräfte der Monarchie, alles, was zur Leitung, Führung und inneren Organisation der Armee und Flotte gehört, ist nach allgemeinem konstitutionellem Prinzip der *ministeriellen* Verantwortlichkeit entzogen und *der ausschließlichen, unverantwortlichen Gewalt des Monarchen unterstellt*. Das ist insbesondere in der österr. Verfassung klar und deutlich im § 5 des Deleg.-Ges. v. 1867¹¹ ausgesprochen. Das bestimmt aber auch der analoge Pkt. des ung. Gesetzart. XII v. 1867,¹² der ja als mit dem österr. Deleg.-Ges. in Übereinstimmung stehend gedacht war. Der in diesem Punkte zu Tage tretende Unterschied im Wortlaute beider Gesetze ist tatsächlich zu Unrecht in dem Sinne interpretiert worden, daß die Kommandogewalt des Herrschers nach *ungarischer* Verfassung unter *ministerieller Verantwortung* ausgeübt werden müsse. Denn unter den „verfassungsmäßigen Herrscherrechten“, von denen der Art. XII spricht,¹³ kann nichts anderes verstanden werden, als daß die Übertragung der

¹¹ § 5 DelegationsG 1867 (Anm. 9): „[1] Die Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten wird durch ein gemeinsames verantwortliches Ministerium besorgt, welchem jedoch nicht gestattet ist, nebst den gemeinsamen Angelegenheiten auch die besonderen Regierungsgeschäfte einer der beiden Reichsteile zu führen. [2] Die Anordnungen in Betreff der Leitung, Führung und inneren Organisation der gesammten Armee stehen ausschließlich dem Kaiser zu.“

¹² § 27 AusgleichsG Ungarn 1867 (Anm. 9): „Egy közös miniszteriumkot kell felállítani azon tárgyakra nézve melyek, mint valósággal közösek, se a magyar korona országainak se Ő Felsége többi országainak külön kormányzata alá nem tartoznak. E miniszterium a közös ügyek mellett se egyik, se másik résznek külön kormányzata ügyeit nem viheti, azokra befolyást nem gyakorolhat. Felelős lesz e miniszterium minden tagja mindazokra nézve, a mik köréhez tartoznak, felelős lesz az egész miniszterium is együtt, oly hivatalos intézkedéseire nézve, melyeket együtt állapított meg.“ (Übersetzung nach *Ivan Zolger*, *Der staatsrechtliche Ausgleich zwischen Österreich und Ungarn*, Leipzig 1911, S. 169: „Ein gemeinsames Ministerium muß errichtet werden hinsichtlich jener Gegenstände, welche, als in Wirklichkeit gemeinsame, unter die besondere Regierung weder der Länder der ungarischen Krone, noch der übrigen Länder Seiner Majestät gehören. Dieses Ministerium kann neben den gemeinsamen Angelegenheiten die Geschäfte der besonderen Regierung weder des einen, noch des anderen Teiles führen, auf dieselben einen Einfluß nicht üben. Verantwortlich wird jedes Mitglied dieses Ministeriums hinsichtlich solcher seiner amtlicher Verfügungen, die es zusammen getroffen hat.“)

¹³ Vgl. § 11 AusgleichsG Ungarn 1867 (Anm. 9): „Ő Felségének a hadügy körébe tartozó alkalmányos fejedelmi jogai folytán mindaz, a mi az egész hadseregnek és így a magyar hadseregnek is, mint az összes hadsereg kiegészítő részének, egységes vezérletére, vezényletére és bszervezetére vonatkozik, Ő Felsége által intézendőnek ismertetik el.“ (Offizielle Übersetzung in der Landesgesetz-Sammlung abgedruckt in: *Zolger*, *Ausgleich* (Anm. 12), S. 109: „Infolge der verfassungsmäßigen Herrscherrechte Seiner Majestät in betreff des Kriegswesens wird all das, was auf die einheitliche Leitung, Führung und innere Organisation der gesamten Armee, und somit auch des ungarischen Heeres, als eines ergänzenden Teiles der Gesamtarmee Bezug hat, als der Verfügung Seiner Majestät zustehend anerkannt.“)

Kommandogewalt auf den Herrscher (in Ungarn wie in Österreich) durch die *Verfassung* erfolgt. „Verfassungsmäßig“ ist doch nicht gleichbedeutend mit „unter ministerieller Verantwortung stehend“; verfassungsmäßig heißt: der Verfassung entsprechend; die „verfassungsmäßig“ den Bürgern zustehenden Rechte z. B. haben mit der ministeriellen Verantwortung nicht das geringste zu tun. *Verfassungsmäßig* übt der konstitutionelle Monarch *ohne* Einschränkung durch ministerielle Mitwirkung *die Kommandogewalt unverantwortlich aus*, weil und insoferne eben die Verfassung ihm dieses Recht überträgt. Und eine solche Stellung des Chefs der *militärischen Exekutive* entspricht allein dem innersten Wesen dieser Staatsfunktion. Solange es überhaupt eine solche gibt, wird sie unter dem ausschließlichen Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit *autokratisch* organisiert sein. | Und diese Tendenz muß mehr oder weniger auch im Heerwesen der extremsten Demokratie zur Geltung kommen. Darin darf man sich auch vom Standpunkt einer demokratischen Anschauung zu ihr bekennen, zumal die Organisation des *Kommandos* mit der Frage der *Kriegserklärung* und des *Friedensschlusses* nichts zu tun hat, deren verfassungsrechtliche Regelung nach anderen Gesichtspunkten erfolgen kann.

|17

Hat sich bei uns schon vor diesem Kriege gezeigt, daß die Praxis über das auch theoretisch nicht haltbare staatsrechtliche Prinzip einer durch die Kontrasignatur des Ministers *gehemmten* Kommandogewalt des Monarchen hinwegschreitet, so werden die Erfahrungen dieses Krieges jedermann zwingen, einen Zustand nicht für wünschenswert zu halten, der eine *Lahmlegung der Kommandogewalt* bedeuten muß. Im übrigen wird auch in dieser Richtung die Erkenntnis des Unterschiedes der Militär-*Verwaltung* von dem *Kommando* klärend wirken. Denn was von ungarischer Seite gefordert werden kann und darf und nach österreichischer Verfassung außer Zweifel steht, ist vernünftigerweise nur dies: *die Militär-Verwaltung in das System ministerieller Verantwortung einzubeziehen*. Und dies ist in demselben Maße gerechtfertigt als die Unterstellung der Kommandoangelegenheiten unter die *ausschließliche* Kompetenz des Monarchen außer jeder Diskussion bleiben muß. In diesem Sinne wäre der § 5 des Delegationsgesetzes¹⁴ – eventuell auch restriktiv – zu interpretieren.

Aber nicht nur aus *verfassungsrechtlichen*, auch aus *sachlichen* Gründen ist eine unterschiedslose Verbindung von Militär-*Verwaltungs-* und *Kommandoangelegenheiten* in *einer* Zentralstelle unzweckmäßig. Was haben die Generalstabsabteilungen, die Abteilung für Personalangelegenheiten der Offiziere, die reine *Kommando-Agenden* führen, etwa mit der Justizabteilung oder den Rechnungs- und Intendantabteilungen des Kriegsministeriums zu tun, die wiederum vornehmlich *Administrativstellen* sind? Gerade in seinen wichtigsten *Agenden*, nämlich in denjenigen, die einen Ausfluß der *Allerhöchsten Kommandogewalt* darstellen, ist das Kriegsministerium gar kein „Ministerium“ im *verfassungsrechtlichen* Sinne. Hier fungiert der Kriegsminister – soferne überhaupt er und nicht etwa ein anderes

¹⁴ § 5 DelegationsG 1867 (Anm. 9).

Organ, z. B. der Chef des Generalstabs für den Immediatvortrag¹⁵ bei Seiner Majestät in Betracht kommt – gar nicht als „*Minister*“, sondern als *exekutives Organ des Monarchen* als Inhabers der unverantwortlichen *Kommandogewalt*. Die unklare Zwitterstellung des Kriegsministeriums zeigt sich aber gerade im gegenwärtigen Zeitpunkt, da die *Kommandogewalt* des Monarchen, die im Frieden organisationsgemäß beim Kriegsministerium steht, im Kriege zum größten Teile, wenn auch nicht ganz, in einem besonderen Organe, dem Armeeoberkommando, zum Ausdruck kommt. Und gerade im Kriege, dessen Führung eine *ausschließliche* Funktion der *Kommandogewalt* des Monarchen ist, tritt klar zu Tage, daß das Kriegsministerium, soweit es ein „Ministerium“ ist, d. h. soferne es *Militär-Verwaltungsagenden* führt, kein Ministerium des *Krieges* ist und auch nicht sein kann. |18

Weil die Einheit der Armee, dieses wichtigste Gut, das mehr als manches andere gerade von der Verfassung geschützt und sichergestellt werden muß, in allererster Linie in der ungebrochenen *Einheit des Kommandos* ruht, muß dieses – und nur dieses – unter allen Umständen von der Gefahr fern gehalten werden, die ihm durch die Doppelgesetzgebung unseres dualistischen Systems droht. Und in demselben Maße, als die *Kommandoangelegenheiten* dem konstitutionellen Prinzip der ministeriellen Verantwortlichkeit fremd und ihrem innersten Wesen nach ablehnend gegenüberstehen müssen, kann und soll sich ihm die *Militärverwaltung* ohne Gefahr für die Einheit der Armee anpassen.

Dieses ist der Leitgedanke, von dem aus die *verfassungsrechtlichen* Grundlagen unserer Wehrmacht zu reformieren sind.

IV.

In Preußen und im Deutschen Reiche hat die längst als richtig und wesentlich erkannte Scheidung von *Militär-Verwaltung* und *Kommando* zu einem selbständigen und hoch bedeutsamen Organ geführt, das neben dem preußischen Kriegsministerium, von diesem gänzlich unabhängig, unmittelbar dem Kaiser und König unterstellt, eine Exekutive von dessen unverantwortlicher *Kommandogewalt* darstellt: *das Militär-Kabinet*.¹⁶ Dieses Militär-Kabinet, das die „höheren *Kommandoangelegenheiten*“ und alle Personalien der Offiziere bearbeitet, ist jedoch noch keineswegs eine vollständige Durchführung dieses Gedankens einer Scheidung von *Militär-Verwaltung* und *Kommando*. Die Erfahrungen des großen Krieges drängen energisch zu einer noch viel weitergehenden Entwicklung. Diese Entwicklung

¹⁵ Ein Immediatvortrag ist ein unmittelbarer Vortrag vor dem Staatsoberhaupt, d. h. ohne Zwischenschaltung einer anderen Instanz.

¹⁶ Das Militärcabinet stellte im preußischen Verfassungsstaat eine der bedeutendsten extrakonstitutionellen Institutionen dar, die der direkten Kontrolle des Ministeriums und des Parlaments entzogen war; als „Militärcabinet Seiner Majestät des Kaisers und Königs“ wurde es mit zum Teil erweiterten Befugnissen im Deutschen Reich bis 1918 fortgeführt.

|19 kann in Österreich-Ungarn nicht | an jenes Organ anknüpfen, das hier dem preuß. Militär-Kabinet entspricht: der Militär-Kanzlei Sr. Majestät des Kaisers und Königs. Eben weil diese Analogie nur eine äußere ist. Diejenige Stelle, die noch in viel intensiverer Weise Agenden der Kommandogewalt des Monarchen in sich vereinigt, freilich noch nicht alle diese Agenden und zunächst nur für die Dauer des Krieges, ist das *Armeeoberkommando*, das unter Beihaltung seiner Bezeichnung, die treffender ist als die eines Militär-Kabinetts oder einer Militär-Kanzlei, berufen ist, als ständige Institution auch im Frieden zum ausschließlichen Organ der Kommandogewalt des Monarchen in ihrem ganzen Umfang zu werden.

Das Armeeoberkommando mußte auch im Frieden als ein „*Kommando*“ die natürliche Spitze jener Pyramide von stufenweise niederen Kommanden sein, als welche sich die strategisch-taktische Gliederung der Wehrmacht darstellt. Jedenfalls eine natürlichere Spitze als ein „Ministerium“, das nur ganz unorganisch den Regiments-, Brigade-, Divisions- und Korps-*Kommandos* übergeordnet erscheint. Und vielleicht ist es nicht überflüssig, gerade in diesem Zusammenhange daran zu erinnern, daß unser heutiges Kriegsministerium aus einem Armee-Oberkommando hervorgegangen ist. Ob zwischen den Korps-Kommandos und dem Armeeoberkommando als eine mittlere Einheit auch im Frieden *Armee-Kommandos* einzuschieben wären, könnte in Diskussion gezogen werden. Selbstverständlich wäre das Armeeoberkommando auch im Frieden – so wie jetzt im Kriege – *unmittelbar dem Monarchen* unterstellt und *außerhalb des Bereiches jeder ministeriellen Verantwortlichkeit*.

Zu diesem Zwecke müßten alle Agenden, die nicht als Militär-*Verwaltung* anzusprechen sind, aus der Kompetenz des Kriegsministeriums gezogen und dem Armeeoberkommando übertragen werden. Das Armeeoberkommando hätte dann im Frieden *neben* dem Kriegsministerium und *unabhängig von diesem* zu fungieren. Angesichts der Schmälerung, den der Wirkungskreis des Kriegsministeriums dadurch erfahren würde, muß allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob dessen Bestand noch neben dem der beiden natürlich auch nur auf die Militär-*Verwaltung* beschränkten Landesverteidigungsministerien wünschenswert und unbedingt notwendig sei. Ist ja jetzt schon durch die Existenz dreier mit *derselben* Militär-*Verwaltung* an oberster Stelle befaßter Ministerien das Funktionieren des militärischen Friedensapparates | genügend kompliziert. Und tritt gar mit dem ständigen Armeeoberkommando noch eine *vierte* Zentralstelle hinzu, läuft der Apparat Gefahr, lahmgelegt zu werden.

|20 Diese Bedenken treffen sich aber mit den Wünschen und Bedürfnissen die von einer anderen Seite auf dasselbe Ziel lossteuern. Wenn es gelingen könnte, die gesamte Militär-*Verwaltung* auf die beiden Landesverteidigungs-Ministerien Österreichs und Ungarns zu verteilen, dann wäre die nicht hoch genug einzuschätzende Möglichkeit gegeben, ohne die – von vornherein unmögliche – Schaffung eines *gemeinsamen* Verwaltungsgerichtshofes die Akte der Militär-*Verwaltung* unter die Rechtskontrolle der Verwaltungsgerichtshöfe beider Staaten der Monarchie zu stellen.

Damit wäre nicht nur ein Gegengewicht für eine den Bedürfnissen entsprechende Ausdehnung der *Kommandoangelegenheiten* und deren Ausschaltung aus dem Bereiche parlamentarischer Kontrolle und ministerieller Verantwortlichkeit gewonnen, sondern vor allem auch eine Form gefunden, die mit einer *Verstärkung des Armee-Einheitsprinzipes* gerade auf dem soviel umstrittenen und heiß umwobenen Gebiete des Militärwesens eine sichtliche Anerkennung der Souveränität des ungarischen wie des österreichischen Staates verbände.

Eine entsprechende Ausgestaltung der einheitlichen und unteilbaren *Kommandogewalt* paralyisiert [nicht] die vorgeschlagene Teilung der Militär-*Verwaltung* in eine österreichische und in eine ungarische. Ja ein solcher Zustand bedeutete vom organisatorischen Standpunkte sogar einen starken Fortschritt im Sinn der Vereinheitlichung und Vereinfachung. Auch die gewiß einheitliche Armee des Deutschen Reiches hat keinen Reichskriegsminister, sondern nur einen Oberkommandanten. Die Militär-*Verwaltung* ist auf mehrere Kriegsministerien verteilt. Daß neben Preußen auch Bayern einen Kriegsminister hat,¹⁷ kann der Einheit der deutschen Armee keinen Abbruch tun, weil die Vielheit der Kriegsminister sich vornehmlich auf das Gebiet der Militär-*Verwaltung* beschränkt, die einheitliche *Kommandogewalt* jedoch jeder Einzwängung in das Gefüge eines „Ministeriums“ sich entzieht. In demselben Maße freilich, indem die Einheit der Armee in Österreich-Ungarn infolge der Verschiedenheit der Nationalitäten gefährdeter ist als im Deutschen Reich, muß natürlich der Kreis der der ministeriellen Militär-*Verwaltung* entzogenen *Kommandoangelegenheiten* entsprechend abgesteckt und damit | die *dauernde Institution eines Armeeeberkommandos* systematischer ausgebaut werden als in Deutschland. |21

V.

Die Ausgestaltung der beiden Landesverteidigungsministerien zu je einem *österr.* und einem *ungar.* Kriegsministerium wäre auf Grund des Territorialitätsprinzips durchzuführen: so zwar, daß die Militär-*Verwaltung* der in *Österreich* liegenden Truppen zum *österreichischen*, die Militär-*Verwaltung* der in *Ungarn* liegenden Truppen zum *ungarischen* Kriegsministerium ressortierte. In Verbindung damit müßten natürlich gewisse Konzessionen betreffend die Dislozierung¹⁸ der aus *österr.* oder *ung.* Ergänzungsbezirken rekrutierten Mannschaften gemacht werden, in der Weise, daß diese prinzipiell in *österr.* bzw. *ung.* Regimenter einzuteilen wären. Diese Regimenter hätten grundsätzlich im Gefüge der *österr.* und der *ungar. Korps* zu verbleiben, denen die spezifisch *österr.* und *ungar.* Abzeichen (Fahnen, Embleme etc.) einzuräumen wären und deren Zahl und Truppenstärke

¹⁷ Einziger Artikel Abs. 3 Gesetz über den Kriegszustand vom 4. Dezember 1916, RGBl. S. 1331.

¹⁸ „Dislozierung“ bedeutet: räumliche Verteilung von Truppen.

in einem bestimmten Verhältnis zu einander zu fixieren wäre. Dabei darf die Einteilung von ungar. Staatsbürgern in ungarische und von österr. Staatsbürgern in österreichische Korps nicht etwa als *ausnahmslose* Regel gelten. Von vornherein muß ein bestimmtes Austauschverhältnis festgesetzt werden, so daß es sich, was die tatsächliche Zusammensetzung anlangt, – lediglich um einen vornehmlich ungarischen Charakter der ungarischen und einen bloß vornehmlich österreichischen Grundstock bei den österreichischen Korps handelt. Insbesondere müßten die Offiziere prinzipiell *frei disponierbar* sein. Es ergäbe sich somit gegenüber dem schon heute bestehenden Zustand in dieser Richtung keine wesentliche Änderung, nur daß eine äußere Form geschaffen würde, die im hohen Maße dem durch die Leistungen in diesem Kriege noch gesteigerten und berechtigten Selbstgefühl Österreichs wie Ungarns Rechnung tragen würde.

Diese äußere Form eines ungarischen neben einem österreichischen Heere – die noch viel weniger *sachliche* Unterschiede aufweist, als etwa zwischen der preußischen und der bayerischen Armee bestehen – hätte auch den außerordentlichen Vorteil, daß daneben eine selbständige österr. und ungar. Landwehr *überflüssig* wären und ohne jeden Widerstand aufgelöst werden könnten, ja weil mit der vorgeschlagenen Organisation, die ja in einem gewissen Sinne als eine außerordentliche Erweiterung der beiden | nationalen Heeresbestandteile angesehen werden kann, im Widerspruche stehend, in ihrer heutigen Form aufgelöst werden *müßten*. Welch großen Vorteil dies in *administrativer* Hinsicht bedeutete, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Die einzige ernstliche Schwierigkeit, die dem vorgeschlagenen Projekte entgegenzustehen scheint, ist die *Sprachenfrage*. Allein auch in dieser Richtung erweist sich die Scheidung von Militär-*Verwaltung* und *Kommando* als fruchtbares Prinzip.

Vor allem muß festgestellt werden, daß das gesprochene, reglementmäßige Kommando, so wie es vornehmlich im Verbands der Unterabteilung in Betracht kommt, gerade mit Rücksicht auf die modernen Formen der Kriegführung eine viel geringere Rolle spielt, als man ursprünglich geglaubt hat. Dann aber ist die Entscheidung über die *Kommandosprache* eine *Kommandoangelegenheit* und wird daher *nach dem Ermessen des obersten Kriegsherrn* bestimmt. Ob sich Se. Majestät veranlaßt sehen sollte, bei allen oder gewissen Truppenkörpern von einer bestimmten Kommandostelle nach abwärts, etwa innerhalb des Unterabteilungsverbandes, die Kommandogebung derjenigen Sprache anpassen zu lassen, die von der überwiegenden Mehrheit gesprochen wird, kann nur vom Standpunkte fachlich-*militärischer* Interessen erörtert werden. Lediglich auf dem Gebiete der Militär-*Verwaltung* können andere Gesichtspunkte maßgebend sein. Und da ist es allerdings nicht zu vermeiden, daß ein ungarisches Kriegsministerium, als ein Organ der *ungarischen* Staatsverwaltung, sich des Ungarischen als der Dienstsprache bedient und in dieser Sprache mit allen unterstellten Militär-*Verwaltungs*behörden verkehrt. Soweit *Truppenkörper* als solche mit dem österreichischen oder dem ungarischen Kriegsministerium in *unmittelbare*n Verkehr treten – und es steht

nichts im Wege, diesen unmittelbaren Verkehr einzuschränken –, werden sich allerdings diese Stellen in Österreich wie in Ungarn der dort herrschenden Staats- oder Vermittlungssprache, als ihrer Verwaltungs- (nicht Kommando-)Sprache zu bedienen haben; es wird sich empfehlen, jedem Truppenkörper einen entsprechenden sprachkundigen „Verwaltungs-offizier“ beizugeben, eine Einrichtung, die schon aus anderen Gründen, vor allem deshalb wünschenswert wäre, um den Truppenkommandanten, vom Regimentskommando aufwärts, von der Last rein *administrativer* Agenden zu befreien und ausschließlich den eigentlichen *Kommandoangelegenheiten* zuzuführen. Aus dem Status der – womöglich | juristisch | 23 gebildeten – Verwaltungsoffiziere wären auch die Konzeptskräfte der Zentralstellen zu besetzen: solche Verwaltungsoffiziere wären aber vor allem bei den Ergänzungs- und Evidenzbehörden einzuteilen.

Schließlich wäre noch eine Konsequenz zu bedenken, die sich aus dem Wegfalle eines *gemeinsamen* Kriegsministeriums ergäbe. Zu den sogenannten *pragmatischen* Angelegenheiten gehörten neben den gemeinsamen Ministerien (dem des Äußern und der Finanzen) das gemeinsame Armee-Oberkommando, das jedoch – weil die Kommandogewalt des Monarchen unverantwortlich geübt wird – nicht vor den Delegationen zu erscheinen hätte. Diese Konsequenz, die ja gerade in Ungarn auf keinen Widerstand stieße, entspräche jedoch durchaus schon unserer *gegenwärtigen* Verfassung. Denn es ist mit der Stellung eines „Kriegs-Ministers“ unvereinbar, daß er vor einer parlamentarischen Körperschaft Angelegenheiten vertritt, für die er nicht *verfassungsgemäß* verantwortlich ist. Und das ist eben bei allen jenen Agenden der Fall, die zur *Kommandogewalt* gehören. Tatsächlich kam es in den Delegationen nur anlässlich der Beratung über das gemeinsame Budget und speziell über den Heeresvoranschlag zur Diskussion *militärischer* Fragen. Dabei konnte sich die ganze Diskussion in jedem der beiden Parlamente wiederholen, da ja diesen die endgültige Bewilligung der beiden auf Österreich und Ungarn entfallenden Teilsummen zukommt. Hier sind es die beiden *Landesverteidigungs-Minister*, die für die Heeres-Verwaltung und somit auch zum großen Teile für Dinge die Verantwortung übernehmen, die gar nicht in ihrer Kompetenz, sondern in derjenigen des *Kriegsministeriums* erledigt wurden. Diesem unklaren und widerspruchsvollen Zustand gegenüber bedeutete es einen entschiedenen Vorteil, wenn zwar die Gesamtsumme *des gemeinsamen Heeresaufwandes* so wie bisher vom *gemeinsamen Finanzminister* in den Delegationen angefordert und von diesen bewilligt, die *parlamentarische* Diskussion jedoch auf diejenigen Angelegenheiten beschränkt würde, die, zu der Militär-Verwaltung gehörig, unter *ministerielle Verantwortung* gestellt, nur in jener parlamentarischen Körperschaft abgeführt würde, der einzig und allein ein für die Militär-Verwaltung verantwortlicher Minister gegenübersteht.

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorische Berichte

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien (1911)	634
Buchbesprechung Coermann, Reichsverfassung und Reichsverwaltung (1912), Buchbesprechung Errera, Staatsrecht Belgiens – Freund, Öffentliches Recht der USA – Schücking, Staatsrecht Oldenburgs (1912) sowie Buchbesprechung Llambi Campbell, Staats- und Verwaltungsrecht Argentinien (1912)	644
Industrieförderung in Rumänien (1912)	647
Buchbesprechung Krasny, Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung (1912)	651
Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen (1912)	652
Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte (1913)	658
Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof (1913) . . .	662
Politische Weltanschauung und Erziehung (1913)	668
Rechtsstaat und Staatsrecht (1913)	683
Rudolf von Ihering in Briefen (1913)	687
Sociologická a právnická idea státní/Die soziologische und die juristische Staatsidee (1913/1914)	691
Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berück- sichtigung der österreichischen Verfassung (1913)	701
Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913)	706
Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (1914/1915), Replik (1916) sowie Schlusswort (1916/1917)	713
Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)	723
Buchbesprechung Spiegel, Gesetz und Recht (1914)	729
Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktspflichtigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914)	734
Buchbesprechung Menzel, Naturrecht und Soziologie (1915)	744
Buchbesprechung Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen (1915/1916)	747
Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung (1916)	751
Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich- Ungarns (1917/1918)	758

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.
 Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien
 (1911)
 HKW 3, 22–55

I. Textkonstitution und Überlieferung

Die Grundlage der Edition bildet der bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, im Juni des Jahres 1911 verlegte und bei J. B. Hirschfeld, Leipzig, gedruckte Text, der – ausweislich der Vorbemerkung¹ – die „etwas erweiterte Wiedergabe eines Vortrages“ darstellt, den Kelsen am 31. Januar 1911² vor der Soziologischen Gesellschaft zu Wien³ gehalten hat.

Die 64seitige⁴ Kurzmonographie ist im Oktavformat mit einer Seite zu 29 Zeilen und einem Satzspiegel von 14,5 cm Höhe mal 9,1 cm Breite gedruckt. Jeder der mit einer römischen Ordnungszahl versehenen sieben Abschnitte beginnt auf einer neuen Seite; das Ende eines jeden Abschnittes wird durch einen 1,65 cm langen waagerechten Strich markiert. Die broschiierte Ausgabe kostete ursprünglich 1,50 Mark.⁵ Auf dem Einband und auf dem Buchrücken trägt die Schrift den auch in der Ankündigung in der Neuen Freien Presse⁶ aufscheinenden Titel „Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“, auf dem Deckblatt und in den Verlagsankündigungen hingegen den Titel „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“. Wie und warum es zu dieser Abweichung gekommen ist, ist nicht ersichtlich. In der Korrespondenz mit dem Verlag⁷ titulierte Kelsen seinen Beitrag – in Übereinstimmung mit dem Verlagsvertrag⁸ – „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“.⁹

¹ *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911, S. [III] = HKW 3, S. 22–55 (24).

² Vgl. Neue Freie Presse vom 31. Januar 1911, Nr. 16683, Morgenblatt, S. 11 (unter „Vereinsnachrichten“): „*Soziologische Gesellschaft*, 7 Uhr, Hörsaal der juristischen Fakultät, Dr. Hans Kelsen: „Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.“

³ Zur Soziologischen Gesellschaft in Wien vgl. *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), in: HKW 3, S. 22–55 (24 Hrsg.-Anm. 2).

⁴ Zuzüglich dreier unpaginierter Titelei-Seiten.

⁵ Vgl. die Anzeige des Werkes in den „Neuigkeiten aus dem Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und der H. Laupp’schen Buchhandlung“ (sog. „Grüne Hefte“), Nr. 11 vom 28. Juni 1911 (nicht pag.).

⁶ Vgl. oben Anm. 2.

⁷ Zur Verlagskorrespondenz mit dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) siehe Editorischer Bericht zu „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (887f.).

⁸ Das Original des Verlagsvertrages, dessen unterfertigtes Exemplar Kelsen mit Brief an den Verlag vom 3. April 1911 absandte, ist zwar nicht mehr vorhanden; es existiert aber noch ein Durchschlag des Vertragsentwurfes vom 20. März desselben Jahres, an dem ausweislich der Verlagskorrespondenz keinerlei inhaltliche Änderungen vorgenommen wurden (vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 25. März 1911; die hier und nachfolgend zitierten

Manuskripte, Typoskripte, Fahnen oder ähnliches sind unseren Recherchen zufolge nicht erhalten. Die mit einer Auflage von 1000 Stück erschienene Originalausgabe aus dem Jahre 1911 wurde im Jahr 1970 im Auftrage des Scientia Verlages, Aalen, photomechanisch nachgedruckt. Bereits zwei Jahre zuvor fand die Schrift Aufnahme in das von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebene und Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigende Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).¹⁰ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern, sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienpalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren.

„Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ ist – ganz oder auszugsweise – in mehrere Sprachen übersetzt worden. In Anlehnung an die vom Hans Kelsen-Institut gepflegte und fortlaufend aktualisierte Bibliographie der Werke Hans Kelsens¹¹ lassen sich Übersetzungen in fünf Sprachen, nämlich Italienisch, Japanisch, Serbokroatisch, Spanisch und Englisch ausmachen. Im Einzelnen handelt es sich um:

- *Italienisch*: Tra scienza del diritto e sociologia (übersetzt und eingeleitet von Gaetano Calabrò), Neapel 1974.
- *Japanisch*: 法学的方法と社会学的方法の差異について Hōgakuteki Hōhō to Shakaigakuteki Hōhō no Sai ni tsuite (Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode) (übersetzt von Kanji Morita), in: 法学論 Hōgakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokio 1977, S. 1–52. – Nachdruck in: ハンケルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushū IV Hōgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 13–49.
- *Serbokroatisch*: О границама између правничке и социолошке методе – О granicama između pravničke i sociološke metode (Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode) (übersetzt von Slavko Kirsch-

Briefe befinden sich sämtlich im Archiv der Autoren-Korrespondenz des Verlages J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), heute Mohr Siebeck, in Tübingen).

⁹ Vgl. insb. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 7. März 1911, in welchem Kelsen erstmals anfragte, „ob Sie geneigt wären, eine kleinere, za 3 Bogen umfassende Schrift: ‚Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode‘ in Verlag zu nehmen.“

¹⁰ *Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 3–36.

¹¹ Zuletzt im Druck erschienen in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. Zum 30. Todestag Hans Kelsens. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ mit der aktualisierten Bibliographie der Werke Hans Kelsens, Wien 2003, S. 79–114 (Systematische Bibliographie der Originalwerke Kelsens), und insb. 115–229 (Chronologische Bibliographie der Werke Kelsens).

- ner), Belgrad 1928. – Nachdruck in: Општа теорија права и државе Општа теорија права и државе (Die allgemeine Theorie des Rechts und des Staates), Belgrad 1998, S. 17–44.
- *Spanisch 1*: Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico (übersetzt von Leandro Azuara), in: Revista de la Facultad de Derecho de México 19 (1969), S. 561–593.
 - *Spanisch 2*: Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico, in: Oscar Correas (Hrsg.), El otro Kelsen, Mexiko 1989, S. 283–317.
 - *Englisch* (lediglich Teilübersetzung): On the Borders between Legal and Sociological Method (übersetzt von Belinda Cooper), in: Arthur J. Jacobson/Bernhard Schlink (Hrsg.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, Berkeley, Los Angeles und London 2000, S. 57–63.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Die vorliegende Schrift ist in unmittelbarem zeitlichem und inhaltlichem Zusammenhang mit Kelsens Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“¹² entstanden. Sie geht zurück auf einen Vortrag, den Kelsen vor der berühmten, 1907 gegründeten und 1934 aufgelösten Soziologischen Gesellschaft in Wien eine Woche vor Einreichung seines vom 6. Februar 1911 datierenden Habilitationswerbungsschreibens bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, nämlich am Dienstag, dem 31. Januar 1911, im „Hörsaal der juristischen Fakultät“¹³ der Universität Wien gehalten hat. Zu dieser Zeit war Kelsen als Konzeptsadjunkt am k. k. österreichischen Handelsmuseum angestellt. Darüber hinaus war er just in diesen Wochen damit beschäftigt, die Fahnkorrektur der „Hauptprobleme“ zu besorgen und die noch ausstehenden Texte, darunter namentlich die die „Hauptprobleme“ in mehrerlei Hinsicht aufschließende „Vorrede“¹⁴ zu verfassen. Kelsen übersandte dem Verlag das Manuskript sowohl der Vorrede als auch des Inhaltsverzeichnisses der „Hauptprobleme“ mit Schreiben vom 25. Februar 1911. Keine zwei Wochen später, nämlich am 7. März 1911, fragte er beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an, ob dort die Bereitschaft bestehe, seine Schrift „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ in Verlag zu nehmen.

¹² *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

¹³ So die Ankündigung in: Neue Freie Presse vom 31. Januar 1911, Nr. 16683, Morgenblatt, S. 11 (unter „Vereinsnachrichten“).

¹⁴ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 12), S. III–XIII = HKW 2, S. 21–878 (51–64); dazu: Editorischer Bericht zu „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (902–907).

Im selben Brief stellte er auch den inhaltlichen und publikationsstrategischen Bezug zu den kurz vor dem Erscheinen stehenden „Hauptproblemen“ her: „Es würde sich dabei um den Abdruck eines Vortrages handeln, den ich in der soziologischen Gesellschaft in Wien vor kurzem gehalten habe und der sich zum großen Teile mit Problemen befaßt, die ausführlich in meinen ‚Hauptproblemen‘ abgehandelt sind. Diese Schrift, die sich naturgemäß durchgehend auf die ‚Hauptprobleme‘ bezieht, dürfte [sich] vom buchhändlerischen Standpunkte als guter Schrittmacher für die große Hauptarbeit bewähren.“¹⁵ Auf derselben Linie liegt es, wenn er in der Vorbemerkung der Druckfassung der „Grenzen“ ausdrücklich darauf hinwies, dass die Abhandlung „zum großen Teile verschiedenen Partien meines Buches: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, entnommen“ ist, und hinzufügte: „Auf dieses Werk, welches das aufgeworfene Methodenproblem in eingehender Weise behandelt, sei hingewiesen, wo der mündliche Vortrag, dessen Form hier prinzipiell beibehalten wurde, einen Gedankengang nur skizzieren konnte und auf die breite Darstellung ergänzender Zusammenhänge verzichten mußte.“¹⁶ Noch deutlicher artikulierte Kelsen die „Schrittmacher“-Funktion der „Grenzen“ für die „Hauptprobleme“ in der Selbstanzeige,¹⁷ die er auf Bitten des Verlages Ende April 1911¹⁸ verfasste und die im Juni 1911 in den verlagseigenen „Grünen Heften“ erschien; dort charakterisierte Kelsen seine kurze Abhandlung als „zur Einführung gleichsam in das soeben erschienene Werk des Verfassers: ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘ (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911)“ bestimmt.¹⁹

Von Anfang an lag Kelsen sehr daran, die erweiterte Fassung seines Vortrages als möglichst stattliche Kleinmonographie publiziert zu sehen. Auf Paul Siebecks Rat, den Vortrag in einer Zeitschrift zu veröffentlichen, „da Schriften so kleinen Umfangs in der Hochflut der Erscheinungen gar zu leicht versinken, während beim Abdruck in einer Zeitschrift der vorhandene Abonnentenstamm dem Vortrag von vornherein die verdiente Beachtung sichert“,²⁰ entgegnete Kelsen, dass zwar auch ihm eine Publikation in einer Zeitschrift am liebsten wäre, „allein dies wäre kaum vor der zweiten Hälfte dieses Jahres möglich, da namhaftere Zeitschriften für die nächsten Nummern bereits komplett sind.“²¹ Schon in seinem

¹⁵ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 7. März 1911.

¹⁶ Beide Zitate: *Kelsen, Grenzen* (Anm. 1), S. [III] = HKW 3, S. 22–55 (24).

¹⁷ Das Manuskript der Selbstanzeige, um welches Oskar Siebeck und Richard Wille in ihrem an Hans Kelsen gerichteten Brief vom 12. April 1911 „auf einer Postkarte“ baten, ist selbst nicht erhalten; daran, dass die in den „Grünen Heften“ abgedruckte Kurzanzeige aus der Feder des Autors stammt, bestehen indes schon wegen des Duktus und des Inhalts keine Zweifel.

¹⁸ Mit Brief an Hans Kelsen vom 20. April 1911 bestätigten Oskar Siebeck und Richard Wille den Erhalt „des Resumés über Ihren Vortrag“.

¹⁹ Grüne Hefte (Anm. 5).

²⁰ So – in Wiedergabe der Ansicht Paul Siebecks – der Brief von Richard Wille und Richard Pflug an Hans Kelsen vom 10. März 1911.

²¹ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 15. März 1911.

nächsten Schreiben entwickelte Kelsen recht genaue Vorstellungen vom Satzbild – die Seite zu 25 Zeilen mit durchschnittlich 7 Worten. Als Muster hatte er die vom seinerzeitigen Heidelberger Prorektor Georg Jellinek gehaltene und von der Universitäts-Buchdruckerei J. Hörning verlegte „Akademische Rede zur Feier des Geburtsfestes des höchstseligen Grossherzogs Karl Friedrich am 22. November 1907“ mit dem Titel „Der Kampf des alten mit dem neuen Recht“ im Auge.²² In einem der folgenden Schreiben äußerte er den Wunsch, dass jede der insgesamt sieben, mit römischen Ordnungszahlen versehenen Abteilungen „womöglich mit einer neuen Seite beginnen möge“ – ein Wunsch, dem verlagsseitig Rechnung getragen wurde. In demselben Schreiben berechnete er den Umfang – bei Zugrundelegung einer Seite à 24 Zeilen zu ca. 7 Worten – auf „etwa 4 Druckbogen“ (à 16 Seiten).²³ Von Seiten der Verlagsleitung, die intern fünf Musterberechnungen hatte anstellen lassen, wurde Kelsen als Druckvorlage die im selben Jahr im Verlag erschienene Schrift „Goethe und Hebbel“ aus der Feder des später als Hebbel- und Hölderlin-Herausgebers berühmten Literaturhistorikers Franz Zinkernagel (1878–1935)²⁴ vorgeschlagen.²⁵ Kelsen fand Gefallen an dem Zinkernagelschen Format, und so konnten die „Grenzen“ Mitte Juni 1911 erscheinen.²⁶

2. Duktus

Die „Grenzen“ stehen, wie bereits hervorgehoben, in enger Beziehung zu den „Hauptproblemen“: Inhaltlich bewegen sie sich ganz in den von den „Hauptproblemen“ gezogenen Bahnen und zehren von den dort gewonnenen Erkenntnissen. Infolge ihrer relativen Kürze und Überschaubarkeit, ihrer Anlage und ihres Duktus dienen sie umgekehrt der Popularisierung der wahrlich nicht gerade einladend verfassten und angelegten „Hauptprobleme“.²⁷ Ungeachtet dessen können sie nicht als bloße und bei aller Komprimiertheit wortgetreue Zusammenfassung der „Hauptprobleme“ charakterisiert werden.

²² Georg Jellinek, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, Heidelberg 1907, S. 1–30. – Der Satzspiegel ist dort freilich so eingerichtet, dass die Seite 35 Zeilen mit durchschnittlich zehn bis zwölf Worten hat.

²³ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 7. April 1911.

²⁴ Franz Zinkernagel, *Goethe und Hebbel. Eine Antithese. Festvortrag zur Dezennarfeier des Württembergischen Goethebundes am 22. November 1910 im Bürgermuseum zu Stuttgart, Tübingen 1911*; die Schrift hat bei einer Seite mit 29 Zeilen à ca. 7 bis 9 Worten einen Umfang von IV und 44 Seiten. – Zinkernagel hatte sich 1907 in Tübingen für deutsche Sprache und Literatur habilitiert; 1913 wurde er dortselbst zum a. o. Tit.-Prof. ernannt, bevor er 1917 o. Prof. in Basel wurde. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der vorstehend genannten Schrift war Zinkernagel also, wie Kelsen beim Erscheinen der „Grenzen“, Privatdozent.

²⁵ Brief von Oskar Siebeck und Richard Wille an Hans Kelsen vom 12. April 1911.

²⁶ Ein genaues Datum lässt sich nicht angeben; in der Verlagskorrespondenz findet sich jedoch ein vom 13. Juni 1911 datierter (von Oskar Siebeck geschriebener?) interner Anweisungszettel, dem zufolge an Kelsen 30 Freixemplare der „Grenzen“ verschickt worden seien.

²⁷ Dazu näher Editorischer Bericht zu „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (902–907).

Trotz aller Übereinstimmung mit den „Hauptproblemen“ sind die „Grenzen“ doch aus mehrererlei Gründen als relativ eigenständige Schrift zu bewerten: Erstens halten sich die wortlautidentischen Passagen sehr im Rahmen; die größten Übereinstimmungen zeigen sich insofern mit der in etwa zeitgleich entstandenen und just die methodologischen Grundlagen ausleuchtenden Vorrede.²⁸ Für den Vortragszweck hat Kelsen den ganz überwiegenden Teil des Textes – wenn auch wenig überraschend unter vielfacher Nutzung der umfangreicheren Vorlage – neu formuliert. Zweitens bedient Kelsen sich, anders als in den „Hauptproblemen“, nicht des diskursiv-„kontradiktorischen“ Verfahrens, „bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken“²⁹ und welches die Lektüre der „Hauptprobleme“ in mehrererlei Hinsicht für den Leser als sperrig-aufwendiges Unterfangen erscheinen lässt. Vielmehr präsentiert Kelsen in gut verständlichem Vortragsduktus und ohne großen Nachweisapparat viel stärker die eigene Ansicht und die eigenen Ergebnisse. Dies hängt, drittens, auch damit zusammen, dass die „Grenzen“ „ein in verschiedenen Partien“ der „Hauptprobleme“ „auftauchendes, besonders charakteristisches Methodenproblem in zusammenhängender Darstellung vor[...]tragen“:³⁰ am Willensbegriff zeigt Kelsen die Notwendigkeit der Grenzziehung und die Gefahr der Vermengung von rechtswissenschaftlicher und soziologischer Methode auf. In der Konzentration und Fokussierung auf ein zentrales Beispiel kann Kelsen sein methodologisches, wider den Methodensynkretismus gerichtetes Vorhaben eingängig präsentieren.

Unbeschadet dessen ist unverkennbar, dass die „Grenzen“ gleichsam Fleisch vom Fleische der „Hauptprobleme“ sind. Bereits äußerlich verweist Kelsen – über die Generalinbezugnahme der „Hauptprobleme“ in der Vorbemerkung hinaus – mehrfach und zumeist als Ersatz näherer Ausführungen auf seine Habilitationsschrift. Allein sechs der insgesamt nicht mehr als 21 Fußnoten erschöpfen sich in einem Hinweis auf die „Hauptprobleme“.³¹ Im Übrigen zieht Kelsen ausweislich der Anmerkungen ausschließlich Werke heran, die er bereits in seinen „Hauptproblemen“ ausgewertet hat. Zahlreiche markante Wendungen und Begriffe, Metaphern und Beispiele verwendet Kelsen sowohl in den „Hauptproblemen“ als auch in den „Grenzen“: Hier wie dort tauchen die lateinischen Ausdrücke der *actio finium regundorum*³² und des *pater familias*³³ auf. Hier wie dort spielt die Figur

²⁸ Wortlautidentische Absätze etwa *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 12), S. IV f. = HKW 2, S. 21–878 (53, 2. Absatz) einerseits und *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), S. 2 f. = HKW 3, S. 22–55 (25, 2. Absatz) andererseits.

²⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 12), S. XI f. = HKW 2, S. 21–878 (59).

³⁰ Zitat: Grüne Hefte (Anm. 5).

³¹ Vgl. *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), S. 12 Anm. 1, 19 Anm. 1, 26 Anm. 1, 34 Anm. 1, 42 Anm. 2 sowie 63 Anm. 1 = HKW 3, S. 22–55 (30 Anm. 1, 34 Anm. 1, 37 Anm. 1, 41 Anm. 1, 42 Anm. 2 sowie 54 Anm. 1).

³² *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), S. 3–5 = HKW 3, S. 22–55 (26) entspricht inhaltlich *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 12), S. V = HKW 2, S. 21–878 (53).

³³ *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), S. 21 = HKW 3, S. 22–55 (34) entspricht inhaltlich *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 12), S. 361 = HKW 2, S. 21–878 (490).

des betrunkenen Eisenbahnwärters bzw. des Eisenbahnzusammenstoßes eine illustrierende Rolle.³⁴ Hier wie dort apostrophiert Kelsen die wissenschaftliche Methode als Kompass,³⁵ ficht wider den Methodensynkretismus,³⁶ führt den Kampf gegen die Fiktion als Symptom des Methodensynkretismus³⁷ und flaggt die Fiktion als Warnungstafel für das Verunglücken der juristischen Konstruktion aus.³⁸

Inhaltlich könnte man die „Grenzen“ als eine zu „Schrittmacher“-Zwecken³⁹ komprimierte und neukomponierte Fassung eines wesentlichen Teilaspektes der „Hauptprobleme“ bezeichnen. Neue, in der Habilitationsschrift noch nicht enthaltene Aspekte oder vertiefende Argumentationen finden sich nicht. Vielmehr bedient sich Kelsen des Argumentationsreservoirs und -rahmens der „Hauptprobleme“. Aufbauend auf der kategorischen und axiomatischen, d.h. nicht weiter begründbaren und daher auch nicht begründungsbedürftigen, formallogischen Trennung zwischen Sein und Sollen,⁴⁰ ortet Kelsen die Soziologie als explikative, seinsorientierte Kausalwissenschaft, indes die Rechtswissenschaft als normative, sollensorientierte Wissenschaft gekennzeichnet wird.⁴¹ Die seiner Ansicht nach unzulässige Verquickung der kausal- und der normwissenschaftlichen Methode, den „fehlerhaften Synkretismus“⁴², exemplifiziert er bezüglich des Naturrechts an der Lehre vom Gesellschaftsvertrag.⁴³ Folge wie Ausdruck des Methodensynkretismus sei die Fiktion,⁴⁴ die Kelsen auch schon in den „Hauptproblemen“ vehement bekämpft hat. Unter Hinweis auf die Ausführungen in den „Hauptproblemen“ erfährt die Anerkennungstheorie Kritik.⁴⁵ Den überwiegenden Teil des Vortrags

³⁴ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 40 = HKW 3, S. 22–55 (44) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), S. 65–67 Anm. 1 (67) = HKW 2, S. 21–878 (155f. Anm. 1 (156)).

³⁵ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 2 = HKW 3, S. 22–55 (25) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), S. IV = HKW 2, S. 21–878 (53).

³⁶ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 16f. = HKW 3, S. 22–55 (32) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. V, 184, 341 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 53, 294–296, 468).

³⁷ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 17f. = HKW 3, S. 22–55 (33) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. VIII, 83 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 56, 173).

³⁸ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 30 = HKW 3, S. 22–55 (39) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 577 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 731).

³⁹ Vgl. oben in und bei Anm. 15.

⁴⁰ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 1–15 = HKW 3, S. 22–55 (24–31) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 8–11, 34, 41, 43, 45f., 64f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 87–90, 118, 126, 128, 131, 153f.).

⁴¹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 5–15, insb. 5 und 14 = HKW 3, S. 22–55 (27–31, insb. 27 und 31) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. VI f., 216, 284, 341, 343 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 54f., 330f., 405, 468, 470).

⁴² Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 16 = HKW 3, S. 22–55 (32) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), S. V, 184, 341 = HKW 2, S. 21–878 (53, 294–296, 468).

⁴³ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 16–23 = HKW 3, S. 22–55 (32–36) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 41, 375–377 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 126, 508–511).

⁴⁴ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 17, 20f. = HKW 3, S. 22–55 (33, 34, 35) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. VIII, 83 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 56, 173).

⁴⁵ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 19 Anm. 1 = HKW 3, S. 22–55 (34 Anm. 1) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 46–49, 346–378 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 131–134, 474–511).

nimmt die Besprechung des Willensdogmas ein.⁴⁶ Hier trennt Kelsen – wie in seinen „Hauptproblemen“⁴⁷ – zwischen dem real-psychischen Willen und dem juristischen Willen sowie zwischen dem Willen im öffentlichen Recht,⁴⁸ dem Willen im Privatrecht⁴⁹ und dem Willen im Strafrecht.⁵⁰ Auch hier prangert er die Verwendung von Fiktionen an.⁵¹ Ein einheitlicher Staatswille im real-psychischen Sinne – wie ihn die insbesondere von Georg Jellinek angeführte organische Staatstheorie vertritt – scheitert am sozialen Faktum unterschiedlicher Mehrheitsverhältnisse im Staat,⁵² im Privatrecht scheitert die Annahme eines real-psychischen Willens daran, dass die Rechtsteilnehmer nur selten Rechtskenntnisse besäßen, so dass diese fingiert werden müssten,⁵³ der fiktive Charakter des Willens trete besonders deutlich bei der Mentalreservation in Erscheinung,⁵⁴ Rechtsgeschäfte kämen letztlich auch ohne Rechtskenntnisse der Vertragsparteien gültig zustande.⁵⁵ Der real-psychische Willensbegriff im Strafrecht, der Schuld als Willensschuld begreife,⁵⁶ scheitert spätestens daran, dass auch die Fahrlässigkeit als willensumfasst dargestellt werden müsse,⁵⁷ bei der der Erfolg aber gerade nicht gewollt gewesen sei. Die Rechtslage, dass ein nicht gewollter und nicht vorhersehbarer Erfolg, der aber vorhergesehen und vermieden hätte werden sollen,⁵⁸ vom Schuld-begriff mit umfasst sei, führt Kelsen zu Begriff und Sache der Zurechnung.⁵⁹ Diese erfolge aufgrund von Normen⁶⁰ und verknüpfe einen Tatbestand, das Normobjekt, mit einer Person, dem Normsubjekt.⁶¹ Diese Verknüpfung könne allein als

⁴⁶ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 24–47 = HKW 3, S. 22–55 (36–47).

⁴⁷ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 97–187 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 191–300).

⁴⁸ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 24–30 = HKW 3, S. 22–55 (36–39).

⁴⁹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 31–36 = HKW 3, S. 22–55 (39–42).

⁵⁰ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 37–47 = HKW 3, S. 22–55 (42–47).

⁵¹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 30, 33, 35 = HKW 3, S. 22–55 (39, 40, 41, 42) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 126–128, 130, 132 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 227–230, 232f., 234f.).

⁵² Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 27–29 = HKW 3, S. 22–55 (38) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 165–171 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 276–282).

⁵³ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 31–33 = HKW 3, S. 22–55 (40) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 125 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 227f.).

⁵⁴ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 33 = HKW 3, S. 22–55 (40f.) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 127f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 229f.).

⁵⁵ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 33–36 = HKW 3, S. 22–55 (41f.).

⁵⁶ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 37f. = HKW 3, S. 22–55 (42f.) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 133 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 235).

⁵⁷ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 38–41 = HKW 3, S. 22–55 (43f.) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 135–137 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 241f.).

⁵⁸ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 39f. = HKW 3, S. 22–55 (43f.).

⁵⁹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 46f., 48–58, 59–61 = HKW 3, S. 22–55 (46f., 47–52, 52f.) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 142–146 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 248–252).

⁶⁰ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 48 = HKW 3, S. 22–55 (47).

⁶¹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 49 = HKW 3, S. 22–55 (47f.) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 143f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 249f.).

normative, nicht etwa als kausale oder als teleologische begriffen werden.⁶² Wie in den „Hauptproblemen“⁶³ figuriert der Mensch auch hier als Endpunkt der Zurechnung; dieser Zurechnungsendpunkt sei das, was Ethik und Jurisprudenz als Willen bezeichnen.⁶⁴ Mit dieser Erkenntnis, die streng zwischen dem real-psychischen Willen und dem juristischen Willen trennt,⁶⁵ würden alle sonst üblichen Fiktionen überflüssig.⁶⁶ Mit dem Konzept des Willens als Zurechnungsendpunkt lässt sich auch das Problem der Willensfreiheit lösen: zwar seien Kausalgesetzmäßigkeiten und freier Wille unvereinbar,⁶⁷ dies gelte aber just nicht für Zurechnung und freien Willen.⁶⁸ Der Vortrag endet mit einer Vermutung über die Ursachen der Vermischung beider Willensbegriffe.⁶⁹ Möglicherweise sei der ursprünglich normative, juristisch-ethische Willensbegriff von der jüngeren explikativen Psychologie übernommen worden, ohne dass auf dessen Besonderheiten Rücksicht genommen worden sei.⁷⁰ Die juristisch-ethische Konstruktion habe die Psychologie als psychischen Vorgang nachzuweisen versucht.⁷¹ Im Ergebnis plädiert Kelsen für eine Eliminierung des Willensbegriffs aus der Psychologie.⁷²

In gewissem Sinne markieren die „Grenzen“ den Auftakt einer Reihe von Schriften, die der Vermarktung und Ausarbeitung, Vertiefung und Absicherung des in den „Hauptproblemen“ formulierten Programms gelten. Doch anders als die in den folgenden fünf Jahren erscheinenden Beiträge, von denen insbesondere „Rechtsstaat und Staatsrecht“ (1913),⁷³ „Sociologická a právnická idea státní“ (dt.: „Die soziologische und die juristische Staatsidee“) (1913/1914),⁷⁴ „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (1913),⁷⁵ „Reichsgesetz und Landesgesetz nach öster-

⁶² Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 49 = HKW 3, S. 22–55 (47) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 73, 76, 78, 144 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 162, 166, 168f., 250).

⁶³ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 145 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 251).

⁶⁴ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 53f. = HKW 3, S. 22–55 (50).

⁶⁵ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 58, 59f. = HKW 3, S. 22–55 (51f., 52) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 145f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 252).

⁶⁶ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 55–58 = HKW 3, S. 22–55 (50–52).

⁶⁷ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 59 = HKW 3, S. 22–55 (52) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 158f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 267).

⁶⁸ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 59 = HKW 3, S. 22–55 (52) entspricht inhaltlich Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 12), insb. S. 77f. = HKW 2, S. 21–878 (insb. 167f.).

⁶⁹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 61–64 = HKW 3, S. 22–55 (53–55).

⁷⁰ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 62 = HKW 3, S. 22–55 (53f.).

⁷¹ Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 62f. = HKW 3, S. 22–55 (54).

⁷² Kelsen, Grenzen (Anm. 1), S. 63 = HKW 3, S. 22–55 (54).

⁷³ Hans Kelsen, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94 = HKW 3, S. 147–155.

⁷⁴ Hans Kelsen, Sociologická a právnická idea státní, in: Sborník věd právnických a státních 14 (1913/1914), S. 69–101 (87–92) = HKW 3, S. 171–199 (188–192); Hans Kelsen, Die soziologische und die juristische Staatsidee (Übersetzung von: Sociologická a právnická idea státní) (1913/1914) = HKW 3, S. 201–234 (221–225).

⁷⁵ Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

reichischer Verfassung“ (1914),⁷⁶ „Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt“ (1914)⁷⁷ sowie „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung“ (1916)⁷⁸ zu nennen sind, verlassen die „Grenzen“ nicht den von den „Hauptproblemen“ gezogenen Problem- und Lösungshorizont, suchen also nicht nach neuen Aspekten, Dimensionen und Begründungen.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁷⁹ Die im Originaldruck enthaltenen besonderen Abschnittsunterteilungen (neue Seite, waagerechter Trennstrich) wurden aus Gründen einheitlicher Präsentation nicht übernommen. Wiewohl die Original-Schrift als Kleinmonographie erschienen ist, enthält sie keinerlei Kolummentitel.

Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle der „Grenzen“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks der „Grenzen“ in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)⁸⁰ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck der „Grenzen“ in Gestalt der von den Herausgebern vorgenommenen Korrekturen in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die – in der WRS nicht ausgewiesenen – Korrekturen am Originaltext wurden hier folgeweise weder übernommen noch eigens verzeichnet; die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanzzwecken.

⁷⁶ *Hans Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425.

⁷⁷ *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

⁷⁸ *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605.

⁷⁹ Vgl. oben S. 5–20.

⁸⁰ Anm. 10.

Buchbesprechung Coermann, Reichsverfassung
und Reichsverwaltung (1912),
Buchbesprechung Errera, Staatsrecht Belgiens –
Freund, Öffentliches Recht der USA –
Schücking, Staatsrecht Oldenburgs (1912)
sowie Buchbesprechung Llambi Campbell, Staats- und
Verwaltungsrecht Argentinien (1912)

HKW 3, 57–58

HKW 3, 59–62

HKW 3, 63–64

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Edition liegt die Ausgabe der drei kurzen Besprechungen von insgesamt fünf Büchern zugrunde, wie sie in einem Heft im XXXIV. Band des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ im Jahre 1912 publiziert worden sind.⁸¹ Das von 1904 bis 1933 unter dem vorgenannten Titel erschienene „Archiv“ war der Nachfolger des von 1888 bis 1903 verlegten „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. Zeitschrift zur Erforschung der gesellschaftlichen Zustände aller Länder“. Herausgegeben wurde das beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, verlegte „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ von dem Nationalökonom Edgar Jaffé (1866–1921) in Verbindung mit dem Soziologen und Nationalökonom Werner Sombart (1863–1941) sowie dem Soziologen und Nationalökonom Max Weber (1864–1920). Als Redaktions-Sekretär firmiert auf dem Titelblatt des betreffenden Jahrgangs Max Webers seinerzeitiger Assistent Emil Lederer (1892–1939). Im „Archiv“ erschien eine Großzahl von Max Webers bahnbrechen-

⁸¹ *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Coermann, W.: Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Köselche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 299f. = HKW 3, S. 57–58; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Errera, Professor Dr. Paul: Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.– – Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.– – Walther Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 300f. = HKW 3, S. 59–62; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Glambi-Campbell, Dr. P., Advokat: Abriß des Staats- und Verwaltungsrechtes der Argentinischen Republik. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80, geb. M. 6.20, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 301f. = HKW 3, S. 63–64.

den Schriften, aber etwa auch Walter Benjamins (1892–1940) „Kritik der Gewalt“ (1921) sowie Carl Schmitts (1888–1985) „Begriff des Politischen“ (1927). Kelsen selbst hat bis in die früheren Dreißiger Jahre wiederholt im „Archiv“ publiziert: So zählt seine Veröffentlichungsliste neben zehn Buchanzeigen respektive -besprechungen und zwei Rezensionsabhandlungen (davon eine mit Replik und Schlusswort) noch zwei im „Archiv“ erschienene Beiträge, und zwar die Erstfassung „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus dem Jahre 1920 sowie den Beitrag „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ anno 1931.⁸²

Während Kelsen den Büchern von Coermann und Llambi Campbell jeweils eine eigene Rezension gewidmet hat, haben die Bücher von Errera, Freund und Schücking eine gemeinsame Besprechung erfahren. Die Dreiteilung erklärt sich zum einen thematisch, zum anderen mit Rücksicht auf das Publikationsforum der

⁸² In chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M. 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584; *Kelsen*, Buchbesprechung Coermann (Anm. 81) = HKW 3, S. 57–58; *Kelsen*, Buchbesprechung Errera (Anm. 81) = HKW 3, S. 59–62; *Kelsen*, Buchbesprechung Llambi Campbell (Anm. 81) = HKW 3, S. 63–64; *Hans Kelsen*, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92; *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Hans Kelsen*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614; *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920), S. 50–85; *Hans Kelsen*, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521.

besprochenen Schriften: Das Buch von Coermann behandelt Fragen der Reichsverfassung und Reichsverwaltung für eine nicht fachlich vorgebildete Leserschaft, indes die vier übrigen Bücher deutschsprachige Gesamtdarstellungen des öffentlichen Rechts sei es eines ausländischen Staates, sei es eines mit eigenem Staatsrecht ausgestatteten deutschen Gliedstaates markieren. Dass Kelsen gleichwohl drei der vier Bücher gemeinsam und eines getrennt davon besprochen hat, dürfte daher rühren, dass die Schriften von Errera (zum belgischen Staatsrecht), Freund (zum US-amerikanischen öffentlichen Recht) und Schücking (zum oldenburgischen Staatsrecht) als Bände VII, XII und XIV der von Georg Jellinek (1851–1911), Paul Laband (1938–1918) und Robert Piloty (1863–1926) herausgegebenen, namentlich der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht wie der publizistischen Auslandsrechtskunde dienenden Reihe „Das öffentliche Recht der Gegenwart“⁸³ erschienen sind. Bereits im Jahre 1910 hatte Kelsen für das „Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik“ die Bände VI (Lebon zum französischen Verfassungsrecht), VIII (Saripolos zum griechischen Staatsrecht) und XI (Eyschen zum luxemburgischen Staatsrecht) von „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ ebenfalls in einer Sammelrezension vorgestellt.⁸⁴ Ohne Bezug auf diese prestigieöse Reihe verfassungsvergleichender und auslandsrechtskundlicher Monographien ist die letzte Schrift, jene von Llambi Campbell, dem argentinischen Staats- und Verwaltungsrecht gewidmet und im Verlag Dr. Max Jänecke, Hannover, erschienen.

Die drei Besprechungen finden sich unmittelbar nacheinander abgedruckt in einem Heft des anno 1912 erschienenen Bandes XXXIV des „Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik“ in der mehr als 50 Seiten umfassenden, weitläufig untergliederten Rubrik „Literatur-Anzeiger“ (Unterrubrik 31: Staats- und Verwaltungsrecht).

Weitere Textvarianten wie insbesondere Autographe oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Wie bereits für die im Jahre 1910 im „Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik“ erschienenen Buchbesprechungen aus der Feder Kelsens⁸⁵ dürfte auch für die gegenständlichen Buchbesprechungen der mit Kelsen aus dessen Heidel-

⁸³ „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ war eine im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, in den Jahren 1907–1932 erschienene Monographienreihe; insgesamt wurden 29 Bände publiziert. Die Reihe verstand sich als das Monographien gewidmete Komplement der von denselben Herausgebern (Jellinek, Laband, Piloty; später trat Max Huber als Herausgeber hinzu) verantworteten, ebenfalls ab 1907 erschienenen und ebenfalls bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen verlegten Zeitschrift „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“.

⁸⁴ Kelsen, Buchbesprechung Lebon (Anm. 82) = HKW 1, S. 573–575.

⁸⁵ Vgl. die Nachweise oben in Anm. 82.

berger Zeit bekannte Redaktions-Assistent Emil Lederer Vermittlungsdienste geleistet haben.⁸⁶

In der Sache handelt es sich bei den drei Beiträgen Kelsens nicht um Buchbesprechungen in einem anspruchsvolleren, die rezensierten Schriften in unterschiedliche Kontexte einordnenden und sie einer umfassenden Bewertung unterziehenden Sinne, sondern, der Rubrik „Literatur-Anzeiger“ entsprechend, um bloße Buchanzeigen, die über Inhalt, Aufmachung und Adressatenkreis der betreffenden Bücher informieren wollen. Die Buchanzeigen zu den Werken von Coermann und Llambi Campbell erschöpfen sich jeweils in einem kurzen Absatz. Die Besprechung der Werke von Errera, Freund und Schücking, die ebenfalls nicht mehr enthält als mit kurzen lobenden Worten versehene Inhaltsangaben, vereint die vorgestellten Schriften nur äußerlich; von einer Inbezugsetzung, gar einem wertenden Vergleich sieht Kelsen ab.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁸⁷ Die Fehlschreibung des Namens von Paulino Llambi Campbell – im „Archiv“ heißt es „Glambi-Campbell“ – wurde im editorischen Apparat richtiggestellt; es ließ sich nicht eruieren, ob es sich bei der Fehlschreibung um einen Schreib- oder einen Setzerfehler handelt.

Industrieförderung in Rumänien (1912)

HKW 3, 65–72

I. Textkonstitution und Überlieferung

Maßgeblicher Textträger für die Edition ist der unter dem Titel „Industrieförderung in Rumänien“ im 27. Jahrgang von „Das Handelsmuseum“ erschienene Zeitschriftenbeitrag. „Das Handelsmuseum“ war eine wirtschaftspolitisch ausgerichtete, von der Direktion des k. k. Österreichischen Handelsmuseums herausgegebene und von 1886 (1. Jahrgang) bis 1927 (42. Jahrgang) im Selbstverlag in Wien verlegte Wochenzeitschrift. Sie erschien in einem für die Zeitschriften der Zeit übergroßen Format (33×21,4 cm) mit gehobener Ausstattung und in zweispaltiger, aber nach Seiten gezählter Aufmachung.

⁸⁶ Zum Verhältnis Kelsen-Lederer: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (41 mit Hrsg.-Anm. 65).

⁸⁷ Vgl. oben S. 5–20.

Kelsens Beitrag ist in der auf den 15. Februar 1912 datierten Ausgabe auf S. 87f. abgedruckt und umfasst rund dreieinhalb Spalten. Fußnoten, Zwischenüberschriften oder vergleichbare Unterteilungen und Zusätze zum Text fehlen. Kelsen hat nur mehr einen weiteren Beitrag in „Das Handelsmuseum“ publiziert, nämlich im Folgejahr jenen zu „Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“.⁸⁸ Wie die „Industrieförderung“ nimmt sich auch der „Buchforderungskont“ nicht eines Themas aus Kelsens (weit gestecktem) Kernforschungsprogramm (Staats- und Völkerrechtslehre, Allgemeine Staatslehre, Staats-, Rechts- und Sozialphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie) an,⁸⁹ sondern stellt – ebenfalls wie der „Buchforderungskont“ – eine eher exotisch-randständige Publikation in der Bibliographie Kelsens dar.

Weitere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Dem k. k. Österreichischen Handelsmuseum, welches in der zweiten Hälfte der 80er Jahre des 19. Jahrhunderts aus dem 1875 gegründeten Orientalischen Museum hervorgegangen und in besonderer Weise den (wirtschafts)politischen Interessen Österreich-Ungarns auf dem Balkan verpflichtet war, war seit dem 1. Oktober 1898 zu (Aus-)Bildungszwecken die k. k. Exportakademie angegliedert worden. Diese wurde 1919 in die Hochschule für Welthandel umbenannt und schließlich 1975 in die Wirtschaftsuniversität Wien umgewandelt. Kelsen war seit dem Sommersemester 1909 zunächst sporadisch an der Exportakademie tätig und lehrte Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Spezialkolleg über Verfassung und Verwaltung der Balkanstaaten). Seit dem Wintersemester 1909/1910 leitete er ein ordentliches Kolleg über österreichische Verfassung und Verwaltung. Der seinerzeitige Sektionschef am Handelsmuseum, der nachmalige Ackerbauminister und Ministerpräsident Ernst Seidler (1862–1931), berief Kelsen zu seinem Assistenten.⁹⁰ Von 1911 bis einschließlich 1919 hatte er eine ständige Lehrstelle inne. In der Entstehungszeit des gegenständlichen Beitrags zur „Industrieförderung“, genauer: seit dem 21. Juli 1911, war Kelsen Dozent für Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Range eines „provisorischen Konzeptadjunkts“, bevor er am 10. Juni 1914 zum hauptamtlichen Dozenten für öffentliches Recht im Range eines „Adjunkts für Handels- und Wechselrecht sowie Verfassungs- und Verwaltungsrecht“ an der k. k. Exportakademie avancierte. Kelsen verfasste den Beitrag zur „Industrieför-

⁸⁸ *Hans Kelsen*, Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte, in: *Das Handelsmuseum* 28 (1913), S. 289–292 = HKW 3, S. 93–103.

⁸⁹ Vgl. auch Editorischer Bericht zu „Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“, in: HKW 3, S. 658–661.

⁹⁰ Vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (46).

derung“ folglich als Mitglied des Lehrkörpers der k. k. Exportakademie in dem Publikationsorgan des k. k. Österreichischen Handelsmuseums. Im Kopf des Beitrags firmiert der Autor als „Dozent Dr. Hans Kelsen“.

Warum Kelsen sich ausgerechnet mit der – gemessen an seinen bis dahin vorliegenden Publikationen – abgelegenen Materie der Industrieförderung in Rumänien unter einer prononciert nicht-rechtswissenschaftlichen Perspektive beschäftigte, ist heute nicht mehr mit Sicherheit zu eruieren.⁹¹ Ob er der Frage aus eigenem Antrieb und Interesse nachging oder ob der Anstoß zur Beschäftigung mit der rumänischen Industrieförderung eher von außen kam – seine dienstliche Einbindung (Exportakademie, Handelsmuseum) und Beschäftigung (seine erste Lehrveranstaltung behandelte just die Verfassung und Verwaltung der Balkanstaaten) wie seine sonstigen, in Publikationen sich niederschlagenden Interessen dürften eher das letztere nahelegen –, kann nicht mit Bestimmtheit und Verlässlichkeit entschieden werden.

Der Gesetzesentwurf, dem Kelsen sich in seinen Überlegungen zur rumänischen Industrieförderung widmete, war gewiss in rumänischer Sprache abgefasst; dass Kelsen den Entwurf in der Originalsprache lesen und verstehen konnte, erscheint wenig wahrscheinlich. Ob und gegebenenfalls woher er eine Übersetzung des Gesetzesentwurfs besaß, ist nicht bekannt. Kelsen rekurriert zu Beginn seines Beitrags ausdrücklich auf den „Motivenbericht“, d. h. auf die für die parlamentarischen Beratungen gefertigte Gesetzesbegründung, ohne freilich diese nachzuweisen oder wörtlich aus ihr zu zitieren. Hervorhebenswert ist, dass Kelsen in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu Einbringung und Diskussion des Gesetzesentwurfes seine Überlegungen anstellte; der Beitrag erschien, wie bereits angemerkt, unter dem 15. Februar 1912 – und damit nur einen Tag nach dem Beschluss des „Gesetzes über die Förderung der nationalen Industrie“ vom 14. Februar 1912.

Kelsen beschäftigte sich außer mit dem Entwurf eines „Gesetzes über die Förderung der nationalen Industrie“ aus dem Jahre 1912 auch mit der Vorgängerregelung, dem „Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie“ aus dem Jahre 1887. Doch beide von ihm in Bezug genommenen Regelungen werden im vorliegenden Text nicht mit ihrem amtlichen (ins Deutsche übersetzen) Namen bezeichnet; es hat den Anschein, als weiche Kelsen dem aus, indem er von dem „Gesetzesentwurf, betreffend die Industrieförderung“ respektive vom „Industrieförderungsgesetz von 1887“ spricht. Des weiteren war nicht zu ermitteln, ob Kelsen zu wirtschaftlich relevanten Informationen Zugang hatte, die über jene hinausgingen, die der „Motivenbericht“ selbst enthielt. Die Vielzahl detaillierter Prozent-, Währungs-, Zeit- und sonstiger Angaben gibt ein

⁹¹ Insbesondere sind im Archiv der Wirtschaftsuniversität Wien keinerlei Aktenbestände zu Kelsens Tätigkeit mehr vorhanden, die Aufschluss über die Frage geben könnten, was den Anstoß für die überwiegend wirtschafts(rechts)politische Beschäftigung mit dem Gesetzesentwurf zur Förderung der nationalen rumänischen Industrie gegeben hat.

Indiz dafür ab, dass Kelsen über die Darstellungen im „Motivenbericht“ hinaus aussagekräftige ökonomische Daten zugänglich waren. Die österreichische Außenwirtschaft war seinerzeit in besonderer Weise am rumänischen Markt und dessen Entwicklung interessiert; die insoweit wichtigsten Informationen liefen beim k. k. Österreichischen Handelsmuseum zusammen. Möglich ist, dass Kelsen die ökonomischen Detailangaben den „Monats- und Quartalsberichte der k. u. k. österreichisch-ungarischen Konsularämter“, die als Beilage von „Das Handelsmuseum“ erschienen, entnahm. Kann auch für die Person Hans Kelsen weder die Frage nach dem Warum und Wozu der Befassung mit der Thematik der „Industrieförderung in Rumänien“ belastbar geklärt werden, so dürfte dies doch für die Institution, in der und für die Kelsen arbeitete, außer Zweifel stehen.

Kelsens Beitrag erschöpft sich in einer offenbar zu Informationszwecken verfassten Darstellung sowohl der ökonomischen Verhältnisse als auch der Rechts- und Förderungslage unter dem Industrieförderungsgesetz von 1887 und dem Entwurf des im Februar 1912 verabschiedeten Nachfolgesetzes. Wertungen, sei es wirtschaftspolitischer, sei es legislatischer, sei es sonstiger Natur, nimmt Kelsen nicht vor. Der Gesetzesentwurf und das auf seiner Grundlage beschlossene Industrieförderungsgesetz aus dem Jahre 1912 ziehen ihre herausgehobene wirtschaftspolitische Bedeutung daraus, dass mit ihnen das von der Konservativen Partei beherrschte Parlament und die von ihr getragene Regierung, die bis dato einer Protektion der einheimischen Industrie ablehnend gegenüberstanden, die von der Nationalliberalen Partei im Vorgängergesetz von 1887 festgeschriebene Protektion in wesentlichen Grundzügen fortschrieb.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁹² Vereinheitlicht und heutigen Üblichkeiten angepasst wurden Art und Stellung des Dezimalzeichens bei Prozentangaben (Komma statt hochgestelltem Punkt, also beispielsweise „5,3 Prozent“ anstelle von „5·3 Prozent“) sowie die Zifferngruppierung bei mehr als dreistelligen Zahlen (halbes Spatium nach jeweils drei Ziffern von rechts statt Punkte für Tausender und Kommata für Millionen, also etwa „566901751 Francs“ anstelle von „566,901.751 Francs“). Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten von „Das Handelsmuseum“ zweispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 87 II).

⁹² Vgl. oben S. 5–20.

Buchbesprechung Krasny, Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung (1912)

HKW 3, 73–75

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Edition liegt die Druckfassung des Beitrages zugrunde, wie sie im 21. Jahrgang der „Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung“ im Jahre 1912 erschien.⁹³ Die „Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung“ war das Organ der politisch einflussreichen „Gesellschaft österreichischer Volkswirte“. Sie erschien zunächst 1892 bis 1898 in den Verlagen F. Tempsky, Prag und Wien, und G. Freytag, Leipzig, sodann 1899 bis 1911 bei der k. u. k. Hof- und Universitätsbuchhandlung Wilhelm Braumüller, Wien und Leipzig, schließlich ab 1912 bei der Manzschens k. u. k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung in Wien. Im Jahre 1912 wurde sie von Eugen Böhm-Bawerk (1851–1914), Robert Meyer (1855–1914), Eugen von Philippovich (1858–1917), Ernst von Plener (1841–1923) sowie Friedrich Freiherr von Wieser (1851–1926) herausgegeben. Nicht nur über die Mitherausgeber Böhm-Bawerk und von Wieser war die „Gesellschaft österreichischer Volkswirte“ eng mit der auf der sog. Grenznutzenlehre fußenden Österreichischen bzw. Wiener Schule der Nationalökonomie verbunden. Die „Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung“ erschien von 1892 bis 1918 etwa sechs Mal jährlich. Ihr Vorgängerorgan wurde unter dem Namen „Mittheilungen der Gesellschaft Oesterreichischer Volkswirthe“ in den Jahren 1888 bis 1890 vertrieben. Fortgesetzt wurde sie – als Neue Folge – in den Jahren 1921 bis 1927 unter dem Namen „Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik“; deren Nachfolger war ab 1929 die „Zeitschrift für Nationalökonomie“, die seit 1986 unter dem Namen „Journal of Economics“ erscheint. Kelsen publizierte noch einen weiteren Beitrag in der Zeitschrift, genauer in Band 1 der Neuen Folge im Jahre 1921; es handelt sich um die Schrift „Der Staatsbegriff der ‚verstehenden Soziologie“.⁹⁴

Weitere Textvarianten der Buchbesprechung Krasny wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

⁹³ Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Krasny Arnold, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung, mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes. Wien 1910. Manzschens k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung 21 (1912), S. 151–153 = HKW 3, S. 73–75.

⁹⁴ Hans Kelsen, Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik N. F. 1 (1921), S. 104–119.

II. Entstehung und Duktus

Die genauen Umstände der Entstehung der Buchbesprechung ließen sich nicht ermitteln. Kelsen war zu jener Zeit Dozent an der k. k. Exportakademie.⁹⁵ Es mag sein, dass er durch die Beschäftigung mit wirtschaftspolitischen Themen im Rahmen der Exportakademie auch mit der seinerzeit neuen Elektrizitätsgesetzgebung in Österreich in Berührung kam. Von wem die Initiative zur Besprechung ausging und wie Kelsens Beitrag seinen Weg in die „Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung“ fand, konnte nicht mehr eruiert werden.

Die im Original gerade einmal anderthalb Druckseiten umfassende Buchbesprechung gilt einer Schrift zur österreichischen Elektrizitätsgesetzgebung. Kelsen referiert den Inhalt des Buches, ohne sich näher mit den Thesen Krasnys auseinanderzusetzen und die eigene Ansicht mitzuteilen. Unbeschadet dessen gilt dem Krasnyschen Unterfangen Kelsens Wohlwollen. Die durch den technischen Fortschritt und die ökonomische Nutzbarkeit der Elektrizität hervorgerufene Frage, wie der Staat mit den Mitteln seiner Gesetzgebung regelnd eingreifen darf und soll, ordnet Kelsen in die größeren staats- und gesellschaftstheoretischen Kontroversen zwischen individualistischer und organischer Staats- und Gesellschaftsauffassung ein. Insbesondere ziehen Kelsen die Monopolisierungstendenzen in der Elektrizitätsindustrie an, die seiner Auffassung nach „nach einer präzisen Stellungnahme des Staates“ verlangten.⁹⁶

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁹⁷

Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen (1912)

HKW 3, 77–92

I. Textkonstitution und Überlieferung

Maßgeblicher Textträger ist der unter dem Titel „Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen“ in dem 1912 bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, verlegten XXXIV. Band des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ pu-

⁹⁵ Dazu näher oben Editorischer Bericht zu „Industrieförderung in Rumänien“, in: HKW 3, S. 647–650 (648f.).

⁹⁶ Kelsen, Buchbesprechung Krasny (Anm. 93), S. 152 = HKW 3, S. 73–75 (74f.).

⁹⁷ Vgl. oben S. 5–20.

blizierte, im Erstdruck 14 Seiten umfassende Besprechungsaufsatz, der in der Rubrik „Kritische Literatur-Übersichten“ erschien.⁹⁸ Das von 1904 bis 1933 unter dem vorgenannten Titel erschienene „Archiv“ war der Nachfolger des von 1888 bis 1903 verlegten „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. Zeitschrift zur Erforschung der gesellschaftlichen Zustände aller Länder“. Herausgegeben wurde das „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ von dem Nationalökonom Edgar Jaffé (1866–1921) in Verbindung mit dem Soziologen und Nationalökonom Werner Sombart (1863–1941) sowie dem Soziologen und Nationalökonom Max Weber (1864–1920). Im „Archiv“ erschien eine Großzahl von Max Webers bahnbrechenden Schriften, aber etwa auch Walter Benjamins (1892–1940) „Kritik der Gewalt“ (1921) sowie Carl Schmitts (1888–1985) „Begriff des Politischen“ (1927). Im selben Heft des XXXIV. Bandes erschienen Abhandlungen von Alfred Weber (1868–1958) („Das Berufsschicksal der Industriearbeiter“), Robert Liefmann (1874–1941) („Die Entstehung des Preises aus subjektiven Wertschätzungen. Grundlagen einer neuen Preistheorie“), Robert Michels (1876–1936) („Elemente zur Entstehungsgeschichte des Imperialismus in Italien“), Walther Lotz (1865–1941) („Beiträge zur Literaturgeschichte des steuerfreien Existenzminimums. Eine Bentham-Studie“), Othmar Spann (1878–1950) („Die Erweiterung der Sozialpolitik durch die Berufsvormundschaft“) und Emanuel Hugo Vogel (1875–1946) („Die Aufgaben der Sozialpolitik in der Steuergesetzgebung“). Kelsen selbst hat bis in die früheren Dreißiger Jahre wiederholt im „Archiv“ publiziert: So zählt seine Veröffentlichungsliste neben zehn Buchanzeigen respektive -besprechungen und zwei Rezensionenabhandlungen (davon eine mit Replik und Schlusswort) noch zwei im „Archiv“ erschienene Beiträge, und zwar die Erstfassung „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus dem Jahre 1920 sowie den Beitrag „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ anno 1931.⁹⁹

⁹⁸ Das „Archiv“ war seinerzeit in die vier Rubriken „Abhandlungen“, „Kritische Literaturübersichten [teils mit dem Zusatz: „und Besprechungen“, später auch schlicht: „Literatur“], „Sozialpolitische Chronik“ sowie „Literatur-Anzeiger“ eingeteilt.

⁹⁹ In chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent

Nachgedruckt wurde der Beitrag als Text Nr. 3 in dem der Auseinandersetzung des jungen Kelsen mit unterschiedlichen Strömungen der damals ebenfalls noch jungen Rechtssoziologie geltenden Sammelband: Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen 1992.¹⁰⁰ Soweit ersichtlich, ist Kelsens Auseinandersetzung mit Kantorowicz und Kornfeld „lediglich“ ins Italienische übersetzt worden. Die bibliographischen Daten der italienischen Übersetzung: *Sulla sociologia del diritto*, in: *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino, Neapel 1988, S. 177–196 (Nachdruck der Übersetzung: *Sulla sociologia del diritto*.

Dr. Nikolaus N., *Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., *Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, *Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie*. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, *Recht und Macht. Sechs Vorträge*. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Coermann, W.: *Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung*. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Köselche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 299f. = HKW 3, S. 57–58; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Paul Errera, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.– – Ernst Freund, *Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.– – Walther Schücking, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 300f. = HKW 3, S. 59–62; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Paulino Glambi Campbell, *Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik*. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80, geb. M. 6.20, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 301f. = HKW 3, S. 63–64; *Hans Kelsen*, *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92; *Hans Kelsen*, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Hans Kelsen*, *Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“]*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Hans Kelsen*, *Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“]*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614; *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 47 (1920), S. 50–85; *Hans Kelsen*, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), S. 449–521.

¹⁰⁰ Der Band trägt, abgesehen von der Einleitung, keine eigene Paginierung, sondern reproduziert auch die Paginierungen der reprographisch abgebildeten Erstdrucke.

Considerazioni critiche, in: *Sociologia della democrazia*, herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino, Neapel 1991, S. 85–102).

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Kelsen hatte bereits im Jahre 1910¹⁰¹ sowie in dem hier fraglichen Jahre 1912¹⁰² einige Bücher für das „Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik“ vorgestellt respektive besprochen. Diese Rezensionen dürften der aus Kelsens Heidelberger Zeit rührenden Bekanntschaft mit dem auch 1912 noch diensthabenden Redaktions-Assistenten des „Archiv“, Emil Lederer, geschuldet sein.¹⁰³ Ob dies in gleicher Weise für die hiesige Doppelbesprechung gilt, liegt nahe; nicht minder wahrscheinlich ist freilich, dass ihm die bereits publizierten Besprechungen die Türen des „Archiv“ geöffnet haben. Anders als bei den früheren Büchern standen die rezensierten Schriften von Hermann Kantorowicz (1877–1940) sowie Ignatz Kornfeld (1846–1921) indes in unmittelbarem Zusammenhang mit den methodologischen Überlegungen, die Kelsen in seinen „Hauptproblemen“ und „Grenzen“ angestellt hatte. Kelsens „kritische Betrachtungen“ „zur Soziologie des Rechtes“ dürfen damit als der erste Beitrag gelten, in welchem er die in den „Hauptproblemen“ entwickelte Konzeption nicht nur, wie in den „Grenzen“, bestätigend aufgreift, sondern in verschiedene Richtungen weiterentwickelt. Es ist zugleich die erste von drei in kurzen Zeitabständen publizierten methodenkritischen Stellungnahmen zu den seinerzeit aufkommenden Strömungen von sozial- und kulturwissenschaftlichen Verständnissen (in) der Rechtswissenschaft; die beiden späteren wenden sich in den Jahren 1915–1917 gegen die von Eugen Ehrlich (1862–1922) entworfene Konzeption von Rechtssoziologie¹⁰⁴ sowie im Jahre 1916 gegen die kulturwissenschaftlichen Deutungen von Jurisprudenz bei Hermann Kantorowicz, Emil Lask (1875–1915) und Gustav Radbruch (1878–1949).¹⁰⁵

¹⁰¹ Vgl. die Nachweise oben in Anm. 99.

¹⁰² Vgl. die Nachweise oben in Anm. 99.

¹⁰³ Zum Verhältnis Kelsen-Lederer: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (41 mit Hrsrg.-Anm. 65).

¹⁰⁴ Neben der eigentlichen Rezensionsabhandlung handelt es sich noch um eine Replik und ein Schlusswort Kelsens: *Kelsen*, Rechtssoziologie (Anm. 99) = HKW 3, S. 317–358; *Kelsen*, Replik (Anm. 99) = HKW 3, S. 607–612; *Kelsen*, Schlusswort (Anm. 99) = HKW 3, S. 613–614.

¹⁰⁵ *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605. – Neben den genannten drei Hauptbeiträgen Kelsens zur Auseinandersetzung mit dem Konzept einer soziologischen oder auch soziologisierenden Rechtswissenschaft dürfen freilich zwei in derselben Werkphase von Kelsen verfasste Rezensionen nicht unterschlagen werden: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre.

Die Schrift teilt sich in zwei nahezu gleich lange (S. 78–85 sowie 85–92) und lediglich mit römischen Ordnungszahlen versehene Teile: Der erste Teil gilt der 1911 erschienenen Druckfassung des von Hermann Kantorowicz auf dem Ersten Deutschen Soziologentag im Oktober 1910 zu Frankfurt am Main gehaltenen Vortrags zu „Rechtswissenschaft und Soziologie“.¹⁰⁶ Der zweite Teil widmet sich Ignatz Kornfelds ebenfalls 1911 publizierter Schrift „Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage“.¹⁰⁷ Gewiss lassen sich die beiden Werke unter das gemeinsame Oberthema „Soziologie des Rechts“ subsumieren und sind damit der recht ansehnlichen Fülle von Beiträgen zuzurechnen, die sich in den ersten beiden Dekaden des 20. Jahrhunderts um eine soziologische Sicht auf das Recht bemühen. Damit enden aber fast schon die Gemeinsamkeiten, unterscheiden sich die beiden Schriften doch grundlegend sowohl nach Duktus und Anspruch als auch nach ihrem wissenschaftlich-intellektuellen Tiefgang wie ihrem wissenschaftshistorischen Rang. Die Unterschiedlichkeit beider hinterlässt auch in Kelsens Stil der Darstellung und Auseinandersetzung ihre Spuren; während Kelsen dem Vortrag Kantorowicz' bei aller Kritik seinen Respekt nicht versagt, wirkt die Beschäftigung mit dem Ansatz von Kornfeld eher schroff und unnachsichtig.

Die Auseinandersetzung mit der in etwa zeitgleich mit der Rechtstheorie entstehenden Rechtssoziologie und den damit einhergehenden Versuchen, eine soziologische Jurisprudenz zu etablieren, muss Kelsen suchen, weil die Rechtssoziologie die Frage aufwirft, wie sie sich mit den in den „Hauptproblemen“ entwickelten erkenntnistheoretisch-methodologischen Grundpositionen Kelsens zu Recht und Rechtswissenschaft verträgt, und weil das Konzept einer soziologischen Jurisprudenz Kelsens normativistischer Sein-Sollen-Dichotomie und dem damit verbundenen wissenschaftstheoretischen Postulat der Methodenreinheit diametral widerstreitet. Kelsen nutzt die Doppelbesprechung, um auf der einen Seite jeder Spielart einer – aus seiner Sicht – methodensynkretistisch arbeitenden soziologischen Jurisprudenz eine Absage zu erteilen, aber auf der anderen Seite Wert und Notwendigkeit der methodenbewusst betriebenen Rechtssoziologie zu unterstreichen. In seltener Deutlichkeit formuliert Kelsen hier die Eigengesetzlichkeit von Rechtssoziologie einer- und dogmatisch arbeitender Rechtswissenschaft anderer-

Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438; Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 5 (1915), S. 225–229 = HKW 3, S. 533–541.

¹⁰⁶ Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen 1911, S. 275–309.

¹⁰⁷ Ignatz Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, Wien 1911.

seits und betont dabei sowohl den Zusammenhang von Selektivität und Eigenwert der disziplinspezifischen Erkenntnisse als auch das Aufeinanderangewiesensein beider Disziplinen bei strikter methodischer Separierung:

„Die methodologische Intransigenz der ersteren Richtung [Kelsen meint damit die auch von ihm geteilte Auffassung, die „eine strenge Isolierung der eigentlichen Rechtstheorie von der Soziologie“¹⁰⁸ postuliert, M. J.] ist nun nicht so zu verstehen, daß der Jurist die Resultate der Soziologie ignorieren dürfe oder solle. Die spezifisch juristische, normative Betrachtungsweise erfaßt eben nur eine Seite der Rechtserscheinung. Die Rechtsnormen können auch als Seinstatsachen begriffen werden; sie haben ihre Ursachen in der Gesellschaft, in der sie entstehen, und vor allem ihre Wirkungen auf die Gesellschaft, für die sie geschaffen werden. Die Erkenntnis dieser Zusammenhänge ist die Aufgabe einer Soziologie des Rechtes. Diese ist von größter Wichtigkeit für den Juristen, in erster Linie für den an der Erzeugung der Normen beteiligten, den Gesetzgeber, den Rechtspolitiker und infolge dessen auch für den, dem die Anwendung der Rechtsnormen obliegt, dem Richter und Verwaltungsbeamten. Aber die Konstruktion der Rechtsbegriffe darf durch die soziologische Problemstellung nicht getrübt werden. Man kann dies auch so ausdrücken, daß die Rechtssoziologie den Inhalt der Rechtserscheinung betrifft, während die Rechtswissenschaft sich nur mit ihrer Form zu befassen hat. Der Jurist kann, ja soll *auch* Soziologe sein, so wie etwa der Künstler auch Technologe sein muß, um das Material mit dem er arbeitet, zu beherrschen. Aber er muß sich stets bewußt bleiben, daß er als Jurist eine andere Methode anzuwenden hat als der Soziologe. Die Soziologie ist eine Voraussetzung der Jurisprudenz, aber von ihr wesentlich verschieden.“¹⁰⁹

Dem erkenntnistheoretisch fundierten Bekenntnis zur Methodentreue oder, was dasselbe ist, zur Methodenreinheit, dem Kelsen bereits in den „Hauptproblemen“ richtungweisenden Ausdruck verliehen hat, heftet er noch nicht den Namen der „Reinen Rechtslehre“ an; aber Kelsen nähert sich der späteren Namensprägung bereits terminologisch, wenn er in diesem Beitrag von der „vollständigen Reinigung der Rechtslehre von soziologischen Elementen“¹¹⁰ spricht.

Kelsens Beitrag „Zur Soziologie des Rechtes“ gewinnt auch deswegen Bedeutung, weil er dessen erste literarische Kritik an den Positionen der noch jungen Freirechtsbewegung darstellt. Gegen Kantorowicz und die Seinen nimmt Kelsen zunächst die „alte“ Rechtswissenschaft in Schutz, von der die Freirechtsbewegung ein subsumtionspositivistisches Zerrbild zeichne. In der Zweckorientierung begegne sich die traditionelle Jurisprudenz mit der freirechtlichen Auffassung. Sodann wendet Kelsen gegen Kantorowicz die bereits aus den „Hauptproblemen“ bekannte These, dass es „im modernen Rechtsstaate“ überhaupt keine Staatstätigkeit gebe, die „sich nicht als Realisierung eines Rechtssatzes“ darstelle;¹¹¹ die von der Freirechtsbewegung postulierten Lücken in der Rechtsordnung könne es folglich nicht geben. Die entscheidende Differenz zwischen „alter“ und freirechtlicher Deutung sieht Kelsen in der „rechtspolitisch-legislatorischen“ Frage, ob „weitgehende Gebundenheit durch das Gesetz oder richterliche Freiheit (natürlich nur im

¹⁰⁸ Hans Kelsen, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 (601) = HKW 3, S. 77–92 (78).

¹⁰⁹ Kelsen, Soziologie des Rechtes (Anm. 108), S. 602 = HKW 3, S. 77–92 (79).

¹¹⁰ Kelsen, Soziologie des Rechtes (Anm. 108), S. 602 = HKW 3, S. 77–92 (78).

¹¹¹ Kelsen, Soziologie des Rechtes (Anm. 108), S. 605 = HKW 3, S. 77–92 (83).

Gesetze eingeräumte Ermessensfreiheit)“ herrsche.¹¹² Insoweit bekundet er Sympathie für die neue Deutung.

Die Kornfeldsche Schrift hingegen bietet Kelsen Gelegenheit, die Perspektiven-, Methoden- und Erkenntnisverschiedenheit von kausal-explikativer und normativer Betrachtung in den Bahnen der „Hauptprobleme“ darzulegen und gegen Vermengungen zu verteidigen. Darüber hinaus nutzt er die Ausführungen Kornfelds, um das *genus proximum* und insbesondere die *differentia specifica* der Normen der Moral auf der einen und des Rechts auf der anderen Seite hervorzuheben.

Die Doppelrezension aus dem Jahre 1912 markiert die erste Etappe der Auseinandersetzung Kelsens mit den soziologischen Tendenzen in der Rechtswissenschaft. Ihr wird Kelsen wenig später zwei weitere Etappen folgen lassen: In den Jahren 1915 und 1916 sucht Kelsen – übrigens im selben Publikationsorgan – die Auseinandersetzung mit Eugen Ehrlichs Verständnis von Rechtssoziologie,¹¹³ und 1921 folgt die kritische Beschäftigung mit Max Webers „verstehender Soziologie“.¹¹⁴

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte ohne Besonderheiten oder Auffälligkeiten entsprechend den Editionsrichtlinien.¹¹⁵

Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte (1913)

HKW 3, 93–103

I. Textkonstitution und Überlieferung

Einer der beiden maßgeblichen Textträger für die Edition ist der unter dem Titel „Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“ im 28. Jahrgang von „Das Handelsmuseum“ erschienene Zeitschriftenbeitrag. „Das Handelsmuseum“ war eine wirtschaftspolitisch ausgerichtete, von der Direktion des k. k. Österreichischen Handelsmuseums herausgegebene und von 1886 (1. Jahrgang) bis 1927 (42. Jahrgang) im Selbstverlag in Wien verlegte Wochenzeit-

¹¹² Zitate: *Kelsen*, *Soziologie des Rechtes* (Anm. 108), S. 607 = HKW 3, S. 77–92 (84).

¹¹³ *Kelsen*, *Rechtssoziologie* (Anm. 99) = HKW 3, S. 317–358; *Kelsen*, *Replik* (Anm. 99) = HKW 3, S. 607–612; *Kelsen*, *Schlusswort* (Anm. 99) = HKW 3, S. 613–614.

¹¹⁴ *Hans Kelsen*, *Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“*, in: *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik* N. F. 1 (1921), S. 104–119.

¹¹⁵ Vgl. oben S. 5–20.

schrift. Sie erschien in einem für die Zeitschriften der Zeit übergroßen Format (33×21,4 cm) mit gehobener Ausstattung und in zweispaltiger, aber nach Seiten gezählter Aufmachung. Kelsens Beitrag ist in der auf den 12. Juni 1913 datierten Ausgabe Nr. 24 auf S. 289–292 abgedruckt und umfasst knapp sechseinhalb Spalten. Zwischenüberschriften oder vergleichbare Unterteilungen und Zusätze zum Text fehlen, die einzigen Hervorhebungen stellen Sperrungen dar; insgesamt ist dem Beitrag nur eine einzige, einem Fundstellennachweis gewidmete Fußnote beigegeben. Kelsen hat nur mehr einen weiteren Beitrag in „Das Handelsmuseum“ publiziert, nämlich im vorangehenden Jahr 1912 jenen zur „Industrieförderung in Rumänien“.¹¹⁶

Von der Publikation in „Das Handelsmuseum“ ist ein nicht datierter, aber wohl mehr oder minder zeitgleich hergestellter, eigens paginierter, in neuem Format gesetzter, 19seitiger Separatdruck im Verlag des k. k. österreichischen Handelsmuseums, Wien, erschienen. Dessen Seitenspiegel misst 12,7×7,85 cm bei 29 Zeilen pro Seite. Von der Textpräsentation her – Sperrungen sind die einzigen Texthervorhebungen – gleichen sich die beiden Publikationen. Indes weicht der Separatdruck an zwei Stellen von der (Haupt-)Publikation in „Das Handelsmuseum“ ab: Im ersten Falle wurde lediglich ein „die“ durch „welche“ ersetzt;¹¹⁷ im zweiten Falle hat Kelsen eine mehr als eine Druckseite umfassende Erläuterung eingefügt.¹¹⁸ Beide Änderungen lassen – wie schon der Umstand, dass der Separatdruck selbst sich auf dem Titelblatt auf die Erst- und Hauptpublikation in „Das Handelsmuseum“ bezieht – darauf schließen, dass der Beitrag in „Das Handelsmuseum“ für den Separatdruck noch einmal eigens durchgesehen und, wie gesagt, an zwei Stellen verändert worden ist: Im ersten Falle handelt es sich um eine stilistische Glättung; um ein doppeltes „die“ zu verhindern, ist das erste „die“ in „welche“ umgewandelt worden. Und im zweiten Falle sah Kelsen sich offenbar veranlasst, das Institut der inakzeptablen Tratte, welches er in der Erstpublikation mit Rücksicht auf zwei wenige Wochen zuvor erschienene Beiträge im selben Publikationsorgan¹¹⁹ nicht für näher erläuterungsbedürftig erachtete, für die Leserschaft des von der Zeitschrift unabhängig erscheinenden und verschickten Separatdruckes eigens vorzustellen und auszuleuchten. Mit Rücksicht darauf, dass der Separatdruck der Publikation in „Das Handelsmuseum“ gegenüber auch aus Sicht des Autors nur nachrangige Bedeutung zukommt, ist für die vorliegende Edition die Erstpublikation als „führender“ Textträger zugrunde gelegt worden;

¹¹⁶ Hans Kelsen, Industrieförderung in Rumänien, in: Das Handelsmuseum 27 (1912), S. 87 f. = HKW 3, S. 65–72.

¹¹⁷ Hans Kelsen, Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 298–292 (290) = HKW 3, S. 93–103 (95 Hrsg.-Anm. 2).

¹¹⁸ Vgl. Kelsen, Buchforderungskont (Anm. 117), in: HKW 3, S. 93–103 (98 Hrsg.-Anm. 16).

¹¹⁹ Es handelt sich um den am 1. Mai 1913 erschienenen Beitrag von Rudolf Pollak, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 213–215, sowie um den am 29. Mai desselben Jahres publizierten Artikel von Max Sokal, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 265–267.

die Abweichungen des Separatdruckes sind im editorischen Variantenapparat nachgewiesen.

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Die näheren Umstände der Entstehung des Beitrags zum „Buchforderungskont“ sind nicht bekannt. Kelsens Lehr- und Forschungstätigkeit an der k. k. Exportakademie¹²⁰ lässt jedoch gewisse Rückschlüsse zu. Die Exportakademie des österreichischen Handelsmuseums verfügte mit „Das Handelsmuseum“ über ein eigenes Publikationsorgan, in welchem auch und gerade dort tätige Dozenten Beiträge publizierten. Kelsens Beitrag etwa erscheint unter dem Verfasserintrag „Von Dr. Hans Kelsen, Dozent der Exportakademie.“ Kelsen lehrte neben Verfassungs- und Verwaltungsrecht (sowie -lehre) und Bürgerkunde sowie Statistik eben auch Handelsrecht; im „Programm- und Vorlesungsverzeichnis für die Export-Akademie des k. k. österreichischen Handelsmuseums in Wien“ ist erstmals für das Studienjahr 1912/1913 verzeichnet, dass Kelsen eine zweistündige Lehrveranstaltung zum Handelsrecht abhielt. Auch in den Folgejahren las Kelsen, teils einstündig (Studienjahre 1913/1914, 1914/1915 und 1915/1916), teils dreistündig (Studienjahr 1916/1917) „Handelsrecht“.¹²¹ Die erstmalige Abhaltung der Lehrveranstaltung zum „Handelsrecht“ steht wohl nicht nur in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Abfassung des Beitrages zum „Buchforderungskont“.

¹²⁰ Dazu ergänzend oben Editorischer Bericht zu „Industrieförderung in Rumänien“, in: HKW 3, S. 647–650 (648f.).

¹²¹ Die Daten zu Kelsens Lehrtätigkeit an der Exportakademie lassen sich entnehmen dem jährlich in Wien erschienenen Programm und Vorlesungsverzeichnis für die Export-Akademie des k. k. österreichischen Handelsmuseums: Im Wintersemester 1909/1910 lehrte Kelsen „Die Verfassung und Verwaltung der Balkanländer mit besonderer Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und der handelspolitischen Beziehungen zu Österreich-Ungarn“ (Wien 1909, S. 41), im Wintersemester 1910/1911 sowie im Wintersemester 1911/1912 „Die staatsrechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des osmanischen Reiches“ (Wien 1910, S. 40; Wien 1911, S. 39f.) und hielt gemeinsam mit Ernst Seidler einen Kurs zu „Verfassungs- und Verwaltungslehre sowie Statistik“ (Wien 1910, S. 50; Wien 1911, S. 52). Im Wintersemester 1912/1913 lehrte Kelsen wieder „Die staatsrechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des osmanischen Reiches“ (Wien 1912, S. 48). In diesem Wintersemester begann er, jeweils im Winter „Bürgerkunde I“ und im folgenden Sommer „Bürgerkunde II“ zu unterrichten, was er bis in das Studienjahr 1916/1917 fortsetzte (Wien 1912, S. 57f.; Wien 1913, S. 57; Wien 1914, S. 61; Wien 1915, S. 56; Wien 1916, S. 61f.). Der gemeinsame Kurs mit Ernst Seidler über „Verfassungs- und Verwaltungslehre sowie Statistik“ wurde ebenfalls im Winter 1912/1913, 1913/1914 und 1914/1915 wieder angeboten (Wien 1912, S. 68; Wien 1913, S. 66; Wien 1914, S. 71). Im Wintersemester 1913/1914, 1914/1915, 1915/1916 sowie 1916/1917 lehrte Kelsen „Die öffentlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Balkanstaaten“ (Wien 1913, S. 59f.; Wien 1914, S. 63, Wien 1915, S. 57; Wien 1916, S. 62f.). Im Studienjahr 1917/1918 bot Kelsen den Kurs „Verfassungs- und Verwaltungslehre und Statistik“, und zwar dieses Mal ohne Seidlers Unterstützung, an (Wien 1917, S. 11).

Der Beitrag widmet sich einem insbesondere in Österreich in Reaktion auf die „Verschlechterung der Zahlungssitten“¹²² entstandenen wechselrechtlichen Phänomen, dem Buchforderungskont, genauer: einem Institut, welches die „vom Standpunkte der kaufmännischen Moral und Bonität“¹²³ drohenden Gefahren des Buchforderungskonts zu bannen vorgeschlagen worden ist, nämlich die „inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“. Nachdem die beiden, bereits angesprochenen und kurz zuvor in „Das Handelsmuseum“ erschienenen Beiträge von Polak und Sokal den rechtspolitischen Vorstoß zur Ergänzung des (österreichischen) Einführungsgesetzes zur einheitlichen Wechselordnung eher zurückhaltend bis ablehnend behandelt hatten, tritt Kelsen für eine aufs Ganze betrachtet positivere Beurteilung ein. Zu diesem Behufe diskutiert er mit großem Sachverstand volks- und finanzwirtschaftliche, aber auch sozialpsychologische Vor- und Nachteile der „inakzeptablen deckungsberechtigenden Tratte“ im Rechtsverkehr. Dabei weist Kelsen besonders auf die mit dem Institut verbundene Avisierung des Warenschuldners hin. Im Fokus stehen die „Verbesserung der Zahlungssitten und [die] Verbilligung des Kredits“,¹²⁴ welche durch das neue Institut erreicht werden könnten. Der Beitrag kann folglich als rechtspolitische, mit wirtschaftspolitischen Argumenten operierende Einlassung Kelsens eingestuft werden. Rechtsdogmatische oder rechtstheoretische Fragestellungen werden nicht ausdrücklich thematisiert.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹²⁵ Der Edition lassen sich die Seiten- respektive Spaltenumbrüche beider Textträger entnehmen. Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten von „Das Handelsmuseum“ zweispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 291 1). Die Seitenumbrüche des Separatdrucks sind an dem Zusatz SEP zu erkennen. Die zwei Abweichungen des Separatdrucks vom Erstdruck sind in textgenetischen Herausgeber-Anmerkungen (Hrsg.-Anm. 2 und 16) verzeichnet; dort wird für die Erstpublikation die Sigle E und für den Sonderdruck die Sigle SEP verwendet.

¹²² Kelsen, Buchforderungskont (Anm. 117), S. 289 = HKW 3, S. 93–103 (95).

¹²³ Kelsen, Buchforderungskont (Anm. 117), S. 291 = HKW 3, S. 93–103 (99) – Hervorhebung nicht übernommen.

¹²⁴ Kelsen, Buchforderungskont (Anm. 117), S. 292 = HKW 3, S. 93–103 (102).

¹²⁵ Vgl. oben S. 5–20.

Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof (1913)

HKW 3, 105–111

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Edition liegt der unter dem Titel „Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof“ in der in Wien verlegten „Neue Freie Presse“, Abendblatt, Ausgabe Nr. 17673 vom Mittwoch, dem 5. November 1913 (S. 3), erschienene Beitrag zugrunde. Die 2 ½ Spalten lange Abhandlung enthält keine Zwischenüberschriften, Fußnoten, Hervorhebungen oder sonstigen besonderen Auszeichnungen. Kelsen hat in der „Neue Freie Presse“ sowohl im Jahre 1913 als auch noch im Folgejahrzehnt insgesamt rund zweieinhalb Dutzend weitere Beiträge veröffentlicht.¹²⁶

¹²⁶ Alle Beiträge von Hans Kelsen in der „Neue Freie Presse“ in chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, Rudolf von Jhering in Briefen, in: Neue Freie Presse Nr. 17423 vom 23. Februar 1913, Morgenblatt, S. 32–35 = HKW 3, S. 157–170; *Hans Kelsen*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3 = HKW 3, S. 105–111; *Hans Kelsen*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513, 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19892 vom 13. Januar 1920, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Vorentwurf der österreichischen Verfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 19920 vom 11. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19921 vom 12. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19923 vom 14. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, in: Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Die Not der Universität, in: Neue Freie Presse Nr. 20409 vom 24. Juni 1921, Morgenblatt, S. 1; *Hans Kelsen*, Zu Professor Friedrich Wiesers 70. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 20425 vom 10. Juli 1921, Morgenblatt, S. 5; *Hans Kelsen*, Michael Mayr, in: Neue Freie Presse Nr. 20740 vom 27. Mai 1922, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät, in: Neue Freie Presse Nr. 20923 vom 7. Dezember 1922, Morgenblatt, S. 7; *Hans Kelsen*, Der Proporz in der neuen Wahlordnung für den Nationalrat, in: Neue Freie Presse Nr. 21184 vom 31. August 1923, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Julius Ofners Rechtsphilosophie, in: Neue Freie Presse Nr. 21251 vom 7. November 1923, Morgenblatt, S. 17; *Hans Kelsen*, Franz Oppenheimer. Zu seinem sechzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 21391 vom 30. März 1924, Morgenblatt, S. 4–5; *Hans Kelsen*, Die politische Theorie Lassalles, in: Neue Freie Presse Nr. 21405 vom 13. April 1924, Morgenblatt, S. 4; *Hans Kelsen*, Für die Vollendung der Verfassung!, in: Neue Freie Presse Nr. 21487 vom 6. Juli 1924, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Der Bund und die Länder, in: Neue Freie Presse Nr. 21620 vom 20. November 1924, Morgenblatt, S. 1–2; Nr. 21622 vom 22. November 1924, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch', in: Neue Freie Presse Nr. 21639 vom 10. Dezember 1924, Morgenblatt, S. 1–2; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 21734 vom 17. März 1925, Morgenblatt, S. 3; Nr. 21736 vom 19. März 1925, Morgenblatt, S. 2; Nr. 21738 vom 21. März 1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung. Rechnungshof und Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 21744 vom 27. März 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21756 vom 8. April

Die „Neue Freie Presse“ war die maßgebliche überregionale Zeitung für die allgemeine Öffentlichkeit in Österreich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Sie erschien vom 1. September 1864 bis zum 30. September 1928 sowie vom 1. Oktober 1938 bis zum 31. Januar 1939. Anschließend ging sie im 1867 gegründeten „Neue Wiener Tagblatt“ auf, das bis 7. April 1945 gedruckt wurde. Im Zeitungsformat – Großfolio, Seitengröße 42,5×27 cm, dreispaltiger Satz (Frakturschrift) – erschien die „Neue Freie Presse“ durchschnittlich wöchentlich 12mal mit Morgen- und Abendblatt bzw. Sonn- und Feiertagsausgaben. Mitbegründer und bis zu seinem Tode Herausgeber der „Neue Freie Presse“ war der deutsch-österreichische Jurist und Journalist Max Friedländer (1829–1872), der Cousin von Ferdinand Lassalle. In den Jahren 1870 bis 1879 wurde die Zeitung vom zweiten Mitbegründer, dem Wiener Journalisten und politischen Publizisten Michael Etienne (1827–1879) (mit)herausgegeben. In der Zeit zwischen 1913 und 1929, in der die Beiträge von Hans Kelsen in der „Neue Freie Presse“ erschienen, zeichneten von 1880 bis 1920 der mährische Journalist Moriz Benedikt (1849–1920), seit 1872 Redakteur des volkswirtschaftlichen Teil des Blattes, bzw. bis 1934 sein Sohn Ernst Benedikt (1882–1973) als Herausgeber. Die „Neue Freie Presse“ nimmt in der österreichischen Medienlandschaft eine singuläre Stellung ein. Von Beginn an vertrat sie als repräsentatives Blatt den vornehm großbürgerlichen Liberalismus mit einer betont österreichischen Linie. Kommerziell sehr erfolgreich, technisch modern gestaltet (1869–1873 Übergang zum Rotationsdruck) und von hohem inhaltlichem und sprachlich-stilistischem Niveau konnte

1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Ferdinand Lassalle, in: Neue Freie Presse Nr. 21759 vom 11. April 1925, Morgenblatt, S. 4; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Adamovich, L. und Fröhlich, L.: Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder mit den Ausführungs- und Nebengesetzen und Erkenntnissen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes. Handausgabe österreichischer Gesetze und Verordnungen, Heft 212. Wien, 1925, Druck und Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, in: Neue Freie Presse Nr. 21776 vom 29. April 1925, Abendblatt, S. 5; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung. (Verfassungsgerichtshof), in: Neue Freie Presse Nr. 21792 vom 15. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21796 vom 19. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Das Kompromiß in der Verfassungsfrage. Der Inhalt der endgültigen Vorlagen, in: Neue Freie Presse Nr. 21800 vom 23. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Die Aenderung der Kompetenzbestimmungen in der Verfassungsreform, in: Neue Freie Presse Nr. 21804 vom 27. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems, in: Neue Freie Presse Nr. 22090 vom 14. März 1926, Morgenblatt, S. 6–7; *Hans Kelsen*, Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht. Für Einzelwahlen an Stelle der Listen. (Aus einem Vortrage), in: Neue Freie Presse Nr. 22088 vom 12. März 1926, Morgenblatt, S. 1–2; *Hans Kelsen*, Rudolf Herrnritys „Oesterreichisches Verwaltungsrecht“, in: Neue Freie Presse Nr. 22096 vom 20. März 1926, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, in: Neue Freie Presse Nr. 23128 vom 3. Februar 1929, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Karl Brockhausen. Zu seinem siebenzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 23222 vom 9. Mai 1929, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23370 vom 6. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6–7; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Umgestaltung der Gesetzgebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23384 vom 20. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Die Rechte des Bundespräsidenten, in: Neue Freie Presse Nr. 23394 vom 30. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 2–3.

die Zeitung sicherlich auch entsprechende Honorare an ihre Autoren zahlen, was angesichts von Kelsens finanziell angespannter Situation nicht außer Betracht gelassen werden darf. Neben Kelsen waren prominente Verfasser für die „Neue Freie Presse“ beispielsweise Eduard Hanslick, Theodor Herzl, Hugo von Hofmannsthal, Felix Salten, Arthur Schnitzler und Stefan Zweig. Karl Marx' Beteiligung als Korrespondent aus London dürfte von kurzer Dauer gewesen sein. Zeitweise hatte das als „österreichische Times“ apostrophierte Organ mehr als 500 festangestellte Journalisten, darunter 80 bis 100 im Ausland. Sie war hinsichtlich der Auflage die drittgrößte Zeitung vor dem Ersten Weltkrieg (1904: 50000 Exemplare, 1912: 66000 Exemplare, 1938: 59000 Exemplare); ihre höchste Druckauflage erreichte sie im Jahr 1920 mit 90000 Exemplaren. Nach dem Einmarsch der deutschen Truppen am 12. März 1938 und dem „Anschluss“ Österreichs an das Deutsche Reich wurde die Zeitung unter nationalsozialistische Kontrolle gebracht. Ernst Benedikt wurde in der Reichspogromnacht verhaftet und emigrierte nach seiner Entlassung im April 1939 über Großbritannien nach Schweden, von wo er erst 1962 nach Wien zurückkehrte.

Sonstige Textträger der „Böhmischen Verwaltungskommission“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Kelsens Autorenschaft

Kelsen firmiert nicht als Autor der Abhandlung. Vielmehr erfährt der Leser statt einer präzisen Autorenangabe lediglich, dass der Beitrag „von einem Staatsrechtslehrer“ stamme. Unbeschadet dessen dürften die vorliegenden Indizien die Annahme stützen, dass Kelsen die Schrift tatsächlich verfasst hat. *Gegen* eine Autorenschaft könnte zunächst ins Feld geführt werden, dass kein Grund bekannt ist, warum Kelsen unter dem „Pseudonym“ des Staatsrechtslehrers und nicht unter dem eigenen Namen hat veröffentlichen sollen. Zu erwägen wäre indes, ob ihn seine beruflich noch recht ungesicherte Stellung dazu bewogen haben könnte, den Beitrag wegen der Schärfe der von ihm am Verwaltungsgerichtshof geübten Kritik – Kelsen hält dem Höchstgericht unter anderem „juristische Verdrehungskünste“¹²⁷ vor – und der Heftigkeit des Vorwurfes des Verfassungsbruches anonym zu publizieren; auch der Umstand, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes mangels einer allgemein zugänglichen Publikation gleichsam ein Internum darstellte, mag eine Rolle für die Anonymisierung des Autors gespielt haben. Dann wäre aber – immer noch und erst recht – zu erklären, warum Kelsens Assistent, Biograph und Freund Rudolf Aladár Métall (1903–1975), der Jahrzehnte später

¹²⁷ Kelsen, Verwaltungskommission (Anm. 126), S.3 = HKW 3, S.105–111 (111) – siehe ergänzend nachfolgend III., S.667f.

wiederholt Bibliographien der Werke Kelsens mit dessen Einverständnis veröffentlichte, in keiner dieser Aufstellungen die „Böhmische Verwaltungskommission“ verzeichnet hat.¹²⁸ Schließlich könnte als gegen Kelsens Autorenschaft sprechendes Indiz der Umstand betrachtet werden, dass Kelsen selbst in keinem seiner einschlägigen Arbeiten die „Böhmische Verwaltungskommission“ in Bezug nimmt; dabei ist freilich zu beachten, dass die thematisch wohl nächste Arbeit, nämlich die Druckfassung seines Habilitationsvortrages „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“¹²⁹ zwar im selben Jahr, aber sowohl vor der „Böhmischen Verwaltungskommission“ als auch vor dem darin kritisierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes sowie dem in diesem Erkenntnis behandelten Kaiserlichen Patent erschienen ist.^{130, 131}

Für eine Autorenschaft Kelsens streiten insbesondere folgende Indizien: Die Zahl der als Verfasser in Betracht kommenden, seinerzeit aktiven Staatsrechtslehrer, die überdies zu der gewählten Thematik hätte publizieren können, ist sehr überschaubar; und Inhalt und Duktus des Beitrags dürften zu keinem aus diesem kleinen Kreise besser passen als zu Kelsen. Ihm war der Fragenkreis bereits aus eigenen Forschungen vertraut, wie sowohl die „Hauptprobleme“¹³² als auch und insbesondere der oben in Bezug genommene, ein halbes Jahr zuvor im Druck erschienene Habilitationsvortrag zum „Gesetz im formellen und materiellen Sinn“

¹²⁸ Vgl. *Rudolf Aladár Métall*, Chronologisches Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens, in: Alfred Verdross (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre* [Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 417–441, insb. 420f. (für das Publikationsjahr 1913); *Rudolf Aladár Métall*, Verzeichnis der wissenschaftlichen Abhandlungen, in: Hans Klecatsky / René Marcic / Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 2348–2380, insb. 2350; *Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 124–155, insb. 125.

¹²⁹ *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246.

¹³⁰ Das „Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ erschien unter dem 18. Mai 1913, das Kaiserliche Patent betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen erging am 26. Juli 1913, das VwGH-Erkenntnis datiert vom 6. Oktober 1913, und die „Böhmische Verwaltungskommission“ ist am 5. November desselben Jahres abgedruckt worden.

¹³¹ In unmittelbarer thematischer Nähe bewegen sich auch Ausführungen in *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, insb. S. 46 und 95, vgl. auch 199 und 212. Im „Österreichischen Staatsrecht“ freilich ist Kelsen zum einen überhaupt sehr sparsam mit Nachweisen aus dem Schrifttum, und zum anderen weist er nur an einer einzigen Stelle, a. a. O., S. 74 Anm. 1, in einem Pauschalverweis auf eine eigene Arbeit hin. Mehr noch: Kelsen spricht im Zusammenhang mit dem richterlichen Prüfungsrecht in Bezug auf Verordnungen den Ausnahmefall der sogenannten § 14-Verordnungen, d. h. der auf § 14 Gesetz vom 21. Dezember 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (StGG Reichsvertretung 1867), gestützten Rechtsverordnungen, in seinem „Österreichischen Staatsrecht“ eigens an (a. a. O., S. 95). Die Ausführungen liegen ganz auf der Linie der Aussagen in der „Böhmischen Verwaltungskommission“.

¹³² Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, insb. S. 412–429, 540–549 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 549–567, 691–700).

hinlänglich bestätigen; in der zuletzt genannten Abhandlung wie in der „Böhmischen Verwaltungskommission“ steht das Gesetz im formellen Sinne im Zentrum der Überlegungen. Des weiteren legen einzelne Argumentationsfiguren und Wendungen es nahe, Kelsen als deren Verfasser zu betrachten: So gipfelt, um nur Weniges zu nennen, die an dem höchstgerichtlichen Erkenntnis geäußerte Kritik in dem – sehr kelsen(iani)sch anmutenden – Vorwurf, dass „die vom Verwaltungsgerichtshof versuchte Konstruktion eines allgemeinen ungeschriebenen Staatsnotrechtes [...] ins Reich der Naturrechtstheorie“ gehöre.¹³³ Ein Dauerthema Kelsens wird auch angestimmt mit dem im Schlusssatz des Beitrages erhobenen Vorwurf, der Verwaltungsgerichtshof verwische „die Grenze zwischen Recht und Politik“.¹³⁴ Das formelle Gesetz firmiert in der „Böhmischen Verwaltungskommission“ mehrfach als „vom Kaiser sanktionierter und gehörig kundgemachter Gesetzesbeschluß“; in entsprechender Weise kennzeichnet Kelsen das formelle Gesetz nicht nur in den „Hauptproblemen“,¹³⁵ sondern auch in anderen Beiträgen, namentlich in seinem bereits mehrfach genannten Habilitationsvortrag¹³⁶ sowie in seiner im Folgejahr erscheinenden großen Abhandlung „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“.¹³⁷ Das letztlich entscheidende Indiz liefert indes Adolf Julius Merkl (1890–1970),¹³⁸ der gemeinsam mit Alfred Verdross (1890–1980) just in jenen Jahren in eine Schülerbeziehung zu Kelsen trat:¹³⁹ Merkl widmet ausgerechnet dem von der „Böhmischen Verwaltungskommission“ scharf kritisierten VwGH-Beschluss eine seiner ersten wissenschaftlichen Publikationen überhaupt, nämlich den im Jahre 1915¹⁴⁰ in der von Hans Kelsen begründeten und redigierten „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschienenen Beitrag unter dem Titel „Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913, und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung“.¹⁴¹ Darin findet sich folgende Passage:

¹³³ Kelsen, Verwaltungskommission (Anm. 126), S. 3 = HKW 3, S. 105–111 (110).

¹³⁴ Kelsen, Verwaltungskommission (Anm. 126), S. 3 = HKW 3, S. 105–111 (111).

¹³⁵ Vgl. die Nachweise oben Anm. 132.

¹³⁶ Kelsen, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 129), insb. S. 232 = HKW 3, S. 235–246 (insb. 244).

¹³⁷ Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 (insb. 220, 221) = HKW 3, S. 359–425 (insb. 373, 374).

¹³⁸ So bereits Herbert Haller, Hans Kelsen – Schöpfer der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung?, in: Reihe Rechtswissenschaft [der Wirtschaftsuniversität Wien] Nr. 4, o. O., 1977, S. 44 mit Anm. 16.

¹³⁹ Vgl. dazu Wolf-Dietrich Grussmann, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989, insb. S. 18f., 20.

¹⁴⁰ Das betreffende 3. Heft des Zweiten Jahrgangs der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erscheint ausweislich des Titelblattes im Jahre 1915.

¹⁴¹ Adolf Merkl, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913, und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915/1916), S. 295–308 = Merkl-GS III/1, S. 3–17.

„Was gegenüber der Konstruktion des Verwaltungsgerichtshofes [...] zu sagen ist, hat erschöpfend ein Artikel in der ‚Neuen Freien Presse‘ Nr. 17673 vom 5. November 1913 ‚Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof; von einem Staatsrechtslehrer‘ (Dr. Hans Kelsen) ausgesprochen.“¹⁴²

Merkel erläutert und begründet seine Zuschreibung zwar nicht; infolge des wissenschaftlich-akademischen wie persönlichen Näheverhältnisses zwischen Kelsen und Merkel darf indes davon ausgegangen werden, dass Merkel hier keine haltlose Mutmaßung ausgesprochen, sondern Sonderwissen zum Besten gegeben hat.

III. Entstehung und Duktus

Kann schon die Autorenschaft Kelsens nur auf der Grundlage von leidlich belastbaren Indizien erschlossen werden, versteht es sich von selbst, dass evidenzbasierte Aussagen zur Entstehung des Beitrages nicht gemacht werden können. Sollte Kelsen den Artikel tatsächlich verfasst haben, so liegt die Vermutung nahe, dass das Interesse Kelsens an der und seine Aufmerksamkeit für die Thematik aus seinen anlässlich der „Hauptprobleme“, insonderheit aber anlässlich seines erst wenige Monate vor Erscheinen der „Böhmischen Verwaltungskommission“ veröffentlichten Habilitationsvortrags zur „Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ getätigten Forschungen herrühren.¹⁴³ Warum der Autor just die „Neue Freie Presse“ und nicht ein fachliches Publikationsorgan gewählt hat, ist hingegen nicht (mehr) ermittelbar.

Der Sache nach handelt es sich um eine ausführliche Entscheidungsrezension. Gegenstand ist der nicht veröffentlichte Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Oktober 1913 (Z 9709), in welchem dieser erklärte, dass das Kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913, welches an die Stelle des Landesausschusses die Landesverwaltungskommission setzte, wegen seines Gesetzescharakters nicht dem Prüfungsrecht des Gerichtshofes unterworfen sei. An mindestens zwei Stellen¹⁴⁴ zitiert der Autor der „Böhmischen Verwaltungskommission“ den Beschluss offenbar wörtlich; das setzt voraus, dass er den Beschluss seinem Wortlaute nach – zumindest auszugsweise – gekannt haben muss. Wie sich der Autor diese Kenntnis verschafft hat, ließ sich nicht eruieren. Der Beschluss vom 6. Oktober 1913 ist gegenwärtig im Österreichischen Haus-, Hof- und Staatsarchiv nicht mehr auffindbar.

Inhaltlich unterzieht der Autor den VwGH-Beschluss mit dessen Argumentationslogik einer scharfen, bisweilen drastischen Kritik: Es fallen Formulierungen wie „ganz und gar willkürliche Aufstellung“, „muß für jedes juristische Gewissen

¹⁴² Merkel, Patent (Anm. 141), S. 301 – Hervorhebung nicht übernommen.

¹⁴³ Nachweise oben Anm. 129 (Habilitationsvortrag) sowie 132 (Habilitationschrift).

¹⁴⁴ Kelsen, Verwaltungskommission (Anm. 126), S. 3 = HKW 3, S. 105–111 (109 Hrsg.-Anm. 10, 110 Hrsg.-Anm. 16).

geradezu eine Folter bedeuten, den Argumentationen zu folgen“, „Hier hat überhaupt jede Kritik einen Sinn verloren!“, „juristische Verdrehungskünste“, „mit seinem Versuche, diesen Verfassungsbruch juristisch zu rechtfertigen, unsere ganze Verfassung auf den Kopf gestellt, deren wichtigste Schranken verschoben, deren klarste Bestimmungen verwirrt“. Im Zentrum steht das gegen den Verwaltungsgerichtshof gewendete – und für die kelsensche Beweisführung charakteristische – argumentum ad absurdum:

„Damit ist jede Verordnung, die contra legem erlassen wird, keine Verordnung, denn sie dient nicht der Durchführung oder Ergänzung eines Gesetzes, sondern dessen Beseitigung; da sie aber keine Verordnung ist, kann sie das Gericht nicht überprüfen. Folglich kann das Gericht überhaupt niemals die Ungültigkeit einer Verordnung aussprechen.“¹⁴⁵

IV. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁴⁶ Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten der „Neue Freie Presse“ dreispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 3 III).

Politische Weltanschauung und Erziehung (1913)

HKW 3, 112–145

I. Textkonstitution und Überlieferung

Grundlage der Edition bildet die Fassung der Erstpublikation von „Politische Weltanschauung und Erziehung“ in der sozialpolitisch wie sozialwissenschaftlich ausgerichteten Zeitschrift „Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung“. Zum Erstdruck wird im Variantenapparat der erhaltene Autograph der „Politischen Weltanschauung“ in Bezug gesetzt.

1. Autograph

In dem im Hans Kelsen-Institut lagernden wissenschaftlichen Nachlass Hans Kelsens findet sich eine 21,4 cm breite und 17 cm hohe, knapp 1 cm dicke Umschlagmappe aus (vergilbter) grüner Pappe, die vom Verfasser handschriftlich mit dem Titel „Über politische Weltanschauung und Erziehung“ versehen worden ist. Die Mappe enthält neben einem linierten, aber unbeschriebenen Umschlagblatt zu-

¹⁴⁵ Kelsen, Verwaltungskommission (Anm. 126), S. 3 = HKW 3, S. 105–111 (109) – Hervorhebung nicht übernommen.

¹⁴⁶ Vgl. oben S. 5–20.

nächst acht Fahnenfragmente, sodann den 55seitigen, mit „Über politische Weltanschauung und Erziehung“ überschriebenen Autographen, schließlich ein Konvolut von insgesamt 12 Entwurfsseiten, in welchem sich ein Konzept für einen Brief (wohl) an den Zeitschriftenherausgeber befindet.

Die Mappe samt Inhalt gehört nicht zu jenen Nachlassgegenständen, die nach Kelsens Ableben von dessen Töchtern zunächst dessen Schüler und Vertrauten Rudolf Aladár Métall (1903–1975) vermacht und nach dessen Tod schließlich im Jahre 1977 ins Hans Kelsen-Institut überführt worden sind.¹⁴⁷ Vielmehr zählt das Schriftstück zu jenen Autographen, die Kelsens Enkeltochter Anne Feder Lee (geb. 1944) im Oktober 2005 dem Hans Kelsen-Institut überlassen hat. Warum Kelsen neben wenigen weiteren Handschriften aus jener Zeit – ausgerechnet das Manuskript (mit Entwurfsseiten und Fahnenfragmenten) der „Politischen Weltanschauung“ ins amerikanische Exil mitnahm, lässt sich heute nicht mehr beantworten.

Der Autograph¹⁴⁸ umfasst 28 von Kelsen – wie schon beim Autographen zu den „Hauptproblemen“ – jeweils nur auf dem vorderen Blatt paginierte Doppelblätter, wobei Kelsen zweimal die Blattzählung „15“ vergeben hat (im Folgenden „15₁“ und „15₂“), so dass die Paginierung bis „27“ reicht. Die Größe der Blätter beträgt einheitlich 21,1–21,2 cm in der Breite bei einer Höhe von 17–17,2 cm. Am unteren Seitenende ist eine Risskante zu erkennen; nach den Risskanten zu urteilen wurden jeweils mehrere Bögen gleichzeitig durchgerissen. Die Blätter sind grundsätzlich nur auf der Vorderseite, also recte, beschrieben; die Rückseiten hat Kelsen allfälligen Ergänzungen vorbehalten (so die verso-Seiten von 3a, 4a, 4b, 8a, 11b, 12b, 13b, 18a, 19a (vollständig beschrieben), 24a und 24b). Die Handschrift, bis auf den lateinisch geschriebenen Titel und die Autoren- und Titelangaben in den Anmerkungen in Kurrent gehalten, ist durchweg mit Bleistift ausgeführt; lediglich auf dem letzten Blatt der Mappe, das offensichtlich nicht zu dem Manuskript gehört, finden sich unklare Notizen mit Tinte. Anders als beim Autographen der „Hauptprobleme“ wirkt die Schrift über weite Strecken flüchtig und verhältnismäßig unruhig; dies deutet darauf hin, dass Kelsen den Text offenbar sehr schnell geschrieben hat. Unbeschadet dessen ist der Autograph nicht in einem durchgeschrieben worden; Schriftunterschiede und diverse Neuansätze mit einem gespitzten Bleistift belegen mehrfache Unterbrechungen im Verfassen des Textes. In der

¹⁴⁷ Kelsen hatte über seinen wissenschaftlichen Nachlass keine ausdrückliche Verfügung getroffen; die beiden Töchter Kelsens, Dr. Hanna (Anna) Oestreicher (1914–2001) und Maria Feder (1915–1994), haben als dessen Erbinnen im Juni 1973 – also kaum zwei Monate nach Kelsens Tod am 19. April 1973 – verfügt, dass der Nachlass zunächst Métall zufallen und nach dessen Tod zum Zwecke sorgsamer Verwahrung, Verwaltung und allfälliger Verwertung auf das Hans Kelsen-Institut übergehen solle. Nach dem Tode Métalls am 30. Mai 1975 dauerte es noch einmal knapp zwei Jahre, bis der Nachlass Kelsens – gemeinsam mit der rechtstheoretischen Bibliothek Métalls, die dieser dem Institut vermacht hatte – im März 1977 ins Hans Kelsen-Institut überführt werden konnte.

¹⁴⁸ Beispielseiten des Autographen sind abgedruckt auf S. 112, 119, 125, 139 und 142.

Handschrift befinden sich Zeichen für Einschübe, die aber weder vorliegen noch gedruckt worden sind. Die Doppelblätter 25 bis 27 waren von Kelsen zunächst als Doppelblätter 26 bis 28 ausgezeichnet worden, was ein Indiz dafür sein kann, dass ein Doppelblatt bereits von Kelsen selbst entfernt worden ist. Der Autograph bricht mitten im Satz ab. Es handelt sich, wie der Erstdruck erhellt, um den letzten Satz der Abhandlung. Auf S. 15_{1b} sowie auf S. 15_{2a} hat Kelsen eine Passage zweimal, freilich mit Modifikationen geschrieben; in den textgenetischen Fußnoten wurde die erste Seite als A₁ und die zweite als A₂ behandelt.

Offenbar vom Setzer aufgelöst wurden folgende Abkürzungen: „Jhdt“ in „Jahrhundert“, „pol.“ in „politische“, „sozialist.“ in „sozialistische“, „RO“ in „Rechtsordnung“, „u“ in „und“, „Weltansch.“ in „Weltanschauung“, „K“ in „Kerschensteiner“. Ebenso sind die Geminationsstriche bei „imer“ und „besinen“ in Doppelkonsonanten gewandelt worden. Nicht alle in der Handschrift vorgenommenen Unterstreichungen sind im Druck ausgeführt worden. Auf S. 8b verso findet sich eine Anmerkung mit blauem Buntstift markiert, auf S. 10a, 4. Zeile von unten eine Unterstreichung mit rotem Buntstift und auf S. 10b, 3. Zeile von unten eine Schlängellinie ebenfalls mit rotem Buntstift; es bleibt unklar, ob es sich dabei um Auszeichnungen (Unterstreichungen?) Kelsens oder aber des Setzers handelt. Überhaupt kann mangels eindeutiger Hinweise (weder klar identifizierbare Setzerauszeichnungen noch erhaltene Verlagskorrespondenz) nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass es sich bei der Handschrift um das Satzmanuskript handelt.

Die Entwurfsseiten bestehen aus einer Beitragsskizze und einem Briefentwurf. Die Skizze umfasst 6 überwiegend paginierte Doppelblätter (mit insgesamt 11 Einzelseiten) in demselben Format und auf dieselbe Weise mit Bleistift beschrieben wie der ausformulierte Autograph der „Politischen Weltanschauung“. Kelsen setzt zweimal an; in beiden Fällen tragen die Aufzeichnungen den Titel „Über politische Bildung und Erziehung“. Die teils nur schwer oder gar nicht mehr zu entziffernde Skizze setzt sich aus (wenigen) vollständigen Sätzen, zahlreichen unvollständigen Satzfragmenten und – durch Kommata oder Gedankenstriche – aneinandergereihten Stichworten zusammen. Vereinzelt tragen die Ausführungen Exzerptcharakter, an einzelnen Stellen nimmt Kelsen auch schon die späteren Nachweise in abgekürzter Form auf. Der Text, der an mancher Stelle wirkt, als sei er flüchtig, zumindest ohne Sorgfalt auf die Lesbarkeit der Schrift zu verwenden, verfasst worden, ist vielfach, aber keineswegs durchgängig durchgestrichen, teils waagrecht, teils diagonal. Die Streichungen legen den Schluss nahe, dass Kelsen die entsprechenden Entwurfspassagen nach der Übertragung in Reinschrift gleichsam als erledigt abgehakt hat. Auch die zahlreichen und zahlreich verwendeten Abkürzungen belegen, dass es sich um eine ausschließlich zu Eigenzwecken angefertigte Gedanken-, Strukturierungs-, Argumentations- und Formulierungsgrundlage handelt. Soweit lesbar, enthält die Skizze keine über den ausformulierten Autographen oder den im Druck erschienenen Text hinausgehende Substanz.

~~Das Journal von dem vordemmaligen Jahre geht zum erstenmal zum erstenmal
mit einer Nachschrift der Leberechtigen in die Welt. Die Leberechtigen
sind für den Kaiser und sind in dem Kaiserlichen Namen die Kaiserlichen
Kriegsgeld des vordemmaligen Jahres. Einem nach dem anderen, wenn
man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (24)~~

~~Das Journal von dem vordemmaligen Jahre geht zum erstenmal zum erstenmal
mit einer Nachschrift der Leberechtigen in die Welt. Die Leberechtigen
sind für den Kaiser und sind in dem Kaiserlichen Namen die Kaiserlichen
Kriegsgeld des vordemmaligen Jahres. Einem nach dem anderen, wenn
man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (25)~~

~~Für die Kaiserlichen Gelder sind die Kaiserlichen Gelder in dem Kaiserlichen
Namen die Kaiserlichen Gelder. Einem nach dem anderen, wenn
man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (30: 54 bis 57)~~

~~für den Kaiserlichen Gelder sind die Kaiserlichen Gelder in dem Kaiserlichen
Namen die Kaiserlichen Gelder. Einem nach dem anderen, wenn
man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (30: 54 bis 57)~~

~~für den Kaiserlichen Gelder sind die Kaiserlichen Gelder in dem Kaiserlichen
Namen die Kaiserlichen Gelder. Einem nach dem anderen, wenn
man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (30: 54 bis 57)~~

2

Die Kaiserlichen Gelder

Die Kaiserlichen Gelder sind die Kaiserlichen Gelder in dem Kaiserlichen Namen die Kaiserlichen Gelder. Einem nach dem anderen, wenn man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (30: 54 bis 57)

in dem Jahre in dem Jahre: Das ist die Kaiserlichen Gelder in dem Kaiserlichen Namen die Kaiserlichen Gelder. Einem nach dem anderen, wenn man das Journal von dem vordemmaligen Jahre... (30: 54 bis 57)

Nach dem Jahre - dem Jahre - in dem Jahre. (Rechnen 57) in dem Jahre in dem Jahre

Besten wenn möglich - die mit Hilfe der Gesellschaften
an einer geeigneten Stelle. Diejenigen die sich nicht
an alle Möglichkeiten der Hilfe in Gesellschaften an
nehmen wollen, die in einer geeigneten Weise
Hilfestellung geben. Diejenigen die sich nicht
für eine Teilnahme an einer derartigen Veranstaltung
entschieden haben, sind nicht verpflichtet, sich an
dieser Veranstaltung zu beteiligen. Diejenigen die
sich an dieser Veranstaltung beteiligen, sind verpflichtet,
sich an den Kosten der Veranstaltung zu beteiligen.
Diejenigen die sich an dieser Veranstaltung beteiligen,
sind verpflichtet, sich an den Kosten der Veranstaltung
zu beteiligen. Diejenigen die sich an dieser Veranstaltung
beteiligen, sind verpflichtet, sich an den Kosten der
Veranstaltung zu beteiligen. Diejenigen die sich an
dieser Veranstaltung beteiligen, sind verpflichtet,
sich an den Kosten der Veranstaltung zu beteiligen.
Diejenigen die sich an dieser Veranstaltung beteiligen,
sind verpflichtet, sich an den Kosten der Veranstaltung
zu beteiligen. Diejenigen die sich an dieser
Veranstaltung beteiligen, sind verpflichtet, sich an
den Kosten der Veranstaltung zu beteiligen.

Arbeitsamt - München - München - München
die von mir gemacht - München - München
wegen der verschiedenen Möglichkeiten - München
München - München - München - München
wegen der verschiedenen Möglichkeiten - München

Der ebenfalls mit Bleistift verfasste Briefentwurf (Bl. 3) befindet sich auf der Rückseite des – zeitlich gesehen – ersten Beitragsanfangs (Bl. 2). Jener ist nicht adressiert; er enthält weder eine Anrede noch eine Grußformel. Kelsen hat ihn in zwei große eckige Klammern gestellt. Fünf knappe Botschaften bringt Kelsen in diesem Brieffragment unter: Er präsentiert dem Empfänger des Schreibens „den Aufsatz über pol[itische] Bild[ung] u[nd] Erz[iehung]“, er hegt Zweifel, ob dem Adressaten die in den Zeilen aufscheinende „unpolitische Anschauung“ liegen werde, er bedankt sich bei diesem, „mir den Anstoß zur Bearb[eit]t[un]g dieses Themas gegeben zu haben, das mir noch nicht problematisch war“, fügt aber hinzu, dass die meisten Gedanken des Aufsatzes gleichwohl für ihn nicht neu seien; Kelsen beschließt die Briefskizze mit dem Satz: „Aber die Einstellung auf das Problem der pol[itischen] Erzie[hung] ist für mich neu und die Freude für mich, daß sie [sc. die von Kelsen bereits in anderem Zusammenhang angestellten „Gedanken“] ihre Fruchtbarkeit u[nd] Tragkraft auch in dieser Richtung bewahrt haben“.

2. Fahnenfragmente

Insgesamt liegen der Mappe 8 Fahnenblättchen unterschiedlicher Höhe ein. Drei von ihnen sind mit einem Stempel versehen: „Annalen II, 1 Springer, Berlin / 31.VII.12. I. Korr. Oscar Brandstetter, Leipzig“. Die acht Blätter sind 18,7 cm breit, aber unterschiedlich hoch: Bl. 1 9,8 cm, Bl. 2 15,7 cm, Bl. 3 19,7 cm, Bl. 4 18,5 cm, Bl. 5 24,6 cm, Bl. 6 28,8 cm, Bl. 7 28,8 cm, Bl. 8 15,1 cm. Blätter 6 und 7 wurden gefaltet, damit sie zu den restlichen Blättern passen. In die Fahnenfragmente sind nur zwei handschriftliche Korrekturen eingetragen worden. Der Seitenumbruch ist anders als im endgültigen Druck, der Zeilenumbruch indes gleich. Der Befund legt den Schluss nahe, dass Kelsen jene Seiten, auf denen er viele Korrekturen vorgenommen hat, herausgeschnitten und dem Verlag respektive der Druckerei zugeleitet hat.

3. Druckfassungen

Für die Edition maßgeblicher Textträger ist, wie gesagt, der Erstabdruck der Abhandlung in den „Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung“. Die Zeitschrift erschien von Jg. 1 (1911/12) bis Jg. 7 (1919) im Verlag Julius Springer, Berlin, und wurde gedruckt bei Oscar Brandstetter, Leipzig. Herausgeber war Heinrich Braun (1854–1927), der sich als Sozialpolitiker, Publizist, Herausgeber mehrerer Zeitschriften und schließlich sozialdemokratischer Reichstagsabgeordneter (1903–1904) einen Namen machte. Braun war unter anderem im Jahre 1883 neben Karl Kautsky (1854–1938) und Emanuel Wurm (1857–1920) Mitbegründer der ersten wissenschaftlichen Zeitschrift der Sozialdemokratie „Die Neue Zeit. Revue des geistigen und öffentlichen Lebens“. Von 1888 bis 1903 gab er das „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. Vierteljahresschrift zur Erforschung der gesellschaftlichen Zustände aller Länder“ heraus; nach dem Verkauf des „Ar-

chiv“ an Edgar Jaffé (1866–1921) wurde dieses ab 1904 unter dem Namen „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ von Jaffé gemeinsam mit Werner Sombart (1863–1941) und Max Weber (1864–1920) fortgeführt. Die 1911 erstmals erschienenen „Annalen“ dienten wie die meisten von Braun (mit)begründeten und (mit)herausgegebenen Publikationsorgane dazu, die Intellektuellen für die Ziele der – von Braun revisionistisch konzipierten – Sozialdemokratie zu gewinnen. In ihnen publizierten neben sozialdemokratischen Reichstagsabgeordneten und Wissenschaftlern zahlreiche, mit Fragen der Sozialpolitik im weitesten Sinne vertraute Praktiker; ähnlich wie das von Braun in den Jahren 1888 bis 1903 herausgegebene „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik“ maßen auch die „Annalen“ der „Erforschung der gesellschaftlichen Zustände aller Länder“ – so der Untertitel des „Archiv“ – großen Wert bei und unterhielten eine eigene Rubrik „Soziale Gesetzgebung“, die eine Art von Länderberichten enthielt.

Kelsens Aufsatz bildet den Auftaktbeitrag des anno 1913 erschienenen 2. Jahrgangs und umfasst 26 Druckseiten. Zwischenüberschriften oder andere Untergliederungen enthält die Schrift nicht; die einzige Form von Hervorhebungen bilden Wortsperrungen. Dem Haupttext sind 22 überwiegend knapp gehaltene Fußnoten beigegeben.

Die „Politische Weltanschauung“ wurde einmal nachgedruckt, nämlich in dem von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigenden Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).¹⁴⁹ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern, sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienpalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Schließlich ist die „Politische Weltanschauung“ bislang einmal, nämlich ins Italienische übersetzt worden: *Concezione politica del mondo ed educazione*, in: *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino, Neapel 1988, S. 45–71.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Noch vor seiner Habilitation im Jahre 1911 engagierte sich Kelsen in der Wiener Volksbildung. Vom Wintersemester 1910/1911 bis ins Jahr 1928 hinein steuerte er insgesamt 28 Kurse, Vorträge und Lektüreabende zu Fragen des Staatsrechts und

¹⁴⁹ *Hans Kelsen, Politische Weltanschauung und Erziehung*, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1501–1524.

der Staatslehre, der Politischen Theorie und der Bürgerkunde bei.¹⁵⁰ Dieses Engagement war für Kelsen (wenigstens bis zu seinem Ordinariat an der Universität Wien, wohl aber auch in der weiteren Folge) nicht nur unter finanziellen Auspizien interessant. Es entsprach darüber hinaus – und dies dürfte das Hauptmotiv für Kelsen gewesen sein – seiner aus wissenschaftlicher Weltanschauung gespeisten gesellschaftspolitischen Überzeugung: „Nicht nur in seinen zahlreichen Schriften, ebenso als Erwachsenenbildner am Volksheim, bei den Volkstümlichen Universitätsvorträgen oder auch am Pädagogischen Institut und als Gastlehrer in der Mädchenschule Genia Schwarzwalds: Hans Kelsen trat stets für eine wissenschaftliche Weltanschauung und politische Bildung aller Bürgerinnen und Bürger ein, weil er in der Ausbildung zur kritischen Urteilsfähigkeit und zur Wahrnehmung von Gestaltungsmöglichkeiten die grundlegende Voraussetzung für die Teilnahme am demokratischen Dialog sah.“¹⁵¹ Sein Engagement findet beredten Ausdruck darin, dass er am 4. Mai 1912 in den Ausschuss des Volksheims, einem der Kristallisationspunkte der Wiener Volksbildung, kooptiert wurde. In der Ausschusssitzung vom 1. Juli 1912, in der unter anderem das Programm des Eröffnungssonntags des neuen Studienjahres 1912/1913, dem 6. Oktober 1912, besprochen wurde, erklärte Kelsen sich bereit, „über Rousseau“ zu referieren.¹⁵² Tatsächlich aber sprach er, wie auch die Ankündigung des Programms des Volksheims für das Wintersemester 1912/1913 auswies, am 6. Oktober 1912 um 18.00 Uhr in den Räumlichkeiten des Volksheims am Koflerpark Nr. 7 (heute: Ludo Hartmann-Platz) im XVI. Bezirk (Wien Ottakring) „Ueber politische Weltanschauung und Erziehung“.

Unbeschadet des Umstandes, dass Kelsen den Semestereröffnungsvortrag bereits im Oktober des Jahres 1912 hielt, die Veröffentlichung in den „Annalen“ aber erst im Verlaufe des Jahre 1913 erfolgte, kann mit Rücksicht auf den wissenschaftlichen Nachlass Kelsens ausgeschlossen werden, dass er zunächst den Vortrag für das Volksheim ausarbeitete und erst anschließend die Druckfassung herstellte: Wie die dem Autographen beigefügten Fahnenfragmente, genauer: die auf drei von ihnen angebrachten Stempelungen mit Datum – dem 31. Juli 1912 – belegen, war Kelsens Abhandlung bereits Ende Juli 1912 abgeschlossen und gesetzt. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass er den Beitrag zur „Politischen Weltanschauung“ nicht

¹⁵⁰ Eine Aufstellung sämtlicher Veranstaltungen Kelsens zugunsten der Wiener Volksbildung findet sich bei *Tamara Ehs*, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat. Vorträge in der Wiener Volksbildung. Schriften zu Kritikfähigkeit und Rationalismus, Wien 2007, S. 60–62.

¹⁵¹ Zitat: *Ehs*, Politische Bildung (Anm. 150), S. Vf. (Vorwort – Hervorhebungen nicht übernommen); die Studie von Ehs leuchtet Kelsens Intentionen und Engagements in Bezug auf die Wiener Volksbildung, aber auch und gerade den zeitgenössischen Kontext derselben sorgfältig aus; auf sie sei daher für Näheres verwiesen.

¹⁵² Die heute im Österreichischen Volkshochschularchiv befindlichen Protokolle der Ausschusssitzungen vom 4. Mai und vom 1. Juli 1912 sowie die Programmankündigung des Volksheims für das Wintersemester 1912/1913 hat mir dankenswerterweise Tamara Ehs zugänglich gemacht.

schon vor der der Programmgestaltung des neuen Studienjahres am Volksheim gewidmeten Ausschusssitzung vom 1. Juli 1912 fertiggestellt hatte, zitiert er doch neben sonstigem Schrifttum aus dem Jahr 1912 drei Beiträge, die aus dem Juli 1912 datieren.¹⁵³ In Anbetracht dessen hat die Vermutung, dass die dem Autographen beigelegten Entwurfsseiten dem Eröffnungsredner Kelsen als Vortragsstichworte gedient haben könnten, nur wenig für sich. Bei einer Länge von etwas mehr als 60 000 Zeichen (mit Leerzeichen, ohne Fußnoten) könnte Kelsen sogar die gedruckte (Lang-)Fassung in einem gut einstündigen Referat zum Vortrag gebracht haben. Wie schließlich aus dem erhaltenen Entwurf des vermutlich dem Herausgeber der „Annalen“, Heinrich Braun, zugeordneten Schreibens erhellt, hatte dieser Kelsen die Anregung gegeben, sich mit Fragen der politischen Bildung zu beschäftigen.

2. *Duktus*

Die Abhandlung wahrt auch in der Druckfassung den Vortragscharakter, entbehrt sie doch der strengen, für Kelsen nicht untypischen Beweisführung eines wissenschaftlichen Traktates. Bei der „Politischen Weltanschauung“ verlässt Kelsen erstmals vollständig das Feld der Rechtswissenschaft und wendet sich Fragen der politischen Theorie¹⁵⁴ und der Ideengeschichte, aber auch solchen der Volkspädagogik und der politischen Erziehung und Bildung zu. Gerade letztere waren vielfach Gegenstand zeitgenössischer Beiträge gewesen. Unbeschadet des nichtjuridischen Charakters des Beitrages bedient sich Kelsen das eine um das andere Mal Erklärungsstrukturen und Argumentationsmuster, die aus seinen rechtswissenschaftlichen Schriften bekannt sind.

Kelsen betreibt, bevor er sich der Hauptthematik von politischer Bildung und Erziehung zuwendet, zunächst ideengeschichtliche Ursachenforschung sowohl für den bisherigen Mangel als auch für das zu Beginn des 20. Jahrhunderts aufkeimende Interesse an politischer Bildung und Erziehung auch und gerade der bislang bildungsfernen Masse. Im Zentrum der Suche nach den Gründen steht das Geistesleben des „unpolitischen 19. Jahrhunderts“,¹⁵⁵ dessen zentrale Theoretiker er am geistigen Auge seiner Leser vorbeidefilieren lässt, allen voran Friedrich Nietzsche, den er als „den Philosophen des 19. Jahrhunderts“ tituliert,¹⁵⁶ aber auch Jean-Baptiste de Lamarck, Wilhelm von Humboldt, Charles Darwin und Max Stirner. Als Verantwortlichen für die Vorherrschaft des Un- und Apolitischen

¹⁵³ *Hans Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung, in: *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung* 2 (1913), S. 22 Anm. 1, 23 Anm. 1 und 24 Anm. 1 = HKW 3, S. 112–145 (138 Anm. 1, 141 Anm. 1 (der Original-S. 23) und 141 Anm. 1 (der Original-S. 24)).

¹⁵⁴ Kelsen selbst rubriziert die Schrift unter jene, die der politischen Theorie gewidmet waren: *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (26).

¹⁵⁵ *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 4 = HKW 3, S. 112–145 (118) – Hervorhebung nicht übernommen.

¹⁵⁶ *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 3, siehe auch 4 = HKW 3, S. 112–145 (116, siehe auch 118).

macht Kelsen neben dem naturwissenschaftlichen Denken die liberalistisch-individualistische Anschauung aus.

In der Folge greift er einen Gedanken auf, den er bereits in den „Hauptproblemen“ hat anklingen lassen¹⁵⁷ und der ihm noch in zahlreichen weiteren Schriften als – wenn man so will: charakterologisches – Deutungsmuster vorfindlicher Differenzen und Dualismen dienen wird, nämlich die Korrelation von Weltanschauung, Charakter und Methode.

„Jede Weltanschauung (d. i. das Verhältnis zum Universum) wurzelt letztlich in der Besonderheit eines Charakters und ist darum auch einer bestimmten Lebensanschauung (d. i. das Verhältnis zum Nebenmenschen) zugeordnet, weil auch diese durch den Charakter determiniert ist.“¹⁵⁸

„So stehen sich politische und naturwissenschaftliche Bildung als Gegensätze der Weltanschauung, der Charaktere und der Methoden gegenüber. Gerade die methodologische Gegensätzlichkeit zwischen naturwissenschaftlich-kausaler und politisch-normativer Denkweise wird oft übersehen und das mit der Vorherrschaft des Individualismus verbundene Prävalieren der naturwissenschaftlichen Bildung während des 19. Jahrhunderts und deren maßlose Überschätzung hat zu schweren wissenschaftlichen Exzessen geführt, die eine ernstliche Gefahr für die Theorie mancher Disziplin bedeuten.“¹⁵⁹

Im Aufkommen und Erstarken des Sozialismus sieht er ein „politisches Wollen“ sich regen, welches nach „politischem Wissen“ und damit „nach politischer Erziehung und Bildung“ rufe.¹⁶⁰ Auf dem Hintergrund, dass der Charakter „die Wurzel der Weltanschauung“ bilde,¹⁶¹ erörtert Kelsen sodann die Möglichkeiten der politischen Bildung und Erziehung. Indem er das emphatische Verständnis von politischer Bildung aufgreift, wonach „nicht bloß der Intellekt des Einzelnen“ angesprochen, sondern weitergehend „das Interesse und die Freude am Staate, ja die Liebe und Opferbereitschaft für das Gemeinwesen“ geweckt werden solle, „die Frucht politischer Erziehung“ folglich „die Verstärkung und Vertiefung des Gemeinschafts- und Staatsgefühles“, des Patriotismus, sei, und der Frage nachgeht, ob und inwieweit die staatliche Schule zu dieser Form politischer Bildung und Erziehung herangezogen werden solle, vollzieht er bewusst und ausdrücklich den Übergang „aus der Ebene einer Seinserklärung und kausalen Wirklichkeitsbeschreibung in ein Gebiet der Soll-Betrachtung“, wechselt er also zu einer „politischen Überlegung“.¹⁶²

Kelsen hebt die „hohe sittliche [– man darf wohl ergänzen: integrative –] Autorität“¹⁶³ gerade der staatlichen Schule für Erziehung und Bildung der Jugend

¹⁵⁷ Vgl. insb. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. VI, XII f. = HKW 2, S. 21–878 (54, 62f.).

¹⁵⁸ *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 8 = HKW 3, S. 112–145 (123).

¹⁵⁹ *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 9f. = HKW 3, S. 112–145 (124 und 126).

¹⁶⁰ Alle drei Zitate: *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 12 = HKW 3, S. 112–145 (128).

¹⁶¹ *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 12 = HKW 3, S. 112–145 (128).

¹⁶² Sämtliche sechs Zitate: *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 13 = HKW 3, S. 112–145 (129).

¹⁶³ Die Wendung ist entnommen: *Kelsen*, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 25 = HKW 3, S. 112–145 (143).

hervor und kontrastiert sie mit der aus seiner Sicht unvermeidlichen Einseitigkeit und Parteilichkeit politischer Erziehung im vorgenannten Sinne, die nicht dem Abstractum „Staat“ gelte, sondern „stets auf einen ganz bestimmten Staat gerichtet sein muß“.¹⁶⁴

„Wer auf politische Erziehung durch die Schule nicht verzichten will, kann nur mit offenen parti-, gruppen- oder klassenpolitischen Argumenten der hier vertretenen Forderung politischer Selbstbeschränkung des Staates – deren individualistischer Charakter nicht geleugnet werden soll – entgegenreten.“¹⁶⁵

Nach einer zwar wohlwollenden, letztlich aber doch kritisch-ablehnenden Auseinandersetzung mit Georg Kerschensteiners (1854–1932) reformpädagogischem Ansatz einer staatsbürgerlichen Erziehung auf der einen Seite und einer einfühlsamen Analyse des „Spieltriebes als einer der Haupttriebfedern des politischen Lebens“¹⁶⁶ auf der anderen Seite fällt Kelsens Votum zweigeteilt aus: „Politische Erziehung im Sinne einer Gefühls- und Willensbeeinflussung ist die natürliche Aufgabe der Partei“, Aufgabe der Schule ist demgegenüber die Vermittlung „politischen Wissens“.¹⁶⁷ Kelsen spricht sich also im Bereich politischer Bildung und Erziehung für eine – nach wie vor modern anmutende – Gewaltenteilung zwischen staatlicher Schule und politischer Partei aus.

Kelsen, der insgesamt nur verhältnismäßig wenige Belege für seine Überlegungen anführt, zitiert in auffälligem Maße junge und jüngste Beiträge zum Thema: mit drei Ausnahmen (Nietzsche, Exner und Tezner) verweist er ausschließlich auf Publikationen aus den Jahren 1908 bis 1912.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁶⁸ Der ausformulierte Autograph wurde, mit der Sigle A (gegebenenfalls A₁, A₂ usw.) versehen, in den textgenetischen Anmerkungen zum Erstdruck in Beziehung gesetzt. Auf ein entsprechendes Vorgehen wurde in Bezug auf die 11seitige Beitrags-skizze verzichtet. Dies zum einen mit Rücksicht darauf, dass die dortigen Aufzeichnungen in einer teils flüchtigen Schrift mit teilweise verwisstem Bleistift auf vergilbtem Papier verfasst sind, zu Teilen aus bloßen Satz- und Wortfragmenten bestehen und zu nicht unerheblichen Teilen durchgestrichenen sind; das Zusammentreffen dieser Faktoren bedingt, dass die Ausführungen nur mit teils erheblicher Unsicherheit oder gar nicht mehr zu entziffern sind. Zum anderen ist die

¹⁶⁴ Kelsen, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 14 = HKW 3, S. 112–145 (130f.).

¹⁶⁵ Kelsen, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 18f. = HKW 3, S. 112–145 (135).

¹⁶⁶ Kelsen, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 23 = HKW 3, S. 112–145 (140).

¹⁶⁷ Beide Zitate: Kelsen, Politische Weltanschauung (Anm. 153), S. 25 = HKW 3, S. 112–145 (143).

¹⁶⁸ Vgl. oben S. 5–20.

Skizze überwiegend so fragmentarisch und vorläufig gehalten, dass sie sich nicht so nah am endgültigen Text bewegt, dass sich flächendeckend genau bestimmbare Anschlüsse für textgenetische Anmerkungen im Erstdrucktext hätten finden lassen. Die Nichtberücksichtigung im Variantenapparat dürfte aber deswegen kaum ins Gewicht fallen, weil die Skizze, soweit lesbar, keine über den ausformulierten Autographen hinausgehende Aussagen enthält, und überdies vorstehend in Faksimile abgedruckt ist.¹⁶⁹

Es liegen zwar einige wenige Fahnenfragmente vor. Aber die entscheidenden Änderungen und Korrekturen vom Autographen bis zum Erstdruck fanden anderweitig statt. Da nicht mehr ermittelbar war, ob der vorliegende Autograph tatsächlich als Satzmanuskript fungierte und wie umfangreich Kelsens Korrekturen in den Fahnen waren, sind sämtliche Abweichungen zwischen Autograph und Erstdruck mit der Sigle F* markiert worden.

Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle der „Politischen Weltanschauung“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks der „Politischen Weltanschauung“ in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)¹⁷⁰ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck der „Politischen Weltanschauung“ in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanzzwecken.

Rechtsstaat und Staatsrecht (1913)

HKW 3, 147–155

I. Textkonstitution und Überlieferung

Grundlage der Edition bildet der rund 6 Druckseiten umfassende Beitrag, der unter dem Titel „Rechtsstaat und Staatsrecht“ anno 1913 in Heft 2 des 36. Bandes der „Österreichische Rundschau“ auf den Seiten 88 bis 94 publiziert wurde; Redaktionsschluss des Heftes 2 war der 9. Juli 1913, ausgegeben wurde es am 14. Juli 1913. Die in Fraktur gesetzte Abhandlung enthält keinerlei Zwischenüberschriften oder Anmerkungen; einzige Form der Hervorhebung sind vereinzelte Wortsperren.

Die „Österreichische Rundschau“ war eine Wiener Kulturzeitschrift, die nach anfänglich unregelmäßiger Erscheinungsweise zunächst monatlich publiziert

¹⁶⁹ Vgl. oben S. 671–676.

¹⁷⁰ Anm. 149.

wurde. 1913 erschien jeweils ein Heft am 1. und eines am 15. jeden Monats im aufwendig gestalteten Lexikonformat, Seitengröße 26,6×19,6 cm. Die „Österreichische Rundschau“, laut Selbstäußerung die „vornehmste Zeitschrift Österreichs“, spaltete sich 1904 von der „Zeit. Wiener Wochenschrift für Politik, Volkswirtschaft, Wissenschaft und Kunst“ ab und erschien bis 1924. Begründer waren der Schriftsteller und Direktor des Burgtheaters Alfred Freiherr von Berger (1853–1912) und der Literatur- und Theaterhistoriker Karl Glossy (1848–1937), einer der herausragenden Mitarbeiter war Hermann Bahr (1863–1934). Ihr selbstgestecktes Ziel bestand darin, „dem In- und Auslande zu zeigen, was Österreich auf literarischem und kulturellem Gebiete leistet“. In der Zeit, als Kelsens Beitrag „Rechtsstaat und Staatsrecht“ erschien, wurde die „Österreichische Rundschau“ von dem Politiker, Diplomaten und Publizisten Leopold Freiherr von Chlumecky (1873–1940), der seit 1906 die Leitung der Zeitschrift übernommen hatte, von Karl Glossy und von dem Schriftsteller und Kunstförderer Felix Freiherr von Oppenheimer (1874–1938), der 1908 bis 1919 Mitherausgeber und für die Sparten Sozialpolitik und Volkswirtschaft zuständig war, herausgegeben. Als Chefredakteur fungierte Glossy. Die Zeitschrift erschien in Wien und Leipzig bei der k. u. k. Hof-Buchdruckerei und Hof-Verlags-Buchhandlung Carl Fromme; die Redaktion befand sich im 1. Wiener Bezirk in der Bräunerstr. 4/6. Von Kelsen erschienen dort außerdem 1922 der Beitrag „Österreich als Bundesstaat“¹⁷¹ und 1923 „Die politische Theorie des Sozialismus“.¹⁷²

„Rechtsstaat und Staatsrecht“ wurde einmal nachgedruckt, nämlich in dem von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigenden Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).¹⁷³ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern, sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienpalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Schließlich ist sie bislang einmal, nämlich ins Italienische übersetzt worden: *Stato di diritto e diritto pubblico*, in: *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino, Neapel 1988, S. 209–219.

Sonstige Textträger von „Rechtsstaat und Staatsrecht“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

¹⁷¹ Hans Kelsen, Österreich als Bundesstaat, in: Österreichische Rundschau N. F. 18 (1922), S. 421–430.

¹⁷² Hans Kelsen, Die politische Theorie des Sozialismus, in: Österreichische Rundschau N. F. 19 (1923), S. 113–135.

¹⁷³ Hans Kelsen, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1525–1532.

II. Entstehung und Duktus

Kelsen schließt mit „Rechtsstaat und Staatsrecht“ an seine dem Rechtsstaatsbegriff gewidmeten Überlegungen in den „Hauptproblemen“ an. Ausgangspunkt für seine über die Ausführungen in der Habilitationsschrift – zwar nicht im Ergebnis, aber doch in der Begründungstiefe – hinausgehenden, diese ergänzenden Betrachtungen ist eine in den „Hauptproblemen“ noch nicht zitierte Schrift des damals führenden deutschsprachigen Staatsrechtslehrers Paul Laband (1838–1918), und zwar dessen Straßburger Rektoratsrede aus dem Jahre 1880 über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht.

Labands Ausgangsthese, dass nämlich die Rezeption des römischen Rechts in deutschen Landen keineswegs nur oder primär der Rezeption des römischen Privatrechts gedient, sondern vielmehr und insbesondere auf die Übernahme des römischen Staatsrechts gezielt habe, teilt und unterstreicht er. Aber er widerspricht aufs Schärfste der unter anderem von Laband geteilten Auffassung, dass Gegenstand der von Seiten des Absolutismus politisch motivierten Rezeption des *corpus iuris* in Bezug auf den Staat Recht im modernen Verständnis, eben: *Staatsrecht*, gewesen sei. Vielmehr sieht Kelsen das römische Staats(rechts)verständnis durch den Grundsatz „*princeps legibus solutus*“, sprich: die Freiheit des Monarchen von rechtlicher Bindung, gekennzeichnet, was für ihn der „Negation des Staatsrechtes“¹⁷⁴ schlechthin gleichkommt. Dem setzt er die These entgegen, dass es „ohne Rechtsstaat kein Staatsrecht“ geben könne.¹⁷⁵ Die Haupteigentum seiner „Hauptprobleme“ wiederholend,¹⁷⁶ formuliert er, dass „juristisch begreifen, juristisch konstruieren nichts anderes heißt, als zur Rechtsordnung in Relation setzen“. Ohne diese Relationierung könne von Recht, könne von einem Rechtssatz nicht gesprochen werden. Die aktuelle Stoßrichtung seiner Thesen demonstriert Kelsen an der zeitgenössischen Vorstellung, dass es sich bei der Verwaltung um eine – zur Gänze oder in Teilen – rechtsfreie Tätigkeit des Staates handle. Anknüpfend an seine in den „Hauptproblemen“ aufgestellten Thesen zum Ermessen¹⁷⁷ nutzt Kelsen die Gelegenheit, um sein Verständnis von Rechtspositivismus deutlich von jenem des seinerzeit sowohl in Deutschland als auch in Österreich herrschenden staatsrechtlichen Positivismus abzusetzen: Ohne eine – selbstredend: normative – Relation zur Rechtsordnung nachzuweisen, könne kein Satz als positivrechtlicher Rechtssatz Anerkennung finden. Das In-Relation-zur-Rechtsordnung-Setzen ist aber, bei Lichte betrachtet, nichts anderes als der juristische Positivierungsnachweis.

¹⁷⁴ Hans Kelsen, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94 (89) = HKW 3, S. 147–155 (149).

¹⁷⁵ Kelsen, Rechtsstaat (Anm. 174), S. 90 = HKW 3, S. 147–155 (150).

¹⁷⁶ Pars pro toto Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 705 = HKW 2, S. 21–878 (873): „daß alle rechtliche Qualifikation ausschließlich und allein in der spezifischen Relation zur Rechtsordnung liegt“.

¹⁷⁷ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 176), S. 503–511 = HKW 2, S. 21–878 (651–660).

„[...] wenn die herrschende Theorie des Staatsrechtes den Grundsatz aufstellt, daß die Verwaltung des Staates zu allem ermächtigt ist, was ihr nicht durch die Rechtsordnung ausdrücklich untersagt wurde: dann muß sie diesen Satz eben als einen *Rechtssatz* nachweisen, wenn sie die Verwaltung rechtlich konstruieren will. Denn die Verwaltung juristisch konstruieren heißt nichts anderes, als diese Tätigkeit des Staates in eine Relation, wenn auch in eine noch so lose Relation, zur Rechtsordnung bringen, die Ermächtigung der Behörde in einem Rechtssatz, wenn auch in einem noch so allgemeinen Blankettrechtssatz, aufzeigen.“¹⁷⁸

Aus seinen Erkenntnissen zieht Kelsen – hier wiederum ganz in Übereinstimmung mit den „Hauptproblemen“¹⁷⁹ – die „wichtige Konsequenz für die Rechtssystematik“, dass die „von den Römern übernommene Scheidung [sc. sämtlicher Rechtssätze] in *privates* und *öffentliches* Recht“ als Unterteilung in zwei substantiell unterschiedene Arten von Rechtssätzen „dem Ideenkreise des absoluten Polizeistaates“ entstamme und in einem Rechtsstaat nicht mehr aufrechterhalten werden könne.¹⁸⁰

Die Ausführungen zum *ius publicum* sind – einschließlich der Laband-Zitate – ganz oder überwiegend wortlautidentisch mit entsprechenden Passagen des I. Kapitels des in etwa zeitgleich veröffentlichten umfangreichen Aufsatzes „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“.¹⁸¹

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁸²

Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle von „Rechtsstaat und Staatsrecht“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks von „Rechtsstaat und Staatsrecht“ in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)¹⁸³ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck von „Rechtsstaat und Staatsrecht“ in Gestalt der von den Herausgebern vorgenommenen Korrekturen in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die – in der WRS nicht ausgewiesenen – Korrekturen am Originaltext wurden hier folgeweise weder übernommen noch eigens verzeichnet; die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanzzwecken.

¹⁷⁸ Kelsen, Rechtsstaat (Anm. 174), S. 92 = HKW 3, S. 147–155 (152).

¹⁷⁹ Vgl. insb. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 176), S. 630f., 704f. = HKW 2, S. 21–878 (790–792, 872f.).

¹⁸⁰ Alle drei Zitate: Kelsen, Rechtsstaat (Anm. 174), S. 93 = HKW 3, S. 147–155 (154).

¹⁸¹ Vgl. Kelsen, Rechtsstaat (Anm. 174), S. 88–90 = HKW 3, S. 147–155 (148–150) einerseits mit Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 (59–62) = HKW 3, S. 247–316 (253–255) andererseits.

¹⁸² Vgl. oben S. 5–20.

¹⁸³ Anm. 173.

Rudolf von Ihering in Briefen (1913)

HKW 3, 157–169

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Edition liegt die unter dem Titel „Rudolf von Ihering in Briefen“ in der in Wien verlegten „Neue Freie Presse“, Morgenblatt, Ausgabe Nr. 17423 vom Sonntag, dem 23. Februar 1913 (Rubrik „Literaturblatt“, S. 32–35), erschienene Buchbesprechung zugrunde. Die knapp 8 ½ halbseitige Spalten lange Abhandlung enthält keine Zwischenüberschriften, Fußnoten oder – von vereinzelt Sperrungen abgesehen – sonstigen besonderen Hervorhebungen. Es handelt sich um die erste in der „Neue Freie Presse“ veröffentlichte Schrift Kelsens. Sowohl im weiteren Verlaufe des Jahres 1913 als auch noch im Folgejahrzehnt erschienen insgesamt mehr als zweieinhalb Dutzend weitere Beiträge aus Kelsens Feder in demselben Publikationsorgan.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Alle Beiträge von Hans Kelsen in der „Neue Freie Presse“ in chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, Rudolf von Ihering in Briefen, in: Neue Freie Presse Nr. 17423 vom 23. Februar 1913, Morgenblatt, S. 32–35 = HKW 3, S. 157–170; *Hans Kelsen*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3 = HKW 3, S. 105–111; *Hans Kelsen*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513, 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19892 vom 13. Januar 1920, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Vorentwurf der österreichischen Verfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 19920 vom 11. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19921 vom 12. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19923 vom 14. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, in: Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Die Not der Universität, in: Neue Freie Presse Nr. 20409 vom 24. Juni 1921, Morgenblatt, S. 1; *Hans Kelsen*, Zu Professor Friedrich Wiesers 70. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 20425 vom 10. Juli 1921, Morgenblatt, S. 5; *Hans Kelsen*, Michael Mayr, in: Neue Freie Presse Nr. 20740 vom 27. Mai 1922, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät, in: Neue Freie Presse Nr. 20923 vom 7. Dezember 1922, Morgenblatt, S. 7; *Hans Kelsen*, Der Proporz in der neuen Wahlordnung für den Nationalrat, in: Neue Freie Presse Nr. 21184 vom 31. August 1923, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Julius Offners Rechtsphilosophie, in: Neue Freie Presse Nr. 21251 vom 7. November 1923, Morgenblatt, S. 17; *Hans Kelsen*, Franz Oppenheimer. Zu seinem sechzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 21391 vom 30. März 1924, Morgenblatt, S. 4–5; *Hans Kelsen*, Die politische Theorie Lassalles, in: Neue Freie Presse Nr. 21405 vom 13. April 1924, Morgenblatt, S. 4; *Hans Kelsen*, Für die Vollendung der Verfassung!, in: Neue Freie Presse Nr. 21487 vom 6. Juli 1924, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Der Bund und die Länder, in: Neue Freie Presse Nr. 21620 vom 20. November 1924, Morgenblatt, S. 1–2; Nr. 21622 vom 22. November 1924, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch, in: Neue Freie Presse

Die „Neue Freie Presse“ war die maßgebliche überregionale Zeitung für die allgemeine Öffentlichkeit in Österreich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Sie erschien vom 1. September 1864 bis zum 30. September 1928 sowie vom 1. Oktober 1938 bis zum 31. Januar 1939. Anschließend ging sie im 1867 gegründeten „Neue Wiener Tagblatt“ auf, das bis 7. April 1945 gedruckt wurde. Im Zeitungsformat – Großfolio, Seitengröße 42,5×27 cm, dreispaltiger Satz (Frakturschrift) – erschien die „Neue Freie Presse“ durchschnittlich wöchentlich 12mal mit Morgen- und Abendblatt bzw. Sonn- und Feiertagsausgaben. Mitbegründer und bis zu seinem Tode Herausgeber der „Neue Freie Presse“ war der deutsch-österreichische Jurist und Journalist Max Friedländer (1829–1872), der Cousin von Ferdinand Lassalle. In den Jahren 1870 bis 1879 wurde die Zeitung vom zweiten Mitbegründer, dem Wiener Journalisten und politischen Publizisten Michael Etienne (1827–1879) (mit)herausgegeben. In der Zeit zwischen 1913 und 1929, in der die Beiträge von Hans Kelsen in der „Neue Freie Presse“ erschienen, zeichneten von 1880 bis 1920 der mährische Journalist Moriz Benedikt (1849–1920), seit 1872 Redakteur des volkswirtschaftlichen Teil des Blattes, bzw. bis 1934 sein Sohn Ernst Benedikt (1882–1973) als Herausgeber. Die „Neue Freie Presse“ nimmt in der österreichischen Medienlandschaft eine singuläre Stellung ein. Von Beginn an

Nr. 21639 vom 10. Dezember 1924, Morgenblatt, S. 1–2; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 21734 vom 17. März 1925, Morgenblatt, S. 3; Nr. 21736 vom 19. März 1925, Morgenblatt, S. 2; Nr. 21738 vom 21. März 1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung, Rechnungshof und Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 21744 vom 27. März 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21756 vom 8. April 1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Ferdinand Lassalle, in: Neue Freie Presse Nr. 21759 vom 11. April 1925, Morgenblatt, S. 4; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Adamovich, L. und Fröhlich, L.: Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder mit den Ausführungs- und Nebengesetzen und Erkenntnissen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes. Handausgabe österreichischer Gesetze und Verordnungen, Heft 212. Wien, 1925, Druck und Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, in: Neue Freie Presse Nr. 21776 vom 29. April 1925, Abendblatt, S. 5; *Hans Kelsen*, Die Vollendung der Bundesverfassung. (Verfassungsgerichtshof), in: Neue Freie Presse Nr. 21792 vom 15. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21796 vom 19. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Das Kompromiß in der Verfassungsfrage. Der Inhalt der endgültigen Vorlagen, in: Neue Freie Presse Nr. 21800 vom 23. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Die Aenderung der Kompetenzbestimmungen in der Verfassungsreform, in: Neue Freie Presse Nr. 21804 vom 27. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; *Hans Kelsen*, Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems, in: Neue Freie Presse Nr. 22090 vom 14. März 1926, Morgenblatt, S. 6–7; *Hans Kelsen*, Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht. Für Einzelwahlen an Stelle der Listen. (Aus einem Vortrage), in: Neue Freie Presse Nr. 22088 vom 12. März 1926, Morgenblatt, S. 1–2; *Hans Kelsen*, Rudolf Herrnritys „Oesterreichisches Verwaltungsrecht“, in: Neue Freie Presse Nr. 22096 vom 20. März 1926, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, in: Neue Freie Presse Nr. 23128 vom 3. Februar 1929, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Karl Brockhausen. Zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 23222 vom 9. Mai 1929, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23370 vom 6. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6–7; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Umgestaltung der Gesetzgebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23384 vom 20. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Die Rechte des Bundespräsidenten, in: Neue Freie Presse Nr. 23394 vom 30. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 2–3.

vertrat sie als repräsentatives Blatt den vornehm großbürgerlichen Liberalismus mit einer betont österreichischen Linie. Kommerziell sehr erfolgreich, technisch modern gestaltet (1869–1873 Übergang zum Rotationsdruck) und von hohem inhaltlichem und sprachlich-stilistischen Niveau konnte die Zeitung sicherlich auch entsprechende Honorare an ihre Autoren zahlen, was angesichts von Kelsens finanziell angespannter Situation nicht außer Betracht gelassen werden darf. Neben Kelsen waren prominente Verfasser für die „Neue Freie Presse“ beispielsweise Eduard Hanslick, Theodor Herzl, Hugo von Hofmannsthal, Felix Salten, Arthur Schnitzler und Stefan Zweig. Karl Marx' Beteiligung als Korrespondent aus London dürfte von kurzer Dauer gewesen sein. Zeitweise hatte das als „österreichische Times“ apostrophierte Organ mehr als 500 festangestellte Journalisten, darunter 80 bis 100 im Ausland. Sie war hinsichtlich der Auflage die drittgrößte Zeitung vor dem Ersten Weltkrieg (1904: 50000 Exemplare, 1912: 66000 Exemplare, 1938: 59000 Exemplare); ihre höchste Druckauflage erreichte sie im Jahr 1920 mit 90000 Exemplaren. Nach dem Einmarsch der deutschen Truppen am 12. März 1938 und dem „Anschluß“ Österreichs an das Deutsche Reich wurde die Zeitung unter nationalsozialistische Kontrolle gebracht. Ernst Benedikt wurde in der Reichspogromnacht verhaftet und emigrierte nach seiner Entlassung im April 1939 über Großbritannien nach Schweden, von wo er erst 1962 nach Wien zurückkehrte.

Sonstige Textträger von „Ihering in Briefen“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Anders als bei dem ebenfalls in der „Neue Freie Presse“ anno 1913 erscheinenden Beitrag „Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof“ ist Kelsens Autorenschaft für „Ihering in Briefen“ zweifelsfrei, firmiert der Autor doch als „Privatdozent Dr. Hans Kelsen“. Unbeschadet dessen waren nähere Einzelheiten zu dem Dass und dem Warum der vorliegenden Publikation in der „Neue Freie Presse“ nicht mehr zu ermitteln.

Es handelt sich um eine sehr ausführliche Rezension der wenige Wochen zuvor, nämlich zu Beginn des Jahres 1913 erschienenen und von Helene Ehrenberg (1852–1929), der Tochter Iherings, ausgewählten und edierten Briefe Rudolf von Iherings (1818–1892) an dessen Freunde. Die Besprechung zerfällt in zwei in etwa gleichlange, äußerlich indes nicht getrennte Teile. Der erste Teil gleicht einer Würdigung der herausragenden Figur Rudolf von Iherings. Kelsen zeichnet das Bild eines außerordentlichen Wissenschaftlers, der in vielem über Züge verfügt, die Kelsen anerkennend und zum nicht geringen Teil bewundernd hervorhebt, und in so manchem Eigenschaften, Fähigkeiten und Einstellungen besitzt, die Kelsen

selbst auszeichnen. So stellt er in Bezug auf den Wissenschaftlergeist Iherings den „Mut des Denkens“ heraus, der „neben Folgerichtigkeit und Oekonomie“ zur Lösung wissenschaftlicher Probleme erforderlich sei;¹⁸⁵ es ist derselbe „Mut des Denkens“, den Kelsen in seiner ein Jahr später erscheinenden Abhandlung „Über Staatsunrecht“ als „die erste Tugend“ apostrophiert, „die Wissenschaft von ihren Arbeitern fordert.“¹⁸⁶ Daneben nötigt Kelsen angesichts der schroffen Ablehnung, auf die Ihering mit so mancher These stieß, „dieses mutvolle Ausharren in seinen Theorien, dieses unentwegte Festhalten an der Wissenschaft“¹⁸⁷ Anerkennung und Bewunderung ab. Kelsen findet für Ihering Worte, die auch zur Kennzeichnung des Wissenschaftlers und Menschen Hans Kelsen hätten formuliert werden können:

„[...] weil er, wie wenige, diesen Zusammenhang [sc. von Rechtsanschauung und Weltanschauung] gefunden hatte, wurde ihm seine Fachwissenschaft, die für die meisten nicht mehr als eine Beschäftigung, bestenfalls eine Lieblingsbeschäftigung ist, eine Religion. Für seine Wissenschaft hat er gekämpft, an sie hat er geglaubt. Sie war ihm Trost und Stütze im Leid.“¹⁸⁸

Ganz offenbar empfindet Kelsen, wiewohl unausgesprochen, eine tiefe Geistesverwandtschaft mit Ihering, was die eingehende Beschäftigung mit dessen Briefen unmittelbar nach deren Publikation erklären mag. Seine Schilderungen belegt Kelsen durch zahlreiche wörtliche Zitate aus den Briefen Iherings an Carl Friedrich von Gerber (1823–1891), Bernhard Windscheid (1817–1892), Oskar von Bülow (1837–1907), Ludwig Lange (1825–1885), Auguste von Littrow-Bischoff (1819–1890) sowie Wilhelmine (Mina) Glaser (1836–1918).

Den wohl vermuteten Erwartungen der Leserschaft der „Neue Freie Presse“ entsprechend richtet Kelsen in der zweiten Hälfte der Rezension sein besonderes Augenmerk auf jene Briefe Iherings, die Schilderungen zu und über dessen Wiener Zeit (1868–1872) enthalten. Hier stehen nicht mehr der dem einmal für richtig erkannten Weg verpflichtete Wissenschaftler und der mit sich und seinen Schwächen ringende Geistesarbeiter Ihering im Vordergrund. Vielmehr entfaltet Kelsen Iherings brieflich festgehaltene Erlebnisse und Empfindungen in Wien. Eingehend geht er der – die Wiener Leserschaft vermutlich brennend interessierenden – Frage nach, warum Iherings Verbleib in Wien nur von kurzer Dauer war und er zugunsten Göttingens der Donaumetropole den Rücken kehrte. Kelsen verabsäumt nicht hervorzuheben, dass Ihering auch für die jüngere Generation der österreichischen Privatrechtslehrer – unter den vieren befinden sich mit Karl Samuel von Grünhut (1844–1929) und Moriz Wlassak (1854–1939) auch zwei zum Zeitpunkt der Buchbesprechung noch amtierende Wiener Ordinarien – äußerst lobende Worte findet.

¹⁸⁵ Beide Zitate: *Kelsen*, Ihering (Anm. 184), S. 33 = HKW 3, S. 157–168 (159) – Hervorhebung nicht übernommen.

¹⁸⁶ *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 (4) = HKW 3, S. 439–531 (443).

¹⁸⁷ *Kelsen*, Ihering (Anm. 184), S. 33 = HKW 3, S. 157–168 (160).

¹⁸⁸ *Kelsen*, Ihering (Anm. 184), S. 33 = HKW 3, S. 157–168 (158f.).

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁸⁹ Unter anderem wurden die wörtlichen Zitate aus den Briefen Iherings heutigen Gepflogenheiten entsprechend mit genauer Seitenzahl nachgewiesen; indes wurde darauf verzichtet, den Einzelnachweis durch Angabe des Briefes mit Adressat und taggenauem Datum zu führen. Dies erfolgte zum einen deswegen, um den editorischen Apparat nicht unnötig anschwellen zu lassen, zum anderen aber auch und vor allem aus dem textkritischen Grund, Abweichungen zwischen Kelsens Wiedergabe und dem Iheringschen Original klar und eindeutig kenntlich zu machen.¹⁹⁰

Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten der „Neue Freie Presse“ dreispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 33 II).

Sociologická a právnická idea státní/ Die soziologische und die juristische Staatsidee (1913/1914)

HKW 3, 171–199 und
HKW 3, 201–234 (Übersetzung)

I. Textkonstitution und Überlieferung

1. Der Textträger

Der Edition liegt der unter dem Titel „Sociologická a právnická idea státní“ – zu deutsch: „Die soziologische und die juristische Staatsidee“ – in der renommierten tschechischsprachigen Zeitschrift „Sborník věd právních a státních“ (Almanach für Rechts- und Staatswissenschaften) in deren 14. Jahrgang (1913/1914) im Jahre 1914 erschienene Beitrag zugrunde. Es handelt sich um eine von Karel Engliš (1880–1961) angefertigte tschechische Übersetzung einer von Kelsen eigens für den „Sborník“ auf Deutsch verfassten Abhandlung. Die Schrift umfasst knapp 33 Seiten mit sechs Fußnoten und ist in fünf mit eigenen Zwischenüberschriften versehene Paragraphen eingeteilt; außer kursivierten Worthervorhebungen enthält der Text keinerlei besondere Auszeichnungen.

Sonstige Textträger von „Sociologická a právnická idea státní“ (im Folgenden unter dem deutschen Kurztitel: „Die soziologische Staatsidee“) wie insbesondere der deutsche Autograph¹⁹¹ oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte

¹⁸⁹ Vgl. oben S. 5–20.

¹⁹⁰ Vgl. insb. *Kelsen*, Ihering (Anm. 184), in: HKW 3, S. 157–168 (166 Hrsg.-Anm. 51).

¹⁹¹ S. auch nachfolgend Anm. 231.

sind nicht (mehr) vorhanden. Übersetzungen oder Nachdrucke sind ebenfalls nicht bekannt.

2. Das Publikationsorgan

Der Almanach „Sborník věd právních a státních“ wurde von der Juristischen Fakultät der Tschechischen Universität Prag seit 1901 mit Unterstützung der in Prag ansässigen Böhmisches Kaiser-Franz-Joseph-Akademie der Wissenschaften, Literatur und Kunst sowie des liberalen Juristenvereins „Právnická jednota“ (Juristische Vereinigung) herausgegeben und bei Bursík & Kohout in Prag verlegt. Ziel des Jahrbuches war es, alle „an unserer Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften vertretenen Fächer“¹⁹² zu pflegen. Durch den ersten Redakteur der Zeitschrift Bohuř Rieger (1857–1907)¹⁹³ ergaben sich Schwerpunkte für das öffentliche Recht, doch waren die anderen juristischen Fachrichtungen gleichberechtigt vertreten. Später wurde der Almanach kurze Zeit (1907–1911) von einer vierköpfigen Redaktion mit dem Nationalökonom Albin Bráf (1851–1912), dem Rechts- und Verfassungshistoriker Karel Kadlec (1865–1928), dem Zivilrechtler und Rechtshistoriker Jan Krčmář (1877–1950) und dem Verfassungsrechtler Frantiřek Vavříněk (1877/9–1944) betreut. Ab 1913 übernahm Kadlec die alleinige Redaktion. Von diesen Herausgebern war insbesondere Krčmář mit der Reinen Rechtslehre verbunden, er setzte sich Mitte der Dreißiger Jahre in seiner Funktion als Bildungsminister für Kelsens Berufung an die Deutsche Universität Prag ein.

Das Jahrbuch verfügte neben einem Aufsatzteil über einen ausgedehnten Teil mit Literaturberichten.¹⁹⁴ Der Leser wurde umfassend über neue deutsche, polnische, französische, englisch- und italienischsprachige sowie russische rechtswissenschaftliche Neuerscheinungen sowie über neuere Literatur aus den Ländern der Habsburgermonarchie informiert. Hierbei wurden auch ausländische rechtstheoretische und soziologische Werke ausgewertet. Ab 1909 veröffentlichten auch Frantiřek Weyr (1879–1951) und Karel Engliš regelmäßig in der Zeitschrift, zunächst vor allem zu dogmatischen Themen,¹⁹⁵ darunter der Habilitationsvortrag

¹⁹² Sborník věd právních a státních 1 (1901), S. 368 (Übersetzungen aus dem Tschechischen stammen hier und im Folgenden von Jana Osterkamp).

¹⁹³ Bohuř Rieger (1857–1907), Rechtshistoriker. Rechts- und Geschichtsstudium in Prag, Straßburg, Halle (Saale), Paris, Berlin und Wien; 1889–1893 Dozent für Geschichte und Theorie des öffentlichen Rechts, 1893–1899 a. o. Prof., ab 1899 o. Prof. für österreichische Reichsgeschichte an der Juristischen Fakultät der Tschechischen Karl-Ferdinands-Universität in Prag; er beschäftigte sich zugleich mit Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte.

¹⁹⁴ Vgl. *Monika Krupar*, Tschechische juristische Zeitschriften des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Thomas Simon / Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt a. M. 2006, S. 309–342.

¹⁹⁵ Vgl. *Frantiřek Weyr*, Živnostenská práce žen (Die gewerbliche Tätigkeit der Frau), in: Sborník věd právních a státních 9 (1908/1909), S. 150–232; *Frantiřek Weyr*, Problem svobody vůle a statistika (Das Problem der Willensfreiheit und die Statistik), in: Sborník věd právních a státních 11 (1910/1911), S. 12–32; *Frantiřek Weyr*, Povinnost provozování živností a uzavírání smluv (Die Pflicht des Gewerbebetriebes und der Vertragsschluss), S. 231–305, 355–391. – *Karel Engliš*, Kon-

von Weyr.¹⁹⁶ Im Jahr 1912 publizierte Weyr einen Aufsatz „Rechtswissenschaft“, der über ein Unterkapitel „Soziologie und Rechtswissenschaft“ verfügt.¹⁹⁷ Hierin wandte sich Weyr ausdrücklich gegen eine Einbeziehung der Soziologie in die juristische Methode. Er kritisiert

„jene, die eine soziologische Richtung in der Rechtswissenschaft (vor allem der öffentlichrechtlichen) vertreten und die ‚soziale Betrachtung‘ von Rechtsinstituten fordern, die sich nicht mit den einfachen, doch logisch umso genaueren Rechtsbegriffen begnügen, sondern nach der ‚Untersuchung‘ und ‚Vertiefung‘ dieser Begriffe in soziologischer Perspektive rufen.

Diese Richtung stellt nach meiner bescheidenen Meinung eine eminente Gefahr für eine gelungene Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft dar, weswegen ich meine, dass dieses Kapitel am passendsten mit einem antisoziologischen Schlagwort zu beschließen ist: Jurist, bleibe das, was Du bist, das ist: Jurist!“¹⁹⁸

1912/1913 findet durch zwei Artikel Weyrs erstmals auch die Lehre Kelsens Erwähnung. Einerseits verteidigt Weyr dessen normativistische Einheitsthese gegen den Hauptkritiker der normativistischen Schule, den Verwaltungs- und Verfassungsrechtler Jiří Hoetzel (1874–1961).¹⁹⁹ Im Anschluss daran stellt Weyr in einem kurzen Überblick den tschechischen Lesern Kelsens „Hauptprobleme“ vor.²⁰⁰ Er beschließt seine Ausführungen mit den Worten:

„Nur mit wenigen Worten möchte ich noch eine allgemeine Charakteristik des Kelsenschen Werkes geben. Kelsen ist ein radikaler Formalist, der im Recht überall nur die Form sucht, niemals den Inhalt. Die hervorragende logische Begabung des Autors, der seltene Mut zu einem selbständigen Urteil sichert dem Buch einen dauernden Erfolg, der umso dauernder sein wird, je später er sich einstellen wird (‚Gut Ding braucht Weile‘). Das Einzige, was man diesem Standardwerk der neueren juristischen Literatur vorhalten könnte, ist die bisweilen allzu große Weitläufigkeit, welche bei dem weniger geduldigen Leser den gewaltigen Gesamteindruck etwas abschwächt.“²⁰¹

In dem den Jahren 1913 und 1914 gewidmeten 14. Jahrgang der Zeitschrift, in dem Kelsens Text abgedruckt ist, spiegelt sich das genannte Spektrum der Zeitschrift wider. Im Aufsatzteil finden sich neben Artikeln aus dem Bereich des internationalen Privatrechts,²⁰² über eine internationale Vereinigung zur Bekämpfung der

kretální chudinské fondy (Armenfürsorge), in: Sborník věd právních a státních 9 (1908/1909), S. 401–414.

¹⁹⁶ František Weyr, O trestní pravomoci politických úřadů (Über die Strafbefugnis der politischen Behörden), in: Sborník věd právních a státních 10 (1909/1910), S. 93–102.

¹⁹⁷ Vgl. František Weyr, Právní věda (Rechtswissenschaft), in: Sborník věd právních a státních 12 (1912), S. 145–173.

¹⁹⁸ Weyr, Právní věda (Anm. 197), S. 173.

¹⁹⁹ Vgl. František Weyr, Věda, theorie, praxe a kritika. V odpověď panu prof. Dr. Hoetzelovi (Wissenschaft, Theorie, Praxis und Kritik. Eine Replik auf Prof. Dr. Hoetzel), in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 178–185. – Vgl. im selben Heft die Ergänzung: Dodatek k psychologii vědecké polemiky (Ergänzung zur Psychologie wissenschaftlicher Polemik), S. 431–434.

²⁰⁰ Vgl. František Weyr, Nová theorie státního práva (Die neue Theorie des Staatsrechts), in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 185–195.

²⁰¹ Weyr, Nová theorie (Anm. 200), S. 195.

²⁰² Vgl. Emil Ott, O významu a dosahu konvenci evropských států, uzavřených v Haagu dne 12. června 1902 ve věcech manželských (Über Bedeutung und Reichweite der Haager europäischen Konvention vom 12. Juni 1902 in Ehefragen), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 1–35.

Arbeitslosigkeit,²⁰³ rechtshistorischen Beiträgen zum römischen Recht²⁰⁴ auch Erwägungen zum hanefitischen und sunnitischen Recht in Bosnien und Herzegowina²⁰⁵ oder zur Unfallversicherung von Schäden durch die Eisenbahn.²⁰⁶

Eine besondere Akzentuierung rechtstheoretischer Fragestellungen vollzog sich mit der Veröffentlichung der Beiträge von Kallab und Kelsen. Jaroslav Kallab (1879–1942) gehörte lange Zeit zu den Vertretern der Brünner rechtstheoretischen Schule,²⁰⁷ ehe er sich von seinem Lehrer Weyr abwandte. In dem Beitrag des 14. Jahrgangs des „Sborník“ setzt er sich kritisch mit zeitgenössischen Naturrechtslehren auseinander, wobei er insbesondere die Rechtsgeltung naturrechtlicher Postulate bestreitet. Gleichwohl ist in seinem Aufsatz der Grund für die spätere Abwendung von der „normativen Schule“ gelegt: Kallab sucht mithilfe einer auf Aristoteles zurückgehenden Argumentation nach einer Möglichkeit, Moral und Recht wieder zusammenzuführen. Kallab will dadurch auf einer philosophischen Basis den Einzelnen und die Gemeinschaft mit dem Staat versöhnen.²⁰⁸

Im Rezensionsteil des Heftes, in welchem Kelsens Abhandlung erschien, findet sich eine positive Besprechung von Weyrs Habilitationsschrift „Rahmengesetze“

²⁰³ Vgl. *Rudolf Krejčí*, L'association internationale pour la lutte contre le chômage (Mezinárodní svaz proti nezaměstnanosti), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 101–112.

²⁰⁴ Vgl. *Leopold Heyrovský*, Studie k civilnímu procesu římskému (Studie zum römischen Zivilprozess), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 229–257; *Jaromír Sedláček*, Zásady práva římského hledící ke smlouvě depositní (Grundsätze des römischen Rechts beim Depositarvertrag), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 257–267.

²⁰⁵ Vgl. *Antonín Hassmann*, Práva retraktní dle učení Hanefitů, zvláště právo šufy (Das retraktische Recht nach der hanefitischen Lehre, insbesondere nach dem sufischen Recht), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 287–325.

²⁰⁶ Vgl. *H. Pospíšil-Branišovský*, Úrazy na pohraničních drahách (Unfälle auf einheimischen Eisenbahnstrecken), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 268–287.

²⁰⁷ Die „Brünner rechtstheoretische Schule“, auch als „normative Schule“ bezeichnet, wurde von Franz Weyr gegen Ende des ersten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts – und damit nahezu zeitgleich mit Kelsens „Wiener rechtstheoretischen Schule“ – etabliert. Ihr Zentrum war die 1919 gegründete Brünner Masaryk-Universität; Weyr war dort erster Dekan der Juristischen Fakultät. Die „Brünner rechtstheoretische Schule“ wirkte auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, fand aber auch Anhänger in der Nationalökonomie und strahlte auf die gesamte Tschechoslowakei aus. Weyr sah sie nicht als dogmatische Lehre, sondern als eine Richtung verschiedener Denker, deren Lehren sich in gewissen Grundzügen ähneln. Anhänger waren u. a. Jaroslav Kallab (1879–1942), Karel Engliš (1880–1961), Jaromír Sedláček (1885–1945), Jan Loevenstein (1886–1932), Jaroslav Krejčí (1892–1960), Adolf Procházka (1900–1970), Zdeněk Neubauer (1901–1956), Vladimír Vybrál (1902–1980), Václav Chytil (1907–1980), Vladimír Kubeš (1908–1988) und Ota Weinberger (1919–2009). Inhaltliche Gemeinsamkeiten zwischen der „Brünner rechtstheoretischen Schule“ und der „Reinen Rechtslehre“ bestanden, bei allerlei Abweichungen im Detail, insbesondere in der Anlehnung an den Kantischen Kritizismus, im Dualismus von Sein und Sollen, in der Unterscheidung von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung, in der dynamischen Rechtsbetrachtung, in der Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung und in der Grundnormtheorie sowie im rechtsstrukturanalytischen Ansatz.

²⁰⁸ Vgl. *Jaroslav Kallab*, Poznámky o základech novodobých teorií přirozenoprávních (Anmerkungen über die Grundlagen der neuzeitlichen Naturrechtslehren), in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 35–68 (68).

von Antonín Hobza (1876–1953).²⁰⁹ Wie bereits in dem Aufsatz von 1908 „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ verteidigte Weyr in dieser Schrift den Vorrang der einheitlichen rechtlich-dogmatischen Erkenntnismethode gegenüber einem soziologischen Ansatz. Auch diese Rezension steht insofern im inhaltlichen Zusammenhang mit Kelsens Artikel. Einen weiteren inhaltlichen Referenzpunkt bildet Weyrs Rezension von Ludwig Spiegels (1864–1926) 1913 erschienenem Buch „Gesetz und Recht“²¹⁰ – eine Schrift, die auch Kelsen im Jahr 1914 einer eingehenden Besprechung im ersten Jahrgang der von ihm gegründeten „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ unterzog.²¹¹ Spiegel hatte den normativistischen Ansatz von Kelsen und Weyr als einen „übertriebenen Formalismus“²¹² bezeichnet. Weyr kritisiert Spiegel nun mit dem gesamten Arsenal jener rechtstheoretischen Argumente, die bereits zum Bestand der „normativen Schule“ gehörten. Einen breiten Raum nimmt hierbei auch die Abgrenzung von soziologischer Methode und Rechtswissenschaft ein.²¹³ Überhaupt lässt sich festhalten, dass sich das methodische Streitgespräch im öffentlichen Recht zwischen der normativen Methode und einer eher konservativeren Staatslehre im „Almanach“ seit 1912 abbildete. Die Veröffentlichung von Kelsens Aufsatz diente sichtlich dem Zweck, für die „normative Schule“ Werbung zu machen und sie gegen deren Gegner zu verteidigen. Es nimmt daher nicht wunder, dass die Veröffentlichung von Kelsens Artikel auch als eine Antwort Weyrs auf seine Kritiker gelesen wird.²¹⁴ Auch in den Folgejahren bot der „Sborník“ diesen Auseinandersetzungen ein Forum. Hierbei blieb die Abgrenzung von juristischer und soziologischer Methode ein Thema.²¹⁵ Weyr griff die Fragestellung in einem späteren Aufsatz wieder auf,²¹⁶ rezensierte Kelsens Buch zum juristischen und soziologischen Staatsbegriff²¹⁷ und

²⁰⁹ Antonín Hobza, [Buchbesprechung:] Prof. Dr. Fr. Weyr, Rahmengesetze. Studie aus dem öst. Verfassungsrechte (Wiener Staatswissenschaftliche Studien 11. svazek, 3. sešit), Lipsko a Vídeň 1913. Stránek 77, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 133–136.

²¹⁰ Vgl. František Weyr, [Buchbesprechung:] Spiegel Dr. Ludwig: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 129–133.

²¹¹ Vgl. Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438.

²¹² Weyr, Buchbesprechung Spiegel (Anm. 210), S. 130.

²¹³ Vgl. Weyr, Buchbesprechung Spiegel (Anm. 210), S. 130–132.

²¹⁴ Vgl. Renata Boháčková, Život a dílo prof. JUDr. Františka Weyra (Leben und Werk von Prof. František Weyr), Brünn 1993, S. 5: „Kelsens Artikel war somit auch eine Antwort Weyrs auf seine Kritiker, insbesondere auf seinen ausdauerndsten Opponenten und zugleich respektierten Freund, den Prager Professor für Verwaltungsrecht Jiří Hoetzel.“

²¹⁵ Vgl. den Aufsatz des Soziologen Emil Chalupný, Poměr sociologie k vědám právním a státním (Das Verhältnis der Soziologie zu den Rechts- und Staatswissenschaften), in: Sborník věd právních a státních 17 (1917), S. 159–176.

²¹⁶ Vgl. František Weyr, O metodě sociologické (Über die soziologische Methode), in: Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university 6 (1927), S. 26–82.

²¹⁷ Vgl. František Weyr, [Buchbesprechung:] Recenze Kelsens: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, in: Časopis pro právní a státní vědu 11 (1928), S. 130–131.

lieferte noch 1936 für den Prager Internationalen Philosophenkongress einen Beitrag zum Thema „Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie“.²¹⁸

II. Der Übersetzer: Karel Engliš

Übersetzt hat „Die soziologische Staatsidee“ der im engen Kontakt sowohl mit der Wiener als auch mit der Brünner rechtstheoretischen Schule stehende Nationalökonom Karel Engliš (1880–1961). Engliš und Weyr waren Studienfreunde und gehörten beide zu den Schülern von Albin Bráf, der zwischenzeitlich den „Almanach“ mitredigiert hatte. Engliš arbeitete seit 1908 am Amt für Statistik beim Handelsministerium – dem k. k. Ministerium für Handel und Volkswirtschaft – in Wien. 1910 habilitierte er sich an der Böhmisches Technischen Universität in Brünn für Nationalökonomie, wurde dort 1911 a. o. und 1917 o. Prof. In der Tschechoslowakei war er mehrmals Finanzminister und leitete später die Nationalbank.

Wie Weyr war auch Engliš Abgeordneter der Revolutionären Nationalversammlung, welche dem neuen tschechoslowakischen Staat nach 1918 eine neue Verfassung gab. Neben seinem eigentlichen Metier, der Finanzpolitik, setzte er als Abgeordneter die Gründung einer zweiten tschechischen Universität in Brünn durch. Engliš wurde deren Gründungsrektor, Weyr Gründungsdekan der Juristischen Fakultät. An dieser Universität etablierten beide in den Folgejahren die Brünner rechtstheoretische Schule, Engliš für das Fach der Nationalökonomie auch die sog. Brünner nationalökonomische (teleologische) Schule.

Engliš hat die Eigenart der Brünner rechtstheoretischen Schule wesentlich geprägt. Er brach mit dem erkenntnistheoretischen, neukantianischen Dualismus von Sein und Sollen. Die darauf gründenden Erkenntnisarten Kausalität und Normativität erweiterte er um die teleologische Erkenntnisperspektive. Die Brünner rechtstheoretische Schule und insbesondere Weyr wandten diese teleologische Herangehensweise auf den Normschöpfer an:²¹⁹ Aus Sicht des Normschöpfers erscheine die Rechtsnorm nicht als etwas Seiendes oder Gesolltes, sondern als etwas „Gewolltes“.²²⁰ Man ging dabei aus von einer methodischen Dreiheit der Erkenntnisperspektiven: des Normschöpfers, des Normadressaten und des Normerkennenden. Ota Weinberger (1919–2009) sagt Engliš sogar Einfluss auf Kelsens

²¹⁸ *František Weyr*, *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie*. Eine erkenntniskritische Studie, in: *Actes du huitième congrès international de philosophie à Prague* 2.–7. Septembre 1934, Prag 1936, S. 335–341.

²¹⁹ Vgl. *František Weyr*, *Úvod do studia právnického*. Normativní teorie (Einführung in das juristische Studium. Die normative Theorie), Brünn 1946, S. 20; *Vladimír Kubeš*, *Die Brünner Schule der Reinen Rechtslehre*, in: Ota Weinberger / Vladimír Kubeš (Hrsg.), *Die Brünner Rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)*, Wien 1980, S. 9–32 (14).

²²⁰ *Weyr*, *Úvod* (Anm. 219), S. 15; vgl. *Kubeš*, *Brünner Schule* (Anm. 219), S. 14.

Spätwerk nach: Kelsens „später normlogischer Skeptizismus“ sei maßgebend von der „skeptischen Argumentation von Engliš“ geprägt worden,²²¹ welche ihm aus Weinbergers Buch „Die Sollsatzproblematik in der modernen Logik“²²² bekannt gewesen sei.²²³ Engliš hat sich auch noch in späteren Jahren immer wieder einmal mit Kelsens Lehren beschäftigt, so etwa prominent in einem 1961, d. h. in seinem letzten Lebensjahr erschienenen Beitrag zu „Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit“.²²⁴

III. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Kelsen und Weyr lernten sich persönlich an der Universität Wien im Jahr 1912 auf Vermittlung von Weyrs Freund Emil Perels (gest. 1943) kennen.²²⁵ Womöglich kam Engliš über Weyr, seinen engen Freund und seit 1912 auch Kollegen in Brünn, mit Kelsen in Kontakt. Möglich ist indes auch, dass sich Engliš und Kelsen aus Wien kannten, überschritten sich doch die Zeiten, in denen Engliš am k. k. Handelsministerium beschäftigt und Kelsen als Dozent an der Exportakademie beim k. k. österreichischen Handelsmuseum tätig war. Vorstellbar ist schließlich, dass Weyr die Übersetzung des deutschen Originals ins Tschechische vermittelte, ohne dass Autor und Übersetzer sich kannten. Unklar ist, ob Engliš im Jahr 1913 neben seiner außerordentlichen Professur in Brünn noch am Wiener Handelsministerium tätig war, sodass er das Original eventuell dort aufbewahrte. Engliš dürfte sich aus seinem eigenen Forschungsinteresse heraus für Kelsens Abhandlung „Die soziologische Staatsidee“ interessiert haben. Weyr schreibt über seine beiden Freunde:

„Die Rechtswissenschaft vor dreißig, vierzig Jahren war offensichtlich aphilosophisch und baute geradezu auf dieser Aversion gegen die Philosophie auf. Es imponierte ihr die Naturwissenschaft, die Deskription und die Geschichte. Ihre Probleme waren daher ganz konkrete. Kelsen und Engliš sind als wissenschaftliche Erscheinungen hingegen offensichtlich ahistorisch veranlagt, was nicht heißt, dass sie Feinde der Geschichte wären, sondern nur, dass die Erfassung konkreter Daten (seien es nun historische oder andere) sie weit weniger interessieren als die durch die deduktive Methode gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse.“²²⁶

²²¹ Ota Weinberger / Jan Kosek, Slovo úvodem (Ein Wort zur Einleitung), in: Ota Weinberger / Vladimír Kubeš (Hrsg.), Brněnská škola právní teorie (Brünnener rechtstheoretische Schule), Prag 2003, S. 7–8 (7).

²²² Ota Weinberger, Die Sollsatzproblematik in der modernen Logik. Mit einem Anhang: Können Sollsätze (Imperative) als wahr bezeichnet werden?, Prag 1958.

²²³ Vgl. Ota Weinberger, Karel Engliš jako logik a právní filozof (Karel Engliš als Logiker und Rechtsphilosoph), Internetveröffentlichung: http://www.ustavprava.cz/files/sak/ruzne/Karel_Englis.pdf.

²²⁴ Karel Engliš, Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 47 (1961), S. 301–332.

²²⁵ Boháčková, Františka Weyra (Anm. 214), S. 4. – František Weyr, Paměti (Memoiren), Bd. 1: Za Rakouska (Zu Zeiten Österreichs) (1879–1918), Brünn 1999, S. 414.

²²⁶ Weyr, Paměti (Anm. 225), S. 414.

„Die soziologische Staatsidee“ schöpft zwar im Wesentlichen aus dem Fundus der im Jahre 1911 erschienenen „Hauptprobleme“²²⁷ wie der im selben Jahr publizierte „Grenzen“,^{228, 229} erscheint aber doch als selbständige, eigens für die tschechischsprachige Leserschaft aufbereitete Erörterung des Verhältnisses von juristischer und soziologischer Betrachtung des Staates. Kelsen dürfte die Abhandlung, wie sowohl deren bewusste Ausrichtung auf die tschechische Sicht als auch deren nachgerade strategische Platzierung im „Sborník“ nahelegen,²³⁰ auf Bitten von Weyr (oder auch von Engliš) verfasst haben. Das auf Deutsch geschriebene Original des Beitrages muss, ist es doch weder im wissenschaftlichen Nachlass Kelsens in Wien noch in einschlägigen tschechischen Archiven aufzufinden gewesen,²³¹ als verloren gelten.

Von der Selbstverständlichkeit des Deutschen als Wissenschaftssprache im tschechischen Kontext zeugt die Tatsache, dass sämtliche Zitate der von Kelsen angeführten Autoren in der Originalsprache belassen wurden.

2. Duktus

Kelsen fasst in seinem Text wesentliche Erkenntnisse der „Hauptprobleme“ sowie der „Grenzen“ für den tschechischen Leser noch einmal zusammen, so den Dualismus von Sein und Sollen sowie die darauf aufbauende Unterscheidung von normativer und kausaler Erkenntnismethode; die Definition der Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft und die Ablehnung von soziologischer Erkenntnis als relevant für die Rechtswissenschaft; die Bereinigung der Staatsidee von soziologischen Annahmen, insbesondere soweit diese wie bei Georg Jellinek (1851–1911) den Charakter von Fiktionen haben; die Einheit von Staat und Rechtsordnung sowie die Ablehnung der rechtswesenhaften Trennung von öffentlichem und privatem Recht. Im Vergleich zu den „Grenzen“ fehlen im vorliegenden Text indes die Ausführungen zu privatrechtlichen und strafrechtlichen Fragen. Die im Vortrag vor der Soziologischen Gesellschaft zu Wien im Jahre 1911 breit angelegten Ausführungen zum Problem der Zurechnung sind in „Die soziologische Staatsidee“ knapp gehalten. Im Übrigen legt Kelsen hier anders als dort auch nicht den Schwerpunkt auf den Willensbegriff.

²²⁷ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

²²⁸ Hans Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55.

²²⁹ Dazu näher sogleich 2, S. 698.

²³⁰ Vgl. oben I.2, S. 692.

²³¹ Die Recherche fiel für folgende Archive negativ aus: Archiv Univerzity Masarykovy v Brně (Archiv der Masarykuniversität in Brünn), Bestand Engliš (telefonisch erfragt); Archiv České národní banky (Archiv der Tschechischen Nationalbank), Bestand Engliš (telefonisch erfragt); Archiv Národního muzea (Archiv des Nationalmuseums), Nachlass Engliš: ANM Inventarnummer 130 NAD č. 145; Národní archiv (Nationalarchiv); Literární archiv Památníku národního písemnictví (Literarisches Archiv des Denkmals für nationales Schrifttum), Bestand Engliš.

Was „Die soziologische Staatsidee“ von den beiden Vorgängertexten abhebt, ist das prononcierte und detaillierte Eingehen auf die Thesen Weyrs. Es findet sich nicht nur eine rhetorische Verbeugung vor Weyr, der bereits vor Kelsen auf den Charakter der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft hingewiesen hatte.²³² Kelsen nimmt die Ausführungen zu juristischer Staatsidee und öffentlichem Recht sowie das Postulat der Einheit von Staat und Rechtsordnung zum Anlass, Weyrs Thesen zur Einheit von öffentlichem und privatem Recht zu behandeln.²³³ Ausgehend von der Forderung nach einer einheitlichen juristischen Methode für alle Bereiche der Rechtswissenschaft – insbesondere eben für das öffentliche und das Privatrecht – war auch Weyr in einem Aufsatz von 1908 bereits zu einer rechtlich verstandenen Einheit von Staat und Rechtsordnung gelangt.²³⁴ Dies greift Kelsen auf. Weyr hatte die Tatsache, dass die Rechtswissenschaft im Staatsrecht auf den überkommenen Dualismus zurückgreift, psychologisch, nämlich als ein Fortwirken des absolutistischen „Untertanenverhältnisses“ gedeutet.²³⁵ Doch Kelsen erweitert diesen Erklärungsansatz. Er stellt fest, dass jede am Dualismus festhaltende Methode eine „der Rechtsstaatsidee gegenläufige Tendenz“²³⁶ habe. Kelsen betont die antiparlamentarische Stoßrichtung des methodischen Dualismus. Komme der Verwaltung jenseits der Gesetzesgrundlagen ein Handlungsspielraum zu, gäbe man deren Rechtsbindung auf und damit das den Konstitutionalismus kennzeichnende Zusammenwirken von Herrscher und Parlament bei der Gesetzgebung. Den Dualismus deutet Kelsen daher nicht mehr psychologisch, sondern als eine Legitimation von Machtinteressen.²³⁷ Diese dezidierte Stellungnahme Kelsens lässt sich als eine Reaktion auf die den österreichischen Parlamentarismus kennzeichnende „Krise in Permanenz“ lesen: Bereits um die Jahrhundertwende, aber auch vor und später im Ersten Weltkrieg kam es zu einem extensiven Gebrauch des sog. Diktaturparagraphen 14, auf dessen Grundlage zahlreiche Notverordnungen unter verfassungswidriger Umgehung des Parlaments erlassen wurden.²³⁸ Der tschechi-

²³² Vgl. *Hans Kelsen*, *Sociologická a právnická idea státní*, in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 69–101 = HKW 3, S. 171–199 (177f.); *Hans Kelsen*, *Die soziologische und die juristische Staatsidee* (Übersetzung von: *Sociologická a právnická idea státní*), in: HKW 3, S. 201–234 (208f.).

²³³ Vgl. *Kelsen*, *Sociologická* (Anm. 232), S. 87–92 = HKW 3, S. 171–199 (188–192); *Kelsen*, *Staatsidee* (Anm. 232), in: HKW 3, S. 201–234 (221–225).

²³⁴ Vgl. *František Weyr*, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in: *Archiv für öffentliches Recht* 23 (1908), S. 529–580.

²³⁵ Vgl. *Kelsen*, *Sociologická* (Anm. 232), S. 100 = HKW 3, S. 171–199 (198); *Kelsen*, *Staatsidee* (Anm. 232), in: HKW 3, S. 201–234 (233).

²³⁶ *Kelsen*, *Sociologická* (Anm. 232), S. 100 = HKW 3, S. 171–199 (198); *Kelsen*, *Staatsidee* (Anm. 232), in: HKW 3, S. 201–234 (233).

²³⁷ Vgl. *Kelsen*, *Sociologická* (Anm. 232), S. 101 = HKW 3, S. 171–199 (199); *Kelsen*, *Staatsidee* (Anm. 232), in: HKW 3, S. 201–234 (234).

²³⁸ Gemeint ist Art. 14 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145. – Dazu näher *Ernst Hanisch*, *Der lange Schatten des Staates. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert*, Wien 1994, S. 230–232; *Otto Urban*, *Die Landtage der böhmischen Länder: Der böhmische Landtag*, in: Hel-

sche Leser dürfte Kelsens Zeilen darüber hinaus als einen Kommentar zur verfassungswidrigen Auflösung des Böhmisches Landtags im Juli 1913 gelesen haben.²³⁹

IV. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung des tschechischen Erstdrucks erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.²⁴⁰ Da sich nicht genau datieren ließ, ob zu der Zeit, zu der Kelsen den Beitrag verfasste, die 1914 erschienene 3. Auflage von Georg Jellineks „Allgemeiner Staatslehre“ bereits greifbar war, sind die auf dieses Werk bezogenen Nachweise aus der im Jahre 1905 erschienenen 2. Auflage geführt worden. Primär mit Rücksicht auf den Verbreitungsgrad des Tschechischen, nicht zuletzt aber auch deswegen, weil es sich bei der Erstpublikation „lediglich“ um eine von Karel Engliš besorgte Übertragung des von Kelsen in deutscher Sprache verfassten Beitrages ins Tschechische handelt, ist – die Regel modifizierend, dass die Beiträge (nur) in der Originalpublikationssprache in die HKW Eingang finden – dem tschechischen Originaltextträger im „Sborník“ eine deutsche (Rück-)Übersetzung nachgestellt worden; diese Rückübertragung aus dem Tschechischen ins Deutsche ist von Jana Osterkamp geleistet worden. Die Herausgeberrede ist einheitlich in Deutsch gehalten; die editorischen Anmerkungen sind – zur leichteren Orientierung und zur besseren Vergleichbarkeit – wort- und ortsgleich im tschechischen Original und in der deutschen (Rück-)Übersetzung platziert worden.

Bei der (Rück-)Übertragung ins Deutsche ergaben sich manche Fragen und Probleme. Davon seien hier nur einige wenige thematisiert. Zunächst stellte sich die Frage, wie Seitenumbrüche, die im Originaldruck mit einer Silbentrennung zusammenfielen, in der deutschen Übersetzung abgebildet werden sollen; soweit möglich, wurde die Worttrennung im Deutschen nachempfunden und der Seitenumbruchstrich zwischen den entsprechenden deutschen Silben positioniert. Andernfalls wurde der Seitenumbruchstrich entweder vor oder hinter das betreffende Wort gesetzt.

Unter inhaltlichen Auspizien seien zwei Problemfelder herausgegriffen: Kelsen legte bei seinen Erörterungen erkennbar Wert auf die Unterscheidung zwischen disziplinärem Gegenstand, dem *obiectum quod*, und der disziplinären Sicht auf diesen Gegenstand, dem *obiectum quo*. Sprachlich kommt dies indes an vielen Stellen der deutschen (Rück-)Übersetzung deswegen nicht oder nur unzureichend

mut Rumpler/Peter Urbanitsch (Hrsg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, 2. Teilbd.: *Die regionalen Repräsentativkörperschaften*, Wien 2000, S. 1991–2055 (2053).

²³⁹ Vgl. dazu auch *Hans Kelsen*, *Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof*, in: *Neue Freie Presse* Nr. 17673 vom 5. November 1913, *Abendblatt*, S. 3 = HKW 3, S. 105–111.

²⁴⁰ Vgl. oben S. 5–20.

zum Ausdruck, weil mal von „sozial“ und mal von „soziologisch“, mal von „psychisch“ und mal von „psychologisch“, mal von „physisch“ und mal von „physiologisch“ die Rede ist, ohne dass erkennbar wäre, dass die in der sprachlichen Differenzierung liegende sachliche Unterscheidung tatsächlich gemeint ist. Die Rückübersetzung folgt insoweit jedoch streng dem tschechischen Text, der entsprechend differenziert und variiert. Ob bereits das Kelsensche Manuskript die sprachliche Genauigkeit vermissen ließ oder aber erst die Übersetzung desselben durch Engliš, lässt sich wegen der Unauffindbarkeit von Kelsens Urtext nicht mehr feststellen. Infolgedessen wurde hier der wörtlichen Übersetzung der Vorzug gegeben.

Anders wurde verfahren beim tschechischen Wort für „Zurechenbarkeit“, welches Engliš mehrfach in seiner Übertragung ins Tschechische verwendet. Sowohl nach dem Sachzusammenhang wie nach Kelsens Nomenklatur kann hier jeweils nur „Zurechnung“ gemeint sein; die „Zurechnung“ – und nicht die „Zurechenbarkeit“ – stellt für Kelsen die für Normen eigentümliche Ligatur dar.²⁴¹ Warum der Übersetzer, wiewohl das Tschechische wie das Deutsche die Unterscheidung von „Zurechnung“ („přičítání“) einer- und „Zurechenbarkeit“ („přičitatelnosti“) andererseits kennen und darüber hinaus der deutsche Begriff „Zurechnung“ bei der Erstnennung ausdrücklich mit „přičítání“ übersetzt wurde,²⁴² an manchen Stellen für „Zurechenbarkeit“ optierte, lässt sich nicht erklären. Noch weniger lässt sich vorstellen, dass Kelsen selbst diesen terminologischen Fehlgriff zu verantworten hat. Dementsprechend findet in der deutschen Rückübersetzung durchgängig der Begriff „Zurechnung“ Verwendung.

Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung (1913)

HKW 3, 235–246

I. Textkonstitution und Überlieferung

Für die Edition maßgeblicher Textträger ist die Erstpublikation unter dem Titel „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung“. Sie erschien am 18. Mai 1913 in Nummer 20 des 42. Jahrgangs der Wochenschrift „Juristische Blätter“. Die knapp

²⁴¹ Pars pro toto: *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55 (47–52).

²⁴² *Kelsen*, *Sociologická* (Anm. 232), S. 89f. = HKW 3, S. 171–199 (190).

sieben Spalten (S. 229–232) umfassende Abhandlung enthält weder Zwischenüberschriften noch – von Absätzen einmal abgesehen – sonstige Untergliederungen noch Anmerkungen; die einzige Form der Hervorhebung sind Wortsperrungen (für sämtliche Eigennamen sowie für besondere sachlich-inhaltliche Betonungen).

Die „Juristische Blätter“ gehörten und gehören nach wie vor zu den führenden österreichischen rechtswissenschaftlichen Zeitschriften. Ihr besonderes Augenmerk galt von jeher den wissenschaftlichen Fachinteressen der Anwaltschaft. Begründet wurden sie von Max Burian (1836–1890) und Lothar Johanny (1835–1886) im Jahre 1872. Zunächst wurden sie in Kommission von Alfred Hölder, Wien, von A. Schulze in Leipzig, von der k. u. k. Hof-Buchdruckerei Carl Fromme in Wien verlegt, 1924 bis 1927 bei „Juristische Blätter Ges. m. b. H.“ ebenfalls in Wien. Ihre Erscheinungsweise variierte von wöchentlich (so auch im hier fraglichen Jahre 1913) über 14-täglich bis hin zu monatlich. Herausgeber zur Erscheinungszeit von „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ war der in Wien tätige Rechtsanwalt Ernst Bum (1855–1927). Die „Juristische Blätter“ wurden im Quart-Format, Seitengröße 31,0×24,1 cm, zweispaltig in Frakturschrift gedruckt. Sie erschienen – ab 1932 vereinigt mit der „Gerichts-Zeitung“ unter Beibehaltung des Namens – bis 1938 und erscheinen seit 1946 bis heute, allerdings nun beim Springer-Verlag in Wien und New York. 1963 bis 1980 war der Kelsen-Schüler Alfred Verdross (1890–1980) (Mit-)Herausgeber der Zeitschrift. Von Kelsen erschienen in knapp fünf Jahrzehnten insgesamt sieben Beiträge²⁴³ in den „Juristische Blätter“, der erste im Jahre 1906 und der letzte im Jahre 1953.

„Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ wurde einmal nachgedruckt, nämlich in dem von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigenden Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).²⁴⁴ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern,

²⁴³ In chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform, in: *Juristische Blätter* 35 (1906), S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1, S. 301–331; *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246; *Hans Kelsen*, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag gehalten vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919, in: *Juristische Blätter* 48 (1919), S. 378–380; *Hans Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht, in: *Juristische Blätter* 57 (1928), S. 105–110; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsreform, in: *Juristische Blätter* 58 (1929), S. 445–457; *Hans Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 11. Februar 1953, in: *Juristische Blätter* 75 (1953), S. 180–183.

²⁴⁴ *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 1533–1544.

sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Schließlich ist sie bislang einmal, nämlich ins Italienische übersetzt worden: *Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale*, in: *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino, Neapel 1988, S. 221–234.

Sonstige Textträger von „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ wie insbesondere der Autograph oder Fahren oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Wie sich aus den Akten von Kelsens Habilitationsverfahren ergibt,²⁴⁵ hielt dieser, nachdem das Professoren-Kollegium der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien rund drei Wochen zuvor seine Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“²⁴⁶ genehmigt hatte, am 10. Juli 1911 den Probevortrag zum Thema „Zur Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinn mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung“. In dem an das k. k. Ministerium für Unterricht und Kultus gerichteten Schreiben des Juridischen Dekanats vom 12. Juli 1911 heißt es lapidar: „Kolloquium und Probevortrag befriedigten.“ Der Minister für Kultus und Unterricht, Karl Graf Stürghk (1859–1916), erteilte dem Beschluss des Professoren-Kollegiums, Kelsen als Privatdozenten für allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Rechtsphilosophie und deren Geschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien zuzulassen, unter dem 26. Juli 1911 seine Bestätigung.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass es sich bei der in den „Juristische Blätter“ abgedruckten Abhandlung um die Druckfassung von Kelsens Habilitationsvortrag handelt. Mit Rücksicht sowohl auf die Länge der Schrift – rund 26000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) können bei moderatem Sprechtempo in einer halben Stunde vorgetragen werden – als auch auf die Übereinstimmungen mit den sei-

²⁴⁵ Vgl. Personalakt Hans Kelsen, Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Unterricht, Faszikel 589 (Akten des Ministeriums für Kultus und Unterricht Nr. 30728/1911 – dort auch das folgende Zitat). Ein Teil der Aktenbestände des seinerzeitigen Archivs der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität – darunter bedauerlicherweise auch die Akten des Habilitationsverfahrens von Kelsen – wurde durch Bombentreffer am Hauptgebäude der Universität im Zweiten Weltkrieg zerstört.

²⁴⁶ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

nerzeit bereits im Druck vorliegenden „Hauptproblemen“ spricht einiges dafür, dass das von Kelsen verwendete Vortragsmanuskript in wesentlichen Teilen oder sogar zur Gänze mit der nahezu zwei Jahre später publizierten Fassung identisch war.

2. Duktus

„Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ setzt sich aus zwei ungleichen, äußerlich freilich nicht voneinander abgeschichteten Teilen zusammen: Im ersten, mehr als zwei Drittel des Platzes einnehmenden Teil stellt Kelsen rechtstheoretische Reflexionen zur Relation des Gesetzes im formellen zu jenem im materiellen Sinne an;²⁴⁷ diesen lässt er im kürzeren zweiten Teil die Anwendung auf und die Bestätigung der rechtstheoretischen Konzeption durch das positive österreichische Verfassungsrecht folgen.²⁴⁸

Die rechtstheoretischen Überlegungen enthalten in Collagetechnik teils oder vollständig wortidentische Passagen aus dem I. Kapitel („Naturgesetz und Norm“)²⁴⁹ und namentlich aus dem XXI. Kapitel („Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne; die Natur der organisatorischen Bestimmungen“) der „Hauptprobleme“.²⁵⁰ Kelsen komprimiert also nicht die ausführlicheren Abschnitte der „Hauptprobleme“, sondern er bedient sich der einschlägigen Ausführungen der Habilitationsschrift dergestalt, dass er, von wenigen Verbindungssätzen abgesehen, ganze Sätze, Absätze oder Abschnitte ausschneidet und übernimmt, andere wiederum gänzlich entfallen lässt. Die rechtstheoretische Hauptthese seiner kurzen Schrift – „Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes“ – findet sich dementsprechend wortidentisch in den „Hauptproblemen“.²⁵¹

Der zweite, à fond neu geschriebene, d. h. nicht bereits in den „Hauptproblemen“ enthaltene Teil ist, wie es der Titelzusatz „mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung“ zum Ausdruck bringt, dem österreichischen Verfassungsrecht gewidmet. Kelsen demonstriert seine Thesen an der (niemals aktualisierten) Reichsverfassung von 1848, am Oktoberdiplom von 1860, am Fe-

²⁴⁷ Vgl. *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232 (229–231) = HKW 3, S. 235–246 (236–242).

²⁴⁸ Vgl. *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 231 = HKW 3, S. 235–246 (243–246).

²⁴⁹ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 246), S. 3–33, insb. 4, 5 = HKW 2, S. 21–878 (80–116, insb. 81, 83) einerseits und *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 229 = HKW 3, S. 235–246 (236f.) andererseits.

²⁵⁰ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 246), S. 537–566, insb. 541–558 = HKW 2, S. 21–878 (689–719, insb. 692–711) einerseits und *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 230 = HKW 3, S. 235–246 (238–242) andererseits.

²⁵¹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 246), S. 541 = HKW 2, S. 21–878 (693) einerseits und *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 230 = HKW 3, S. 235–246 (239) andererseits.

bruarpatent von 1861 sowie an der – 1913 nach wie vor in Geltung stehenden – Dezemberverfassung von 1867. Er holt hier gleichsam nach, was in den „Hauptproblemen“ noch fast keine Rolle spielte: die Arbeit mit und an positivrechtlichen Normen. Er nutzt diese Passagen seiner Abhandlung dazu, einmal mehr auf die Notwendigkeit, dass für einen Rechtssatz ein Positivierungsnachweis geführt werden müsse, hinzuweisen.²⁵² Seine Erörterungen zur österreichischen Verfassungsrechtslage kulminieren in dem Satz:

„Die österreichische Verfassung ist die vollkommene Realisierung des Prinzips, daß alles materielle Gesetz ein formelles Gesetz sein muß, außer wenn in einem formellen Gesetz die Delegation an die Exekutive ausgesprochen ist.“²⁵³

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.²⁵⁴

Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten der „Juristische Blätter“ zweispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 229 1). Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle von „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)²⁵⁵ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck von „Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ in Gestalt der von den Herausgebern vorgenommenen Korrekturen in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die – in der WRS nicht ausgewiesenen – Korrekturen am Originaltext wurden hier folgeweise weder übernommen noch eigens verzeichnet; die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanz Zwecken.

²⁵² Besonders deutlich *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 231 = HKW 3, S. 235–246 (243).

²⁵³ *Kelsen*, Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Anm. 247), S. 232 = HKW 3, S. 235–246 (246).

²⁵⁴ Vgl. oben S. 5–20.

²⁵⁵ Anm. 244.

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913)

HKW 3, 247–316

I. Textkonstitution und Überlieferung

Grundlage der Edition bildet der Aufsatz „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, wie er im 31. Band des „Archiv des öffentlichen Rechts“ im Jahre 1913 erschien. Der Beitrag besteht aus zwei, in aufeinanderfolgenden Heften abgedruckten Teilen mit insgesamt rund 105 Druckseiten (S. 53–98 sowie 190–249). Er ist in 4 annähernd umfangsgleiche, indes nicht näher betitelte Kapitel unterteilt, deren ersten beide in Heft 1 des 31. Bandes und deren letzten beide im Doppelheft 2/3 des 31. Bandes des „Archiv des öffentlichen Rechts“ publiziert wurden. Insgesamt sind der Abhandlung 90 zum Teil recht umfangreiche Fußnoten angefügt.

Das „Archiv des öffentlichen Rechts“ (AÖR) gehört bis heute zu den angesehensten Publikationsorganen der deutschsprachigen Jurisprudenz. Es erschien erstmals im Jahre 1886 unter dem Namen „Archiv für öffentliches Recht“.²⁵⁶ Angeregt durch den (Mit-)Inhaber des Verlages J. C. B. Mohr, Paul Siebeck (1855–1920), gründeten Felix Stoerk (1851–1908) und Paul Laband (1838–1918) nach dem Vorbild des seit 1818 bestehenden, traditionsreichen und ebenfalls bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erscheinenden „Archiv für die civilistische Praxis“ (AcP) ein wissenschaftliches Fachblatt für das öffentliche Recht. Das „AÖR“ ist in herausgehobener Weise sowohl Ausdruck als auch Folge der methodischen und disziplinären Verselbständigung der – zunehmend dogmatischer betriebenen und ausgerichteten – Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Dieses umfasst neben dem Staats- auch das Verwaltungsrecht, aber ebenso das Völkerrecht und die publizistische Rechtsvergleichung. Die Verselbständigung der Lehre vom öffentlichen Recht vollzog sich – auch – aus Sicht der beiden Gründungsherausgeber des „AÖR“ in einer Doppelbewegung, nämlich gegenüber der Privatrechtswissenschaft einerseits und gegenüber den sonstigen Staatswissenschaften wie Volkswirtschaftslehre, Statistik, Finanzwissenschaft und Politikwissenschaft andererseits.²⁵⁷ Von Beginn an ist es ein Markenzeichen der grundsätzlich vierteljährlich erscheinenden Ar-

²⁵⁶ Die auf Robert Piloty (1863–1926), seit Band 23 (1908) Mitherausgeber des „AÖR“, zurückgehende und dem Verleger aus „sprachlichen Gründen“ vorgeschlagene Namensänderung (vgl. Brief Robert Piloty an Paul Siebeck vom 3. April 1910) wurde ab dem 27. Band im Jahre 1911 wirksam; in Gestalt einer „Mitteilung“ von „Redaktion und Verlag des Archivs für öffentliches Recht“ erschien auf der letzten Seite des Vorgängerbandes (Archiv für öffentliches Recht 26 (1910), S. 634) der lapidare, nicht näher erläuterte Hinweis: „Die Zeitschrift wird in Zukunft den Titel ‚Archiv des öffentlichen Rechts‘ führen.“

²⁵⁷ Dazu Paul Laband/Felix Stoerk, Vorwort, in: Archiv für öffentliches Recht 1 (1886), S. III–VIII, insb. VI: „Dieser Zersplitterung und Verzettelung kann nur Abhülfe geschaffen werden, wenn die jetzt bestehende literarische Verbindung des öffentlichen Rechts einerseits mit der Volkswirtschaft, Statistik, Finanzwissenschaft und Politik und andererseits mit den übrigen Zweigen der Rechtswissenschaft gelöst und dem öffentlichen Recht eine eigene, ihm speziell zugehörige Heimstätte bereitet wird.“

chivzeitschrift, dass sie, anders als die meisten anderen Publikationsorgane, auch der großen, nicht-monografischen wissenschaftlichen Abhandlung Raum bietet. Seit Band 14 (1899) erweiterte Otto Mayer (1846–1924) den Herausgeberkreis des „AöR“, bis nach dem plötzlichen Tode Stoerks ab Band 23 (1908) sowohl Georg Jellinek (1850–1911) als auch Robert Piloty (1863–1926) den Kreis der Herausgeber zum Quartett vervollständigen. So sind im Jahre des Erscheinens von Kelsens Beitrag „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ – nach dem Ableben Jellineks im Jahre 1911 – Herausgeber des „AöR“ Laband, Mayer und Piloty. Kelsen hat im Folgejahr noch eine weitere lange, ebenfalls zweiteilige Abhandlung im „AöR“ mit dem Titel „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ publizieren können.²⁵⁸

Sonstige Textträger von „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Ungeachtet ihrer Bedeutung sowohl für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen als auch für das Werk Kelsens im Besonderen ist die Abhandlung bislang weder in einem Sammelband nachgedruckt noch übersetzt worden.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Kelsen hatte das Manuskript des Beitrages „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ vermutlich Robert Piloty, der neben Paul Laband und Georg Jellinek als Gründungsherausgeber des seit 1907 ebenfalls beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) verlegten „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“ (JöR) fungierte, übersandt. Piloty hatte es, wohl nicht zuletzt aus Sorge, dass die Manuskripteingänge für das noch junge, um Anerkennung und Etablierung ringende „JöR“ dürftig ausfallen könnten, zur Veröffentlichung angenommen. Nachdem sich diese Sorge als unbegründet erwiesen hatte, teilte der Verleger Paul Siebeck Kelsen mit, dass dessen mittlerweile schon gesetzter Beitrag nicht wie vorgesehen im „JöR“, sondern im „AöR“, welches im Wesentlichen von denselben Herausgebern wie das „JöR“ verantwortet wurde, erscheinen werde.²⁵⁹ Einen genauen Erscheinungstermin konnte Siebeck in dem vom 4. April 1913 datierenden Schreiben noch nicht nennen; wie sich der Publikation von „Zur Lehre vom öffentlichen

²⁵⁸ Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425.

²⁵⁹ Brief Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 4. April 1913 (die hier und nachfolgend zitierten Briefe befinden sich sämtlich im Archiv der Autoren-Korrespondenz des Verlages J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), heute Mohr Siebeck, in Tübingen; zur Verlagskorrespondenz siehe Editorischer Bericht zu „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (887f.)).

Rechtsgeschäft“ in den Heften 1 sowie 2/3 des Jahres 1913 entnehmen lässt, hat Piloty offenbar sehr rasch einen Weg gefunden, Kelsens Abhandlung zeitnah im „AöR“ unterzubringen.²⁶⁰

2. Duktus

„Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ darf als der erste bedeutsame Beitrag gelten, in dem Kelsen Themen und Thesen der „Hauptprobleme“ aufgreift, um sie einer vertiefenden und weiterführenden, insonderheit die in der Habilitationsschrift noch anzutreffende Befangenheit in traditionellen Denkmustern nach und nach abschüttelnden Betrachtung zu unterwerfen. So steht „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ für eine Fortentwicklung von Kelsens rechtstheoretischen Positionen, was nichts anderes bedeutet als: für eine konsequentere (Er-)Fassung und Durchführung des bereits in den „Hauptproblemen“ angelegten erkenntnistheoretisch-methodologischen Programms. Und das in doppelter Hinsicht:²⁶¹ Während die „Hauptprobleme“ das Augenmerk zuvörderst auf die *normativistische* Seite der Rechtsbetrachtung lenkten, betont „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, erstens, daneben auch die *positivistische* Seite einer Rechtslehre, die eben nur eine solche des positiven Rechts sein könne; erst die Koinzidenz von normativistischer und positivistischer Lesart erklärt das der Reinen Rechtslehre eigentümliche Kolorit und bewahrt vor dem nicht selten anzutreffenden Kurzschluss, Kelsen gleichsam die Rolle des Testamentsvollstreckers des staatsrechtlichen Positivismus zuzuweisen. Zweitens deutet sich in der Schrift „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ die Ergänzung (und Teilsostituierung) der – in den „Hauptproblemen“ noch fast ausschließlich herrschenden – statischen Rechtsbetrachtung um die Rechtsdynamik an, welche die Rechtsordnung als Rechtserzeugungs(- und Rechtsvernichtungs)zusammenhang erfasst.

Im Kern dreht sich die Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ um Berechtigung und Stellenwert der die zeitgenössische (aber auch noch die heutige) Jurisprudenz beherrschenden Zweiteilung der juristischen Welt in öffentliches und privates Recht. Kelsen untermauert in den vier Kapiteln der Schrift die bereits in den „Hauptproblemen“ formulierte Ablehnung der herrschenden Auffassung in der deutschsprachigen Jurisprudenz, dass es sich bei der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht um einen *Rechtswesens*gegensatz, d. h. um eine absolut-substanzielle und nicht lediglich relativ-funktionelle Disjunktion handele.

²⁶⁰ In der Verlagskorrespondenz findet sich unter anderem eine handgeschriebene Karte des Verlages J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Juli 1913, auf welcher Kelsen gebeten wird, unverzüglich die Korrekturen des zweiten Teils, also jenes im Doppelheft 2/3 des 31. Bandes 1913 erscheinenden, die Kapitel 3 und 4 umfassenden Teils zu übersenden.

²⁶¹ Dazu und zum Folgenden die Vorrede zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme“: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. V–XXIII (VI, VIII sowie XIVf.).

Das I. Kapitel²⁶² widmet Kelsen, da ja die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im Wesentlichen der Rezeption des römischen Rechts zu danken sei, der Distinktion von *ius privatum* und *ius publicum* im römischen Recht. Das Rechtsdenken der Römer aber sei ein ganz und gar praktisch orientiertes und an rechtstheoretischer Konstruktion desinteressiertes gewesen; so sei auch die Unterscheidung in *ius privatum* und *ius publicum* weder eine einheitlich durchgeführte noch eine systematisch-theoretische gewesen. Das sogenannte *ius publicum* sei charakterisiert und imprägniert gewesen vom Grundsatz „*princeps legibus solutus*“ und könne daher im eigentlichen Wortsinn nicht als Staats-Recht bezeichnet und rubriziert werden. Die Rezeption des römischen Rechts im deutschen Rechtskreis müsse im Lichte der politischen Interessen des absolutistischen Polizeistaates gelesen und gedeutet werden. Mit dem Aufkommen des Rechtsstaatsgedankens, den Kelsen unter anderem als einen „Prozeß der *Durchrechtlichung des Staates*, der *Personwerdung der Staatsgewalt*“²⁶³ deutet, sei auch der Gedanke einer rechtlichen Bindung des Staates erstarkt. „Die politische Idee des Rechtsstaates schafft erst die Denkmöglichkeit eines den Staat in allen seinen Beziehungen erfassenden Staatsrechtes.“²⁶⁴ Das „wesentliche Moment“ der Rechtsstaatsidee erblickt Kelsen in der „Unterwerfung des Staates in der Totalität seiner Machtäußerungen unter die Rechtsordnung“, in dem „politischen Prinzip der ausschließlichen Herrschaft des Gesetzes“.²⁶⁵

Im II. Kapitel²⁶⁶ beleuchtet Kelsen kritisch die „Rechtstheorie in bezug auf das Problem des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Rechte“,²⁶⁷ spricht: die in der Rechtswissenschaft entwickelten Abgrenzungstheorien. Dabei bemängelt er, dass die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht zwar als eine solche formalrechtlicher Natur betrachtet werde, die Einteilung der Gegenstände in öffentliches und privates Recht aber nach dem Inhalt der Rechtserscheinung vorgenommen werde. Die auf der Ulpianischen Interessentheorie fußende Konzeption verwirft er ebenso wie die Subordinationstheorie, der er vorhält, die Realität mit der Idealität zu verwechseln und zu übersehen, dass jede (rechtlich relevante) Beziehung zwischen Menschen – und damit auch jede Privatrechtsbeziehung – ein Herrschaftsverhältnis markiere. Ja, mehr noch: „Die Herrschaftsqualität ist keine Rechtsqualität.“²⁶⁸ Gleichsam im Vorübergehen erledigt Kelsen die Stoerksche These, dass sich eine zivilistische und eine publizistische Methode unterscheiden ließen.²⁶⁹

²⁶² Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316 (248–263).

²⁶³ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 71 = HKW 3, S. 247–316 (260).

²⁶⁴ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 73 = HKW 3, S. 247–316 (262).

²⁶⁵ Drei Zitate: Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 75 = HKW 3, S. 247–316 (263).

²⁶⁶ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 75–98 = HKW 3, S. 247–316 (263–278).

²⁶⁷ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 75f. = HKW 3, S. 247–316 (263).

²⁶⁸ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 90 = HKW 3, S. 247–316 (273).

Die Kritik an der am prominentesten von Otto Mayer vertretenen Konzeption, dass der Staatsperson ein rechtlicher „Mehrwert“ gegenüber den Untertanen zukomme (sog. Mehrwerttheorie), bildet den Schwerpunkt des III. Kapitels.²⁷⁰ Hier entfaltet Kelsen in Anlehnung und auf der Grundlage der Ausführungen in den „Hauptproblemen“²⁷¹ die These von der Gleichwertigkeit und Gleichordnung von Staatsperson einer- und sonstigen Rechtssubjekten andererseits unter der Rechtsordnung. Im Blick auf die behauptete rechtliche Sonder(frei)stellung der Verwaltung und der ihr eigentümlichen Handlungsform, dem Verwaltungsakt, beharrt Kelsen auf der notwendigen Einheitlichkeit und Identität des normativen Ableitungszusammenhangs:

„Von zwei einander widersprechenden Normen, die beide gleichzeitig Geltung beanspruchen, ohne daß die eine die andere zu vernichten imstande ist, kann nur *eine* als Rechtsnorm erkannt werden. Es ist wohl eine Kollision zwischen zwei Normsystemen verschiedenen Charakters, z.B. zwischen Rechtsnormen und Religionsnormen, niemals aber eine Pflichtenkollision innerhalb desselben Normsystems möglich. Die Einheit des Normsystems, dieses Postulat der Begreiflichkeit, der Denkbarekeit eines Normsystems, diese logische Voraussetzung jeder *normativen, d. h. auf Normen gerichteten Erkenntnis* ist nichts anderes als die Einheit des normierenden ‚Willens‘, die Einheit der normierenden Autorität! Wenn daher die Einheit des Staatswillens und die Einheit des Rechtssystems gewahrt bleiben soll, muß die Rechtssatzungskompetenz formal letzten Endes auf *einen* Punkt zurückgeführt werden können. Wird der Exekutive neben der Legislative die Möglichkeit, Recht zu setzen, Rechtspflichten zu statuieren, zugesprochen, dann muß die Exekutive diese Kompetenz von der Legislative oder umgekehrt: die Legislative sie von der Exekutive ableiten.“²⁷²

Im Kontext des Delegationszusammenhangs betont Kelsen die Dynamik der Beziehung:

„Die delegierte Instanz ist der delegierenden gegenüber nicht Rechts-Autorität, sondern Rechts- und Pflicht-Subjekt, erfüllt mit ihrer Funktion eine Rechtspflicht oder übt damit ein subjektives Recht aus. Sie kommt der delegierenden Instanz gegenüber in materiell-funktioneller oder dynamischer Beziehung in Betracht, ist in diesem Sinne Exekutive, Ausführung der delegierenden Norm, während bei der delegierenden Instanz, der die materiell von der delegierten bestimmte Norm zugerechnet wird, dies funktionelle Moment in den Hintergrund tritt, die dynamische einer statischen Betrachtung weicht: Nicht das Werden (Erzeugen), sondern das Sein der Norm tritt hier als einzig relevant hervor: der *Autorität der Rechtsordnung* steht gegenüber die *Person der Exekutive*.“²⁷³

²⁶⁹ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 86 Anm. 39 = HKW 3, S. 247–316 (270f. Anm. 39).

²⁷⁰ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 190–226 = HKW 3, S. 247–316 (278–300).

²⁷¹ Vgl. Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, insb. S. 226f., 232f., 234, 245, 249f., 251, 397f., 433, 561, 647–650, 705 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 341f., 348f., 350, 362, 367f., 369, 531–533, 572f., 714, 809–812, 873f.).

²⁷² Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 200f. = HKW 3, S. 247–316 (285).

²⁷³ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 201f. = HKW 3, S. 247–316 (285f.).

Mit dem angeblichen Mehrwert fällt aber auch eine Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht in sich zusammen, die just auf dem Mehrwert des Öffentlichen beruht. Es gilt der Primat des positiven Rechts gegenüber angeblichen Wesenseigentümlichkeiten einzelner Rechtsinstitute:

„Das Moment obrigkeitlicher Gewalt ist als bloßer *Inhalt* der staatlichen Rechtsverhältnisse für die formaljuristische Konstruktion irrelevant, kann insbesondere der Staatsperson keinen rechtlichen Mehrwert im Verhältnis zu den anderen Rechtssubjekten geben. [...] Die gemeinsame Basis ist die einheitliche Idee der Rechtssubjektivität, als eine von der Rechtsordnung verliehene Qualität, die dem Staat als Subjekt von Urteil und Verwaltungsakt nicht anders zukommt wie den Untertanen als Subjekten der Rechtsgeschäfte. Das oberste rechtslogische Prinzip dieser wie jeder anderen juristischen Erkenntnis ist das Dogma, daß alle Rechtswirkung nur durch die Rechtsordnung und nicht durch irgendeine dem Tatbestand immanente Qualität geschaffen wird.“²⁷⁴

Mit der Erkenntnis, dass die überkommene Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht mit der Idee des Rechtsstaates unvereinbar sei, betrachtet Kelsen jene als in der Theorie erledigt,

„weil und soferne diese Scheidung – wie die historische Begriffsentwicklung dieses Gegensatzes zeigt – nichts anderes als den Gegensatz der rechtlichen Gebundenheit zur Freiheit vom Recht, den Gegensatz von Recht und Macht, Recht und politischer Gewalt im Verhältnis zum Staat zum Ausdruck bringt.“²⁷⁵

Das IV. und letzte Kapitel²⁷⁶ liest sich wie eine Generalabrechnung mit der noch recht jungen Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft respektive vom Verwaltungsvertrag, wie sie namentlich von Karl Kormann (1884–1914) und Otto Mayer vertreten wird. In einer ganz dem von Kelsen bevorzugten „kontradiktorischen Verfahren“²⁷⁷ verpflichteten und bisweilen scharfen Dekonstruktion der Kormannschen wie der Mayerschen Beweisführung beklagt Kelsen die „heute übliche Methode der Methodenlosigkeit“²⁷⁸ sowie „ein Steckenbleiben in den Anschauungen des Polizeistaates“.²⁷⁹

In „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ bezieht sich Kelsen erstmals und nahezu durchweg zustimmend auf eine Arbeit seines späteren Freundes und wissenschaftlichen Weggefährten Franz (František) Weyr (1879–1951); es handelt sich um dessen Beitrag „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“, der fünf Jahre zuvor im „AöR“ erschienen war.²⁸⁰

²⁷⁴ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 217f. = HKW 3, S. 247–316 (295f.).

²⁷⁵ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 218 = HKW 3, S. 247–316 (296).

²⁷⁶ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 225–249 = HKW 3, S. 247–316 (300–316).

²⁷⁷ Zu Begriff und Sache: Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 271), S. XI = HKW 2, S. 21–878 (59).

²⁷⁸ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 230 = HKW 3, S. 247–316 (304).

²⁷⁹ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 245f. = HKW 3, S. 247–316 (315).

²⁸⁰ Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580. Kelsen nimmt insgesamt sechs Mal auf die Ausführungen Weyrs Bezug: Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 57 Anm. 6, 86f. Anm. 39, 96 Anm. 43, 218 Anm. 64, 246 Anm. 89, 248 Anm. 90 = HKW 3, S. 247–316 (251 Anm. 6, 270f. Anm. 39, 277 Anm. 43, 296 Anm. 64, 315 Anm. 89, 316 Anm. 90).

Die Nachweisdichte ist in dem Beitrag nicht einheitlich. Auf die „Hauptprobleme“ weist Kelsen lediglich sechs Mal hin.²⁸¹ Wenngleich bestimmte Motive und Wendungen aus den „Hauptproblemen“ – naheliegenderweise – auftauchen,²⁸² so überträgt er doch nicht ganze Passagen. Die Ausführungen zum *ius publicum* dagegen sind – einschließlich der Laband-Zitate – ganz oder überwiegend wortlautidentisch mit den Eingangspassagen der in etwa zeitgleich publizierten, allerdings viel kürzeren Schrift „Rechtsstaat und Staatsrecht“.²⁸³ Hier und da übernimmt Kelsen Fundstellen aus der von ihm verwendeten (Sekundär-)Literatur.²⁸⁴ Setzt sich Kelsen mit bereits zitierten Stellen ein weiteres Mal auseinander, so verzichtet er bei Wiederholung der Zitate – wie schon in den „Hauptproblemen“ – auf einen erneuten Nachweis. Querverweise löst er nicht auf, sondern begnügt sich mit unspezifischen Bezugnahmen.²⁸⁵

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.²⁸⁶

²⁸¹ *Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 55 Anm. 2, 88 Anm. 41, 197 Anm. 50, 198 Anm. 51, 202 Anm. 52, 221 Anm. 66 = HKW 3, S. 247–316 (249 Anm. 2, 272 Anm. 41, 283 Anm. 50, 284 Anm. 51, 286 Anm. 52, 298 Anm. 66).

²⁸² Z. B.: „Der objektive Rechtssatz wird dadurch zu *meinem* Rechte“ (*Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 81, 88 = HKW 3, S. 247–316 (267, 272) entspricht inhaltlich *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 271), S. 567, 620, 622, 675, 692 = HKW 2, S. 21–878 (720, 779, 781, 841, 859)); Delegierung, Blankettrechtssatz (*Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 201f., 205f. = HKW 3, S. 247–316 (285f., 288) entspricht inhaltlich *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 271), insb. S. 287–289, 501f., 506, 556f., 558–560, 563–566, 589, 686, 688 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 408–410, 649, 654f., 708f., 711–713, 716–718, 743, 853, 855)); Gesetz als Form des Rechtssatzes (*Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 202 = HKW 3, S. 247–316 (286) entspricht inhaltlich *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 271), S. 502 Anm. 1, 541f., 551, 554–557, 557f. Anm. 1 (558), 559 = HKW 2, S. 21–878 (insb. 649 Anm. 1, 693, 703, 706–709, 709–711 Anm. 1 (711), 712)).

²⁸³ Vgl. *Hans Kelsen*, Rechtsstaat und Staatsrecht (1913), in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94 (88–90) = HKW 3, S. 147–155 (148–150) einerseits mit *Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 59–62 = HKW 3, S. 247–316 (253–255) andererseits.

²⁸⁴ Vgl. *Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 58 (Ulpian-Zitate), 230 Anm. 73, 236 Anm. 80, 245 Anm. 87 = HKW 3, S. 247–316 (251, 304 Anm. 73, 308 Anm. 80, 314 Anm. 87).

²⁸⁵ Vgl. *Kelsen*, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 262), S. 193: „und darauf wurde ja hier schon hingewiesen“, 231: „habe ich bereits früher dargelegt“, 243: „habe ich bereits früher gezeigt“ = HKW 3, S. 247–316 (280, 305, 313).

²⁸⁶ Vgl. oben S. 5–20.

Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (1914/1915), Replik (1916) sowie Schlusswort (1916/1917)

HKW 3, 317–358

HKW 3, 607–612

HKW 3, 613–614

I. Textkonstitution und Überlieferung

Maßgebliche Textträger der drei zu einer literarischen Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1862–1922) zählenden Beiträge sind die unter den Titeln „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“, „Replik“ sowie „Schlusswort“ in dem 1914/1915 erschienenen 39. Band,²⁸⁷ in dem 1916 erschienenen 41. sowie in dem 1916/1917 erschienenen 42. Band des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ publizierten Abhandlungen Kelsens. Während der die Kontroverse einleitende Rezensionssaufsatz 38 Seiten (S. 839–876) umfasst, zählen die „Replik“ lediglich 4 Seiten (S. 850–853) und das „Schlusswort“ gerade einmal eine Seite (S. 611). Sämtliche Beiträge finden sich in der Rubrik „Literatur“.²⁸⁸ Die „Grundlegung“ besteht aus fünf durch römische Ordnungszahlen getrennte Abschnitte mit insgesamt fünf überwiegend ausführlichen Anmerkungen und einer Asteriskus-Fußnote; die „Replik“ kennt ebenso wie das „Schlusswort“ keinerlei Unterteilungen, verfügt aber im Gegenteil zu letzterem über eine Fußnote. Einzige Form der Hervorhebung im Druck sind in allen drei Beiträgen von Kelsen vielfach eingesetzte Sperrungen.

Das von 1904 bis 1933 unter dem vorgenannten Titel bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen verlegte „Archiv“ war der Nachfolger des von 1888 bis 1903 von Heinrich Braun (1854–1927) herausgegebenen und im gleichen Verlag erschienenen „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. Zeitschrift zur Erforschung der gesellschaftlichen Zustände aller Länder“. Herausgegeben wurde das „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ von dem Nationalökonom Edgar Jaffé (1866–1921) in Verbindung mit dem Soziologen und Nationalökonom Werner Sombart (1863–1941), dem Soziologen und Nationalökonom Max Weber (1864–1920) sowie zwischenzeitlich auch von dem Soziologen und Politikwissenschaftler Robert Michels (1876–1936). Redaktionssekretär war in dem hier fraglichen Zeitraum (1914–1917) Webers Assistent Emil Lederer

²⁸⁷ Durch den Ausbruch des Ersten Weltkrieges kam die Erscheinungreihenfolge der Hefte von Band 39 und Band 40 des „Archiv“ durcheinander; mit Rücksicht darauf druckte der Verlag zur besseren Orientierung auf S. II des 39. Bandes eine Übersicht ab, aus der Datum und Reihenfolge der Ausgabe der Einzelhefte von Band 39 und 40 hervorgehen. Danach ist Heft 3 des 39. Bandes, in welchem Kelsens Rezensionssabhandlung erschien, am 12. August 1915 ausgegeben worden.

²⁸⁸ Das „Archiv“ war seinerzeit in die vier Rubriken „Abhandlungen“, „Kritische Literaturübersichten [teils mit dem Zusatz: „und Besprechungen“ bzw. „Literatur“], „Sozialpolitische Chronik“ sowie „Literatur-Anzeiger“ eingeteilt.

(1892–1939), den Kelsen bei seinem Heidelberg-Aufenthalt kennen- und schätzen gelernt hatte. Im „Archiv“ erschien eine Großzahl von Max Webers bahnbrechenden Schriften, aber etwa auch Walter Benjamins (1892–1940) „Kritik der Gewalt“ (1921) sowie Carl Schmitts (1888–1985) „Begriff des Politischen“ (1927). Kelsen selbst hat bis in die früheren Dreißiger Jahre wiederholt im „Archiv“ publiziert: So zählt seine Veröffentlichungsliste neben zehn Buchanzeigen respektive -besprechungen und zwei Rezensionenabhandlungen (davon die vorliegend edierte mit Replik und Schlusswort) noch zwei im „Archiv“ erschienene Beiträge, und zwar die Erstfassung „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus dem Jahre 1920 sowie den Beitrag „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ anno 1931.²⁸⁹

²⁸⁹ In chronologischer Reihenfolge: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Coermann, W.: Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Köselche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 299f. = HKW 3, S. 57–58; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Paul Errera, Das Staatsrecht des Königreiches Belgien. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.– – Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.– – Walther Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 300f. = HKW 3, S. 59–62; *Hans*

Nachgedruckt wurden die Beiträge zum einen als Texte Nrn. 4, 6 und 8 in dem der Auseinandersetzung des jungen Kelsen mit unterschiedlichen Strömungen der damals ebenfalls noch jungen Rechtssoziologie geltenden Sammelband: Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen 1992,²⁹⁰ sowie zum anderen in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Baden-Baden 2003, S. 3–54, 67–72 sowie 77f. Kelsens Auseinandersetzung mit Ehrlich ist ins Italienische sowie ins Japanische übersetzt worden:

- *Italienisch*: Una fondazione della sociologia del diritto (übersetzt von Agostino Carrino), in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Neapel 1992, S. 109–147 (Nachdruck dieser Übersetzung in: *Scienza giuridica e sociologia del diritto* (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 67–105); *Replica*, in: *Scienza giuridica e sociologia del diritto* (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 115–119; *Epilogo*, in: *Scienza giuridica e sociologia del diritto* (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1992, S. 123.
- *Japanisch*: 社会学的の一つの基礎づけ Hôshakaigaku no ichitsu no kiso zuke (Eine Grundlegung der Rechtssoziologie) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンステルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushû IV Hôgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 276–342; 再批判 Sai Hihan (Zweite Bemerkung) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンステルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushû IV Hôgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 342–348; 結語 Ketsugo (Schlusswort) (übersetzt von Hiromichi Imai und Ken Takeshita), in: ハンステルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushû IV Hôgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 350–352.

Kelsen, [Buchbesprechung:] Paulino Glambi Campbell, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80, geb. M. 6.20, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 301f. = HKW 3, S. 63–64; *Hans Kelsen*, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92; *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612; *Hans Kelsen*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614; *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 47 (1920), S. 50–85; *Hans Kelsen*, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), S. 449–521.

²⁹⁰ Der Band trägt, einmal abgesehen von der Einleitung, keine eigene Paginierung, sondern reproduziert die Paginierungen der reprographisch abgebildeten Erstdrucke.

Andere Textvarianten wie insbesondere die Autographen oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Wie bereits angedeutet, handelt es sich bei der Rezensionabhandlung samt Replik und Schlusswort um die drei Beiträge Kelsens in dessen Kontroverse mit dem berühmten, der Freirechtsbewegung zuzurechnenden Rechtssoziologen und Rechtshistoriker Eugen Ehrlich.²⁹¹ Eigentlicher Gegenstand von Kelsens Kritik ist Ehrlichs 1913 erschienener Klassiker „Grundlegung der Soziologie des Rechts“.²⁹² Auf den sehr kritischen Rezensionaufsatz verfasste Ehrlich eine zwei Bände später im „Archiv“ veröffentlichte „Entgegnung“, der sich im selben Heft unmittelbar Kelsens „Replik“ anschloss; diese löste ihrerseits eine im Folgeband publizierte „Replik“ Ehrlichs aus, auf die Kelsen auf der Folgeseite des Heftes mit seinem „Schlusswort“ reagierte.

Es ist zugleich die zweite von drei in kurzen Zeitabständen, nämlich in den Jahren 1912–1917 publizierten methodenkritischen Stellungnahmen zu den seinerzeit aufkommenden Strömungen von sozial- und kulturwissenschaftlichen Verständnissen (in) der Rechtswissenschaft: In der ersten hat sich Kelsen im Jahre 1912 kritisch mit den soziologisierenden Rechts(wissenschafts)deutungen von Hermann Kantorowicz (1877–1940) und Ignatz Kornfeld (1846–1921) auseinandergesetzt,²⁹³ in der dritten wendet er sich im Jahre 1916 gegen die kulturwissenschaftlichen Deutungen von Jurisprudenz bei Hermann Kantorowicz, Emil Lask (1875–1915) und Gustav Radbruch (1878–1949).²⁹⁴ Kelsen eröffnet damit, stark

²⁹¹ Dessen Beiträge zur Kontroverse: *Eugen Ehrlich*, Entgegnung, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 41 (1916), S. 844–849; *Eugen Ehrlich*, Replik, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 42 (1916/1917), S. 609f.

²⁹² *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1913. Ein Zeugnis der nachhaltigen Bedeutung von Ehrlichs „Grundlegung“ ist der Umstand, dass sie, abgesehen von Übersetzungen (namentlich ins Englische: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, übersetzt von Walter L. Moll und eingeleitet von Roscoe Pound, Cambridge/Mass. 1936) bis heute drei Nachdrucke gefunden hat (der jüngste: *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin 1989 – unveränderter Nachdruck der Erstauflage von 1913).

²⁹³ *Kelsen*, *Soziologie des Rechtes* (Anm. 289) = HKW 3, S. 77–92.

²⁹⁴ *Hans Kelsen*, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605. – Neben den genannten drei Hauptbeiträgen Kelsens zur Auseinandersetzung mit dem Konzept einer soziologischen oder auch soziologisierenden Rechtswissenschaft dürfen freilich zwei in derselben Werkphase von Kelsen verfasste Rezensionen nicht unterschlagen werden: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] *Spiegel Ludwig*, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, *Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre*. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438; *Hans Kelsen*, [Buch-

vereinfachend gesprochen, eine zweite Front: Neben sämtlichen Spielarten der Naturrechtslehre auf der einen Seite gilt seine erkenntnistheoretisch-methodologisch inspirierte Grundsatzkritik auf der anderen Seite jenen „nachmetaphysischen“²⁹⁵ Konzeptionen von Recht und Rechtswissenschaft, die die Eigengesetzlichkeit des Rechts – und folgeweise die Eigengesetzlichkeit der dogmatisch betriebenen Jurisprudenz – durch sozial- oder auch kulturwissenschaftliche Betrachtungsweisen und Deutungsmuster – in der Terminologie Kelsens: durch einen per se unzulässigen Synkretismus der Methoden – missachten.

Ein kleiner biographischer Aspekt darf bei der retrospektiven, allzu leicht der *heutigen* Bedeutungsdifferenz von Kelsen einer- und Ehrlich andererseits verhafteten Bewertung der Kontroverse zwischen beiden²⁹⁶ nicht aus dem Blickfeld geraten: Zum Zeitpunkt der Kontroverse war der „Angreifer“ Kelsen, der rund zwanzig Jahre jünger war als der 1862 geborene Ehrlich, akademisch noch nicht arriviert, sondern – neben seinem Militärdienst – Privatdozent der Universität Wien sowie Dozent für öffentliches Recht der Exportakademie beim k. k. österreichischen Handelsmuseum und hatte literarisch bislang wenig mehr als seine Habilitationsschrift aus dem Jahre 1911 vorzuweisen, indes der „Angegriffene“ Ehrlich bereits als Freirechtslehrer Furore gemacht hatte, mittlerweile wohlbestallter Ordinarius für Römisches Recht an der Universität Czernowitz mit einem ansehnlichen Œuvre und dortselbst sogar bereits Rektor war.

1. Rezensionenabhandlung

Die in fünf (nicht überschriebene) Abschnitte unterteilte Rezensionenabhandlung fällt, aufs Ganze gesehen, ein vernichtendes Urteil über Ehrlichs Grundsatzschrift. Der Wiener Privatdozent weist dem Czernowitzer Ordinarius eine Vielzahl von Selbstwidersprüchen, eine Reihe von Unklarheiten, ein unter der Hand sich

bespprechung:] Adolf Menzel, *Naturrecht und Soziologie*. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S., in: *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung* 5 (1915), S. 225–229 = HKW 3, S. 533–541.

²⁹⁵ Mit Recht weist Lüderssen darauf hin, dass es sich sowohl bei Kelsen als auch bei Ehrlich – Entsprechendes lässt sich für Kantorowicz und Radbruch sagen – um Rechtswissenschaftler handelt, die sich einem „nachmetaphysischen Rechtsdenken“ verpflichtet fühlen: *Klaus Lüderssen*, Einführung, in: *Klaus Lüderssen* (Hrsg.), *Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Baden-Baden 2003, S. V–XXI (XI).

²⁹⁶ Zur Kelsen-Ehrlich-Kontroverse vgl. stellvertretend: *Hubert Rottleuthner*, *Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/17)*, in: *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, S. 521–551; *Stanley L. Paulson*, Vorwort, in: *Stanley L. Paulson* (Hrsg.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen 1992, S. VII–XIII; *Agostino Carrino*, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Working Paper n. 79, Barcelona 1993; *Lüderssen*, Einführung (Anm. 295), S. V–XXI (nahezu vollständig deckungsgleich: *Klaus Lüderssen*, *Hans Kelsen und Eugen Ehrlich*, in: *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, S. 264–275).

vollziehendes Wechseln des Verständnisses der den Erörterungen zugrunde gelegten Begriffe sowie irrlichternde „Begriffshäufungen“²⁹⁷ nach. Kelsen trägt seine Kritik in recht scharfem, an vielen Stellen sogar polemischem Ton vor.²⁹⁸ Pars pro toto mag die die Einzelanalyse einleitende Bemerkung Kelsens zitiert werden:

„Es ist nicht leicht, die *systematische* Kritik eines Werkes zu schreiben, das, wie Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechtes, so ganz *systemlos*, eigentlich nur die äußerliche Zusammenfassung einiger Essays ist.“²⁹⁹

Doch damit ist der von Kelsen erhobene erkenntnistheoretisch-methodologische Hauptvorwurf noch nicht einmal genannt: es ist dies der Vorwurf des Methodensynkretismus. Kelsen kreidet Ehrlich die Vermengung sich ausschließender Betrachtungsweisen an und beharrt auf Methodenkonsistenz oder, was dasselbe ist, auf Methodenreinheit, zieht doch die Vermengung der Methoden die Konfusion der methodenspezifischen (Erkenntnis-)Gegenstände zwingend nach sich. In seiner „Replik“ legt Kelsen noch einmal sprachlich und wohl auch inhaltlich nach, wenn er Ehrlich attestiert, den – von ihm, Kelsen, bezogenen – „Standpunkt eines kritischen Methodendualismus“ überhaupt nicht zu begreifen.³⁰⁰

In Abschnitt I³⁰¹ steckt Kelsen, bevor er auf Ehrlichs Schrift zu sprechen kommt, den Reflexionsrahmen ab und benennt, ganz in den Bahnen der „Hauptprobleme“, die sich auftuende fundamentale Betrachtungsalternative im Blick auf die Rechtswissenschaft:

„Der fundamentale Gegensatz, der die Rechtswissenschaft in bezug auf Gegenstand und Methode in zwei von Grund aus verschiedene Richtungen zu spalten droht, ergibt sich durch die doppelte Betrachtungsweise, der man die Rechtsercheinung unterwerfen zu können glaubt. Man kann das Recht als *Norm*, d. h. als eine bestimmte Form des *Sollens* als spezifische Sollregel betrachten und demgemäß die Rechtswissenschaft als eine *normative* und *deduktive* Wertwissenschaft, wie die Ethik oder Logik, konstituieren. Man versucht aber auch, das Recht als einen Teil der sozialen *Wirklichkeit* zu begreifen, als Tatsache oder Vorgang, dessen *Regelmäßigkeit* auf *induktivem* Wege erfaßt und kausal *erklärt* wird.“³⁰²

Worauf es Kelsen ankommt, ist nicht, die deduktive Wertwissenschaft als der induktiven Wirklichkeitswissenschaft, die normative Jurisprudenz als der soziologischen Jurisprudenz gegenüber überlegen zu erklären, gar einen Alleinvertre-

²⁹⁷ Begriff: *Kelsen*, Replik (Anm. 289), S. 852 = HKW 3, S. 607–612 (610).

²⁹⁸ Ehrlich reagiert darauf – wie auf die Kritik überhaupt – seinerseits mit scharfen Formulierungen und spart nicht mit Spitzen gegen Kelsen. So weist er dessen Vorwurf, Soll- und Seinsregel nicht auseinanderhalten zu können, empört zurück: „Jemand zuzumuten, daß er eine Sollregel mit einem Naturgesetz vermenge, daß er also das Gravitationsgesetz von der Vorschrift, daß der Akzeptant eines Wechsels aus seiner Unterschrift wechselmäßig hafte, nicht grundsätzlich auseinanderhalte, heißt, ihn nahezu für einen Idioten zu erklären“ (*Ehrlich*, Entgegnung (Anm. 291), S. 844).

²⁹⁹ *Kelsen*, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 845 = HKW 3, S. 317–358 (325).

³⁰⁰ *Kelsen*, Replik (Anm. 289), S. 850 = HKW 3, S. 607–612 (609).

³⁰¹ *Kelsen*, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 839–845 = HKW 3, S. 317–358 (318–325).

³⁰² *Kelsen*, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 839f. = HKW 3, S. 317–358 (318f.).

tungsanspruch der jeweils ersteren zu formulieren. Vielmehr streitet er für die erkenntnistheoretische Einsicht, dass methodenverschiedene Disziplinen sich notwendigerweise mit unterschiedlichen (Erkenntnis-)Gegenständen befassen, und propagiert damit einen „kritischen Methodendualismus“. Der Methodensynkretismus ist dabei in die eine Richtung so schädlich wie in die andere:

„Jedenfalls muß man sich darüber klar sein, daß eine Soziologie des Rechtes nach Gegenstand und Methode von einer Rechtswissenschaft wesentlich verschieden ist, die sich zur Aufgabe stellt, zu erkennen, nicht was tatsächlich ist, sondern was von Rechts wegen sein soll, einer *wertenden*, nicht erklärenden, m. a. W.: einer *normativen* Rechtswissenschaft. Von einem Kampf beider Disziplinen in dem Sinne, als ob vom allgemeinen Standpunkte wissenschaftlicher Erkenntnis nur entweder die eine oder die andere möglich und berechtigt sei, kann natürlich nicht die Rede sein. Ganz und gar unzulässig ist lediglich eine Vermengung der Problemstellung beider Richtungen, ein *Synkretismus der Methoden* normativer Jurisprudenz und explikativer Rechtssoziologie.“³⁰³

„Denn mit der Verschiedenheit der Betrachtungsrichtung und Denkform – hier Sein, dort Sollen – hat sich auch eine vollständige Verschiedenheit des Objekts ergeben. Dasjenige, was die Menschen in irgend einer Beziehung regelmäßig *tun*, und dasjenige, was sie von Rechts wegen *tun sollen*, muß selbst dann noch als etwas *formal* gänzlich Verschiedenes gelten, wenn der *Inhalt* der Normen, die bestimmen, was geschehen soll, mit dem Inhalt jener Regeln zusammenfällt, die aussagen, was tatsächlich geschieht [...]. Es kann von einem rein methodologischen Standpunkte aus darüber kein Streit herrschen, daß die Art der Erkenntnisse, deren Inbegriff die *normative* Jurisprudenz bildet, die Urteile über *Rechtspflichten* und *Berechtigungen*, über *Rechtsnormen* im Sinne von *Sollregeln* und *Sollrelationen*, einer soziologischen Rechtswissenschaft, die es nur mit dem *Sein* zu tun hat, völlig fremd sein müssen. Eine ‚soziologische‘ *Rechtswissenschaft* kann niemals aussagen, wozu und unter welchen Bedingungen eine Person oder eine Kategorie von *Personen* rechtlich verpflichtet oder berechtigt ist, sondern lediglich, *was bestimmte Menschen* (sogar der Begriff der ‚Person‘ ist ja ein rein normativer!) unter gewissen Voraussetzungen tatsächlich zu tun oder zu unterlassen pflegen.“³⁰⁴

An diesem Reflexionsrahmen gemessen kann Kelsen nicht umhin, dem Ehrlichen Werk einen „schweren Mangel“ zu bescheinigen: Eine „klare und deutliche Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung“³⁰⁵ sei ebenso wenig zu erkennen, wie eine methodensynkretistische Vermengung von Seins- und Soll-Regel zu konstatieren sei.

Abschnitt II³⁰⁶ gilt der Analyse der in Ehrlichs „Grundlegung“ traktierten Grundbegriffe und Hauptprobleme. Nachgerade Kelsen-typisch kommt dabei das sogenannte „kontradiktorische Verfahren“³⁰⁷ zur Anwendung, wonach der Gedankengang des zu Kritisierenden zunächst mithilfe einer Reihe von Zitaten dargestellt und nachvollzogen wird, bevor dann die Kelsensche Kritik und Dekonstruk-

³⁰³ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 840f. = HKW 3, S. 317–358 (319f.). Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Kantorowicz- und Kornfeld-Kritik: Kelsen, Soziologie des Rechtes (Anm. 289) = HKW 3, S. 77–92.

³⁰⁴ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 841 = HKW 3, S. 317–358 (321).

³⁰⁵ Beide Zitate: Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 842 = HKW 3, S. 317–358 (322).

³⁰⁶ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 845–856 = HKW 3, S. 317–358 (325–336).

³⁰⁷ Zu Begriff und Sache: Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, Tübingen 1911, S. XI = HKW 2, S. 21–878 (59).

tion einsetzen. Besonderes Augenmerk widmet Kelsen Ehrlichs These, dass es zwar in der Urzeit Recht und Rechtsverhältnisse, aber keine Rechtssätze gegeben habe, dass folglich das Recht dem Rechtssatz vorausgehe:

„Es fällt wirklich schwer, eine so primitive Verwechslung von zeitlicher und logischer Relation für möglich zu halten, wie sie hier tatsächlich vorliegt. Nie hat ein vernünftiger Mensch behauptet, daß Rechtsnormen *zeitlich* den Tatbeständen vorausgehen müssen, die durch die Rechtsnormen juristisch qualifiziert sind! Nur *logisch* muß eine Rechtsnorm *vorausgesetzt* werden, wenn ein konkreter Tatbestand rechtliche *Bedeutung* haben soll.“³⁰⁸

Von der anderen Seite her schließt Kelsen die auf die Tatsächlichkeit gerichtete „Rechts“-Betrachtung, die auf das sozialpsychische Werden und Vergehen von „Regeln“ fokussierte Perspektive aus der (vom ihm normwissenschaftlich verstandenen) Rechtswissenschaft aus, weist sie der Rechtssoziologie zu und stützt sich auf die Disjunktion von Wertung und Werterklärung, von Präskription und Deskription/Explikation:

„Nicht eine Rechtswissenschaft, die über Recht und Unrecht, Pflicht und Berechtigung, also *wertende* Erkenntnisse zu befinden hat, sondern eine erklärende Sozialpsychologie, die es nur mit wahrnehmbaren Gegebenheiten der Wirklichkeit, mit Tatsachen zu tun hat, kann das Problem aufwerfen, wie gewisse Sollvorstellungen, Normen als reale psychische Tatsachen, entstanden sind, kann vielleicht – als ihren wichtigsten Gegenstand – die Frage aufwerfen, durch welche Ursachen es bewirkt wird, daß Menschen einer bestimmten Gruppe und Zeitperiode tatsächlich in bestimmter Weise *werten*, speziell auch *rechtlich* werten. Solche Soziologie hat es nicht mit dem Wert, sondern mit den *Wertungen* der Menschen zu tun, ist nicht *wertende* sondern *werterklärende* Wissenschaft. Für sie ist insbesondere das Recht nicht eine als gültig vorausgesetzte Norm, kein objektiver Wert, sondern ein tatsächlicher – an sich wertindifferenter – Vorgang, ein bestimmtes geistiges und körperliches Verhalten von Menschen, das in seiner Regelmäßigkeit zu erfassen ist. Ihr Gegenstand ist genau genommen gar nicht das Recht, sondern das Denken, Fühlen oder Wollen des Rechtes, das was die Menschen vom Rechte meinen und in dieser Meinung tun oder lassen. Solche Betrachtungsweise führt niemals zu dem Urteil: dies ist recht oder Unrecht, d. h. dies soll sein oder nicht sein, sondern immer nur zu den Urteilen: dies wird gedacht und getan, d. h.: dies *ist* oder *war*. [...] Die heillose Konfusion *Ehrlichs* kommt eben daher, daß er diese beiden Betrachtungsweisen nicht zu trennen weiß, daß er auf eine soziologische Seinserklärung *explikativer* Betrachtung hinzielt, dabei aber immer wieder an dem *normativen* Rechtsbegriff, an dem Standpunkt der wissenschaftlichen Wertung festhält.“³⁰⁹

Abschnitt III³¹⁰ gilt einerseits den von Ehrlich so genannten „Tatsachen des Rechts“, d. h. jene Tatsachen, „an die der menschliche Geist solche Regeln anknüpft“,³¹¹ und andererseits der damit in engem Zusammenhang stehenden Frage, welches Kriterium nach Ehrlich eine Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und sonstigen Normen zulässt. Auf Ehrlichs Antwort, dass unterschiedliche Arten von Normen an der Verschiedenartigkeit der von ihnen ausgelösten „Gefühlstöne“³¹²

³⁰⁸ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 849 = HKW 3, S. 317–358 (329).

³⁰⁹ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 855f. = HKW 3, S. 317–358 (335f.).

³¹⁰ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 856–863 = HKW 3, S. 317–358 (336–344).

³¹¹ Ehrlich, Grundlegung (Anm. 292), S. 67.

³¹² Ehrlich, Grundlegung (Anm. 292), S. 132.

unterschieden werden könnten, reagiert Kelsen mit Hohn und Spott: „Unter den nicht spärlichen Versuchen das Wesen des Rechtes zu bestimmen, bedeutet dieser sicherlich den Gipfel der Kuriosität!“³¹³

In Abschnitt IV³¹⁴ nimmt Kelsen die von Ehrlich vorgenommene „scharfe Scheidung von Recht und Staat“³¹⁵ unter die Lupe, die an dessen Überlegungen zum zeitlichen Vorrang des Rechts vor dem Rechtssatz anknüpfen. Auch hier besteht Kelsen, ganz in den Bahnen der „Hauptprobleme“, darauf, dass die Konstruktion gesellschaftlicher Gruppen zu einer sozialen Einheit nur eine normative sein könne.

Der fünfte und letzte Abschnitt³¹⁶ schließlich wird wieder grundsätzlicher, widmet er sich doch den Methoden der Soziologie, namentlich der „Erforschung des“ – von Ehrlich so genannten – „lebenden Rechts“.³¹⁷ Kelsen zeigt das unlösbare Dilemma auf, in welche die methodensynkretistische Lehre vom „lebenden Recht“ sowohl die Rechtssoziologie als auch die von Ehrlich als „praktische Jurisprudenz“ bezeichnete normwissenschaftlich operierende Rechtswissenschaft führt:

„Allein welches ist der zulängliche Grund, die durch Beobachtung des Seins gewonnenen Regeln tatsächlichen Geschehens als ‚Recht‘ zu bezeichnen, was ja nichts anderes bedeuten kann, als daß, was hier regelmäßig geschieht, auch von *Rechts* wegen geschehen *solle*? Eine *Soziologie* ist zu solcher Folgerung als reine *Seinswissenschaft* [...] nicht befugt; eine *Soziologie* könnte niemals in diesem Sinne Rechtsnormen (als Sollregeln) erkennen und aufzeigen. Für eine praktische Jurisprudenz aber ist die Frage, ob irgend ein tatsächliches Geschehen auch geschehen *solle*, nicht aus diesem Sein an sich zu beantworten. Kann denn von allem, was tatsächlich in einer gewissen Regelmäßigkeit geschieht, eben darum schon gesagt werden, daß es auch geschehen *solle*, oder gar, daß es von *Rechts* wegen geschehen *solle*? Das und nichts anderes aber bedeutet die Behauptung, daß lebendes ‚*Recht*‘ vorliege.“³¹⁸

Das führt ihn zu dem für den wissenschaftlichen Status und die Berechtigung einer verselbständigten Rechtssoziologie, euphemistisch formuliert, durchaus ambivalenten Schlussgedanken:

„Rechtssoziologie ist im Grunde genommen gar keine eigene Wissenschaft; es ist ein vom Standpunkte *soziologischer Erkenntnis* durchaus *willkürlicher* Ausschnitt aus einer allgemeinen, das soziale Leben betrachtenden und erklärenden Wissenschaft. Denn die Abgrenzung dieser *Rechtssoziologie* muß durch einen Begriff vollzogen werden, dessen Bestimmung von einem ganz anderen Standpunkte aus erfolgt, als der einer explikativen Soziologie ist, nämlich durch den *normativen Rechtsbegriff*. [...] Weil es aber der *normative Rechtsbegriff* ist, der ihre Probleme abgrenzt, so müssen ihre Grenzen vom Standpunkte jener Wissenschaft, davon sie ein Zweig sein soll – der *Soziologie* –, willkürlich erscheinen. [...] Nur die irrige Vorstellung, daß die *Soziologie* überhaupt denselben Gegenstand wie die *normative Jurisprudenz*: das Recht, erfassen könne, führt zu der Vorstellung einer selbständigen *Rechtssoziologie*. Allein die *Rechtsnorm*, dieses spezifische Objekt der Rechtswissenschaft, ist einer auf das Sein gerichteten *Soziologie* überhaupt

³¹³ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 861 = HKW 3, S. 317–358 (342).

³¹⁴ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 863–870 = HKW 3, S. 317–358 (344–351).

³¹⁵ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 863 = HKW 3, S. 317–358 (344).

³¹⁶ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 870–876 = HKW 3, S. 317–358 (352–358).

³¹⁷ Dazu Ehrlich, Grundlegung (Anm. 292), S. 393–409.

³¹⁸ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 873 = HKW 3, S. 317–358 (354).

nicht gegeben. Das Vorstellen oder Empfinden der Rechtsnorm des rechtlichen Sollens ist eben etwas völlig anderes!³¹⁹

2. Replik

In der „Replik“ greift Kelsen im wesentlichen seine im 5. Abschnitt seiner Rezension abhandlung geäußerte Kritik am Ehrlichschen Konzept des „lebenden Rechts“ noch einmal auf, wiederholt den Vorwurf, dass Ehrlich mit zwei inkompatiblen Rechtsbegriffen arbeite, ohne sich dessen bewusst zu sein, und beharrt darauf, dass Ehrlich den Unterschied zwischen zeitlichem und logischem Vorgehen in Bezug auf Rechtsnorm und Rechtsverhältnis nicht begriffen habe. Sprachlich ist die „Replik“ sogar noch schärfer, ja bisweilen aggressiver im Ton gefasst als der Ausgangsbeitrag.

3. Schlusswort

Das „Schlusswort“, welches Kelsen mit der polemischen Wendung einleitet: „da ich für meinen Teil die *sachliche* Diskussion mit Herrn Professor Ehrlich für abgeschlossen erachte“,³²⁰ betrifft nur mehr den Streit darum, ob Kelsen Ehrlich richtig zitiert habe, bringt aber in der Sache – wie ja angekündigt – nichts Neues.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³²¹ Da im Erstabdruck die Ordnungszahl für den ersten der fünf Abschnitte fehlte, war er – an der vermuteten Stelle, nämlich zu Beginn der Ausführungen – zu ergänzen. Kelsen kürzt bisweilen die von ihm zitierten Stellen bei Ehrlich, ohne die Kürzung selbst zu dokumentieren; die Kürzungen werden in textkritischen Anmerkungen nachgewiesen.

³¹⁹ Kelsen, Rechtssoziologie (Anm. 289), S. 875f. = HKW 3, S. 317–358 (357).

³²⁰ Hans Kelsen, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 (611) = HKW 3, S. 613–614 (614).

³²¹ Vgl. oben S. 5–20.

Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)

HKW 3, 359–425

I. Textkonstitution und Überlieferung

Als maßgebliche Textgrundlage der Edition fungiert die Abhandlung „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“, wie sie im 32. Band des „Archiv des öffentlichen Rechts“ im Jahre 1914 erschien. Den Ausführungen ist ein Inhaltsverzeichnis im Fließtext-Modus und ohne Angabe von Seitenzahlen vorangestellt. Der Beitrag selbst gliedert sich in zwei mit römischen Ordnungszahlen versehene, sehr ungleich lange Abschnitte („I. Die Normkonkurrenz zwischen Reichs- und Landesgesetz“ sowie „II. Das fehlerhafte Reichs- und Landesgesetz“), die jeweils durch mit eigenen Überschriften versehene Paragraphen – insgesamt sind es deren zwölf – untergliedert sind. Dem Text sind 46 Fußnoten zur Erläuterung und zum Nachweis beigegeben. Der Beitrag besteht aus zwei in aufeinanderfolgenden (Doppel-)Heften³²² abgedruckten Teilen mit insgesamt rund 91,5 Druckseiten (§§ 1–6: S. 202–245 sowie §§ 7–12: S. 390–438).

Das „Archiv des öffentlichen Rechts“ (AöR) gehört bis heute zu den angesehensten Publikationsorganen der deutschsprachigen Jurisprudenz. Es erschien erstmals im Jahre 1886 unter dem Namen „Archiv für öffentliches Recht“. Angeregt durch den (Mit-)Inhaber des Verlages J. C. B. Mohr, Paul Siebeck (1855–1920), gründeten Felix Stoerk (1851–1908) und Paul Laband (1838–1918) nach dem Vorbild des seit 1818 bestehenden, traditionsreichen und ebenfalls bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erscheinenden „Archiv für die civilistische Praxis“ (AcP) ein wissenschaftliches Fachblatt für das öffentliche Recht. Das „AöR“ ist in herausgehobener Weise sowohl Ausdruck als auch Folge der methodischen und disziplinären Verselbständigung der – zunehmend dogmatischer betriebenen und ausgerichteten – Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Dieses umfasst neben dem Staats- auch das Verwaltungsrecht, aber ebenso das Völkerrecht und die publizistische Rechtsvergleichung. Die Verselbständigung der Lehre vom öffentlichen Recht vollzog sich – auch – aus Sicht der beiden Gründungs herausgeber des „AöR“ in einer Doppelbewegung, nämlich gegenüber der Privatrechtswissenschaft einerseits und gegenüber den sonstigen Staatswissenschaften wie Volkswirtschaftslehre, Statistik, Finanzwissenschaft und Politikwissenschaft andererseits. Von Beginn an ist es ein Markenzeichen der grundsätzlich vierteljährlich erscheinenden Archivzeitschrift, dass sie, anders als die meisten anderen Publikationsorgane, auch der großen, nicht-monografischen wissenschaftlichen Abhandlung Raum bietet. Seit

³²² Teil 1 des Beitrages ist im Doppelheft 1/2, Teil 2 im Doppelheft 3/4 des 32. Bandes des „Archiv des öffentlichen Rechts“ abgedruckt.

Band 14 (1899) erweiterte Otto Mayer (1846–1924) den Herausgeberkreis des „AöR“, bis nach dem plötzlichen Tode Stoerks ab Band 23 (1908) sowohl Georg Jellinek (1850–1911) als auch Robert Piloty (1863–1926) den Kreis der Herausgeber zum Quartett vervollständigen. So sind im Jahre des Erscheinens von Kelsens Beitrag „Reichsgesetz und Landesgesetz“ – nach dem Ableben Jellineks im Jahre 1911 – Herausgeber des „AöR“ Laband, Mayer und Piloty. Kelsen hatte bereits im Jahr zuvor eine weitere lange, ebenfalls zweiteilige Abhandlung im „AöR“ mit dem Titel „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“³²³ publizieren können.

Sonstige Textträger von „Reichsgesetz und Landesgesetz“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Nachdrucke dieser zu den bedeutendsten Schriften Kelsens aus der zweiten Dekade des 20. Jahrhunderts zählenden Abhandlung sind zwar bis dato keine vorhanden; jüngst ist sie aber von Nicoletta Bersier Ladavac ins Italienische übersetzt und mit einem Nachwort versehen worden: *Legge del Reich e legge del Land nella costituzione Austriaca* (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort versehen von Nicoletta Bersier Ladavac), Turin 2006, S. 1–99 (das Nachwort findet sich auf S. 101–116).

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Ein konkreter äußerer (oder gar innerer) Anlass für die Abfassung des Aufsatzes „Reichsgesetz und Landesgesetz“ sowie für dessen Publikation im „AöR“ lässt sich nach derzeitigem Forschungsstand nicht mit Sicherheit angeben. Auf der Hand liegt indes, dass es sich bei „Reichsgesetz und Landesgesetz“ um eine jener Schriften handelt, in denen Kelsen seinen grundstürzend neuen juristischen Ansatz aus den „Hauptproblemen“ einerseits auf weitere Fragestellungen und Ansichten applizierte, ihn dabei aber andererseits auch modifizierte und weiterentwickelte. Die Veröffentlichung im „AöR“ mag mit Rücksicht auf die beträchtliche Länge des Beitrags von nahezu 182000 Zeichen (mit Leerzeichen) deswegen nahegelegen haben, weil Kelsen bereits im Jahr zuvor seine ebenfalls umfangreiche, ebenfalls zweiteilig abgedruckte Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“³²⁴ im „AöR“ hatte platzieren können.³²⁵

³²³ Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

³²⁴ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 323) = HKW 3, S. 247–316.

³²⁵ Näher zu den Umständen der Publikation von „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ vgl. den entsprechenden Editorischen Bericht, in: HKW 3, S. 706–712 (707f.).

2. Duktus

Die Schrift „Reichsgesetz und Landesgesetz“ markiert in der Phase der Ausarbeitung der Reinen Rechtslehre von den „Hauptproblemen“ (1911)³²⁶ bis zu deren erster konsolidierter Fassung in der „Allgemeinen Staatslehre“ (1925)³²⁷ eine unter mehrerlei Auspizien wichtige Etappe, enthält sie doch erste wichtige Ansätze für die Lehren von der Normenkonkurrenz, vom Stufenbau der Rechtsordnung, von der Grundnorm sowie vom Fehlerkalkül.³²⁸

Die Abhandlung wählt zu ihrem Gegenstand die zentrale, im österreichischen Verfassungsrecht keiner ausdrücklichen Lösung zugeführte bundesstaatsrechtliche Frage, wie Normen des Zentralstaates (Reichs- oder Bundesrecht) sich – namentlich im Falle inhaltlich unvereinbarer Aussagen – zu solchen eines Gliedstaates (Landesrecht) verhalten. Gegenüber weit verbreiteten Anschauungen besteht Kelsen darauf, dass eine Kollision(slösung) zwischen systemverschiedenen, d. h. in ihrem Geltungsgrund unterschiedlichen Normen nicht möglich sei respektive einen „rechtslogisch unlösbaren Konflikt“³²⁹ darstelle. Unter Verwendung und Verwertung – freilich nicht: Nennung – der von seinem ersten und engsten Schüler, Adolf Julius Merkl (1890–1970), entwickelten Deutung der positivrechtlichen Normenordnung als dynamisch-stufenförmiger Erzeugungszusammenhang („Stufenbau der Rechtsordnung“)³³⁰ dringt Kelsen zur „wichtigen Erkenntnis von der

³²⁶ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

³²⁷ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.

³²⁸ Im Blick darauf, dass zum einen mit der transparenten Gliederung der Abhandlung – in zwei Abschnitte mit zusammen zwölf Paragraphen – eine gute Übersicht über Kelsens Gedanken- und Argumentationsgang in „Reichsgesetz und Landesgesetz“ gegeben ist und dass zum anderen Ewald Wiederin in seiner Habilitationsschrift eine vorzügliche, ebenso komprimierte wie reflektierte Darstellung des inhaltlichen Duktus des Aufsatzes vorgelegt hat (*Ewald Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland, Wien und New York 1995, S. 12–17), wird vorliegend darauf verzichtet, den Gang von Kelsens Überlegungen näher nachzuzeichnen, und auf die Ausführungen Wiederins verwiesen.

³²⁹ Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 (211) = HKW 3, S. 359–425 (367) – Hervorhebung nicht übernommen.

³³⁰ Kelsen selbst nennt in der Vorrede zur Zweitaufgabe der „Hauptprobleme“ (*Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. V–XXIII, dort: XV) folgende Schriften: *Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Spiegel/Lichte seiner Auslegung/Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919), Sp. 290–298 (der Titel variiert) = Merkl-GS I/1, S. 85–146; *Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, in: Juristische Blätter 47 (1918) 425–427, 444–447, 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252; *Adolf Julius Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918) 56–121 = Merkl-GS I/1, S. 169–225; *Adolf Julius Merkl*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201 = Merkl-GS I/1, S. 291–316; *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig und Wien 1923.

notwendigen systematischen Einheit aller als positives Recht als gültig vorausgesetzten Normen“³³¹ vor. Diese führt er auf die Identität der – letzten und damit höchsten – normsetzenden Autorität zurück:

„Worin besteht aber die Einheit eines Normensystems? Welche gemeinsame Eigenschaft müssen mehrere Normen haben, damit sie zu demselben System gehörig erkannt werden und die fragliche Interpretationsregel [sc. der *lex posterior*, M. J.] in ihrem gegenseitigen Verhältnis zur Anwendung kommt? Bei jeder Norm sind drei Elemente zu unterscheiden: Ihre Form, ihr Inhalt und die Autorität von der sie gesetzt wird. Das letzte Element ist allein maßgebend für die Einheit des Normsystems. Ein einheitliches System bilden diejenigen Normen, die von der gleichen Autorität ausgehen.“³³²

„Dabei muß die normsetzende Autorität als *oberste* vorausgesetzt sein, d. h. ihre Normen müssen einer weiteren Rechtfertigung durch höhere Normen, Normen einer übergeordneten Autorität für nicht bedürftig und unfähig angesehen werden. Will man diese Eigenschaft eines Normsystems als dessen *Souveränität* bezeichnen, so ist nichts dagegen einzuwenden.“³³³

In diesem Zusammenhang entwirft Kelsen das Konzept der – allerdings noch nicht so bezeichneten – Grundnorm als der die Einheit der Rechtsnormen in einer Rechtsordnung begründenden Voraussetzung:

Bei aller juristischen Konstruktion „muß von irgendeiner letztlich selbst als gültig vorausgesetzten und obersten Norm (oder einem Normensystem) der Ausgang genommen werden. Die Frage der Gültigkeit dieser letzten als Voraussetzung aller juristischen Erkenntnis angenommenen Norm, liegt dann außerhalb dieser juristischen Erkenntnis. Diese letzten Endes als oberste vorausgesetzte Norm ist dann gleichsam der archimedische Punkt, von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird. Die Auswahl dieses Standpunktes ist im Grund keine juristische, sondern eine politische Frage und muß daher vom Standpunkt juristischer Erkenntnis immer den Anschein von Willkürlichkeit haben.“³³⁴

Freilich bleibt diese Erkenntnis noch auf halbem rechtstheoretischen Wege stehen, reflektiert sie doch noch nicht „die erst später entwickelte Unterscheidung zwischen der Grundnorm als der Verfassung im rechtslogischen Sinne und der Verfassung im positiv rechtlichen Sinne“.³³⁵

Auch in einem weiteren Punkt bleibt „Reichsgesetz und Landesgesetz“ noch hinter dem wenig später erreichten Erkenntnisstand zurück: Denn Kelsen versteht

³³¹ So auch Kelsens Selbsteinschätzung im Jahre 1927: *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (23).

³³² *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 329), S. 207f. = HKW 3, S. 359–425 (365).

³³³ *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 329), S. 210 = HKW 3, S. 359–425 (366). In ähnlicher Weise thematisiert Kelsen das „normlogische Prinzip der *Einheit oberster normsetzender Autorität*“ in seiner im selben Jahre erscheinenden Rezension zu dem Buche „Gesetz und Recht“ des Prager Staatsrechtslehrers Ludwig Spiegel (1864–1926): *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 (771) = HKW 3, S. 427–438 (435).

³³⁴ *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 329), S. 217 = HKW 3, S. 359–425 (371).

³³⁵ So Kelsens retrospektive Einschätzung in der Vorrede der Zweitaufgabe der „Hauptprobleme“: *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 330), S. XV.

die Kollisionslösungsregel „lex posterior derogat legi priori“ noch nicht wie später, und zwar ebenfalls unter dem Einfluss von Merkl, nur mehr als eine eines positivrechtlichen Nachweises bedürftige Norm, sondern begreift sie, soweit eine Positivierung nicht stattgefunden hat, gegebenenfalls auch als ein dem positiven Recht vorausliegendes, also positivierungsunabhängig geltendes rechtslogisches Prinzip.³³⁶ Wegweisendes enthält „Reichsgesetz und Landesgesetz“ indessen wiederum in puncto „Fehlerkalkül“: Wenngleich Kelsen hier noch keine ausgearbeitete Lehre vom Fehlerkalkül bietet – auch insoweit wird Merkl die begriffsprägenden und sachlich-inhaltlich richtunggebenden Vorarbeiten leisten³³⁷ –, ist es doch diese Abhandlung, in der Kelsen erstmals in aller Deutlichkeit die Notwendigkeit und den Stellenwert einer Lehre vom fehlerhaften Rechtsakt für eine Theorie des positiven Rechts (und nichts anderes beansprucht ja die Reine Rechtslehre zu sein³³⁸) erkennt.³³⁹

Ganz in den von den „Hauptproblemen“ gespurten Bahnen beschließt Kelsen seine Ausführungen damit, dass er die Rechtstheorie – dass er *seine*, allein dem positiven Recht verpflichtete Rechtstheorie – gegen zwei Einwände immunisiert:

„[...] wie [der] Einwand, der die Unzulässigkeit eines Gegensatzes zwischen Recht und Wirklichkeit postuliert, das Wesen des *Rechtes* ganz und gar mißversteht, so bedeutet der andere, der die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen Recht und Moral oder politischer Vernunft negiert, das völlige Verkennen jener Kardinal Eigenschaft des Rechtes, welche die moderne Rechtswissenschaft voraussetzen muß, wenn sie sich von der moralischen und politischen Spekulation des Naturrechtes unterscheiden will: *des Positivismus*. Stets offen bleiben muß die Frage, welchem von beiden Prinzipien, dem des Naturrechtes oder jenem des Positivismus, letzten Endes der Vorzug gebührt, zumal diese Alternative in den Gegensatz der Weltanschauungen und Charaktere mündet.“³⁴⁰

³³⁶ Vgl. *Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz* (Anm. 329), S. 206f. u. ö. = HKW 3, S. 359–425 (364 u. ö.); eine Seite weiter charakterisiert Kelsen die lex posterior als „Interpretationsgrundsatz“ (a. a. O., S. 365). Wichtig und wegweisend ist indes der Zusatz, den Kelsen der Qualifikation als rechtslogisches Prinzip beifügt, dass nämlich die lex posterior-Regel „als rechtslogisches Prinzip natürlich *nur innerhalb eines einheitlichen Normensystems*“ (a. a. O., 364 – Hervorhebung nicht übernommen, Hervorhebung eingefügt) Geltung beanspruche.

³³⁷ Merkl zufolge ist „Fehlerkalkül [...] jene positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen“ (*Merkl, Rechtskraft* (Anm. 330), S. 293 – Hervorhebungen nicht übernommen). Zur Lehre vom Fehlerkalkül siehe ergänzend *Adolf Julius Merkl, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, in: *Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis* 39 (1921), S. 569–609 (606f.) = *Merkl-GS II/1*, S. 393–438 (434f.); *Adolf Julius Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin 1927, S. 191–201, insb. 196; *Adolf Julius Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: *Alfred Verdross* (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre* [Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 252–294 (293) = *Merkl-GS I/1*, S. 437–492 (491).

³³⁸ Programmatisch der identische Auftaktatz in: *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 1, sowie *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 1: „Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts“.

³³⁹ Vgl. *Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz* (Anm. 329), S. 418–435 = HKW 3, S. 359–425 (412–423).

³⁴⁰ *Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz* (Anm. 329), S. 437 = HKW 3, S. 359–425 (424).

Kelsen weiß – und betont – sehr wohl, welcher Preis mit der Option für einen kritischen Rechtspositivismus um der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz willen verbunden ist:

„die Rechts*theorie* kann, ohne zu ihrer Voraussetzung in Widerspruch zu geraten, diesem von der Gesetzgebung unbefriedigten Bedürfnis der Praxis nach zweckmäßigen Normen keine neuen Befriedigungsmöglichkeiten öffnen noch auch irgendwelche von der Praxis benützte Notbehelfe rechtfertigen, solange sie eine Theorie des positiven Rechtes sein will und die Form des *Gesetzes* als oberste Rechtsquelle voraussetzt. *Neben* dem Gesetz kann die Theorie rechtslogischerweise keine zweite gleichwertige Rechtsquelle erkennen.“³⁴¹

Unbeschadet der Bedeutung von „Reichsgesetz und Landesgesetz“ für die Ausbildung und (Weiter-)Entwicklung der Reinen Rechtslehre ist der Beitrag auch deshalb bemerkenswert, weil er nach dem sieben Jahre zuvor erschienenen „Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung“³⁴² die erste größere Ausarbeitung darstellt, in der Kelsen sich konkreten Fragen des positiven (Verfassungs-)Rechts zuwendet und unter anderem ausführlich aus den Gesetzgebungsmaterialien schöpft.³⁴³ Ja, mehr noch: In „Reichsgesetz und Landesgesetz“ wendet Kelsen den in den „Hauptproblemen“ entwickelten Ansatz erstmals in ausführlicher Weise auf Probleme des positiven Rechts an. Darin mag ein in seiner Bedeutung für den rechtswissenschaftlichen Wert der in den „Hauptproblemen“ entwickelten neuen Sicht der juristischen Dinge nicht zu unterschätzender „Praxistest“, gleichsam deren Feuertaufe im Becken des positiven Rechts erblickt werden; dessen bedurfte es um so dringender, als die Erörterungen in den „Hauptproblemen“ nahezu ohne positivrechtliche Normen auskamen und daher in gewisser Weise den Vorwurf eines normativistischen Rechtspositivismus *ohne* positivrechtliche Normen provozieren mochten.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³⁴⁴ Die Inhaltsübersicht, die im Original als nur durch Punkte abgetrennter Fließtext ohne Seitenzahlen erscheint, wurde hier größerer Übersichtlichkeit und Handhabungsfreundlichkeit halber in ein mit Seitenzahlen versehenes, den unterschiedlichen Gliederungsebenen Rechnung tragendes Inhaltsverzeichnis umge-

³⁴¹ Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 329), S. 437f. = HKW 3, S. 359–425 (425).

³⁴² Hans Kelsen, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544.

³⁴³ In knapperer Form hatte er dies bereits getan in: Hans Kelsen, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3 = HKW 3, S. 105–111; Hans Kelsen, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246.

³⁴⁴ Vgl. oben S. 5–20.

wandelt. Kelsen nennt eine Reihe von Abgeordneten; die entsprechenden Personenerläuterungen im editorischen Apparat erschöpfen sich – abweichend von der Erläuterung von Wissenschaftlern – in der Nennung der wichtigsten Daten des politischen Werdegangs. Die Materialien zum Gesetz vom 21. Dezember 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (abgekürzt: StGG Reichsvertretung 1867), hat Kelsen ausnahmslos nach der nichtamtlichen Quelle „Die neue Gesetzgebung Oesterreichs“ zitiert; vorliegend werden die Nachweise ergänzend aus der amtlichen Quelle, nämlich den Stenographischen Protokollen über die Sitzungen des Hauses der Abgeordneten des österreichischen Reichsrathes aus der IV. Session 1867–1869, geführt. Soweit Kelsen sich in seinen Erörterungen auf Bestimmungen der (gleichlautenden) Landesordnungen im Februarpatent 1861 bezieht, ist im editorischen Apparat exemplarisch jeweils die Landes-Ordnung für das Erzherzogtum Österreich unter der Enns (abgekürzt: LO Österreich unter der Enns 1861) angeführt worden. Bei der Nennung tschechischer Abhandlungen wurde die deutsche Übersetzung des Titels in runden Klammern hinzugefügt.

Buchbesprechung Spiegel, Gesetz und Recht (1914)

HKW 3, 427–438

I. Textkonstitution und Überlieferung

Textgrundlage der Edition bildet die im Doppelheft 5/6 des ersten Jahrgangs der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR) im Jahre 1914 unter der Rubrik „Literatur“ (Unterrubrik: „Rechtsphilosophie“)³⁴⁵ erschienene Buchbesprechung mit dem Kopfeintrag „*Spiegel Ludwig*, o.ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, *Gesetz und Recht*. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von *H. Rauchberg*, *P. Sander*, *L. Spiegel*, *A. Spiethoff*, *R. Zuckermandl*. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.)“. Der Beitrag umfasst knapp 6,5 Seiten im Erstdruck (S.766–772), verfügt über eine Fußnote (in der Kelsen auf seine eigene Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“³⁴⁶ hinweist), kommt aber im Übrigen, von recht zahlreichen Sperrungen abgesehen, ohne sonstige Hervorhebungen oder Auszeichnungen aus. Im selben Heft der ÖZÖR erschien auch die für die Entwicklung der Reinen Rechtslehre

³⁴⁵ Die „ÖZÖR“ war jahrgangswise in die drei Rubriken „Abhandlungen“, „Judikatur“ und „Literatur“, die letzteren beiden mit Unterrubriken, unterteilt.

³⁴⁶ *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

bedeutende Abhandlung des Kelsen-Schülers Alfred Verdross (1890–1980) zum „Problem des freien Ermessens“.³⁴⁷

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,³⁴⁸ im Jahre 1914 begründet von den seinerzeitigen Wiener Professoren Edmund Bernatzik (1854–1919), Max Freiherr von Heinlein Hussarek (1865–1935), Heinrich Lammasch (1853–1920) und Adolf Menzel (1857–1938); Bernatzik war Kelsens Lehrer, gemeinsam mit Menzel war er darüber hinaus Referent in Kelsens Habilitationsverfahren gewesen. Die „ÖZÖR“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschon k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien. Kelsen fungierte von Beginn an als umtriebiger Redaktionssekretär, der die Zeitschrift auch seinen Schülern Alfred Verdross, Adolf Julius Merkl (1890–1970), Leonidas Pitamic (1885–1971), Josef L. Kunz (1890–1970) und seinem Freund Franz (František) Weyr (1879–1951) als publizistische Plattform öffnete. Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs und dem Zerfall der Doppelmonarchie wurde sie unter dem Namen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZöR) in den Jahren 1919/1920 bis 1943/1944 (Bd. I–XXIII) fortgesetzt; für den verstorbenen Bernatzik trat Kelsen 1919 in den Kreis der Herausgeber ein. Verlegt wurde die „ZöR“ vom Verlag Franz Deuticke, Wien und Leipzig. Wie schon die „ÖZÖR“ in der Zeit der Monarchie wurde auch die „ZöR“ in der Zwischenkriegszeit entscheidend von Kelsen, dem damaligen Hauptherausgeber, geprägt und avancierte zum bedeutendsten Publikationsorgan der sich um Kelsen bildenden Wiener rechtstheoretischen Schule.³⁴⁹ Nachdem Kelsen 1934 die Herausgeberschaft wegen seiner jüdischen Abstammung niederlegen musste, versah sein Schüler Alfred Verdross diese Funktion. Nach ihrer Einstellung mit Bd. XXIII (1944) erschien die Zeitschrift seit 1948 in einer neuen Folge wieder mit Bd. 1 unter dem Titel „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“. Mit Bd. 28 (1977) wurde sie auf Anregung von Verdross in „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht“ umbenannt. Der zunehmenden Internationalität wurde mit dem Untertitel „Austrian Journal of Public and International Law“ Rechnung getragen. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. 1991–1995 (Bd. 42–49) erschien sie unter dem früheren Untertitel „Austrian Journal of Public and International Law“ in vorwiegend englischer Sprache, herausgegeben von Christoph Schreuer (geb. 1944). 1996–2008 (Bd. 50/51–63) fungierte Heinz Schäffer (1941–2008) als Herausgeber; seitdem

³⁴⁷ Alfred Verdross, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 616–644

³⁴⁸ Zur Rolle Kelsens vgl. Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

³⁴⁹ Eingehend dazu Ute Spörg, Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 149–167, insb. 152–159 („In der Ersten Republik – Kelsens Zeitschrift“).

trägt sie – zum zweiten Mal – den von Kelsen gewählten Titel „Zeitschrift für öffentliches Recht“ („ZÖR“). Seit 2009 (ab Bd. 64) wird die „ZÖR“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihls (geb. 1971). Wenngleich die „ZÖR“/„ZÖR“ auch nach dem erzwungenen Rückzug Kelsens von der Herausgeberschaft offen blieb für Beiträge aus der Wiener Schule, so besitzt sie doch seitdem kein an Exklusivität heranreichendes Näheverhältnis mehr zu ihr.

Kelsen blieb „seiner“ Zeitschrift zeitlebens eng verbunden. Von Bd. 1 der „ÖZÖR“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 34 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahren – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.³⁵⁰

³⁵⁰ Kelsens Beiträge in chronologischer Abfolge: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkanndl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich. Wiener staatswissenschaftliche Studien. XII. Band, 1. Heft. Leipzig u. Wien, 1915. Franz Deuticke. 138 S. Preis K 6.–, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 256–259 = HKW 3, S. 543–550; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens, und der Herzegowina. (Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich, XII. Band, 2. Heft. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1915. 148 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 580–584; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Rudolf Laun. Zur Nationalitätenfrage. (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongress Bern 1916) Haag 1917. 21 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 585–586; *Hans Kelsen*, Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 48–60; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Max Layer, Universitätsprofessor in Graz, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916, 69 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 165–173; *Hans Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510; *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 499–502, 699–700; *Hans Kelsen*, Staat und Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 207–222; *Hans Kelsen*, Staatsform als Rechtsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 73–93; *Hans Kelsen*, Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 616–619; *Hans Kelsen*, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250; *Hans Kelsen*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 583–599; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Die Staatenverbindungen. Von Dr. Josef L. Kunz. Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Prof. F. Stier-Somlo, II. Band, 4. Abteilung, VIII und 818 Seiten. Stuttgart: W. Kohlhammer. 1929, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 313–316; *Hans Kelsen*, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 481–608; *Hans Kelsen*, Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1933), S. 625–678; *Hans Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 14 (1934), S. 240–255; *Hans Kelsen*, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundesstatutes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1937), S. 401–490 und 590–622; *Hans Kelsen*, Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. Eine Auseinandersetzung mit

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Mit der unter dem Titel „Gesetz und Recht“ 1913 veröffentlichten Vortrags- und Aufsatzsammlung des damaligen Ordinarius für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität in Prag Ludwig Spiegel (1864–1926)³⁵¹ wählt der Redaktionssekretär der „ÖZÖR“ Hans Kelsen eine Publikation zum Gegenstand seiner rezensierenden Reflexionen, die Teil des seinerzeit hochaktuellen rechtswissenschaftlichen Diskurses über die Theorie der Rechtsquellen war. Welche Bedeutung dieser Diskurs für die sich formierende Richtung eines (ideologie)kritischen, überwiegend sogar streng normativistisch ausgerichteten Rechtspositivismus hatte, lässt sich nicht zuletzt daran ablesen, dass Kelsens Mitstreiter und Freund Franz (František) Weyr (1879–1951) kurz zuvor eine ebenfalls einge-

Heinrich Drost, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 1 (1946/1948), S. 20–83; *Hans Kelsen*, Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 3 (1951), S. 145–155; *Hans Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt?, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 4 (1952), S. 263–274; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egoistische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Egoistische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 5 (1953), S. 449–482; *Hans Kelsen*, Kausalität und Zurechnung, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 6 (1954), S. 125–151; *Hans Kelsen*, Platon und die Naturrechtslehre, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 8 (1957), S. 1–43; *Hans Kelsen*, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 1–25; *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 313–315; *Hans Kelsen*, Josef L. Kunz zu seinem siebzigsten Geburtstag am 7. April 1960, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 324–327; *Hans Kelsen*, Eine phänomenologische Rechtslehre, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 353–409; *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 106–107; *Hans Kelsen*, Professor Marcics Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 270–273; *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Vonlanthen. Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 16 (1966), S. 233–255; *Hans Kelsen*, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Eine Erwiderung, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 18 (1968), S. 1–35; *Hans Kelsen*, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 18 (1968), S. 143–184; *Hans Kelsen*, Ein Gutachten Hans Kelsens über Verträge zu Gunsten dritter Staaten und deren Transformation in innerstaatliches Recht, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 37 (1986), S. 1–15; *Hans Kelsen*, On the Issue of the Continental Shelf. Two Legal Opinions, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Supplementum 8, 1986; *Hans Kelsen*, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michael Virally, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Supplementum 9, 1987.

³⁵¹ *Ludwig Spiegel*, *Gesetz und Recht*. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, München und Leipzig 1913.

hende Rezension des Spiegelschen Werkes verfasste.³⁵² Seine Besprechung nutzt Kelsen denn über weite Strecken auch weniger zu einer getreulichen Darstellung des Inhalts des rezensierten Werkes als vielmehr im Sinne einer grundsätzlichen Stellungnahme zu der von Spiegel ausgesprochenen Option für eine soziologische Jurisprudenz. Vier der Beiträge Spiegels, nämlich „Das Erbe des absolutistischen Staates“ (1908), „Jurisprudenz und Sozialwissenschaft“ (1909), „Entwürfe und Gesetze“ (1913) sowie „Zur Lückenlehre“ (1913), widmet Kelsen seine besondere Aufmerksamkeit, die übrigen drei werden nur beiläufig erwähnt.

Zunächst unterstreicht Kelsen den von Spiegel formulierten Gedanken der Befangtheit der zeitgenössischen Rechtswissenschaft im Ideenkreis des Absolutismus:

„Was aber von besonderer Bedeutung ist – und diese Konstatierung scheint mir das Wertvollste der Spiegelschen Darstellung: ‚Unsere *Rechtswissenschaft* lebt nach meiner Überzeugung auch heute noch ganz im Gedankenkreise der absolutistischen Zeit.“³⁵³

Kelsen wendet sich sodann kritisch der seinem eigenen Credo, dass das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes sei,³⁵⁴ zuwiderlaufenden These Spiegels zu, wonach das Gesetz nicht die einzige Rechtsquelle darstelle, sondern daneben auch das Leben respektive die Wirklichkeit „rechtsgestaltend und rechtsumbildend“ wirke.³⁵⁵ Auch die von Spiegel propagierte soziologische Lesart der Rechtswissenschaft kritisiert und verwirft Kelsen ganz in den Bahnen seiner grosso modo zeitgleich angestellten Überlegungen zu Kantorowicz, Kornfeld und Ehrlich.³⁵⁶ Auch hier betont Kelsen, dass sich die unübersteigbare Scheidung von Geltung und Wirksamkeit, von Wert und Wirklichkeit auf einen „Gegensatz der Betrachtungsrichtungen“³⁵⁷ zurückführen lasse:

„Dieser Gegensatz der Betrachtungsrichtungen und nichts anderes – ist es, was den Gegensatz von ‚Recht‘ und ‚Rechtsleben‘ ausmacht.“³⁵⁸

³⁵² František Weyr, [Buchbesprechung] Spiegel Dr. Ludwig: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 129–133.

³⁵³ Kelsen, Buchbesprechung Spiegel (Anm. 350), S. 767 = HKW 3, S. 427–438 (429).

³⁵⁴ Vgl. nur Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 541 = HKW 2, S. 21–878 (693); Hans Kelsen, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 (230) = HKW 3, S. 235–246 (239).

³⁵⁵ Spiegel, Gesetz (Anm. 351), S. 18 (Kelsen zitiert Spiegel hier unzutreffenderweise mit den Worten „rechtsgestalten[d], rechtsbelebend“).

³⁵⁶ Vgl. Hans Kelsen, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92; Hans Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358; siehe ergänzend auch Hans Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605.

³⁵⁷ Kelsen, Buchbesprechung Spiegel (Anm. 350), S. 768 = HKW 3, S. 427–438 (431) – Hervorhebung nicht übernommen.

³⁵⁸ Kelsen, Buchbesprechung Spiegel (Anm. 350), S. 768 = HKW 3, S. 427–438 (432).

Hingegen stimmt er Spiegel ausdrücklich darin zu, dass die Frage der *Rechtsentstehung* nicht *juristischer* (im Sinne von normwissenschaftlicher) Erklärung zugänglich ist.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³⁵⁹

Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914)

HKW 3, 439–531

I. Textkonstitution und Überlieferung

Maßgeblicher Textträger für die Edition bildet die unter dem Titel „Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt“ erschienene Auftaktabhandlung des 40. Bandes der Grünhutschen „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“ aus dem Jahre 1914.³⁶⁰ Kelsens Beitrag füllt mit seinen rund 261 000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) und 98 Fußnoten im Originaldruck 114 Seiten. Vor die Ausführungen ist ein Inhaltsverzeichnis im Fließtext-Modus und ohne Angabe von Seitenzahlen platziert. Der Beitrag selbst gliedert sich in vier, in fortlaufend nummerierte Paragraphen (insgesamt 14) untergliederte Kapitel,³⁶¹ denen eine Vorbemerkung voran- und ein Schlusswort nachgestellt sind.

Im selben Heft des 40. Bandes erschien unter anderem auch Franz (František) Weyrs (1879–1951) zwar kurze, dessen ungeachtet aber Kelsens „Hauptprobleme“ einer kongenialen Würdigung unterziehende Abhandlung unter dem Titel „Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre“.³⁶²

Die nach dem Herausgeber Carl Samuel Grünhut (1844–1929) als „Grünhutsche Zeitschrift“ benannte „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der

³⁵⁹ Vgl. oben S. 5–20.

³⁶⁰ Hans Kelsen, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

³⁶¹ Lediglich der mit Abstand umfangreichste Paragraph („§ 10. Die Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.“, in: HKW 3, S. 439–531 (493–514)) weist eine weitere (Unter-)Gliederungsebene auf.

³⁶² Franz Weyr, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 175–188.

Gegenwart“ erschien von 1874 bis 1916 im Wiener Verlag Alfred Hölder. Grünhut, 1874–1915 ordentlicher Professor für Handels- und Zivilrecht an der Wiener Universität und von 1897–1918 Mitglied des österreichischen Herrenhauses, strebte ein juridisches Publikationsorgan an, in welchem „alle Zweige der Rechtswissenschaft eine Stätte finden“³⁶³ sollten. Der Inhalt besteht fast ausschließlich aus – teilweise auch deutlich über den üblichen Aufsatz-Umfang hinausgehenden – Abhandlungen sowie Buchbesprechungen; die Zeitschrift kann als „Prototyp eines wissenschaftlichen Periodikums im kleinen A5-Format bei etwa vierteljährlichem Erscheinen“ angesehen werden.³⁶⁴ Die Zeitschrift hatte sich zu ihren „Hauptaufgaben“ gesetzt, die „innige Wechselwirkung zwischen Deutschland und Oesterreich“ und die „gegenseitige Befruchtung auf dem Rechtsgebiete“ zu befördern.³⁶⁵ Doch sowohl mit der Ausrichtung auf „die Einheit und Untrennbarkeit der wissenschaftlichen Bestrebungen Deutschlands und Österreichs“³⁶⁶ als auch mit ihrer disziplinären Breite wirkte die Zeitschrift – angesichts des Umbruchs nach dem Ersten Weltkrieg einerseits und des Trends der zunehmenden Spezialisierung der juristischen Fachdiskurse und folgeweise auch der Fachzeitschriften andererseits – bald ein wenig anachronistisch und wurde zum Auslaufmodell. Kelsens Beitrag „Über Staatsunrecht“ blieb – nicht zuletzt, weil die Grünhutsche Zeitschrift ihr Erscheinen mit Bd. 42 (1916) einstellte – dessen einziger Artikel in diesem Organ.

„Über Staatsunrecht“ wurde einmal nachgedruckt, nämlich in dem von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigenden Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).³⁶⁷ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern, sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienpalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Schließlich ist „Über Staatsunrecht“ bislang einmal, nämlich ins Italienische übersetzt worden: *L'illecito dello Stato* (herausgegeben, übersetzt und mit einem Nachwort versehen von Angelo Abignente), Neapel 1988 (Nachdruck: Neapel 1990).

³⁶³ [Carl Grünhut,] Prospect, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 1 (1874), nicht pag., S. [I]–[IV] ([II]).

³⁶⁴ Vgl. Wilhelm Brauneder, Juristische Fachzeitschriften in Österreich/Cisleithanien als Zeichen rechtlicher Zäsuren in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Michael Stolleis/Thomas Simon (Hrsg.), Juristische Zeitschriften in Europa, Frankfurt a.M. 2006, S. 287–304, insb. 297 f. (Zitat: 298).

³⁶⁵ Grünhut, Prospect (Anm. 363), S. [II].

³⁶⁶ Grünhut, Prospect (Anm. 363), S. [II].

³⁶⁷ Hans Kelsen, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 957–1057.

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.³⁶⁸

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Am 20. März 1912 hielt Kelsen in der 1867 gegründeten Wiener Juristischen Gesellschaft³⁶⁹ einen Vortrag mit dem Titel „Über Staatsunrecht“.³⁷⁰ Eine Zusammenfassung des Vortrags erschien, gezeichnet mit den Initialen „A. Eg.“, noch im selben Jahr in den „Juristische Blätter“.³⁷¹ Der dort referierte Vortrag deckt sich in Gedankengang und Inhalt zwar im Wesentlichen mit der 1914 erschienenen Druckfassung in der Grünhutschen Zeitschrift. Freilich kann schon mit Blick sowohl auf die von Kelsen einer eingehenden Analyse und Kritik unterzogene Literatur – zu nennen wäre etwa die ein Jahr später, nämlich 1913 erschienene Schrift von Ernst Ružička³⁷² – als auch und insbesondere auf den Umfang der Publikation von 1914 mit über 110 Druckseiten ausgeschlossen werden, dass Vortragstext von

³⁶⁸ Vgl. aber auch nachfolgend II.1, S. 736 f.

³⁶⁹ Die traditionsreiche Wiener Juristische Gesellschaft wurde im Oktober 1867 auf Initiative von Johann Nepomuk Prix (1836–1894) und dem Gründungsherausgeber der „Juristische Blätter“ Lothar Johanny (1835–1886) als unpolitischer und gemeinnütziger Verein zum Zweck der Förderung und Entwicklung des Rechts in Theorie und Praxis gegründet (näher dazu *Werner Ogris*, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967), in: *Juristische Blätter* 91 (1969), S. 246–252). Ihre Hauptaktivität entfaltete und entfaltet sie nach wie vor in juristischen, häufig praxisorientierten Fachvorträgen mit Diskussionen. Zu den berühmtesten und wirkmächtigsten Vorträgen vor der Gesellschaft zählt – neben Kelsens Vorträgen (nachfolgend Anm. 370) – zweifelsohne Rudolf von Iherings (1818–1892) am 11. März 1872 gehaltenes Referat über den „Kampf ums Recht“ (wesentlich erweiterte, im Druck 96 Seiten umfassende Ausarbeitung des Vortrags: *Rudolf von Ihering*, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872).

³⁷⁰ Vgl. *Walter Barfuß* (Hrsg.), *Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft. Zeitloses aus 125 Jahren*, Wien 1992, S. 163. – Kelsen referierte auch in den Folgejahrzehnten wiederholt – und zwar immer zu zentralen Themen seines Werkes – vor der Wiener Juristischen Gesellschaft, so in den Jahren 1919 (*Hans Kelsen*, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918] in: *Gerichtshalle* 63 (1919), Nr. 5/6 vom 26. Januar 1919, S. 27f.; *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*. Vortrag gehalten vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919, in: *Juristische Blätter* 48 (1919), S. 378–380), 1953 (*Hans Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?* Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 11. Februar 1953, in: *Juristische Blätter* 75 (1953), S. 180–183) sowie 1962 (*Hans Kelsen*, *Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*. Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 6. Juni 1962, in: *Juristische Blätter* 85 (1963), S. 31–33).

³⁷¹ Der mit „A. Eg.“ unterzeichnete Bericht über die Vortragsveranstaltung vom 20. März 1912 findet sich unter der Rubrik „Aus den Vereinen“, Unterrubrik „Wiener Juristische Gesellschaft“ in: *Juristische Blätter* 13 (1912), S. 147–149, der eigentliche Bericht über Kelsens Vortrag auf S. 147f.

³⁷² *Ernst Ružička*, *Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung*, Wien 1913.

1912 und Druckfassung von 1914 in substanzieller Hinsicht wortidentisch waren; ersterer kann daher als eine bloße – und nach derzeitigem Forschungsstand: nicht mehr erhaltene – Vorstudie oder auch Kurzfassung zu letzterer betrachtet werden. Dass Kelsen die Ausarbeitung der 1914 publizierten Langfassung bereits zu der Zeit des Vortrags vor der Wiener Juristischen Gesellschaft oder doch zumindest wenig später begonnen haben muss, erhellt daraus, dass ein mit der offiziellen Erstpublikation in Bd. 40 (1914) seiten- und titelidentischer Separatdruck aus der Grünhutschen Zeitschrift ausweislich des Titelblattes bereits im Jahre 1913 vorlag. Über die Gründe dafür, warum Kelsen seine Überlegungen „Über Staatsunrecht“ ausgerechnet in der Grünhutschen Zeitschrift veröffentlichte, lässt sich heute nur mehr spekulieren.

2. Duktus

„Über Staatsunrecht“ zählt – wie insbesondere auch die beiden im „Archiv des öffentlichen Rechts“ erschienenen großen Aufsatzabhandlungen „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (1913)³⁷³ und „Reichsgesetz und Landesgesetz“ (1914)³⁷⁴ – zu jenen Beiträgen Kelsens aus der zweiten Dekade des 20. Jahrhunderts, die zunächst der Wiederholung und Verbreitung, sodann aber auch der Verdeutlichung und Vertiefung, (Fort-)Entwicklung und Anwendung von Ansätzen und Argumenten aus den „Hauptproblemen“ (1911)³⁷⁵ dienen. Kelsen greift mit dem Thema „Staatsunrecht“ und mit der These, dass es im Rechtssinne Staatsunrecht nicht geben könne, ein mehrfach wiederkehrendes Motiv aus den „Hauptproblemen“ auf.³⁷⁶ Auch die – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in „Über Staatsunrecht“ angesprochenen Aspekte „Staatswille“, „Rechtspersönlichkeit des Staates“ sowie „Organschaft und Stellvertretung“ hat er in seiner Habilitationsschrift bereits ausführlich traktiert.³⁷⁷ Von den insgesamt 98 Fußnoten gelten immerhin elf dem argumentationsentlastenden Hinweis auf Ausführungen in den „Hauptproblemen“;³⁷⁸ auch darin drückt sich aus, wie sehr „Über Staatsunrecht“ im gedanklichen Gravitationsfeld, vielleicht besser: auf dem Boden der „Haupt-

³⁷³ Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

³⁷⁴ Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425.

³⁷⁵ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

³⁷⁶ Vgl. nur Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 375), S. 246–249, 386, 447f., 449f., 525f., 530, 532, 657f., 687 = HKW 2, S. 21–878 (363–367, 520, 588f., 590f., 674f., 679, 681, 821f., 854).

³⁷⁷ In der genannten Reihenfolge: Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 375), S. 162–188, 515–537, 693–709 = HKW 2, S. 21–878 (272–300, 663–688, 861–878).

³⁷⁸ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 8 Anm. 2, 10 Anm. 3; 12 Anm. 4, 16 Anm. 5, 19 Anm. 6, 19 Anm. 7, 19 Anm. 8, 27 Anm. 12, 62 Anm. 52, 86 Anm. 82, 96 Anm. 87 = HKW 3, S. 439–531 (446 Anm. 2, 448 Anm. 3, 449 Anm. 4, 452 Anm. 5, 454 Anm. 6, 454 Anm. 7, 454 Anm. 8, 460 Anm. 12, 488 Anm. 52, 509 Anm. 82, 516 Anm. 87).

probleme“ steht. Das darf freilich nicht dahin missverstanden werden, dass Kelsen „Über Staatsunrecht“ aus Versatzstücken der „Hauptprobleme“ zusammenfügt; das gilt weniger in inhaltlicher Hinsicht – hier sind deutliche Überschneidungen, wenn nicht unvermeidbar, so doch alles andere als überraschend – als in sprachlich-kompositorischer Hinsicht. Im Klartext: „Über Staatsunrecht“ bedient sich zwar weithin der in den „Hauptproblemen“ verwendeten Terminologie und übernimmt daraus auch immer wieder Formulierungen und Wendungen; aufs Ganze gesehen handelt es sich aber um einen originär und unabhängig von den „Hauptproblemen“ formulierten Text.

Der Beitrag hebt mit einer absichtsvoll polar „Staatsrecht und Staatsunrecht“ betitelten „Vorbemerkung“ an, in der Kelsen ein – von ihm ausdrücklich auch so bezeichnetes – „Bekanntnis“³⁷⁹ in methodologischer Hinsicht ablegt, das sich wie folgt auf einen Nenner bringen lässt:

„Aus der logischen Unvereinbarkeit von Sein und Sollen erwächst das methodologische Postulat einer scharfen Trennung von explikativer und normativer Betrachtungsweise.“³⁸⁰

Im I. Kapitel (§§ 1–2) präsentiert er bereits seine zentrale These und legt, ausgehend vom Satz „the king can do no wrong“, die logische Unmöglichkeit staatlichen Unrechts, wohlgermerkt: aus der Perspektive der normwissenschaftlich operierenden Jurisprudenz, dar. Sein zentrales Argument:

„Die Staatsperson kann [...] 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.“³⁸¹

Das II. Kapitel (§§ 3–6) behandelt das kriminelle und zivile Unrecht des Staates, wobei es Kelsen insbesondere um die Zurechnung des Unrechts zum Staat und seinen Organen geht. Im III., dem mit Abstand umfangreichsten Kapitel (§§ 7–12) – es macht mehr als 45 % der Gesamtlänge des Beitrags aus – wendet er sich einer in den „Hauptproblemen“ nur am Rande und in „Reichsgesetz und Landesgesetz“³⁸² erstmals zentral behandelten Frage, nämlich jener nach der rechtstheoretischen Konzeption und Konstruktion eines fehlerhaften Staatsaktes, zu. Besondere Aufmerksamkeit lässt er dabei der Unterscheidung und dem Verhältnis von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit angedeihen, welche die zentralen Bausteine der Lehre vom fehlerhaften Rechtsakt markieren (§§ 7–10). Die Erkenntnisse der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt setzt er sodann mit der These von der Unmöglichkeit des

³⁷⁹ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 2 = HKW 3, S. 439–531 (441).

³⁸⁰ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 3 = HKW 3, S. 439–531 (442).

³⁸¹ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 5 = HKW 3, S. 439–531 (444).

³⁸² Vgl. Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 374), S. 418–435 = HKW 3, S. 359–425 (412–423).

Staatsunrechts in Beziehung (§ 11), bevor er einen – wie sich spätestens mit seinem Werk „Das Problem der Souveränität“ (1920) zeigen wird³⁸³ – noch sehr vorläufigen und tastenden Ausgriff auf die völkerrechtliche Dimension des Themas „Staatsunrecht und völkerrechtliches Delikt“ wagt (§ 12). Hauptfrage des IV. Kapitels (§§ 13–14) sind Rolle und Bedeutung der Haftung des Staates im Lichte des „Dogmas von der rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates“. Im „Schlusswort“, welches – wie bereits seine Überschrift „Staatsrecht und Staatsunrecht“ andeutet, die die Überschrift der „Vorbemerkung“ wieder aufnimmt – den Kreis der Überlegungen schließt, fasst Kelsen den Hauptgedanken noch einmal bündig zusammen:

„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.“³⁸⁴

Kelsen macht sich in „Über Staatsunrecht“ – auch insoweit in Anlehnung an die „Hauptprobleme“ – über weite Strecken das von ihm so bevorzugte diskursiv-„kontradiktorische“ Verfahren zunutze, „bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken“.³⁸⁵ „Opfer“ dieser Spielart argumentativer Vivisektion werden mit ihren einschlägigen Schriften namentlich Otto von Gierke (1841–1921),³⁸⁶ Ernst Hafter (1876–1949),³⁸⁷ Rudolf Pollak (1864–1939),³⁸⁸ Walter Jellinek (1885–1955),³⁸⁹ Karl Kormann (1884–1914)³⁹⁰ sowie Ernst Ružička (gest. 1942).³⁹¹

Die Bedeutung der quasi-monografischen Abhandlung „Über Staatsunrecht“ liegt, bezogen auf das Gesamtwerk Kelsens, gewiss nicht so sehr in ihrer Originalität oder ihrer innovatorischen Schubkraft für die Ausbildung der Reinen Rechtslehre als der von Kelsen anvisierten ideologiekritisch-methodenbewussten Theorie des positiven Rechts. In puncto Originalität und Innovativität dürfte „Über Staatsunrecht“ hinter dem Beitrag zu „Reichsgesetz und Landesgesetz“, ja selbst hinter „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ zurückbleiben. Über dieser Einschätzung darf freilich nicht vergessen werden, dass auch in „Über

³⁸³ Vgl. *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920.

³⁸⁴ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 114 = HKW 3, S. 439–531 (531).

³⁸⁵ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 375), S. XI f. = HKW 2, S. 21–878 (59).

³⁸⁶ *Otto Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

³⁸⁷ *Ernst Hafter*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin 1903.

³⁸⁸ *Rudolf Pollak*, Execution civilgerichtlicher Befehle gegen den Staat, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 30 (1903), S. 371–396.

³⁸⁹ *Walter Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, Tübingen 1908.

³⁹⁰ *Karl Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910.

³⁹¹ *Ernst Ružička*, Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913.

Staatsunrecht“ Innovativ-Grundstürzendes enthalten ist. Die nicht gerade wenigen richtungweisenden Detailerkennnisse einmal beiseite gelassen, löst „Über Staatsunrecht“ insbesondere in zweifacher Richtung einen Entwicklungsschub aus: Zum einen steht der Beitrag für eine bedeutsame Fortentwicklung der – noch nicht so genannten – Lehre vom „Fehlerkalkül“;³⁹² mit den Überlegungen zu Nichtigkeit und Anfechtbarkeit geht Kelsen deutlich über den eigenen Reflexionsstand in „Reichsgesetz und Landesgesetz“ hinaus. Eine der zentralen neuen Erkenntnisse:

„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 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.*“³⁹³

Zum anderen stellt Kelsen hier, indem er eine Analogie zwischen den jeweils oxymoronen Konzepten von Theodizee einer- und Staatsunrecht andererseits zieht, erstmals Parallelen zwischen bestimmten Problemlagen der Theologie und solchen der Rechtswissenschaft her³⁹⁴ – eine Vorgehensweise, der er sich später noch häufiger bedienen sollte.³⁹⁵ Dabei weist Kelsen, der für die metaphysikfreie

³⁹² Adolf Julius Merkl (1890–1979), dem „Entdecker“ des „Fehlerkalküls“, zufolge bezeichnet dieses „jene positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen“ (*Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig und Wien 1923, S. 293) – Hervorhebungen nicht übernommen. Zur Lehre vom Fehlerkalkül siehe ergänzend *Adolf Julius Merkl*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 (606f.) = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (434f.); *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927, S. 191–201, insb. 196; *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre [Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 252–294 (293) = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (491).

³⁹³ *Hans Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 88 = HKW 3, S. 439–531 (510).

³⁹⁴ So auch Kelsens Selbsteinschätzung ein knappes Jahrzehnt später: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, Vorrede zur zweiten Auflage, S. V–XXIII (XVII).

³⁹⁵ In der Vorrede zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme“ – d. h. für den Zeitraum bis 1923 – nennt Kelsen bereits drei Schriften, nämlich *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605; *Hans Kelsen*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630–658; *Kelsen*, Souveränität (Anm. 383).

Wissenschaft – wie an einem Glaubenssatz – an der Scheidung von Sein und Sollen festhält, auf die Pointe hin, dass in Gott Sein und Sollen zu einer Synthese kommen:

„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 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.“³⁹⁶

Die eigentliche und eigentümliche Bedeutung von „Über Staatsunrecht“ dürfte aber schwerpunktmäßig woanders liegen, nämlich in der Nachhaltigkeit, mit der und in der die durch Kelsens „Hauptprobleme“ ausgerufene erkenntnistheoretisch-methodologische Revolution der Rechtswissenschaft präsentiert wird. Vier knappe Hinweise mögen insoweit genügen: Erstens demonstriert Kelsen eindrucksvoll, wie fruchtbar und tragfähig sein 1911 vorgestellter Außenseiter-Ansatz in der Konkurrenz mit rezenten Publikationen zu zentralen Themenstellungen der Staatsrechtslehre, genauer: der Verfassungs- und der Verwaltungsrechtsdogmatik, ist; von Gierkes 1887 erschienener „Genossenschaftslehre“ einmal abgesehen, trägt keine der eingehend analysierten und kritisierten Schriften ein früheres Publikationsjahr als 1903, und die jüngste ist sogar noch kein ganzes Jahr auf dem Markt.³⁹⁷ Damit stellt er zugleich unter Beweis, dass es sich bei dem in den „Hauptproblemen“ entwickelten, im wahrsten Sinne des Wortes radikalen methodologischen Ansatz nicht um ein praxisabgehobenes, dogmatikfernes und insofern irrelevantes Theoriegespinnst handelt, sondern dass der dogmatische Diskurs – wie Kelsen besonders eindrücklich mit seinen Überlegungen zu Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zeigt – unmittelbaren Nutzen daraus ziehen kann.

Zweitens geben Kelsen die konkreten rechtsdogmatischen Fragestellungen gute Gelegenheit, den ideologischen Charakter des für die herrschende Rechtswissenschaft kennzeichnenden Rekurses auf die Natur der Sache – die Natur eines Rechtsinstituts, die Natur der Rechtsfähigkeit, die Natur des Öffentlichen Rechts usw. – deutlich herauszustreichen und dem die in der Form vielfach variierte, aber in der Sache stets gleiche Forderung einer „positivistischen Jurisprudenz“³⁹⁸ entgegenzusetzen, dass nämlich allein der Nachweis der Positivierung die Geltung eines behaupteten Rechtssatzes belegen könne.³⁹⁹

³⁹⁶ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 17f. = HKW 3, S. 439–531 (453).

³⁹⁷ Vgl. die Nachweise oben in Anm. 387–391.

³⁹⁸ Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 110 = HKW 3, S. 439–531 (527).

³⁹⁹ Beispielhaft Kelsen, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 78, 87, 103, 110 = HKW 3, S. 439–531 (502, 509f., 522, 527).

Das Positivierungspostulat führt Kelsen, drittens, nicht zuletzt auf die zentrale Kategorie der Norm (Ativität), nämlich auf die Zurechnung zurück. Sie – und nicht die in der Welt der Tatsachen herrschende Kausalität – verknüpfe die einzelnen Elemente des Rechtssatzes, Tatbestand und Rechtsfolge, Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, zu einer Norm.⁴⁰⁰ Sie markierte nichts weniger als das notwendige Medium rechtlicher Relationierung, nämlich „jene Verbindung, die grammatisch durch das ‚Soll‘ hergestellt wird.“⁴⁰¹ Es ist folglich die Zurechnung, die die Rechtswelt im innersten zusammenhält: „Die ganze Rechtsordnung erscheint [...] als eine Summe von Zurechnungsregeln.“⁴⁰² Damit freilich ist, und das exerziert Kelsen insbesondere an den Rechtsphänomenen Staat, Schuld, juristische Person und Fehlerfolgenregime durch, jeder substanzgestützten Argumentation in *juridicis* der Boden entzogen: Alles – auch der gleichsam rechtsontologisch, mit ursprünglicher Hoheitsgewalt ausgestattet gedachte Staat – büßt seine vorrechtliche Substanz ein; übrig bleibt nur mehr die positivrechtlich nachweisbare Relation und Funktion. Der Staatswille im Rechtssinne ist nichts weiter

„als eine rein gedankliche Konstruktion, als eine logische Formel für gewisse Qualitäten der rechtlichen Ordnung [...], gleichsam [ein] 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 [...] gegeben ist.“⁴⁰³

„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.“⁴⁰⁴

Kelsen treibt hier die Substanzentleerung auf die Spitze, wenn er für den Staat, der die Rechtsordnung personifiziert, nur mehr die Rolle erblickt, als „ein juristisches Symbol für bestimmte Qualitäten und Beziehungen eines Normensystems“⁴⁰⁵ zu fungieren. Konsequenter qualifiziert er die Zurechnung, d. h. die „durch die Rechtsordnung hergestellte Verknüpfung zwischen Zurechnungsobjekt (Unrechtstatbestand) und Zurechnungssubjekt“ als „eine völlig willkürliche“.⁴⁰⁶ Gerade die Willkürlichkeit aber ist es, die dem Positivierungsnachweis die Funktion zuweist, zwischen rechtswirklich erzeugten Zurechnungen und bloß ersehnten oder für vernünftig gehaltenen Zurechnungen zu unterscheiden.

⁴⁰⁰ Kelsen unterscheidet zu dieser Zeit noch zwischen beiden Formen der Zurechnung, nämlich zwischen der „peripheren“ und der „zentralen“ Zurechnung (dazu knapp *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 394), S. V–XXIII (IX), Vorrede zur zweiten Auflage; ergänzend vgl. *Carsten Heidemann*, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 17–34 (19–24)).

⁴⁰¹ *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 394), S. V–XXIII (IX), Vorrede zur zweiten Auflage.

⁴⁰² *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 15 = HKW 3, S. 439–531 (451).

⁴⁰³ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 13 = HKW 3, S. 439–531 (450).

⁴⁰⁴ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 15 = HKW 3, S. 439–531 (451).

⁴⁰⁵ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 15 = HKW 3, S. 439–531 (451).

⁴⁰⁶ Beide Zitate: *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 25 = HKW 3, S. 439–531 (459). Hier zeigen sich beispielsweise deutliche Formulierungsanleihen bei *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911, S. 49f. = HKW 3, S. 22–55 (47f.).

Auf diesem Hintergrund besteht für Kelsen, viertens, Anlass, der Rolle der – von ihm mal Rechtstheorie, mal Rechtswissenschaft normwissenschaftlich arbeitenden Jurisprudenz besondere Aufmerksamkeit zu schenken: Er geißelt die „Methode dieser Gefühlsjurisprudenz“, die, aus Mitgefühl für die Nöte der Rechtspraxis, „in ein Gebiet materiell-rechtserzeugender Arbeit hinaufstrebt“⁴⁰⁷ und schreibt ihr die nach wie vor aktuellen Zeilen ins Stammbuch:

„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 Pseudothorie der Gesetzgebung den stärksten Anreiz nimmt, ihre natürliche Aufgabe zu erfüllen, die Gesetzgebung ihrer Pflicht enthebt, ihrerseits die Rechtsordnung abändernd, Lücken ausfüllend zu verbessern.“⁴⁰⁸

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴⁰⁹ Die Inhaltsübersicht, die im Original als nur durch Punkte (und teils auch Gedankenstriche) abgetrennter Fließtext ohne Seitenzahlen erscheint, wurde hier größerer Übersichtlichkeit und Handhabungsfreundlichkeit halber in ein mit Seitenzahlen versehenes, den unterschiedlichen Gliederungsebenen Rechnung tragendes Inhaltsverzeichnis umgewandelt. Soweit Kelsen bei Wiederholungen bereits zitierter Stellen auf einen neuerlichen Nachweis verzichtet oder sich im Übrigen mit unspezifisch gehaltenen Querverweisen innerhalb des Textes begnügt, wurden die entsprechenden Belege im editorischen Apparat ergänzt respektive spezifiziert.

Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle von „Über Staatsunrecht“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)⁴¹⁰ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck von „Über Staatsunrecht“ in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanzzwecken.

⁴⁰⁷ Beide Zitate: *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 112f. = HKW 3, S. 439–531 (530).

⁴⁰⁸ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 360), S. 89 = HKW 3, S. 439–531 (511).

⁴⁰⁹ Vgl. oben S. 5–20.

⁴¹⁰ Anm. 367.

Buchbesprechung Menzel, Naturrecht und Soziologie (1915)

HKW 3, 533–541

I. Textkonstitution und Überlieferung

Maßgeblicher Textträger für die Edition bildet die im Doppelheft 1/2 des fünften Jahrgangs der Zeitschrift „Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung“ anno 1915 unter dem Kopfeintrag „*Adolf Menzel*, Naturrecht und Soziologie. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S.“ publizierte Besprechung des gleichnamigen Werkes von Adolf Menzel (1857–1938). Im Originaldruck füllt die Rezension knapp fünf Seiten; von zahlreich eingesetzten Sperrungen abgesehen, hat der Text keinerlei typografische Hervorhebungen oder Auszeichnungen anderer Art erfahren.

Das „Archiv“ erschien in den Jahren 1911 bis 1930 in Leipzig im Verlag von C. L. Hirschfeld und wurde von Carl Grünberg (1861–1940) herausgegeben. Der Rechts- und Sozialwissenschaftler Grünberg war Gründungsdirektor des Instituts für Sozialforschung in Frankfurt am Main und gilt sowohl als einer der Begründer der Soziologie als selbständige Wissenschaft als auch als Vater des Austromarxismus. Dem Archivgedanken des Zeitschriftentitels verpflichtet, setzte das Organ sich zum Ziel, neben Abhandlungen (die maximal drei Druckbogen umfassen durften), Referaten, Literaturübersichten und einer möglichst vollständigen Bibliographie vor allem urkundliches Material und eine Chronik des jeweils vergangenen Jahres darzubieten. Die Chronik sollte alle programmatisch bedeutungsvollen Beschlüsse sämtlicher Arbeiterparteitage mit dokumentarischer Genauigkeit registrieren und in weiterer Folge auch die sonstigen für die Entwicklung des Sozialismus und der Arbeiterbewegung wichtigen Geschehnisse verzeichnen.⁴¹¹ Die Zeitschrift wurde noch bis 1939 unter dem Titel „Zeitschrift für Sozialforschung“ von Max Horkheimer (1895–1973) fortgeführt.

Für das „Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung“ besprach Kelsen in den Jahren von 1915 bis 1923 insgesamt vier Bücher: Adolf Menzels „Naturrecht und Soziologie“,⁴¹² Fritz Gerlichs „Der Kommunismus als Lehre vom Tausendjährigen Reich“,⁴¹³ Friedrich Lenz’ „Staat und Marxismus“⁴¹⁴ sowie Wilhelm Mautners „Der Bolschewismus“.⁴¹⁵

⁴¹¹ Carl Grünberg, Vorwort, in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 1 (1911), S.I–IV (II).

⁴¹² Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 5 (1915), S. 225–229 = HKW 3, S. 533–541.

⁴¹³ Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Fritz Gerlich, Der Kommunismus als Lehre vom Tausendjährigen Reich. München, Hugo Bruckmann, 1920. 8°. 275 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 9 (1920), S. 422–424.

⁴¹⁴ Hans Kelsen, [Buchbesprechung:] Friedrich Lenz, Staat und Marxismus. Stuttgart und Berlin, Cotta. 1921. XXIV u. 175 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 10 (1921), S. 446–449.

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Darüber, warum Kelsen seine Buchbesprechung ausgerechnet im „Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung“ unterbrachte, lassen sich heute nur noch Vermutungen anstellen. Indizien mögen dabei sein: Der Herausgeber war seinerzeit Ordinarius für Politische Ökonomie an Kelsens Wiener Alma mater; Kontaktmöglichkeiten gab es also für Kelsen. Carl Grünberg war darüber hinaus nicht nur innovativer Sozialwissenschaftler, sondern auch „gelernter“ Rechtswissenschaftler; das mag dazu beigetragen haben, dass das „Archiv“ auch für die juristische Perspektive offen war. Schließlich kann Kelsens Engagement in der Wiener Volksbildung ihn in Verbindung mit dem „Archiv“ und/oder dessen Herausgeber gebracht haben.

Gegenstand der Buchbesprechung ist eine 60seitige Abhandlung von dem seinerzeitigen Wiener Ordinarius Adolf Menzel, der Kelsens Lehrer war, als Referent in dessen Habilitationsverfahren mitwirkte und sogar die frühen wahlrechtlichen Schriften Kelsens aus den Jahren 1906 und 1907 angeregt hatte.⁴¹⁶ Gleichsam bei Gelegenheit einer Buchrezension kam Kelsen auf Grundsatzfragen seiner juristischen Weltanschauung, nämlich auf den von ihm verfochtenen „kritischen Methodendualismus“⁴¹⁷ von normwissenschaftlicher und kausalwissenschaftlicher Methode auf der einen und den von ihm scharf kritisierten Methodensynkretismus auf der anderen Seite zu sprechen.

In seinen Ausführungen, denen Kelsen nahezu vollauf beipflichtete, zog Menzel die auch von seinem Rezensenten immer wieder betonte Parallele zwischen der überkommenen Naturrechtslehre und der modernen Soziologie sub specie der Methode. Mit Menzel warf Kelsen beiden „Synkretismus der Methode“⁴¹⁸ vor, was

⁴¹⁵ *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Wilhelm Mautner. Der Bolschewismus. Voraussetzungen, Geschichte, Theorie. Zugleich eine Untersuchung seines Verhältnisses zum Marxismus. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1920, II. unveränd. Aufl. 1922. Gr. 8°. XXIV u. 368 S. Preis 4 Mk., in: *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung* 11 (1923), S. 215f.

⁴¹⁶ Es handelt sich um: *Hans Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform, in: *Juristische Blätter* 35 (1906), S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1, S. 301–331 (Hinweis auf Menzels Anregung: 302 Anm. *); *Hans Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544 (Hinweis auf Menzels Anregung: 337).

⁴¹⁷ Pars pro toto: *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40 (1916), S. 1181–1239 (1220) = HKW 3, S. 551–605 (589); *Hans Kelsen*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 41 (1916), S. 850–853 (850) = HKW 3, S. 607–612 (609).

⁴¹⁸ *Kelsen*, *Buchbesprechung Menzel* (Anm. 412), S. 225 = HKW 3, S. 533–541 (535).

in den Augen Kelsens nichts weniger bedeutete als das Verdikt der Unwissenschaftlichkeit. Lediglich die Laufrichtung der als Methodenfehler gezeißelten „Vermengung normativer und explikativer Methode“⁴¹⁹ variiere: Während die Naturrechtslehren und die meisten modernen soziologischen Ansätze (Kelsen nahm einzig Georg Simmel (1858–1918) aus) danach trachteten, eine soziologische Frage – nämlich jene nach der Entstehung, Entwicklung und Funktion sozialer Verbände – mit einer ethisch-juristischen Konstruktion zu beantworten, versuche der wissenschaftliche Sozialismus in Gestalt des Marxismus umgekehrt, ein ethisch-juristisches Problem – nämlich die „soziale Frage“ als Gerechtigkeitsproblem – soziologisch zu lösen.⁴²⁰ Das eine sei vom wissenschaftlichen Standpunkt aus so unmöglich wie das andere. Bei aller prinzipiellen Übereinstimmung mit Menzel nahm Kelsen die Vertreter eines soziologischen Kontraktualismus doch insofern methodologisch in Schutz, als sie den als bloß tatsächlichen Vorgang der zielgerichteten Willensübereinstimmung verstandenen Vertrag als soziologischen Erklärungstitel einsetzten.

Die Besprechung der Menzelschen Schrift gab Kelsen, der in weltanschaulicher Hinsicht den Zielen und Bestrebungen der Sozialdemokratie nahe stand, erstmals Gelegenheit, sich unter wissenschaftlichen, näherhin: methodologischen Auspizien mit dem Marxismus zu beschäftigen. Als „ein echtes Kind vom Geiste Hegels“⁴²¹ fängt sich der Historische Materialismus den doppelten Vorwurf des Methodensynkretismus ein:

„Der *naturrechtliche* Trugschluß aus dem Sein auf das Sollen wird hier nach zweifacher Richtung vorgenommen. Einmal innerhalb des theoretischen Systems selbst; hier nur verschleiert, indem aus der Erkenntnis der Vergangenheit des tatsächlichen sozialen Geschehens auf dem Wege eines logischen Schlusses ein soziales Ideal abgeleitet und in die Form einer Zukunftsprognose eingeleitet wird. Gerade weil innerhalb des Rahmens einer Kausalerklärung eine Voraussage der Zukunft methodisch gar nicht möglich ist – zu tatsächlich gegebenen Wirkungen die Ursachen aufsuchen (erklären) ist etwas wesentlich anderes als zu *angeblich* gegebenen Ursachen die Wirkung prophezeien – muß, da von einem *Gegebensein* bestimmter Ursachen zu künftigen Wirkungen niemals die Rede sein kann – an Stelle des Voraussagens einer *Wirkung* – in solche Sprachform gehüllt ein Postulat treten. [...] – Das andere Mal aber vollzieht der Marxismus den Trugschluß vom Sein aufs Sollen ganz offen: indem aus der Erkenntnis der Vergangenheits- und Zukunftsentwicklung Normen für den politischen Kampf abgeleitet werden.“

Dies führt Kelsen zu dem nur vordergründig überraschend, ja paradox anmutenden Endurteil über Marx' Gedankengebäude:

„Von allen soziologischen Systemen verdient der wissenschaftliche Sozialismus am meisten die Bezeichnung eines Naturrechtes der Gegenwart!“⁴²²

⁴¹⁹ Kelsen, Buchbesprechung Menzel (Anm. 412), S. 226 = HKW 3, S. 533–541 (536).

⁴²⁰ Vgl. Kelsen, Buchbesprechung Menzel (Anm. 412), S. 225, 226f., 227, 228 = HKW 3, S. 533–541 (535, 536f., 538, 539).

⁴²¹ Kelsen, Buchbesprechung Menzel (Anm. 412), S. 228 = HKW 3, S. 533–541 (540) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁴²² Beide Zitate: Kelsen, Buchbesprechung Menzel (Anm. 412), S. 228f., 229 = HKW 3, S. 533–541 (540).

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴²³

Buchbesprechung Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen (1915/1916)

HKW 3, 543–550

I. Textkonstitution und Überlieferung

Textgrundlage der Edition bildet die in Heft 2 des zweiten Jahrgangs der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR) im Jahre 1915 unter der Rubrik „Literatur“ (Unterrubrik: „Staats- und Verwaltungsrecht“)⁴²⁴ erschienene Buchbesprechung mit dem Kopfeintrag „*Dr. Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich*. Wiener staatswissenschaftliche Studien. XII. Band, 1. Heft. Leipzig 2 u. Wien, 1915. Franz Deuticke. 138 S. Preis K 6.–“. Der Beitrag umfasst rund 3,5 Seiten im Erstdruck (S. 256–259) und verfügt, von recht zahlreich verwendeten Sperrungen abgesehen, über keinerlei typografische Hervorhebungen oder sonstige Auszeichnungen. Es handelt sich um Kelsens zweiten (Rezensions-)Beitrag in der ÖZÖR.

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,⁴²⁵ im Jahre 1914 begründet von den seinerzeitigen Wiener Professoren Edmund Bernatzik (1854–1919), Max Freiherr von Heinlein Hussarek (1865–1935), Heinrich Lammasch (1853–1920) und Adolf Menzel (1857–1938); Bernatzik war Kelsens Lehrer, gemeinsam mit Menzel war er darüber hinaus Referent in Kelsens Habilitationsverfahren gewesen. Die „ÖZÖR“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschén k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien. Kelsen fungierte von Beginn an als umtriebiger Redaktionssekretär, der die Zeitschrift auch seinen Schülern Alfred Verdross (1890–1980), Adolf Julius Merkl (1890–1970), Leonidas Pitamic (1885–1971), Josef L. Kunz (1890–1970) und seinem Freund Franz (František) Weyr (1879–1951) als publizistische Plattform öffnete. Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs und dem Zerfall der Doppelmonarchie wurde sie unter dem Namen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZöR) in den Jahren 1919/1920 bis 1943/1944 (Bd. I–XXIII) fortgesetzt; für den verstorbenen Bernatzik trat Kelsen 1919 in den

⁴²³ Vgl. oben S. 5–20.

⁴²⁴ Die „ÖZÖR“ war jahrgangswise in die drei Rubriken „Abhandlungen“, „Judikatur“ und „Literatur“, die letzteren beiden mit Unterrubriken, unterteilt.

⁴²⁵ Zur Rolle Kelsens vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

Kreis der Herausgeber ein. Verlegt wurde die „ZöR“ vom Verlag Franz Deuticke, Wien und Leipzig. Wie schon die „ÖZÖR“ in der Zeit der Monarchie wurde auch die „ZöR“ in der Zwischenkriegszeit entscheidend von Kelsen, dem damaligen Hauptherausgeber, geprägt und avancierte zum bedeutendsten Publikationsorgan der sich um Kelsen bildenden Wiener rechtstheoretischen Schule.⁴²⁶ Nachdem Kelsen 1934 die Herausgeberschaft wegen seiner jüdischen Abstammung niederlegen musste, versah sein Schüler Alfred Verdross diese Funktion. Nach ihrer Einstellung mit Bd. XXIII (1944) erschien die Zeitschrift seit 1948 in einer neuen Folge wieder mit Bd. 1 unter dem Titel „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“. Mit Bd. 28 (1977) wurde sie auf Anregung von Verdross in „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht“ umbenannt. Der zunehmenden Internationalität wurde mit dem Untertitel „Austrian Journal of Public and International Law“ Rechnung getragen. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. 1991–1995 (Bd. 42–49) erschien sie unter dem früheren Untertitel „Austrian Journal of Public and International Law“ in vorwiegend englischer Sprache, herausgegeben von Christoph Schreuer (geb. 1944). 1996–2008 (Bd. 50/51–63) fungierte Heinz Schäffer (1941–2008) als Herausgeber; seitdem trägt sie – zum zweiten Mal – den von Kelsen gewählten Titel „Zeitschrift für öffentliches Recht“ („ZÖR“). Seit 2009 (ab Bd. 64) wird die „ZÖR“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihs (geb. 1971). Wenngleich die „ZöR“/„ZÖR“ auch nach dem erzwungenen Rückzug Kelsens von der Herausgeberschaft offen blieb für Beiträge aus der Wiener Schule, so besitzt sie doch seitdem kein an Exklusivität heranreichendes Näheverhältnis mehr zu ihr.

Kelsen blieb „seiner“ Zeitschrift zeitlebens eng verbunden. Von Bd. 1 der „ÖZÖR“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 34 Beiträge. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.⁴²⁷

⁴²⁶ Eingehend dazu *Ute Spörg*, Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 149–167, insb. 152–159 („In der Ersten Republik – Kelsens Zeitschrift“).

⁴²⁷ Kelsens Beiträge in chronologischer Abfolge: *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkanal. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich. Wiener staatswissenschaftliche Studien. XII. Band, 1. Heft. Leipzig u. Wien, 1915. Franz Deuticke. 138 S. Preis K 6.–, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 256–259 = HKW 3, S. 543–550; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens, und der Herzegowina. (Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich, XII. Band, 2 Heft. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1915. 148 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 580–584; *Hans Kelsen*, [Buch-

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

besprechung:] Dr. Rudolf Laun. Zur Nationalitätenfrage. (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongreß Bern 1916) Haag 1917. 21 S., in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1918), S. 585–586; *Hans Kelsen*, Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 48–60; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Max Layer, Universitätsprofessor in Graz, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916, 69 S., in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 165–173; *Hans Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921), S. 453–510; *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1922), S. 499–502, 699–700; *Hans Kelsen*, Staat und Völkerrecht, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 4 (1925), S. 207–222; *Hans Kelsen*, Staatsform als Rechtsform, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 5 (1926), S. 73–93; *Hans Kelsen*, Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 5 (1926), S. 616–619; *Hans Kelsen*, Die Idee des Naturrechts, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1927/1928), S. 221–250; *Hans Kelsen*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928), S. 583–599; *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Die Staatenverbindungen. Von Dr. Josef L. Kunz. Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Prof. F. Stier-Somlo, II. Band, 4. Abteilung, VIII und 818 Seiten. Stuttgart: W. Kohlhammer. 1929, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 11 (1931), S. 313–316; *Hans Kelsen*, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 12 (1932), S. 481–608; *Hans Kelsen*, Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 13 (1933), S. 625–678; *Hans Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 14 (1934), S. 240–255; *Hans Kelsen*, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundstatutes, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 17 (1937), S. 401–490 und 590–622; *Hans Kelsen*, Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. Eine Auseinandersetzung mit Heinrich Drost, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 1 (1946/1948), S. 20–83; *Hans Kelsen*, Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 3 (1951), S. 145–155; *Hans Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt?, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 4 (1952), S. 263–274; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre und Elogische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Elogische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 5 (1953), S. 449–482; *Hans Kelsen*, Kausalität und Zurechnung, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 6 (1954), S. 125–151; *Hans Kelsen*, Platon und die Naturrechtslehre, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 8 (1957), S. 1–43; *Hans Kelsen*, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 1–25; *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebenzigsten Geburtstag am 23. März 1960, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 313–315; *Hans Kelsen*, Josef L. Kunz zu seinem siebenzigsten Geburtstag am 7. April 1960, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 10 (1959/1960), S. 324–327; *Hans Kelsen*, Eine phänomenologische Rechtstheorie, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 353–409; *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 106–107; *Hans Kelsen*, Professor Marcics Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 15 (1965), S. 270–273; *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Vonlanthen. Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 16 (1966), S. 233–255; *Hans Kelsen*, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Eine Erwiderung, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. F. 18 (1968), S. 1–35; *Hans Kelsen*, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: *Österreichische Zeit-*

II. Entstehung und Duktus

Als Redaktionssekretär war Kelsen sozusagen von Funktions wegen gehalten, auch mit eigenen Publikationen zu einem Gedeihen der ÖZÖR beitragen. Überhaupt deuten die Buchbesprechungen in den drei Jahrgängen der ÖZÖR darauf hin, dass Kelsen vorzugsweise Rezensenten aus dem Kreise der Wiener Professoren – wie die beiden Herausgeber Heinrich Lammasch und Adolf Menzel oder der Wiener Extraordinarius Friedrich Tezner (1856–1925) – sowie aus dem eigenen (Schüler-) Kreise dazu bewegen konnte (oder auch einlud), für die neue publizistische Zeitschrift Bücher zu besprechen – wie Alfred Verdross, Adolf Julius Merkl oder Walter Henrich (1888–1955). Zu diesem letzten Kreis ist auch Leonidas Pitamic, der Autor des von Kelsens besprochenen Werkes, zu rechnen.

Die von Kelsen rezensierte Monografie „Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich“ stellte Pitamics Habilitationsschrift dar. Ungeachtet des Umstandes, dass Pitamic gemeinsam mit Verdross und Merkl noch vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs Teilnehmer der von Kelsen veranstalteten Privatseminare war und daher in einem akademischen Näheverhältnis zu Kelsen stand,⁴²⁸ schonte dieser jenen nicht und verfasste alles andere als eine Gefälligkeitsbesprechung des Pitamicschen Werkes. Dieses drehte sich im Kern um die auch in der reichsdeutschen Staatsrechtslehre umstrittene Frage, ob die Zustimmung des Parlamentes zu einem Staatsvertrag nur im Blick auf den staatsrechtlichen und/ oder auch den völkerrechtlichen Bestand des Vertrages notwendig sei, und schloss sich für die österreichische Rechtslage der Ansicht an, die eine parlamentarische Mitwirkung nur hinsichtlich der staatsrechtlichen Seite des Problems für notwendig erachtete. Nach Kelsen beantwortete sich die Frage je „nach der Vorstellung, die man von dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Rechte hat“.⁴²⁹ Kelsen kam es im Weiteren nicht so sehr darauf an, ein Votum für eine dualistische und gegen eine monistische Konstruktion (mit Primat des Völkerrechts oder auch des Staatsrechts) beziehungsweise umgekehrt abzugeben. Seine Kritik von Ansatz und Durchführung desselben bei Pitamic war vielmehr eine doppelte: einerseits eine immanente, andererseits eine erkenntnistheoretisch-methodologische. So hielt Kelsen Pitamic eine Reihe von Selbstwidersprüchen und Inkonse-

schrift für öffentliches Recht, N. F. 18 (1968), S. 143–184; *Hans Kelsen*, Ein Gutachten Hans Kelsens über Verträge zu Gunsten dritter Staaten und deren Transformation in innerstaatliches Recht, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 37 (1986), S. 1–15; *Hans Kelsen*, On the Issue of the Continental Shelf. Two Legal Opinions, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 8, 1986; *Hans Kelsen*, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michael Virally, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 9, 1987.

⁴²⁸ Eingehend zu Pitamic sowie seinem Verhältnis zu Kelsen und der Reinen Rechtslehre: *Marijan Pavčnik*, Leonid Pitamic, in: Robert Walter/ Clemens Jabloner/ Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 325–350.

⁴²⁹ *Kelsen*, Buchbesprechung Pitamic (Anm. 427), S. 256 = HKW 3, S. 543–550 (545).

quenzen vor: Die dualistische Sichtweise, der Pitamic allem Anschein nach folge, halte er nicht durch; und die an sich gebotene Konsequenz, der staatlichen Rechtsordnung die Souveränität abzusprechen, ziehe er nicht. Daneben kreidet er Pitamic eine „Interpretation im Widerspruch zu Sinn und Wortlaut des Artikels“⁴³⁰ (sc. der im Zentrum der Überlegungen stehenden Verfassungsbestimmung gemäß Art. 6 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt von 1867). Pitamics Ausweg, die österreichische Praxis als Ausdruck partikulären Völkerrechts zu deuten, verwirft er, sieht er damit doch „die Pfade der neuestens so beliebten ‚soziologischen‘ Rechtswissenschaft“ beschriftet; Kelsens methodologisches Verdikt über diese „völlige *Denaturierung juristischer Erkenntnis*“⁴³¹ folgt auf dem Fuße. Die am Ende der Rezension ausgesprochene Empfehlung fällt daher verhältnismäßig kühl und distanziert aus: Pitamics Schrift orientiere gut über die einschlägige Literatur und sei als gründliche und fleißige Arbeit anzuerkennen. Freilich scheint die Rezension des Pitamicschen Werkes durch Kelsen dem beiderseitigen Verhältnis nicht geschadet zu haben.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴³²

Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung (1916)

HKW 3, 551–605

I. Textkonstitution und Überlieferung

Grundlage der Edition bildet die im Dritten Heft des 40. Jahrgangs von „Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche“ im Jahre 1916 publizierte Abhandlung unter dem Titel „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung“. Der aus ca. 141 000 Zeichen (inkl. Leerzeichen) bestehende und rund 58,5 Originaldruckseiten lange Beitrag ist zweifach paginiert: auf der Blatt-Außenseite steht jeweils die Heftpaginierung (S. 95–153), auf der Blatt-Innenseite die in eckige Klammern gesetzte Jahrgangspaginierung (S. 1181–1239). Der mit exakt 100 seitenweise gezählten Fußnoten versehene Text gliedert sich in eine „Vorbe-

⁴³⁰ Kelsen, Buchbesprechung Pitamic (Anm. 427), S. 257 = HKW 3, S. 543–550 (547).

⁴³¹ Kelsen, Buchbesprechung Pitamic (Anm. 427), S. 258 = HKW 3, S. 543–550 (548).

⁴³² Vgl. oben S. 5–20.

merkung“ und drei mit römischen Ordnungszahlen gekennzeichnete Abschnitte. Die kurze Zusammenfassung am Ende des Beitrages ist zwar optisch durch drei Sternchen abgesetzt, trägt aber weder Überschrift noch Ordnungszahl. Den Ausführungen ist ein Inhaltsverzeichnis im Fließtext-Modus mit Angabe der (Heft-) Seitenzahlen vorangestellt. Lediglich auf der ersten Gliederungsebene hat Kelsen (römische) Ordnungszahlen vergeben. Auf der zweiten Gliederungsebene fehlen Ordnungszahlen, auch im Text fehlt auf dieser Ebene jede Form besonderer Absetzung (wie Überschrift oder Durchschuss). Bis auf „Vorbemerkung“ taucht keiner der im Inhaltsverzeichnis genannten Gliederungstitel im Text auf.

Der Mitbegründer des Deutschen Juristentages, der Staats-, Völker- und Strafrechtslehrer Franz von Holtzendorff (1829–1899), gab ab 1871 das „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reiches“ heraus. Ab 1877 wurde es von von Holtzendorff gemeinsam mit dem Nationalökonomenu Lujo (Ludwig Josef) Brentano (1844–1931) unter dem Namen „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche“ fortgeführt, bis der Nationalökonom Gustav (von) Schmoller (1838–1917), langjähriger Vorsitzender des 1873 gegründeten „Verein für Socialpolitik“ und Hauptvertreter der historisch-ethischen Richtung der Nationalökonomie (sog. „Kathedersozialisten“), die Herausgeberrolle übernahm. Die Jahrgänge 1 (1877) bis 36 (1912) erschienen in Leipzig bei Duncker & Humblot, von 1913 bis 1944 bzw. von 1949 bis heute im selben Verlag in Berlin. Im Jahr 1913 wurde der Name des Herausgebers in den Titel der Zeitschrift aufgenommen; diese hieß nunmehr: „Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft“. Im Laufe der Zeit erhielt das zunächst rechts- und staatswissenschaftlich ausgerichtete Jahrbuch eine immer ausgeprägtere nationalökonomische und sozialpolitische Orientierung. Seit dem Jahr 2000 trägt das nunmehr ganz auf sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Beiträge spezialisierte Journal folgerichtig den Namen „Schmollers Jahrbuch. Zeitschrift für Wirtschaft- und Sozialwissenschaften/Journal of applied social science studies“. Kelsen publizierte nur einen einzigen Beitrag in „Schmollers Jahrbuch“, nämlich „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ im Jahr 1916.

„Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ wurde einmal nachgedruckt, nämlich in dem von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross vereinigenden Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).⁴³³ Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle zu erleichtern, sind deren Seitenumbrüche und Paginierung – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden; an der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. „Die Rechtswissenschaft als

⁴³³ Hans Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 1, S. 37–93.

Norm- oder als Kulturwissenschaft“ ist sowohl ins Italienische als auch, und zwar zwei Male, ins Japanische übersetzt worden:

- *Italienisch*: La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 73–136. – Nachdruck in: Metodologia della scienza giuridica (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1989, S. 103–152.
- *Japanisch 1*: 規範學又は文化科學としての法律學 Kihangaku mata wa Bunka-Kagaku to shite no Hōritsugaku (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft) (übersetzt von Keijirō Anno), Tokio 1923.
- *Japanisch 2*: 法科学は規範科学か文化科学か Hōgaku wa Kihan-kagaku ka Bunka-kagaku ka (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft) (übersetzt von Kanji Morita), in: 法学論 Hōgakuron (Über die Rechtswissenschaft), Tokio 1977, S. 53–141. – Nachdruck in: ハンステルゼン著作集 IV 法学論 Hansu Keruzen Chosakushū IV Hōgakuron (Sammlung der Schriften Hans Kelsens IV. Über die Rechtswissenschaft), Tokio 2009, S. 51–114.

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Dazu, was den Anlass für Kelsen gab, den Beitrag zu verfassen und ihn in „Schmollers Jahrbuch“ zu publizieren, liegen keinerlei gesicherte Erkenntnisse vor; freilich lassen sich für ersteres, also die Beweggründe zur Abfassung des Beitrags, gut fundierte Vermutungen äußern (dazu sogleich). Für eine Veröffentlichung des Beitrags mag die disziplinübergreifende Ausrichtung des Publikationsorgans gesprochen haben. Freilich dürften Kelsens fachlich außerordentlich anspruchsvolle wissenschaftstheoretische Überlegungen nicht wenige aus der Leserschaft von „Schmollers Jahrbuch“ überfordert haben; eine Platzierung in einer prononciert theorieaffineren oder philosophienäheren Zeitschrift hätte die zeitgenössische Rezeption wahrscheinlich deutlich gesteigert.

Kelsen hatte sich – ging es ihm doch von Beginn an in zentraler Weise um eine vom herkömmlichen Verständnis abweichende Lesart von Rechtswissenschaft, um eine, wie er im Vorwort zur Erstauflage der „Reinen Rechtslehre“ (1934) formulieren wird, „ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie“⁴³⁴ – bereits in den „Hauptproblemen“ und seither wiederholt mit Konzeption, Aufgabe und Zuschnitt der Jurisprudenz beschäftigt. Status

⁴³⁴ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934, S. III.

und Funktion der Rechtswissenschaft (Rechtstheorie) nahmen auch in seinen frühen Schriften schon die Rolle des *Basso continuo* ein. Doch erfolgte die Beschäftigung mit Status und Funktion der *Rechtswissenschaft* zumeist nur inzidenter oder doch als bloßer – wenngleich zumeist bedeutsamer – Randaspekt von primär Fragen des *Rechts* selbst und dessen Eigengesetzlichkeit geltenden Überlegungen. Somit dürfte der Beitrag „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ – bei allen Vorbehalten, die sich gegen diese Charakterisierung äußern lassen⁴³⁵ – wohl Kelsens erste ebenso prinzipale wie systematische Erörterung von Status und Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft sein.

Seinen Ausgangspunkt nimmt Kelsen bei dem von Heinrich Rickert (1863–1936), einem der führenden Köpfe der Badischen Schule des Neukantianismus, entwickelten Konzept der Kulturwissenschaft, welches neuere wissenschaftstheoretische Strömungen für die Deutung der Rechtswissenschaft nutzbar zu machen suchten. Im Kern zerfallen Kelsens Ausführungen – der äußeren Gliederung entsprechend – in drei Auseinandersetzungen: die erste gilt dem Rickertschen Modell von Kulturwissenschaft, die zweite und die dritte der Applikation der Rickertschen Konzeption auf die Rechtswissenschaft durch Hermann Kantorowicz (1877–1940) und den Rickert-Schüler Emil Lask (1875–1915) auf der einen sowie Gustav Radbruch (1878–1949) auf der anderen Seite. „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ kann daher als Kelsens Stellungnahme zu den Versuchen einer kulturwissenschaftlichen Deutung der Rechtswissenschaft im jüngsten, in den „Hauptproblemen“ ausnahmslos noch nicht berücksichtigten Schrifttum (der Philosophen Rickert und Lask sowie der Rechtswissenschaftler Kantorowicz und Radbruch) gelesen werden.

In der den drei Abschnitten vorangestellten „Vorbemerkung“⁴³⁶ umreißt Kelsen den erkenntnistheoretischen Rahmen aller weiteren Überlegung. Er nennt den unüberbrückbaren Gegensatz von Sein und Sollen, von Kausalität und Zurechnung, von Wirklichkeit und Wert und zieht daraus den Schluss der Alternativität von kausalen und normativen Wissenschaften, wobei das Normative an den Normwissenschaften die Normerkenntnis, nicht hingegen die Normsetzung sei. Der Unterschied der Erkenntnisform (Sein oder Sollen) bedinge einen „Unterschied der Erkenntnisrichtung wie des Erkenntnisobjektes“.⁴³⁷

⁴³⁵ Namentlich die wenige Jahre zuvor publizierten und gegen die soziologische Jurisprudenz und/oder Rechtssoziologie gerichteten Rezensionenabhandlungen thematisierten bereits über weite Strecken prinzipaliter Zuschnitt und Aufgabe, Methode und Reichweite der Rechtswissenschaft; vgl. *Hans Kelsen*, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92; *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358.

⁴³⁶ *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40 (1916), S. 1181–1239 (1181–1183) = HKW 3, S. 551–605 (553–555).

⁴³⁷ *Kelsen*, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1182 = HKW 3, S. 551–605 (554).

Im I. Abschnitt (S. 555–576) wendet sich Kelsen dem von Rickert in seinem 1899 in Erstauflage erschienenen Grundlagenwerk „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ entfalteten Dualismus von Natur und Kultur als Koordinatensystem der Wissenschaftseinteilung zu. In den Mittelpunkt seiner Erörterung rückt er die Frage, in welchem Verhältnis der Rickertsche Begriff der Kultur zu jenen des Seins und des Sollens, zu Wirklichkeit und Wert stehe. In der sich anschließenden Rickert-Exegese bemängelt Kelsen mehrfach die fehlende Eindeutigkeit, ja den Wechsel des Bezugspunktes. Er tut sich schwer, in Rickerts Ausführungen nicht jene Verwechslung von Wert und Wertung(sakt) zu erkennen, wie er sie mit scharfen Worten Eugen Ehrlich (1862–1922) angekreidet hat:⁴³⁸

„Wäre es nicht gerade einer der bedeutendsten Logiker, wäre man geneigt, diesen Synkretismus der Methoden darauf zurückzuführen, daß der psychische Akt des (subjektiven) Wertens – also einer psychischen Realität des Seins – mit dem Werte im Sinne objektiver Sollgeltung – einem Sollen – verwechselt wurde. Allein gerade Rickert hebt diesen Unterschied scharf hervor!“⁴³⁹

Kelsen zufolge changiert das Rickertsche Verständnis von Kultur zwischen zwei unvereinbaren Polen. Es sei nicht klar, ob Gegenstand der Kulturwissenschaft „die realpsychische Tatsache der Wertung“, d. h. der Akt des Wertens durch ein Subjekt, oder aber der nur im Modus der Geltung erkennbare „Wert als Voraussetzung oder Beziehungspunkt der Erkenntnis“,⁴⁴⁰ der Wert „im Sinne objektiver Gültigkeit[...]“,⁴⁴¹ als „Funktion des Sollens“⁴⁴² ist. Nicht überzeugender findet Kelsen Rickerts Konzept der sogenannten Wertbeziehung:

„Faßt man das Ergebnis zusammen, das eine kritische Untersuchung des materialen Einteilungsprinzips bietet, so ist zu konstatieren, daß der Begriff der Kultur nicht klar und deutlich genug von dem der Natur geschieden ist, um beide in einen *Gegensatz* zu bringen, da das Wesen des ‚wertbeziehenden‘ Verfahrens, das den Kulturbegriff konstituieren soll, unsicher zwischen einer objektiven *Werterkenntnis* (der Beziehung zu objektiv gültigem Werte) und einer Darstellung der psychisch-realen Wertstrebungen in der Geschichte, also einer *Wirklichkeitserkenntnis*, zu schwanken scheint.“⁴⁴³

Die „Unklarheit der Begriffe Kultur und Kulturwissenschaft“⁴⁴⁴ bewirkte, dass die Rickertsche Wissenschaftstheorie in sehr unterschiedlicher Weise auf die Rechtswissenschaft appliziert werden könne. Im II.⁴⁴⁵ und im III. Abschnitt⁴⁴⁶ veranschaulicht Kelsen die multiple Einsetzbarkeit der Rickertschen Konzeption von Kulturwissenschaft an den Ansätzen von Kantorowicz, Lask und Radbruch:

⁴³⁸ Zur Kritik an Ehrlich vgl. Editorischer Bericht zu „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“, „Replik“ sowie „Schlusswort“, in: HKW 3, S. 713–722 (720).

⁴³⁹ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1190f. = HKW 3, S. 551–605 (561).

⁴⁴⁰ Beide Zitate: Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1193 = HKW 3, S. 551–605 (563) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁴⁴¹ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1196 = HKW 3, S. 551–605 (566).

⁴⁴² Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1200 = HKW 3, S. 551–605 (570).

⁴⁴³ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1205 = HKW 3, S. 551–605 (574).

⁴⁴⁴ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1207 = HKW 3, S. 551–605 (576).

⁴⁴⁵ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1206–1225 = HKW 3, S. 551–605 (576–593).

⁴⁴⁶ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1225–1239 = HKW 3, S. 551–605 (593–605).

„Während Kantorowicz die dogmatische Jurisprudenz als normative Disziplin außerhalb des nur die empirische Erkenntnis umfassenden Systems der Kultur- und Naturwissenschaften stellt, Lask dagegen in ihr eine Kulturwissenschaft und sohin eine empirische Seinsbetrachtung erblickt, kommt ein dritter Vertreter der Rickertschen Theorie, *Radbruch*, zu dem merkwürdigen Resultate, daß die Rechtswissenschaft beides zugleich sei, sowohl empirische Seinsbetrachtung als auch Normwissenschaft, und zwar [...] ihrem Gegenstande nach eine Erfahrungswissenschaft, ihrer Methode nach eine Normwissenschaft.“⁴⁴⁷

In der Auseinandersetzung mit dem Logiker Lask, den er – wie sich selbst – als einen „Vertreter des kritischen Methodendualismus“⁴⁴⁸ anerkennt, dem er aber wie dessen Lehrer Rickert den Vorwurf begrifflicher Unklarheiten und logischer Ungereimtheiten nicht ersparen kann, präzisiert Kelsen nochmals die modale Unterschiedlichkeit von Wert und Wirklichkeit:

„Wert und Wirklichkeit sind eben nur verschiedene Anschauungsformen eines und desselben Substrates. Für dieses Substrat, das ich das eine Mal als Inhalt des Seins, somit als Wirklichkeit, das andere Mal als Inhalt eines Sollens, somit als Wert vorstelle, hat die Sprache leider keine spezifische Bezeichnung und die Philosophie noch keinen festen Begriff geschaffen. Der irreführende vulgäre Sprachgebrauch identifiziert die Wirklichkeit, somit eine Anschauungsform mit ihrem *Inhalt*, wenn er die Realität als Substrat des Wertes, d. h. wiederum einer Anschauungsform, erscheinen läßt, welche diejenige der Wirklichkeit *ausschließt*.“⁴⁴⁹

Den „tiefsten Grund“ für die nach seiner Ansicht nach unzutreffende Einordnung der (dogmatisch arbeitenden) Rechtswissenschaft als empirische Seinswissenschaft durch Lask erblickt Kelsen in dessen „irriger Auffassung des Rechtspositivismus“, die freilich mit der „herrschenden Lehre der heutigen Rechtswissenschaft“ darin übereinstimme, dass „die Positivität des Rechtes in der tatsächlichen Existenz, der Gegebenheit oder faktischen Wirkung einer Rechtsordnung erblickt wird“. Ohne sich der methodensynkretistischen Konfusion schuldig zu machen, sei Positivität aber anders zu bestimmen:

„Dem Problem der Rechtspositivität gegenüber gerät die herrschende Lehre, wie in so vielen Fällen, in den typischen Fehler des Methodensynkretismus, die Berufskrankheit des theoretischen Juristen [...].

Unter der Positivität der Rechtsordnung kann – die Rechtsordnung als ein System von Normen vorausgesetzt – logischerweise nichts anderes verstanden werden als die Eigenschaft der Rechtsordnung, derzufolge sie als ein oberstes, von keiner höheren Norm ableitbares oder der Ableitung bedürftiges Normsystem angesehen wird. Darin liegt das Wesen des *positiven* Rechtes zum Unterschiede vom Naturrecht – und gerade in diesem Gegensatze tritt der Rechtspositivismus in die Erscheinung –, daß das Recht nach naturrechtlicher Auffassung aus der Moral, der Gerechtigkeitsnorm, aus der Natur der Sache oder wie sonst man ein oberstes Norm- oder Wertprinzip zu umschreiben oder zu erklären pflegt, abzuleiten ist, das jede Norm, die mit diesem obersten Norm- oder Wertprinzip in Widerspruch steht, nicht als *Rechtsnorm* angesehen werden darf.“⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Kelsen, Rechtswissenschaft (Anm. 436), S. 1225f. = HKW 3, S. 551–605 (593).

⁴⁴⁸ Kelsen, Rechtswissenschaft (Anm. 436), S. 1221 = HKW 3, S. 551–605 (589).

⁴⁴⁹ Kelsen, Rechtswissenschaft (Anm. 436), S. 1210 = HKW 3, S. 551–605 (579). Kelsen selbst wird sehr viel später dieses hier noch namenlose Substrat als „modal indifferentes Substrat“ bezeichnen: *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter), Wien 1979, S. 155.

⁴⁵⁰ Fünf Zitate: Kelsen, Rechtswissenschaft (Anm. 436), S. 1218f. = HKW 3, S. 551–605 (587).

Und in einem Ausgriff auf die Thematik der Souveränität fügt Kelsen hinzu:

Die „Souveränität der Rechtsordnung und nichts anderes ist dasjenige, was man als ihre *Positivität* bezeichnet. Vom Standpunkte normativ-juristischer Betrachtung ist Souveränität eine Eigenschaft der Rechtsordnung, nicht aber einer als Staat bezeichneten sozialen *Realität*. Nur sofern man den Staat als eine *Ordnung* erkennt, die dann nur die *Rechtsordnung* sein kann, wenn man den Staat als die Personifikation des Rechtes vorstellt, dann gebührt natürlich dem Staate das Attribut der Souveränität, dessen rein normativen Charakter die bisherige Staatslehre übersehen hat.“⁴⁵¹

Den Abschluss seiner Erörterungen bildet eine Analyse und Kritik der von Radbruch ganz im Geiste der Rickert-Laskschen Wissenschaftsauffassung geschriebenen und erst zwei Jahre zuvor (1914) publizierten „Grundzüge der Rechtsphilosophie“. ⁴⁵² Wiewohl auch er an sich „Methodendualist“, erkennt Radbruch zwischen Sein und Sollen noch ein Drittes, die Kultur, in der der Rechtsbegriff wurzelt – was Kelsen als strikter „Methodendualist“ zwar ablehnen muss, was er aber schwerpunktmäßig den Zweideutigkeiten des Rickertschen Kulturbegriffes ansetzt. Angesichts der Ausführungen Radbruchs präzisiert Kelsen noch einmal seinen Positivitätsbegriff dahin,

„daß von einem positiven Rechte ja nur die Rede sein kann, sofern man davon absieht, den außerrechtlichen Maßstab einer absoluten Gerechtigkeit anzulegen, daß die Positivität des Rechtes geradezu in der Ausschaltung der Frage nach der Gerechtigkeit der Rechtsordnung liegt. Das ist der Sinn der ja auch von Radbruch angenommenen Voraussetzung, daß auch ungerechtes Recht Recht bleibe, daß die Eigenschaft der Gerechtigkeit für das positive Recht irrelevant ist!“⁴⁵³

Schließlich verwirft er unter Verweis auf die bereits eingangs betonte untrennbare Beziehung von Erkenntnisobjekt und Erkenntnismethode Radbruchs These, die Rechtswissenschaft sei ihrem Gegenstand nach empirische Seinsbetrachtung, ihrer Methode nach hingegen Normwissenschaft:

„Diese ganz seltsame und überaus befremdliche Isolierung des Gegenstandes von der Methode seiner wissenschaftlichen Erfassung steht zu der bisher für selbstverständlich erachteten Annahme in Widerspruch, daß die Methode einer Wissenschaft sich nach ihrem Gegenstande richte oder, umgekehrt, durch die Methode – d. h. durch Weg und Richtung der Erkenntnis – deren Gegenstand bestimmt werde; daß Gegenstand und Methode miteinander so untrennbar verbunden seien, daß eines ohne das andere gar nicht gedacht werden, daß ein Gegenstand nur insofern als ‚empirisch‘ bezeichnet werden kann, als er durch empirische Methode gewonnen wird, oder eine Methode nur insofern normativ ist, als den Gegenstand der Erkenntnis Normen bilden, weil mit ‚Gegenstand‘ und ‚Methode‘ gar nicht zwei verschiedene Begriffe, sondern nur zwei Seiten derselben Erkenntnisfunktion bezeichnet werden.“⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1225 = HKW 3, S. 551–605 (592).

⁴⁵² Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig 1914. – Dazu weiterführend Ulfrid Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven*, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, S. 35–55.

⁴⁵³ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1231 f. = HKW 3, S. 551–605 (599).

⁴⁵⁴ Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Anm. 436), S. 1238 = HKW 3, S. 551–605 (604f.).

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴⁵⁵

Das Inhaltsverzeichnis, welches im Original als nur durch Punkte (teils auch Gedankenstriche und Doppelpunkte) abgetrennter Fließtext mit den Heft-Seitenzahlen erscheint, wurde hier der größeren Übersichtlichkeit und Handhabungsfreundlichkeit wegen in ein mit (HKW-)Seitenzahlen versehenes, den unterschiedlichen Gliederungsebenen Rechnung tragendes Inhaltsverzeichnis umgewandelt; die im Originalinhaltsverzeichnis zwar ohne eigene Ordnungszahl, aber mit eigener Seitenzahl auftauchenden Schlagworte werden hier einheitlich als zweite Gliederungsebene behandelt. Auf Seite 1212 des Erstdrucks fehlt im Text das Fußnotenzeichen zu der am Seitenende stehenden Anmerkung;⁴⁵⁶ seine Position wurde aus der Bezugsstelle rekonstruiert.

Die ursprüngliche Heft-Paginierung lässt sich, anders als die für die Zitierpraxis maßgebliche Jahrgangspaginierung, nicht unmittelbar in der Marginalienspalte der Edition nachvollziehen; sie kann aber rechnerisch in der Weise bestimmt werden, dass vom Wert der jeweiligen Jahrgangs-Seitenzahl 1086 abgezogen werden. Indes sind, um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle von „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ zu erleichtern, Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS)⁴⁵⁷ – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu identifizieren. Da der Abdruck von „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ in der WRS, soweit ersichtlich, keinen von Kelsen eigens autorisierten Textträger darstellt, ist jener nicht Gegenstand hiesiger editorischer Bearbeitung. Die Bezugnahme auf die Publikation in der WRS dient ausschließlich Konkordanzzwecken.

Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns (1917/1918)

HKW 3, 615–629

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Edition liegt der Text zugrunde, wie er im ersten Heft des ersten (und einzigen) Bandes der „Zeitschrift für Militärrecht“ im Jahre 1917 unter dem Titel „Zur

⁴⁵⁵ Vgl. oben S. 5–20.

⁴⁵⁶ Kelsen, Rechtswissenschaft (Anm. 436), S. 1212 Anm. 1 = HKW 3, S. 551–605 (581 Anm. 1).

⁴⁵⁷ Anm. 433.

Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns“ erschien. Der Aufsatz umfasst genau 16 Seiten im Originaldruck, ist in fünf mit römischen Ordnungszahlen, aber ohne Überschriften versehene Abschnitte untergliedert und verfügt – bis auf eine nicht von Kelsen angebrachte Asteriskus-Fußnote – über keinerlei Anmerkungen. Einzige Form der typografischen Hervorhebung sind – Kelsen-typisch – häufig verwendete Wortsperren.

Kelsens Beitrag ist – nach vier Geleitworten⁴⁵⁸ und einer Orientierung des Herausgebers über Aufgabe und Ziel des neuen Publikationsorgans – die erste Abhandlung in der „Zeitschrift für Militärrecht“ überhaupt. Die Zeitschrift erschien in 6 Heften 1917 (Heft 1–3) bis 1918 (Heft 4–6) in einem Umfang von etwa 5 Bogen (80 Seiten) pro Heft. Sie wurde von Albin Schager (1877–1941), Justizoffizier des Armee-Oberkommandos, herausgegeben und vom Verlagshaus Karl Harbauer, Wien und Leipzig, verlegt. Das Ende des Krieges und der k. u. k. Monarchie dürfte den Grund für die Einstellung der Zeitschrift abgegeben haben, trug doch die Zeitschrift einen offiziellen Charakter, der über die personelle Verknüpfung hinaus auf eine Zuordnung zum Armee-Oberkommando (und nicht zum Kriegsministerium) hindeutet. Erklärtes Ziel der Zeitschrift⁴⁵⁹ war die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Militärrecht Österreich-Ungarns, insbesondere aber die Beschäftigung mit der relativ unerprobten, durch den Krieg aber auf eine harte Probe gestellten Militärstrafprozeßordnung vom 5. Juli 1912. Dementsprechend bildete das materielle und prozessuale Militärstrafrecht Gegenstand fast aller Beiträge der Zeitschrift; Kelsens Aufsatz blieb der einzige zum Verfassungsrecht. Kelsen erscheint in Heft 5 und 6 als ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift, im Gegensatz zu vielen anderen Mitarbeitern jedoch nicht mit Dienstgrad,⁴⁶⁰ sondern als „Universitätsprofessor in Wien“.

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

Über die reichlich kuriosen Umstände (wie Folgen) der Entstehung des Beitrages, der unter biografischen Auspizien weitaus bedeutender ist als unter Werk- oder (wissenschaftlichen) Wirkungsaspekten, lässt sich Kelsen in ungewöhnlicher Breite in seiner 1947 geschriebenen Autobiografie aus. Dort heißt es:

⁴⁵⁸ Vgl. Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 1–4 (die Geleitworte haben der königlich-ungarische Landesverteidigungsminister Alexander Szurmay sowie die Generalchefeauditoren Leopold Feigl, Robert Ružiczka und Anton Hochenburger von Lékai verfasst).

⁴⁵⁹ Vgl. Albin Schager, Aufgabe und Ziel der „Zeitschrift für Militärrecht“, in: Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 5–7 (5).

⁴⁶⁰ Kelsen wurde am 7. August 1915 mit Wirkung zum 1. August 1915 zum Oberleutnant-Auditor und am 26. Dezember 1917 mit Wirkung zum 1. November 1917 zum Hauptmann-Auditor ernannt.

„Durch ein eigenartiges Zusammentreffen von Umstaenden wurde ich in das Presidium des Kriegsministeriums berufen und zum unmittelbaren Referenten des Ministers ernannt. Diese ausserordentliche Befoerderung kam in folgender Weise zustande. Ein Justizoffizier des Armeekorps, Major-Auditor Schager [...] beabsichtigte eine Zeitschrift fuer Militaerrecht zu gruenden und liess durch den Vorstand der Justizabteilung des Kriegsministeriums die dortigen Offiziere auffordern Beitraege fuer die erste Nummer dieser Zeitschrift zu liefern. Nun hatte ich schon vor einiger Zeit eine groessere Abhandlung geschrieben, die sich mit der Frage einer nach dem Kriege durchzufuehrenden Verfassungsreform befasste, mit der Absicht, sie nach Friedensschluss in meiner Oesterreichischen Zeitschrift fuer Oeffentliches Recht zu publizieren. In dieser Abhandlung war ein Kapitel, das sich mit der von ungarischer Seite betriebenen Trennung der gemeinsamen Armee beschaeftigte. Dieses Kapitel schnitt ich – buchstaeblich – aus dem Manuscript heraus und uebergab es meinem Chef als Beitrag fuer die neue Zeitschrift. Da ich nichts weiter erfuhr, vergass ich die ganze Angelegenheit, der ich keinerlei Bedeutung zumass. Eines Tages liess mich mein Chef, ein Oberst-Auditor, kommen und teilte mir mit, ich sei zum Rapport beim Kriegsminister befohlen. Er fragte mich, ob ich wisse worum es sich handle, und ich antwortete wahrheitsgemaess, dass ich keine Ahnung haette. Der Minister – es war der letzte Kriegsminister der Monarchie, Generaloberst Stoeger-Steiner, empfing mich aeusserst ungnaedig. Er fragte mich, ob ich nicht wisse, dass Offiziere des Kriegsministeriums nur mit Zustimmung des Ministeriums publizieren duerfen. Ich erwiderte, dass ich seit ich im Ministerium sei, nichts publiziert habe. Darauf der Minister: Und Ihr Aufsatz in der Zeitschrift fuer Militaerrecht? Den hatte ich in der Tat vergessen; ich hatte keine Nachricht ueber das Schicksal meines Manuscripts erhalten und wusste nicht einmal, ob die Zeitschrift schon erschienen sei. Ich verteidigte mich indem ich dem Minister erklaerte, dass ich das Manuscript im ordentlichen Dienstwege, durch meinen Vorgesetzten dem Herausgeber der Zeitschrift uebermittelt habe, und dass ich nicht annehmen koennte, dass die Publikation in einer von einem Offizier des Armeekorps herausgegebenen Zeitschrift irgendetwas anstoessiges an sich haben koenne. Im weiteren Verlauf meines Verhoers fand ich heraus, dass der Minister mich im Verdacht hatte, im Dienste des Armeekorps zu arbeiten, das mit dem Kriegsministerium in einem staendigen, durch persoenliche Eifersuechteilen vergifteten Kompetenzkonflikt stand. Gleich nach seinem Regierungsantritt hatte Kaiser Karl der ungarischen Regierung irgendwelche Zusagen in Sache[n] der von ihr geforderten Armeetrennung gemacht und den neuen Kriegsminister beauftragt, die Angelegenheit zu studieren und die noetigen Massnahmen vorzubereiten. Nun hatte der Minister auf irgendeine Weise erfahren, dass die erste Nummer der unter den Auspizien des Armeekorps herausgegebenen Zeitschrift fuer Militaerrecht als ersten Artikel eine Abhandlung ueber die Armeetrennung bringen werde, was ihn befuechten liess, dass sich das Armeekorps der Angelegenheit bemaechtigen wolle. Dass die Abhandlung von einem seiner Offiziere stamme, betrachtete er als eine Art Treubruch. All das konnte ich – aus den sehr vagen Andeutungen, die der Minister machte – nur erraten. Es gelang mir leicht den Minister zu ueberzeugen, dass mir der politische Hintergrund der Affaire voellig unbekannt gewesen sei, und dass ich keinen groesseren Ehrgeiz haette als meine bescheidenen Kenntnisse auf dem Gebiete des oesterreichisch-ungarischen Staatsrechts zu seiner und ausschliesslich zu seiner und keines andern Verfuegung zu stellen. Das Ergebnis war dass er mich sofort ins Presidium berief und mir ein Bureau in naechster Naehة seines eigenen anweisen liess.“⁴⁶¹

⁴⁶¹ Hans Kelsen, *Autobiographie* (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (47–49). Kelsens Darstellung wird, gerade was dessen Ahnungslosigkeit betrifft, juengst bezweifelt von *Juergen Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter / Werner Ogris / Thomas Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission fuer Rechtsgeschichte Oesterreichs und dem Hans Kelsen-Institut* (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 57–80 (67–70, insb. 68f.). Ob Kelsen tatsaechlich ahnungslos war oder nicht, spielt jedoch fuer die Einschaeztung der karrierebefoerdernden Wirkung seines Beitrages keine Rolle.

Der von Kelsen angesprochene größere, zur Publikation in der von ihm selbst als Redaktionssekretär betreuten „(Österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht“ vorgesehene Beitrag ist später weder – in welcher Form auch immer – veröffentlicht worden noch überhaupt erhalten geblieben. Folgeweise lässt sich nichts darüber sagen, welche Bedeutung dem letztlich in der „Zeitschrift für Militärrecht“ publizierte Ausschnitt im Kontext der ursprünglichen Abhandlung zukam. Die Überlegungen „Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns“ sind in dem weiteren Rahmen von Kelsens militärrechtlicher Gutachtertätigkeit, die freilich überzeichnend als „ambitioniertes militärpolitisch-juristisches Engagement“ charakterisiert worden ist, zu würdigen.⁴⁶² Kelsen hatte bereits 1915 ein offenbar nur für den Dienstgebrauch gefertigtes Referat zur staatsrechtlichen Stellung und Kompetenz des preußischen Militärkabinetts, welches ihm 1917 als Vorbild für die in Österreich-Ungarn anzustrebende Reform vorschwebte, geschrieben.⁴⁶³

Kelsen jedenfalls „beförderte“ der Beitrag mit Wirkung vom 31. Oktober 1917 zum Referenten des (letzten) k. u. k. Kriegsministers, Generaloberst Rudolf Stöger-Steiner Freiherr von Steinstätten (1861–1921). Überdies beeinflusste er mittelbar auch Kelsens akademische Karriere in positiver Weise.⁴⁶⁴

In der Sache drehten sich die Überlegungen – neben einem Plädoyer für die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht⁴⁶⁵ und gegen das jährliche Rekrutenbewilligungsrecht des Parlamentes⁴⁶⁶ – um eine in kommenden Friedenszeiten durchzuführende Reform der Kommandostrukturen der österreichisch-ungarischen Wehrmacht.⁴⁶⁷ Kelsen optierte – wie gesagt, dem Modell des preußischen Militärkabinetts folgend – für eine Trennung von Kommandogewalt und Militärverwaltung; während letztere dem (jeweiligen österreichischen und ungarischen) Kriegsminister unterstellt und damit in die Minister-Verantwortung einbezogen werden solle, komme erstere dem nicht unter Verantwortung stehenden Kaiser, unterstützt vom Armee-Oberkommando, zu. Damit votierte er im Kern für eine

⁴⁶² Dazu *Gerhard Oberkofler / Eduard Rabofsky*, Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k. u. k. Wehrmacht, Frankfurt a. M. u. a. 1988, S. 67–84 (Zitat: 67). Deutlich treffender dürfte die Einschätzung bei *Busch*, Kelsen (Anm. 461), S. 67–72, insb. 72, sein.

⁴⁶³ Das nicht datierte, sechs Schreibmaschinenseiten umfassende Referat trägt den Titel „Das preussische Militär-Kabinet, seine staatsrechtliche Stellung und Kompetenz.“; als Autor erscheint „Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen, k. k. Oblt. Aud. im K. M. 4 / I. Abt.“ (Österreichisches Staatsarchiv, Kriegsarchiv, Armeeeoberkommando, Operationsabteilung, Op.-Nr. 18982 (Beilage 4a) aus 1915 (Karton 46)). Dazu auch *Johann Christoph Allmayer-Beck*, AOK und „Armeefrage“ im Jahre 1918, in: *Österreichische Militärische Zeitschrift* 6 (1968), S. 430–435 (431); *Busch*, Kelsen (Anm. 461), S. 68f.

⁴⁶⁴ Dazu näher *Kelsen*, Autobiographie (Anm. 461), S. 54f.

⁴⁶⁵ *Hans Kelsen*, Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns, in: *Zeitschrift für Militärrecht* 1 (1917/1918), S. 8–23 (8–12) = HKW 3, S. 615–629 (616–619).

⁴⁶⁶ *Kelsen*, Wehrmacht (Anm. 465), S. 12–14 = HKW 3, S. 615–629 (620–622).

⁴⁶⁷ *Kelsen*, Wehrmacht (Anm. 465), S. 15–23 = HKW 3, S. 615–629 (622–629).

Schwächung des Kriegsministeriums zugunsten des Armee-Oberkommandos. Es mag diese Parteinahme Kelsens gewesen sein, die den für Strafrecht, insbesondere für Militärstrafprozessrecht habilitierten Herausgeber der Zeitschrift, Major-Auditor Albin Schager, dazu veranlasste, dem Beitrag eine Asteriskus-Fußnote des Inhalts beizufügen, dass eine Veröffentlichung trotz grundsätzlicher Bedenken des Herausgebers gegen einzelne Ausführungen erfolge; die vorbehaltene Stellungnahme hat Schager indes nie publiziert.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Vgl. oben S. 5–20.

Abkürzungen und Siglen

1. Abkürzungen

(die nur von Kelsen verwendeten Abkürzungen sind *kursiv* gestellt)

§	Paragraph
§§	Paragraphen
8°	Oktav
A.	Auflage
a. A.	am Albis
a. a. O.	am angeführten Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs	Absatz (Österreich)
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
Ähnl.	Ähnliche(s)
Allg.	Allgemeine
a. M.	am Main
Anm.	Anmerkung
a. o.	außerordentlich
AOK	Armee-Oberkommando
<i>a pod.</i>	a podobné (und Ähnliche(s))
<i>Arch.</i>	Archiv
Art	Artikel (Österreich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung (Schweiz)
atd.	a tak dále (und so weiter)
Aufl.	Auflage
B	<i>Adam Budwiński</i> et al. (Hrsg.), Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
Bde.	Bände
bearb.	bearbeitet
<i>betr.</i>	betreffend
<i>bezw.</i>	beziehungsweise
<i>BGB.</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Österreich)
Bl.	Blatt
Bsp.	Beispiel
Bull. off. décr. Congr. Nat. Belge	Bulletin des décrets du Congrès national de Belgique et des arrêtés du pouvoir exécutif

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
chap.	chapter
D.	Digesten
<i>Deleg.-Ges.</i>	Delegationsgesetz
<i>Dez.</i>	Dezember
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
<i>dh.</i>	das heißt
<i>d.h.</i>	das heißt
d. h.	das heißt
<i>d.i.</i>	<i>das ist</i>
<i>Diss.</i>	Dissertation
d. R.	der Reserve
dt.	deutsch
engl.	englisch
Entsch	Entscheidung
Erk	Erkenntnis (Österreich)
etc.	et cetera
f.	folgende
<i>f.</i>	für
<i>Febr.-Pat.</i>	Februarpatent
<i>ff.</i>	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Gal	Brief an die Galater
geb.	geboren
<i>geb.</i>	gebunden
<i>ges.</i>	gesamt
<i>Gesetzart.</i>	Gesetzesartikel
GU	<i>Julius Glaser / Joseph Unger / Joseph von Walter</i> (Hrsg.), Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes
<i>Gr. 8°</i>	Großoktav
<i>H.</i>	Haus
<i>herausg.</i>	herausgegeben
HKW	Hans Kelsen Werke
<i>H.P.</i>	horsepower
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.Br.	im Breisgau
idF	in der Fassung
<i>i.e.</i>	id est
insb.	insbesondere
inst.	institutiones
<i>Jahrg.</i>	Jahrgang
Jg.	Jahrgang
JGS	Justizgesetzsammlung (Österreich)
Joh	Evangelium nach Johannes
<i>Jurist.</i>	Juristische

<i>K</i>	Krone
<i>Kap.</i>	Kapitel
<i>kg</i>	Kilogramm
<i>kgl.</i>	königlich
<i>k. k.</i>	kaiserlich-königlich
<i>KM</i>	Kriegsministerium
<i>k. u. k.</i>	kaiserlich und königlich
<i>lat.</i>	lateinisch
<i>LGBl</i>	Landesgesetzblatt
<i>lit</i>	litera (Österreich)
<i>lit.</i>	litera
<i>M.</i>	Mark
<i>m.a.W.</i>	mit anderen Worten
<i>MEGA</i>	Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe
<i>Merkl-GS</i>	<i>Dorothea Mayer-Maly/ Herbert Schambeck/ Wolf-Dietrich Grußmann</i> (Hrsg.), Adolf Julius Merkl Gesammelte Schriften
<i>MEW</i>	Karl Marx Friedrich Engels Werke
<i>Mithrsg.</i>	Mitherausgeber
<i>Mk.</i>	Mark
<i>n.</i>	numero
<i>N.</i>	Nichtigkeit
<i>na př.</i>	na příklad (zum Beispiel)
<i>něm.</i>	německý (deutsch)
<i>N. F.</i>	Neue Folge
<i>nr.</i>	numero
<i>Nr.</i>	Nummer
<i>n.u.m.</i>	na uvedeném místě (am angegebenen Ort)
<i>o.</i>	ordentlich
<i>Oblt. Aud.</i>	Oberleutnant-Auditor
<i>öff.</i>	öffentlich
<i>öffentl.</i>	öffentlich
<i>öffentlichrechtl.</i>	öffentlichrechtlich
<i>o. O.</i>	ohne Ortsangabe
<i>o.ö.</i>	ordentlich öffentlich
<i>op. cit.</i>	opus citatum
<i>ord.</i>	ordentlich
<i>öterr.</i>	österreichisch
<i>p.</i>	page
<i>pag.</i>	paginiert
<i>Pasin.</i>	Pasinomie
<i>PGS</i>	Politische Gesetzsammlung (Österreich)
<i>Pkt.</i>	Punkt
<i>Pol.</i>	Politik
<i>preuß.</i>	preußisch
<i>Prof. d. R.</i>	Professor der Rechte
<i>Prot.</i>	Protokolle
<i>quaest.</i>	quaestiones
<i>Rechtsgesch.</i>	Rechtsgeschichte
<i>resp.</i>	respektive
<i>R.-G.-B.</i>	Reichsgesetzblatt

RGBI	Reichsgesetzblatt (Österreich)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
R.G.Bl.	Reichsgesetzblatt
R.-G.-Bl.	Reichsgesetzblatt
RO	Rechtsordnung
roč.	ročník (Jahrgang)
s.	siehe
S.	Seite
<i>Samml.</i>	Sammlung
sc.	scilicet
Se.	Seine
sog.	sogenannt
<i>sogen.</i>	sogenannt
Sp.	Spalte
Sr.	Seiner
<i>srovn.</i>	srovněj (vergleiche)
SS.	Seiten
S. S.	Seiten
<i>Staatswiss.</i>	Staatswissenschaften
<i>Sten.</i>	Stenographische
<i>str.</i>	strana (Seite)
<i>sv.</i>	svazek (Band)
tit.	titulierter
<i>t.j.</i>	to je (das ist)
<i>t.zv.</i>	tak zvaný (sogenannt)
u. a.	und andere; unter anderem
<i>u.ä.</i>	und ähnliche(s)
u. Ä.	und Ähnliche(s)
<i>u.a.m.</i>	und andere(s) mehr
<i>u.d.</i>	und der/den
<i>u.dgl.</i>	und dergleichen
u. d. T.	unter dem Titel
<i>ung.</i>	ungarisch
<i>ungar.</i>	ungarisch
<i>unveränd.</i>	unverändert(e)
u. ö.	und öfters
usf.	und so fort
<i>usw.</i>	und so weiter
u. s. w.	und so weiter
v.	von
v. Chr.	vor Christus
Verf.	Verfasser
<i>vergl.</i>	vergleiche
vgl.	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof (Österreich)
<i>vyd.</i>	vydání (Auflage)
Z	Ziffer (Österreich)
z.	zur
za	zirka
z. B.	zum Beispiel
<i>Zeitschr.</i>	Zeitschrift

2. Siglen

]	Lemma-Kennzeichnung im textkritischen Apparat
« »	Kennzeichnung einer Referenzstelle im textkritischen Apparat
┌	Kennzeichnung von Absätzen im Autographen im textkritischen Apparat
A / A ₁ / A ₂ / ...	(Fassungen des) Autograph(en)
E	Erstdruck
F*	nicht überlieferte, d. h. erschlossene Fahne
F ₁ / F ₂ / ...	(Fassung der) Fahne (oder des Umbruchs)
n. e.	nicht ermittelt
SEP	Separatdruck
WRS	„Die Wiener rechtstheoretische Schule“

Quellennachweis der Abbildungen

Adam Oestreicher, New York: Frontispiz

Hans Kelsen-Institut, Wien: Faksimile des Autographen auf Seiten 112, 119, 125, 139, 142,
671–676

Schrifttumsverzeichnis

Im Schrifttumsverzeichnis wird – für jeden edierten Text getrennt – sowohl das in den Texten Kelsens als auch das in der Herausgeberrede zitierte Schrifttum mit vollständigem bibliografischem Nachweis wiedergegeben. Nicht berücksichtigt wurden lediglich die in den editorischen Personenerläuterungen genannten „wichtigen Werke“.

Im Übrigen wird unterschieden (1) nach Schriften, die Kelsen selbst nachgewiesen hat, (2) nach Schriften, die Kelsen (nach heutigen Nachweisregeln) darüber hinaus hätte nachweisen sollen oder müssen, und (3) nach vom Herausgeber zitierter Sekundärliteratur:

(1) Von Kelsen selbst – und sei es auch ungenau oder unvollständig, aber zumindest unter Angabe von Autor und Titel – nachgewiesenes Schrifttum wird ohne besondere Kennzeichnung aufgeführt.

(2) Darüber hinaus nachzuweisendes, aber von Kelsen nicht nachgewiesenes Schrifttum wird durch einen vorangestellten Asteriskus * kenntlich gemacht; eine nicht erfüllte Nachweispflicht wird angenommen, wenn (a) ein Zitat oder eine Paraphrasierung gar nicht als solche oder als solche ausgewiesen ist, wenn (b) Kelsen eine Stelle zitiert, aber keinerlei Nachweis liefert, wenn (c) er ein Zitat oder ein nachweispflichtiges Argument nur ungenügend, etwa durch bloße Nennung des Namens, belegt oder wenn (d) die verwendete Ausgabe oder Übersetzung eines Textes vom Herausgeber supponiert werden musste.

(3) Bloße Sekundärliteratur ist durch ein vorangestelltes Gradzeichen ° ausgewiesen.

Die hier verzeichneten Schriften werden nach Autor, dann nach Werktitel alphabetisch gereiht. Mehrbändige sowie in mehreren Auflagen erschienene Werke werden, nach Band und Auflage gereiht, zusammen aufgeführt.

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien (1911)

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i.Br. und Leipzig 1894

Bierling, Ernst Rudolf, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 1, Gotha 1877

Hamerling, Robert, Amor und Psyche. Eine Dichtung in sechs Gesängen (1882), in: Michael Maria Rabenlechner (Hrsg.), Hamerlings Werke. Volksausgabe in vier Bänden, Bd. 2, Hamburg 1900, S. 267–365

**Hobbes, Thomas*, Elementa philosophica de cive, Amsterdam 1647

**Hobbes, Thomas*, Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil, London 1651

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl, Berlin 1905

- ° *Jellinek, Georg*, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, Heidelberg 1907
- * *Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905
- ° *Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605
- ° *Kelsen, Hans*, Die soziologische und die juristische Staatsidee (Übersetzt von Jana Osterkamp), in: HKW 3, S. 201–234
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94 = HKW 3, S. 147–155
- ° *Kelsen, Hans*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425
- ° *Kelsen, Hans*, Sociologická a právnícká idea státní (1913/1914), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 69–101 = HKW 3, S. 171–199
- ° *Kelsen, Hans*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316
- Kitz, Arnold*, Seyn und Sollen. Abriss einer philosophischen Einleitung in das Sitten- und Rechtsgesetz, Frankfurt a. M. 1864
- Krainz, Josef*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1: Der allgemeine Teil und das Sachenrecht, 4. Aufl., Wien 1905, hrsg. von Leopold Pfaff
- Löffler, Alexander*, Die Schuldformen des Strafrechtes in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1: Die Entwicklung des geltenden Rechts, 1. Abt.: Deutschland und Österreich, Leipzig 1895
- Münsterberg, Hugo*, Die Willenshandlung. Ein Beitrag zur Physiologischen Psychologie, Freiburg i.Br. 1888
- Simmel, Georg*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892
- ° *Walter, Robert / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny* (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. Zum 30. Todestag Hans Kelsens. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ mit der aktualisierten Bibliographie der Werke Hans Kelsens, Wien 2003
- * *Windelband, Wilhelm*, Normen und Naturgesetze, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), Präliminarien. Aufsätze und Reden zur Einleitung in die Philosophie, Freiburg i.Br. und Tübingen 1884, S. 211–246
- Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, hrsg. von Theodor Kipp
- Windscheid, Bernhard*, Wille und Willenserklärung. Eine Studie, Leipzig 1878
- Wundt, Wilhelm*, Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart 1903
- Wundt, Wilhelm*, Grundriss der Psychologie, 7. Aufl., Leipzig 1905
- ° *Zinkernagel, Franz*, Goethe und Hebbel. Eine Antithese. Festvortrag zur Dezennarfeier des Württembergischen Goethebundes am 22. November 1910 im Bürgermuseum zu Stuttgart, Tübingen 1911

Buchbesprechung: Coermann, Reichsverfassung und
Reichsverwaltung (1912)

Buchbesprechung: Errera, Staatsrecht Belgiens – Freund, Öffentliches
Recht der USA – Schücking, Staatsrecht Oldenburgs (1912)

Buchbesprechung: Llambi Campbell, Staats- und
Verwaltungsrecht Argentiniens (1912)

Coermann, Wilhelm, Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung, Kempten und München 1908

Errera, Paul, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, Tübingen 1909

Freund, Ernst, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1911

° *Kelsen, Hans*, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521

° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565

° *Kelsen, Hans*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M. 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575

° *Kelsen, Hans*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612

° *Kelsen, Hans*, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580

- °Kelsen, Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920), S. 50–85; Hans Kelsen, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584
- °Kelsen, Hans, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92
- Llambi Campbell, Paulino, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik, Hannover 1911
- Schücking, Walther, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg, Tübingen 1911

Industrieförderung in Rumänien(1912)

- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, Der Förderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 289–292 = HKW 3, S. 93–103

Buchbesprechung: Krasny, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung, mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes (1912)

- °Kelsen, Hans, Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik N. F. 1 (1921), S. 104–119
- Krasny, Arnold, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung. Mit dem Entwurfe eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes, Wien 1910

Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen (1912)

- Gnaeus Flavius [Hermann Kantorowicz], Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906
- Kantorowicz, Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen 1911, S. 275–309
- °Kelsen, Hans, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521
- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562

- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Coermann, W.: Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Kösel'sche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 299f. = HKW 3, S. 57–58
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Paulino Glambi Campbell, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80, geb. M. 6.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 301f. = HKW 3, S. 63–64
- ° *Kelsen, Hans*, Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik N. F. 1 (1921), S. 104–119
- ° *Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605
- ° *Kelsen, Hans*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Paul Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.– – Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.– – Walther Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 300f. = HKW 3, S. 59–62
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G.J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 5 (1915), S. 225–229 = HKW 3, S. 533–541

- °Kelsen, Hans, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612
- °Kelsen, Hans, Schlusswort [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 611 = HKW 3, S. 613–614
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580
- °Kelsen, Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920), S. 50–85
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584
- Kornfeld, Ignatz, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, Wien 1911

Der Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte (1913)

- Hacker, Robert, Die Technik des Buchforderungskontes, Wien 1913
- *Pollak, Rudolf, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 213–215
- *Sokal, Max, Die inakzeptable Tratte, in: Das Handelsmuseum 28 (1913), S. 265–267

Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof (1913)

- °Ehs, Tamara, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat. Vorträge in der Wiener Volksbildung. Schriften zu Kritikfähigkeit und Rationalismus, Wien 2007, S. 60–62
- °Grussmann, Wolf-Dietrich, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989
- °Haller, Herbert, Hans Kelsen – Schöpfer der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung?, in: Reihe Rechtswissenschaft [der Wirtschaftsuniversität Wien] Nr. 4, o. O., 1977
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Adamovich, L. und Fröhlich, L.: Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder mit den Ausführungs- und Nebengesetzen und Erkenntnissen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes. Handausgabe österreichischer Gesetze und Verordnungen, Heft 212. Wien, 1925, Druck und Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, in: Neue Freie Presse Nr. 21776 vom 29. April 1925, Abendblatt, S. 5
- °Kelsen, Hans, Das Kompromiß in der Verfassungsfrage. Der Inhalt der endgültigen Vorlagen, in: Neue Freie Presse Nr. 21800 vom 23. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3

- ° *Kelsen, Hans*, Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch', in: Neue Freie Presse Nr. 21639 vom 10. Dezember 1924, Morgenblatt, S. 1–2
- ° *Kelsen, Hans*, Der Bund und die Länder, in: Neue Freie Presse Nr. 21620 vom 20. November 1924, Morgenblatt, S. 1–2; Nr. 21622 vom 22. November 1924, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23370 vom 6. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6–7
- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4
- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz in der neuen Wahlordnung für den Nationalrat, in: Neue Freie Presse Nr. 21184 vom 31. August 1923, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, in: Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4
- ° *Kelsen, Hans*, Die Aenderung der Kompetenzbestimmungen in der Verfassungsreform, in: Neue Freie Presse Nr. 21804 vom 27. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Die Rechte des Bundespräsidenten, in: Neue Freie Presse Nr. 23394 vom 30. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Umgestaltung der Gesetzgebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23384 vom 20. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6
- ° *Kelsen, Hans*, Die Not der Universität, in: Neue Freie Presse Nr. 20409 vom 24. Juni 1921, Morgenblatt, S. 1
- ° *Kelsen, Hans*, Die politische Theorie Lassalles, in: Neue Freie Presse Nr. 21405 vom 13. April 1924, Morgenblatt, S. 4
- ° *Kelsen, Hans*, Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems, in: Neue Freie Presse Nr. 22090 vom 14. März 1926, Morgenblatt, S. 6–7
- ° *Kelsen, Hans*, Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht. Für Einzelwahlen an Stelle der Listen. (Aus einem Vortrag), in: Neue Freie Presse Nr. 22088 vom 12. März 1926, Morgenblatt, S. 1–2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 21734 vom 17. März 1925, Morgenblatt, S. 3; Nr. 21736 vom 19. März 1925, Morgenblatt, S. 2; Nr. 21738 vom 21. März 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung. Rechnungshof und Verwaltungsgesichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 21744 vom 27. März 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21756 vom 8. April 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung. (Verfassungsgerichtshof.), in: Neue Freie Presse Nr. 21792 vom 15. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21796 vom 19. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Ferdinand Lassalle, in: Neue Freie Presse Nr. 21759 vom 11. April 1925, Morgenblatt, S. 4
- ° *Kelsen, Hans*, Franz Oppenheimer. Zu seinem sechzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 21391 vom 30. März 1924, Morgenblatt, S. 4–5
- ° *Kelsen, Hans*, Für die Vollendung der Verfassung!, in: Neue Freie Presse Nr. 21487 vom 6. Juli 1924, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, in: Neue Freie Presse Nr. 23128 vom 3. Februar 1929, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, Julius Ofners Rechtsphilosophie, in: Neue Freie Presse Nr. 21251 vom 7. November 1923, Morgenblatt, S. 17

- ° *Kelsen, Hans*, Karl Brockhausen. Zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 23222 vom 9. Mai 1929, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Michael Mayr, in: Neue Freie Presse Nr. 20740 vom 27. Mai 1922, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923
- ° *Kelsen, Hans*, Politische Weltanschauung und Erziehung, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.) Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, S. 1501–1524
- ° *Kelsen, Hans*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425
- ° *Kelsen, Hans*, Rudolf Herrritts „Oesterreichisches Verwaltungsrecht“, in: Neue Freie Presse Nr. 22096 vom 20. März 1926, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Rudolf von Jhering in Briefen, in: Neue Freie Presse Nr. 17423 vom 23. Februar 1913, Morgenblatt, S. 32–35 = HKW 3, S. 157–170
- ° *Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- ° *Kelsen, Hans*, Vorentwurf der österreichischen Verfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 19920 vom 11. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19921 vom 12. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19923 vom 14. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19892 vom 13. Januar 1920, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Zu Professor Friedrich Wiesers 70. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 20425 vom 10. Juli 1921, Morgenblatt, S. 5
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät, in: Neue Freie Presse Nr. 20923 vom 7. Dezember 1922, Morgenblatt, S. 7
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246
- ° *Merkl, Adolf*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913, und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915/1916), S. 295–308 = Merkl-GS III/1, S. 3–17
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Chronologisches Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre [Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 417–441
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Verzeichnis der wissenschaftlichen Abhandlungen, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien u. a. 1968, Bd. 2, S. 2348–2380

Politische Weltanschauung und Erziehung (1913)

- Eckert, Christian*, Staatsbürgerliche Erziehung. Eine Rundschau, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 (1912), S. 1321–1363
- °*Ehs, Tamara*, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat. Vorträge in der Wiener Volksbildung. Schriften zu Kritikfähigkeit und Rationalismus, Wien 2007
- Exner, Adolf*, Über politische Bildung. Rede gehalten bei Übernahme der Rektorswürde an der Wiener Universität, 3. Aufl, Leipzig 1892
- Foerster, Friedrich Wilhelm*, Staatsbürgerliche Erziehung. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 12. März 1910, in: Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. 2, Leipzig und Dresden 1910, S. 245–304
- Holitscher, Arthur*, Chicago, in: Die neue Rundschau. 23. Jahrgang der Freien Bühne (1912), S. 1098–1122
- Humboldt, Wilhelm von*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1851, entstanden 1792), in: Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1. Abteilung: Werke I, Bd.1: 1785–1795 (hrsg. v. Albert Leitzmann), Berlin 1903, S. 97–254
- J* [Autorenkürzel], Die Spielhöhlen New Yorks, in: Frankfurter Zeitung und Handelsblatt Nr. 210 vom 31. Juli 1912, Drittes Morgenblatt, S. 1
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °*Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- Kelsen, Hans*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55
- Kerschensteiner, Georg*, Der Begriff der staatsbürgerlichen Erziehung, 2. Aufl, Leipzig und Berlin 1912
- Lamarck, Jean-Baptiste Pierre-Antoine de*, Philosophie zoologique, ou Exposition Des considérations relatives à l'histoire naturelle des Animaux [...], 2 Bde., Paris 1809
- Nietzsche's Werke*, Taschen-Ausgabe, Bd. 1: Die Geburt der Tragödie. Aus dem Nachlaß 1869–1873, Leipzig 1906
- Nietzsche's Werke*, Taschen-Ausgabe, Bd. 7: Also sprach Zarathustra. Aus dem Nachlaß 1882/85, Leipzig 1906
- Přibram, Karl*, Die Entstehung der individualistischen Sozialphilosophie, Leipzig 1912
- R* [Autorenkürzel], Die amerikanischen Partei-Programme, in: Frankfurter Zeitung und Handelsblatt, Nr. 198 vom 19. Juli 1912, Drittes Morgenblatt, S. 1
- Rauchberg, Heinrich*, Österreichische Bürgerkunde, 2. Aufl, Wien 1912
- Rauchberg, Heinrich*, Politische Erziehung. Rede, gehalten am 28. Oktober 1911 bei der Übernahme der Rektorswürde an der k.k. Deutschen Universität in Prag, Wien und Leipzig 1912
- Rühlmann, Paul*, Politische Bildung. Ihr Wesen und ihre Bedeutung eine Grundfrage unseres öffentlichen Lebens, Leipzig 1908
- Swoboda, Hermann*, Unfruchtbare Politik, in: Österreichische Rundschau 32 (1912), S. 32–38
- Tezner, Friedrich*, Politische Bildung und Patriotismus. Eine unterrichtspolitische Studie, Wien 1897

Rechtsstaat und Staatsrecht (1913)

- ° *Kelsen, Hans*, Die politische Theorie des Sozialismus, in: Österreichische Rundschau N. F. 19 (1923), S. 113–135
- ° *Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911) = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, Österreich als Bundesstaat, in: Österreichische Rundschau N. F. 18 (1922), S. 421–430
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316
- * *Laband, Paul*, Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, in: Der Rectoratswechsel an der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg am 1. Mai 1880, Straßburg 1880, S. 24–57

Rudolf von Ihering in Briefen (1913)

- * *Brackenhoeft, Theodor*, [Buchbesprechung:] Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Von Rudolph Ihering, o. Prof. d. R. in Gießen. Thl. I. Leipzig. Breitkopf und Härtel. 1852. XII u. 336 S., in: Heidelberger Jahrbücher der Literatur 45 (1852), S. 842–848, 849–851
- Ehrenberg, Helene* (Hrsg.), Rudolf von Ihering in Briefen an seine Freunde. Mit 2 Abbildungen, Leipzig 1913
- Ihering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 Bde., Leipzig 1852–1865 (7. und 8. Aufl, Wien 1924)
- Ihering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 1, Leipzig 1852
- Ihering, Rudolf von*, Der Zweck im Recht, 2 Bde., Leipzig 1877 und 1883 (4. Aufl, Leipzig 1905)
- * *Ihering, Rudolf von*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß hrsg. und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen von Okko Behrends, Göttingen 1998, S. 47–92
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Adamovich, L. und Fröhlich, L.: Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder mit den Ausführungs- und Nebengesetzen und Erkenntnissen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes. Handausgabe österreichischer Gesetze und Verordnungen, Heft 212. Wien, 1925, Druck und Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, in: Neue Freie Presse Nr. 21776, 29. April 1925, Abendblatt, S. 5
- ° *Kelsen, Hans*, Das Kompromiß in der Verfassungsfrage. Der Inhalt der endgültigen Vorlagen, in: Neue Freie Presse Nr. 21800 vom 23. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch?, in: Neue Freie Presse Nr. 21639 vom 10. Dezember 1924, Morgenblatt, S. 1–2
- ° *Kelsen, Hans*, Der Bund und die Länder, in: Neue Freie Presse Nr. 21620 vom 20. November 1924, Morgenblatt, S. 1–2; Nr. 21622 vom 22. November 1924, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23370 vom 6. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6–7
- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4

- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz in der neuen Wahlordnung für den Nationalrat, in: Neue Freie Presse Nr. 21184 vom 31. August 1923, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, in: Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4
- ° *Kelsen, Hans*, Die Aenderung der Kompetenzbestimmungen in der Verfassungsreform, in: Neue Freie Presse Nr. 21804 vom 27. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3 = HKW 3, S. 105–111
- ° *Kelsen, Hans*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Die Rechte des Bundespräsidenten, in: Neue Freie Presse Nr. 23394 vom 30. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Umgestaltung der Gesetzgebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23384 vom 20. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6
- ° *Kelsen, Hans*, Die Not der Universität, in: Neue Freie Presse Nr. 20409 vom 24. Juni 1921, Morgenblatt, S. 1
- ° *Kelsen, Hans*, Die politische Theorie Lassalles, in: Neue Freie Presse Nr. 21405 vom 13. April 1924, Morgenblatt, S. 4
- ° *Kelsen, Hans*, Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems, in: Neue Freie Presse Nr. 22090 vom 14. März 1926, Morgenblatt, S. 6–7
- ° *Kelsen, Hans*, Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht. Für Einzelwahlen an Stelle der Listen. (Aus einem Vortrage), in: Neue Freie Presse Nr. 22088 vom 12. März 1926, Morgenblatt, S. 1–2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513, 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 21734 vom 17. März 1925, Morgenblatt, S. 3; Nr. 21736 vom 19. März 1925, Morgenblatt, S. 2; Nr. 21738 vom 21. März 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung. Rechnungshof und Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 21744 vom 27. März 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21756 vom 8. April 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Die Vollendung der Bundesverfassung. (Verfassungsgerichtshof), in: Neue Freie Presse Nr. 21792 vom 15. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2–3; Nr. 21796 vom 19. Mai 1925, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Ferdinand Lassalle, in: Neue Freie Presse Nr. 21759 vom 11. April 1925, Morgenblatt, S. 4
- ° *Kelsen, Hans*, Franz Oppenheimer. Zu seinem sechzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 21391 vom 30. März 1924, Morgenblatt, S. 4–5
- ° *Kelsen, Hans*, Für die Vollendung der Verfassung!, in: Neue Freie Presse Nr. 21487 vom 6. Juli 1924, Morgenblatt, S. 2–3
- ° *Kelsen, Hans*, Geschwornengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, in: Neue Freie Presse Nr. 23128 vom 3. Februar 1929, Morgenblatt, S. 2
- ° *Kelsen, Hans*, Julius Offners Rechtsphilosophie, in: Neue Freie Presse Nr. 21251 vom 7. November 1923, Morgenblatt, S. 17
- ° *Kelsen, Hans*, Karl Brockhausen. Zu seinem siebenzigsten Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 23222 vom 9. Mai 1929, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Michael Mayr, in: Neue Freie Presse Nr. 20740 vom 27. Mai 1922, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Rudolf Herrnritys „Oesterreichisches Verwaltungsrecht“, in: Neue Freie Presse Nr. 22096 vom 20. März 1926, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: [Grünhuts] Zeitschrift

- für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531
- ° *Kelsen, Hans*, Vorentwurf der österreichischen Verfassung, in: Neue Freie Presse Nr. 19920 vom 11. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19921 vom 12. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19923 vom 14. Februar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2; Nr. 19892 vom 13. Januar 1920, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Zu Professor Friedrich Wiesers 70. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 20425 vom 10. Juli 1921, Morgenblatt, S. 5
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät, in: Neue Freie Presse Nr. 20923 vom 7. Dezember 1922, Morgenblatt, S. 7
- * *Tieck, Ludwig*, Des Lebens Ueberfluss, in: Urania. Taschenbuch auf das Jahr 1839, S. 1–66

Sociologická a právnícká idea státní/ Die soziologische und die juristische Staatsidee (1913/1914)

- ° *Boháčková, Renata*, Život a dílo prof. JUDr. Františka Weyra (Leben und Werk von Prof. František Weyr), Brunn 1993
- ° *Chalupný, Emil*, Poměr sociologie k vědám právním a státním (Das Verhältnis der Soziologie zu den Rechts- und Staatswissenschaften), in: Sborník věd právních a státních 17 (1917), S. 159–176
- ° *Engliš, Karel*, Hans Kelsens Lehre von der Gerechtigkeit, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 47 (1961), S. 301–332
- ° *Engliš, Karel*, Konkrétní chudinské fondy (Armenfürsorge), in: Sborník věd právních a státních 9 (1908/1909), S. 401–414
- Fricker, Carl Viktor*, Die Persönlichkeit des Staates, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 25 (1869), S. 29–50
- * *Gierke, Otto*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887
- Gierke, Otto*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 30 (1874), S. 153–198, 265–335
- * *Haenel, Albert*, Deutsches Staatsrecht, Berlin 1892
- ° *Hanisch, Ernst*, Der lange Schatten des Staates. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert, Wien 1994
- ° *Hassmann, Antonín*, Práva retraktní dle učení Hanefitů, zvláště právo šufy (Das retraktische Recht nach der hanefitischen Lehre, insbesondere nach dem sufischen Recht), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 287–325
- ° *Heyrovský, Leopold*, Studie k civilnímu procesu římskému (Studie zum römischen Zivilprozess), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 229–257
- Hobza, Antonín*, [Buchbesprechung:] Prof. Dr. Fr. Weyr, Rahmengesetze. Studie aus dem öst. Verfassungsrechte (Wiener Staatswissenschaftliche Studien 11. svazek, 3. sešit), Lipsko a Vídeň 1913. Stránek 77, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 133–136
- Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl, Berlin 1914
- ° *Kallab, Jaroslav*, Poznámky o základech novodobých teorií přirozenoprávních (Anmerkungen über die Grundlagen der neuzeitlichen Naturrechtslehren), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 35–68

- ° *Kelsen, Hans*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S.3 = HKW 3, S. 105–111
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchsberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438
- * *Kelsen, Hans*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 23–55
- Kelsen, Hans*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktstfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531
- ° *Krejčí, Rudolf*, L'association internationale pour la lutte contre le chômage, (Mezinárodní svaz proti nezaměstnanosti), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 101–112
- ° *Krupar, Monika*, Tschechische juristische Zeitschriften des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Thomas Simon / Michael Stolleis (Hrsg.), Juristische Zeitschriften in Europa, Frankfurt a. M. 2006, S. 309–342
- ° *Kubeš, Vladimír*, Die Brünner Schule der Reinen Rechtslehre, in: Ota Weinberger / Vladimír Kubeš (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule. (Normative Theorie), Wien 1980, S. 9–32
- Mayer, Otto*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 3–86
- ° *Nietzsche, Friedrich*, Also sprach Zarathustra, in: Giorgio Colli / Mazzino Montinari (Hrsg.), Nietzsche Werke. Kritische Gesamtausgabe, 6. Abt., Bd. 1, Berlin 1968
- ° *Ott, Emil*, O významu a dosahu konvencí evropských států, uzavřených v Haagu dne 12. června 1902 ve věcech manželských (Über Bedeutung und Reichweite der Haager europäischen Konvention vom 12.06.1902 in Ehefragen), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 1–35
- ° *Pospíšil-Branišovský, H.*, Úrazy na pohraničních drahách (Unfälle auf einheimischen Eisenbahnstrecken), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 268–287
- Preuß, Hugo*, Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 26 (1902), S. 557–596
- Schmidt, Richard*, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901
- ° *Sedláček, Jaromír*, Zásady práva římského hledící ke smlouvě depositní (Grundsätze des römischen Rechts beim Depositarvertrag), in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 257–267
- Simmel, Georg*, Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart und Berlin 1892
- Stoerk, Felix*, Zur Methodik des öffentlichen Rechtes, Wien 1885
- ° *Urban, Otto*, Die Landtage der böhmischen Länder: Der böhmische Landtag, in: Helmut Rumpler / Peter Urbanitsch (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus, 2. Teilbd.: Die regionalen Repräsentativkörperschaften, Wien 2000
- ° *Weinberger, Ota*, Die Sollsatzproblematik in der modernen Logik. Mit einem Anhang: Können Sollsätze (Imperative) als wahr bezeichnet werden?, Prag 1958

- ° *Weinberger, Ota*, Karel Engliš jako logik a právní filozof (Karel Engliš als Logiker und Rechtsphilosoph), Internetveröffentlichung: http://www.ustavprava.cz/files/sak/ruzne/Karel_Englis.pdf
- ° *Weinberger, Ota/Kosek, Jan*, Slovo úvodem (Ein Wort zur Einleitung), in: Ota Weinberger / Vladimír Kubeš (Hrsg.), Brněnská škola právní teorie (Brüner rechtstheoretische Schule), Prag 2003, S. 7–8
- ° *Weyr, Franz*, Dodatek k psychologii vědecké polemiky (Ergänzung zur Psychologie wissenschaftlicher Polemik), in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 431–434
- ° *Weyr, Franz*, Nová teorie státního práva (Die neue Theorie des Staatsrechts), in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 185–195
- ° *Weyr, Franz*, O metodě sociologické (Über die soziologische Methode), in: Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university 6 (1927), S. 26–82
- ° *Weyr, Franz*, O trestní pravomoci politických úřadů (Über die Strafbefugnis der politischen Behörden), in: Sborník věd právních a státních 10 (1909/1910), S. 93–102
- ° *Weyr, Franz*, Paměti (Memoiren), Bd. 1: Za Rakouska (Zu Zeiten Österreichs) (1879–1918), Brno 1999
- ° *Weyr, Franz*, Povinnost provozování živností a uzavírání smluv (Die Pflicht des Gewerbebetriebes und der Vertragschluss), S. 231–305, 355–391
- ° *Weyr, Franz*, Právní věda (Rechtswissenschaft), in: Sborník věd právních a státních 12 (1912), S. 145–173
- Weyr, Franz*, Příspěvky k teorii nucených svazků (Beiträge zu einer Theorie der Zwangsverbände), Prag 1908
- ° *Weyr, Franz*, Problem svobody vůle a statistika (Das Problem der Willensfreiheit und die Statistik), in: Sborník věd právních a státních 11 (1910/1911), S. 12–32
- Weyr, Franz*, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, Leipzig und Wien 1913
- ° *Weyr, Franz*, [Buchbesprechung:] Recenze Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, in: Časopis pro právní a státní vědu 11 (1928), S. 130–131
- ° *Weyr, Franz*, Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie. Eine erkenntniskritische Studie, in: Actes du huitième congrès international de philosophie à Prague 2.–7. Septembre 1934, Prague 1936, S. 335–341
- ° *Weyr, Franz*, [Buchbesprechung] Spiegel Dr. Ludwig: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 129–133
- ° *Weyr, Franz*, Úvod do studia právnického. Normativní teorie (Einführung in das juristische Studium. Die normative Theorie), Brünn 1946
- ° *Weyr, Franz*, Věda, teorie, praxe a kritika. V odpověď panu prof. Dr. Hoetzelovi (Wissenschaft, Theorie, Praxis und Kritik. Eine Replik auf Prof. Dr. Hoetzel), in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 178–185
- ° *Weyr, Franz*, Živnostenská práce žen (Die gewerbliche Tätigkeit der Frau), in: Sborník věd právních a státních 9 (1908/1909), S. 150–232
- Weyr, Franz*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580
- Wundt, Wilhelm*, Grundriß der Psychologie. 7. Aufl, Leipzig 1905

Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung (1913)

- **Anschütz, Gerhard*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. Aufl, Berlin 1913
- **Haenel, Albert*, Studium zum Deutschen Staatsrechte, Bd. 2: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888
- °*Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl, Berlin 1905
- **Jellinek, Georg*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg i. Br. 1887
- °*Kelsen, Hans*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht, in: Juristische Blätter 57 (1928), S. 105–110
- °*Kelsen, Hans*, Die Verfassungsreform, in: Juristische Blätter 58 (1929), S. 445–457
- **Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °*Kelsen, Hans*, Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform, in: Juristische Blätter 35 (1906), S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1, S. 301–331
- °*Kelsen, Hans*, Was ist Gerechtigkeit? Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 11. Februar 1953, in: Juristische Blätter 75 (1953), S. 180–183
- °*Kelsen, Hans*, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag gehalten vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919, in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380
- **Laband, Paul*, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 4 (1870), S. 625–707
- **Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl, Tübingen 1911

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913)

- Aristoteles*, Politik
- Arnold, Wilhelm*, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865
- Bernatzik, Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886
- °*Brauchitsch, Max von*, Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen. Materialien, Bd. 2: Die Materialien zur Kreisordnung vom 13. Dezember 1872, Berlin 1882
- Ehrlich, Eugen*, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, Bd. 1: Das ius civile, ius publicum, ius privatum, Berlin 1902
- Fleiner, Fritz*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl, Tübingen 1912
- Hollinger, Jakob*, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes, Affoltern a. A. 1904
- Karlowa, Otto*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1: Staatsrecht und Rechtsquellen, Leipzig 1885
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878

- °*Kelsen, Hans*, Rechtsstaat und Staatsrecht (1913), in: Österreichische Rundschau 36 (1913), S. 88–94 = HKW 3, S. 147–155
- °*Kelsen, Hans*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425
- Kormann, Karl*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910
- Laband, Paul*, Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, in: Der Rectoratswechsel an der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg am 1. Mai 1880, Straßburg 1880, S. 24–57
- °*Laband, Paul*/*Felix Stoerk*, Vorwort, in: Archiv für öffentliches Recht 1 (1886), S. III–VIII
- Layer, Max*, Principien des Enteignungsrechtes, Leipzig 1902
- Leuthold, Carl Edwin*, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, in: (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 17 (1884), S. 321–443
- Loening, Edgar*, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. Eine Festschrift, Frankfurt a. M. 1879
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895
- °*Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Leipzig 1896
- Mayer, Otto*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 1–86
- Meyer, Georg*, [Buchbesprechung:] Paul Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Erster Band. Tübingen 1876. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung. XI, 618 S. S., in: (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 9 (1876), S. 656–681
- Pernice, Alfred*, Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, in: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 5 (1884), S. 1–135
- Preuß, Hugo*, Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902
- **Rickert, Heinrich*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2. Aufl, Tübingen 1910
- Rosin, Heinrich*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Verwaltungsrechtlich entwickelt und dargestellt, Breslau 1882
- Stoerk, Felix*, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885
- Thoma, Richard*, Der Polizeibefehl im Badischen Recht dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1, Tübingen 1906
- Thoma, Richard*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 4 (1910), S. 196–218
- Weyr, Franz*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580
- **Windelband, Wilhelm*, Geschichte und Naturwissenschaft. Rede zum Antritt des Rectorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg gehalten am 1. Mai 1894, Straßburg 1894 (3. Aufl, Straßburg 1904)
- **Zorn, Philipp*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1: Das Verfassungs- und Militärrecht, Berlin und Leipzig 1880

Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (1914/1915)
Replik (1916)
Schlusswort (1916/1917)

- Amira, Karl von*, [Buchbesprechung:] Otto Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte (100. Heft der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechts-Geschichte. Breslau, M. & H. Marcus 1910). XXVIII und 388 SS., in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 31 (1910), S. 484–500
- ° *Carrino, Agostino*, Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto, Working Paper n. 79, Barcelona 1993
- * *Ehrlich, Eugen*, Entgegnung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 844–849
- Ehrlich, Eugen*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913
- * *Ehrlich, Eugen*, Replik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42 (1916/1917), S. 609 f
- * *Ehrlich, Eugen*, Zur Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatschrift 7 (1913/1914), S. 461–463
- Gierke, Otto*, Deutsches Privatrecht. Bd. 1: Allgemeiner Teil, Leipzig 1895
- Hahn, Friedrich*, Eine Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatschrift 7 (1913/1914), S. 401–407
- ° *Hahn, Friedrich*, Zur Soziologie des Rechts, in: Der Kampf. Sozialdemokratische Monatschrift 7 (1913/1914), S. 527–529
- ° *Kelsen, Hans*, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), S. 449–521
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre. 2. Auflage. Berlin 1909. Carl Heymann. 271 S. M. 6.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650 = HKW 1, S. 561–562
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Bredt, Joh. Victor, Dr. jur. et phil., Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909. Duncker & Humblot. 254 S. M. 5.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 650–651 = HKW 1, S. 563–565
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Coermann, W.: Die Reichsverfassung und Reichsverwaltung. Ein Führer durch die Einrichtungen des Deutschen Reiches und seine Gesetzgebung. Sammlung Kösel. Kempten und München. Jos. Köselche Buchhandlung. 235 S. M. 1.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 299f. = HKW 3, S. 57–58
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Paulino Glambi Campbell, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik. Uebersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus. Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Landrichter Dr. F. Scholz und Oberregierungsrat Storck. Hannover. Dr. Max Jänecke. 252 S. M. 5.80, geb. M. 6.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 301f. = HKW 3, S. 63–64
- ° *Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605
- * *Kelsen, Hans*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Paul Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty.

- VII. Bd. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 460 S. M. 14.– – Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XII. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 387 S. M. 14.– – Walther Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XIV. Bd. Tübingen 1911. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 433 S. M. 15.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 300f. = HKW 3, S. 59–62
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Allgemeines Staatsrecht. Leipzig 1909. Sammlung Göschen. Nr. 415–417. I. Teil 166 S. II. Teil 151 S. III. Teil 162 S. Jedes Bändchen M 0.80, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651 = HKW 1, S. 567–568
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Hatschek, Professor Dr. Julius, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909. G. J. Göschen. 164 S. M. 2.20, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 651–653 = HKW 1, S. 569–572
- Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Lebon, Professor André, ancien ministre, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VI. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 205 S. M. 6.50 – Saripolos, Privatdozent Dr. Nikolaus N., Das Staatsrecht des Königreiches Griechenland. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. VIII. Band. Tübingen 1909. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 191 S. M. 6.60 – Eyschen, Dr., Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg. Das öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Jellinek, Laband und Piloty. XI. Band. Tübingen 1910. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 231 S. M. 6.60, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 653–654 = HKW 1, S. 573–575
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie. Wien und Leipzig, Carl Fromme 1912. 8°. 60 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 5 (1915), S. 225–229 = HKW 3, S. 533–541
- Kelsen, Hans, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Spira, Prof. Dr. Emil, Die Wahlpflicht. Öffentlich-rechtliche Studie. Wien 1909. Manz. 233 S. M. 5.–, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 655–657 = HKW 1, S. 577–580
- °Kelsen, Hans, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag gehalten vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919, in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Wieser, Prof. Dr. Friedrich Freiherr von, Recht und Macht. Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker und Humblot. IX, 154 S. M. 3.50, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 31 (1910), S. 260–262 = HKW 1, S. 581–584
- Kelsen, Hans, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92

- ° *Lüderssen, Klaus*, Einführung, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Hans Kelsen/Eugen Ehrlich. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17), Baden-Baden 2003, S. V–XXI
- ° *Lüderssen, Klaus*, Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 264–275
- ° *Paulson, Stanley L.*, Vorwort, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992, S. VII–XIII
- Radbruch, Gustav*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914
- ° *Rottleuthner, Hubert*, Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/17), in: Rechtstheorie, Beiheft 5, 1984, S. 521–551
- Schwerin, Claudius Freiherr von*, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig und Berlin 1912

Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)

- Hauke, Franz*, Grundriß des Verfassungsrechts, Leipzig 1905
- Gneist, Rudolf*, Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?, Gutachten für den vierten Deutschen Juristentag, Berlin 1863
- Juraschek, Franz von*, Beiträge zur Darstellung des Rechtes der Landtage und ihrer Mitglieder, in: Oesterreichische Zeitschrift für Verwaltung 12 (1879), S. 101f., S. 105–107 und S. 109f.
- Jellinek, Georg*, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, Wien 1885
- ° *Kelsen, Hans*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- ° *Kelsen, Hans*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913, Abendblatt, S. 3 = HKW 3, S. 105–111
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923
- ° *Kelsen, Hans*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544
- ° *Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934
- ° *Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
- ° *Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 (771) = HKW 3, S. 427–438
- Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246

- ° *Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316
- * *Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901
- Lingg, Emil*, Die staatsrechtliche Stellung der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Vierteljahresschrift 24 (1892), S. 67–130
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927, S. 191–201
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, in: Juristische Blätter 47 (1918) 425–427, 444–447, 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Das Recht im Spiegel/Lichte seiner Auslegung/Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Spalte 584–592; 9 (1917), Spalte 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919) Spalte 290–298 (der Titel variiert) = Merkl-GS I/1, S. 85–146
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig und Wien 1923
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918) 56–121 = Merkl-GS I/1, S. 169–225
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201 = Merkl-GS I/1, S. 291–316
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre [Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492
- Mohl, Robert von*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 1.: Staatsrecht und Völkerrecht, Tübingen 1860
- * *Pražák, Jirí*, Rakouské právo ústavní. Soustavné výklada (Das österreichische Verfassungsrecht. Systematischer Kommentar), Prag 1895
- Spiegel, Ludwig*, Landesordnungen (Geltendes Recht), in: Ernst Mischler/Josef Ulbrich (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes, Bd. 3: K-O, 2. Aufl., Wien 1907, S. 395–430
- Tezner, Friedrich*, Die Volksvertretung, Wien 1912
- ° *Wiederin, Ewald*, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland, Wien und New York 1995
- Weyr, Franz*, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, Leipzig und Wien 1913

Buchbesprechung: Spiegel, Gesetz und Recht (1914)

- *Gönnner, *Nikolaus Thaddäus Ritter von*, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen 1815
- °Kelsen, *Hans*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 313–315
- °Kelsen, *Hans*, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michael Virally, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 9, 1987
- °Kelsen, *Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, *Hans*, Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 616–619
- °Kelsen, *Hans*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510
- °Kelsen, *Hans*, Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1933), S. 625–678
- °Kelsen, *Hans*, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250
- °Kelsen, *Hans*, Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 48–60
- °Kelsen, *Hans*, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 18 (1968), S. 143–184
- °Kelsen, *Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605
- °Kelsen, *Hans*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122
- °Kelsen, *Hans*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 14 (1934), S. 240–255
- °Kelsen, *Hans*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358
- °Kelsen, *Hans*, Eine phänomenologische Rechtstheorie, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 353–409
- °Kelsen, *Hans*, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 1–25
- °Kelsen, *Hans*, Ein Gutachten Hans Kelsen's über Verträge zu Gunsten dritter Staaten und deren Transformation in innerstaatliches Recht, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 37 (1986), S. 1–15
- °Kelsen, *Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °Kelsen, *Hans*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 499–502, 699–700
- °Kelsen, *Hans*, In eigener Sache, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 106–107
- °Kelsen, *Hans*, Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 3 (1951), S. 145–155
- °Kelsen, *Hans*, Josef L. Kunz zu seinem siebzigsten Geburtstag am 7. April 1960, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 324–327

- °Kelsen, Hans, Kausalität und Zurechnung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 6 (1954), S. 125–151
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Die Staatenverbindungen. Von Dr. Josef L. Kunz. Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Prof. F. Stier-Somlo, II. Band, 4. Abteilung, VIII und 818 Seiten. Stuttgart: W. Kohlhammer. 1929, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 313–316
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Rudolf Laun. Zur Nationalitätenfrage. (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongreß Bern 1916) Haag 1917. 21 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 585–586
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Max Layer, Universitätsprofessor in Graz, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916, 69 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 165–173
- °Kelsen, Hans, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Eine Erwiderung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 18 (1968), S. 1–35
- °Kelsen, Hans, On the Issue of the Continental Shelf. Two Legal Opinions, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 8, 1986
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Leonidas Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich. Wiener staatswissenschaftliche Studien. XII. Band, 1. Heft. Leipzig u. Wien, 1915. Franz Deuticke. 138 S. Preis K 6.–, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 256–259 = HKW 3, S. 543–550
- °Kelsen, Hans, Platon und die Naturrechtslehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 8 (1957), S. 1–43
- °Kelsen, Hans, Professor Marcics Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 270–273
- °Kelsen, Hans, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Vonlanthen. Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 16 (1966), S. 233–255
- °Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 5 (1953), S. 449–482
- °Kelsen, Hans, Staatsform als Rechtsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 73–93
- °Kelsen, Hans, Staat und Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 207–222
- °Kelsen, Hans, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 481–608
- °Kelsen, Hans, Was ist ein Rechtsakt?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 4 (1952), S. 263–274
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens, und der Herzegowina. (Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich, XII. Band, 2 Heft. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1915. 148 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 580–584
- °Kelsen, Hans, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 583–599
- °Kelsen, Hans, Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. Eine Auseinandersetzung mit Heinrich Drost, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 1 (1946/1948), S. 20–83

- ° *Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, in: *Juristische Blätter* 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246
- Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316
- ° *Kelsen, Hans*, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundesstatutes, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 17 (1937), S. 401–490, 590–622
- ° *Kelsen, Hans*, Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92
- Landsberg, Ernst*, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 2 Bde., München und Berlin 1910
- Lukas, Josef*, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, Tübingen 1908
- * *Savigny, Friedrich Carl von*, *Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (2. Aufl., Heidelberg 1828)
- Spiegel, Ludwig*, *Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre*, München und Leipzig 1913
- ° *Spörg, Ute*, Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut* (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 149–167
- ° *Verdross, Alfred*, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1914), S. 616–644
- ° *Weyr, Franz*, [Buchbesprechung:] *Spiegel Dr. Ludwig: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre*, in: *Sborník věd právních a státních* 14 (1913/1914), S. 129–133
- Zitelmann, Ernst*, *Lücken im Recht*, Leipzig 1903

Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914)

- ° *Barfuß, Walter*, *Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft. Zeitloses aus 125 Jahren*, Wien 1992
- Bernatzik, Edmund*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien 1886
- ° *Brauneder, Wilhelm*, *Juristische Fachzeitschriften in Österreich/Cisleithanien als Zeichen rechtlicher Zäsuren in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in: Michael Stolleis/Thomas Simon (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt a.M. 2006, S. 287–304
- Dock, Adolf*, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, in: *Archiv für öffentliches Recht* 16 (1901), S. 244–279
- ° *Eg., A.*, [Bericht über Hans Kelsens Vortrag „Über Staatsunrecht“], in: *Juristische Blätter* 13 (1912), S. 147–149
- Gierke, Otto*, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895
- Gierke, Otto*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887
- ° [*Grünhut, Carl*], *Prospect*, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 1 (1874), S. [I]–[IV]

- Hafters, Ernst*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903
- °*Heidemann, Carsten*, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 17–34
- °*Ihering, Rudolf von*, Der Kampf um's Recht, Wien 1872
- Jellinek, Georg*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl, Tübingen 1905
- Jellinek, Walter*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, Tübingen 1908
- °*Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920
- °*Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °*Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl, Tübingen 1923
- °*Kelsen, Hans*, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 6. Juni 1962, in: Juristische Blätter 85 (1963), S. 31–33
- °*Kelsen, Hans*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425
- °*Kelsen, Hans*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55
- °*Kelsen, Hans*, [Verhältnismahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), Nr. 5/6, vom 26. Januar 1919, S. 27f.
- °*Kelsen, Hans*, Was ist Gerechtigkeit? Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 11. Februar 1953, in: Juristische Blätter 75 (1953), S. 180–183
- °*Kelsen, Hans*, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag gehalten vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919, in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380
- °*Kelsen, Hans*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316
- °*Kelsen, Hans*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630–658
- Kormann, Karl*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910
- Liszt, Franz von*, Das Völkerrecht systematisch dargestellt, 5. Aufl, Berlin 1907
- Loening, Edgar*, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. Eine Festschrift, Frankfurt a. M. 1879
- **Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895
- °*Merkel, Adolf Julius*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927
- °*Merkel, Adolf Julius*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438
- °*Merkel, Adolf Julius*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig und Wien 1923
- °*Merkel, Adolf Julius*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre

[Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag], Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492

Mestre, Achille, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris 1899

° *Ogris, Werner*, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967), in: Juristische Blätter 91 (1969), S. 246–252

Pollak, Rudolf, Execution civilgerichtlicher Befehle gegen den Staat, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 30 (1903), S. 371–396

Ružička, Ernst, Die Entschädigungsklage wegen übler obrigkeitlicher Verwaltung, Wien 1913

Tezner, Friedrich, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, Wien 1896

° *Weyr, Franz*, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtlehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 175–188

Buchbesprechung: Menzel, Naturrecht und Soziologie (1915)

° *Grünberg, Carl*, Vorwort, in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 1 (1911), S. I–IV

° *Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Fritz Gerlich, Der Kommunismus als Lehre vom Tausendjährigen Reich. München, Hugo Bruckmann, 1920. 8°. 275 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 9 (1920), S. 422–424

° *Kelsen, Hans*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Friedrich Lenz, Staat und Marxismus. Stuttgart und Berlin, Cotta. 1921. XXIV u. 175 S., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 10 (1921), S. 446–449

° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Wilhelm Mautner. Der Bolschewismus. Voraussetzungen, Geschichte, Theorie. Zugleich eine Untersuchung seines Verhältnisses zum Marxismus. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1920, II. unveränd. Aufl. 1922. Gr. 8°. XXIV u. 368 S. Preis 4 Mk., in: Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung 11 (1923), S. 215f.

° *Kelsen, Hans*, Replik [zu: „Eine Grundlegung der Rechtssoziologie“], in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 41 (1916), S. 850–853 = HKW 3, S. 607–612

Kelsen, Hans, Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55

° *Kelsen, Hans*, Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform, in: Juristische Blätter 35 (1906), S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1, S. 301–331

Menzel, Adolf, Naturrecht und Soziologie, in: Festschrift zum einunddreißigsten Deutschen Juristentag. 3. bis 6. September, Wien 1912, Wien und Leipzig 1912, S. 1–60

Buchbesprechung: Pitamic, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, Leipzig und Wien 1915 (1915)

- ° *Ehrlich, Eugen*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1913
- ° *Kelsen, Hans*, Adolf Merkl zu seinem siebenzigsten Geburtstag am 23. März 1960, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 313–315
- ° *Kelsen, Hans*, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michael Virally, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 9, 1987
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *Kelsen, Hans*, Bemerkungen zur Chilenischen Verfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 616–619
- ° *Kelsen, Hans*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510
- ° *Kelsen, Hans*, Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1933), S. 625–678
- ° *Kelsen, Hans*, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250
- ° *Kelsen, Hans*, Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 48–60
- ° *Kelsen, Hans*, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 18 (1968), S. 143–184
- ° *Kelsen, Hans*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122
- ° *Kelsen, Hans*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 14 (1934), S. 240–255
- ° *Kelsen, Hans*, Eine phänomenologische Rechtstheorie, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 353–409
- ° *Kelsen, Hans*, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 1–25
- ° *Kelsen, Hans*, Ein Gutachten Hans Kelsen's über Verträge zu Gunsten dritter Staaten und deren Transformation in innerstaatliches Recht, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 37 (1986), S. 1–15
- ° *Kelsen, Hans*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 499–502, 699–700
- ° *Kelsen, Hans*, In eigener Sache, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 106–107
- ° *Kelsen, Hans*, Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 3 (1951), S. 145–155
- ° *Kelsen, Hans*, Josef L. Kunz zu seinem siebenzigsten Geburtstag am 7. April 1960, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 10 (1959/1960), S. 324–327
- ° *Kelsen, Hans*, Kausalität und Zurechnung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 6 (1954), S. 125–151
- ° *Kelsen, Hans*, [Buchbesprechung:] Die Staatenverbindungen. Von Dr. Josef L. Kunz. Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Prof. F. Stier-Somlo, II. Band, 4. Abteilung, VIII und 818 Seiten. Stuttgart: W. Kohlhammer. 1929, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 313–316

- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Rudolf Laun. Zur Nationalitätenfrage. (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongreß Bern 1916) Haag 1917. 21 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 585–586
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Max Layer, Universitätsprofessor in Graz, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916, 69 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 165–173
- °Kelsen, Hans, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Eine Erwiderung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 18 (1968), S. 1–35
- °Kelsen, Hans, On the Issue of the Continental Shelf. Two Legal Opinions, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplementum 8, 1986
- °Kelsen, Hans, Platon und die Naturrechtslehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 8 (1957), S. 1–43
- °Kelsen, Hans, Professor Marcus Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 15 (1965), S. 270–273
- °Kelsen, Hans, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Vonlanthen. Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 16 (1966), S. 233–255
- °Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 5 (1953), S. 449–482
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Spiegel Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkandl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438
- °Kelsen, Hans, Staatsform als Rechtsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 73–93
- °Kelsen, Hans, Staat und Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 207–222
- °Kelsen, Hans, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 481–608
- °Kelsen, Hans, Was ist ein Rechtsakt?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 4 (1952), S. 263–274
- °Kelsen, Hans, [Buchbesprechung:] Dr. Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens, und der Herzegowina. (Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich, XII. Band, 2 Heft. Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1915. 148 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 580–584
- °Kelsen, Hans, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 583–599
- °Kelsen, Hans, Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre. Eine Auseinandersetzung mit Heinrich Drost, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. 1 (1946/1948), S. 20–83
- °Kelsen, Hans, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundstatutes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1937), S. 401–490, 590–622
- °Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl, Tübingen und Leipzig 1911

- ° *Pavčnik, Marijan*, Leonid Pitamic, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008, S. 325–350
- Pitamic, Leonidas*, *Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich*, Wien und Leipzig 1915
- ° *Spörg, Ute*, *Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944*, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009)*, Wien 2009, S. 149–167
- Verdross, Alfred*, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in: *Zeitschrift für Völkerrecht* 8 (1914), S. 329–359

Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung (1916)

- * *Herbart, Johann Friedrich*, *Allgemeine Metaphysik, nebst den Anfängen der philosophischen Naturlehre. Erster, historisch-kritischer Theil*, Königsberg 1828
- * *Kant, Immanuel*, *Kritik der reinen Vernunft*, Riga 1781/1787
- * *Kant, Immanuel*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga 1785
- Kantorowicz, Hermann U.*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen 1911
- ° *Kelsen, Hans*, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979
- ° *Kelsen, Hans*, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39 (1914/1915), S. 839–876 = HKW 3, S. 317–358
- ° *Kelsen, Hans*, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien 1934
- ° *Kelsen, Hans*, *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), S. 601–614 = HKW 3, S. 77–92
- * *Lask, Emil*, *Rechtsphilosophie*, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, Bd. 2, Heidelberg 1905, S. 1–50
- Lask, Emil*, *Rechtsphilosophie*, in: Wilhelm Windelband (Hrsg.), *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, 2. Aufl., Heidelberg 1907, S. 269–320
- ° *Neumann, Ulfrid*, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven*, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, S. 35–55
- Radbruch, Gustav*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig 1914
- Rickert, Heinrich*, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 2. Aufl., Tübingen 1913
- Rickert, Heinrich*, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 3. Aufl., Tübingen 1915

Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns (1917/1918)

- ° *Allmayer-Beck, Johann Christoph*, AOK und „Armeefrage“ im Jahre 1918, in: Österreichische Militärische Zeitschrift 6 (1968), S. 430–435
- ° *Busch, Jürgen*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter / Werner Ogris / Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 57–80
- ° *Duvergier, J. B.* (Hrsg.), Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'État, Bd. 10, 2. Aufl, Paris 1835
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *Oberkofler, Gerhard / Eduard Rabofsky*, Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht, Frankfurt a. M. u. a. 1988
- ° *Schager, Albin*, Aufgabe und Ziel der „Zeitschrift für Militärrecht“, in: Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 5–7
- ° *Žolger, Ivan*, Der staatsrechtliche Ausgleich zwischen Österreich und Ungarn, Leipzig 1911

Gesetzesverzeichnis

I. Sortierung nach Ländern

In das Gesetzesverzeichnis wurden alle generellen Normen aufgenommen. Diese werden – in absteigender Folge – nach der Herkunftsrechtsordnung, bei Aufnahme in einer offiziellen Gesetzessammlung nach deren Systematik, sonst nach dem Erlassdatum und dem Alphabet gereiht. Novellierte Fassungen werden jedoch unmittelbar nach dem Stammgesetz abgedruckt. Auf das Gesetzesverzeichnis folgt ein Verzeichnis der verwendeten Kurzbezeichnungen; dieses ist alphabetisch geordnet. Ausschließlich von Kelsen verwendete Abkürzungen und Kurzbezeichnungen sind kursiv gesetzt.

Gesetz	Abkürzung(en)
1. Österreich	
Strafgesetz über Verbrechen, in: Patent vom 3ten September 1803, JGS 1803/626	
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Juius 1811, JGS 1811/946	ABGB 1811
Allerhöchstes Patent vom 25. April 1848. Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates, PGS 1848/49	<i>Reichsverfassung vom Jahre 1848</i>
Proclamation vom 16. May 1848. Erklärung des ersten Reichstages als einen constituierenden nur mit einer Kammer und angeordnete Abänderung der früheren Wahlordnung, PGS 1848/65	
Kaiserliches Manifest vom 4. März 1849, wodurch der Reichstag von Kremsier aufgelöset, und den Völkern Oesterreichs aus eigener Macht des Kaisers eine Reichsverfassung für das gesammte Kaiserthum Oesterreich verliehen wird, RGBI 1849/149	<i>49iger Verfassung</i>
Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, RGBI 1849/150	<i>49iger Verfassung</i>
Provisorisches Gesetz. Ueber die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen, in: Kaiserliches Patent vom 9. Februar 1850, wodurch an die Stelle des ersten Theiles dieses Gesetzes, des im Großherzogthume Krakau giltigen Stämpel-Gesetzes vom 16. September 1833 und der Vorschriften über die Gerichts- und Grundbuchstaxen ein neues provisorisches Gesetz über die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBI 1850/50 idF RGBI 1862/89	GeBG 1850 idF RGBI 1862/89

Gesetz	Abkürzung(en)
Kaiserliches Patent vom 25. Jänner 1850, wodurch für den ganzen Umfang des österreichischen Kaiserthumes eine allgemeine Wechselordnung erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1850/51	WechselO
Verordnung des Justizministeriums vom 2. November 1858, wodurch die Bestimmungen des §. 18 der Verordnung vom 25. Jänner 1850, Nr. 52, und des §. 17 der Verordnung vom 31. März 1850, Nr. 125 des Reichs-Gesetz-Blattes, in Betreff der wechselrechtlichen Execution abgeändert werden, RGBl 1858/199	
Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226	Oktoberdiplom 1860 <i>Verfassung von 1860</i>
Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Steiermark erlassen wird, RGBl 1860/227	<i>Landesstatut (von Steiermark)</i>
Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Kärnthen erlassen wird, RGBl 1860/232	<i>Landesstatut (von Kärnten)</i>
Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Salzburg erlassen wird, RGBl 1860/238	<i>Landesstatut (von Salzburg)</i>
Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung für die gefürstete Grafschaft Tirol erlassen wird, RGBl 1860/254	<i>Landesstatut (von Tirol)</i>
Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20	Februarpatent 1861 <i>Februarverfassung von 1861</i> <i>Febrargesetz</i>
Grundgesetz über die Reichsvertretung, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage I, S. 72–74	GG Reichsvertretung 1861
Landes-Ordnung, in: Landes-Ordnung und Landtags-Wahlordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage IIa, S. 75–80	LO Österreich unter der Enns 1861
Gesetz vom 3. October 1861, in Betreff der Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichsrathes und der Landtage, RGBl 1861/98	Immunitätsg 1861 <i>Immunitätsgesetz</i>

Gesetz	Abkürzung(en)
Gesetz vom 17. December 1862, giltig für die Königreiche Böhmen, Galizien und Lodomerien mit den Herzogthümern Auschwitz und Zator und dem Großherzogthume Krakau, das lombardisch-venetianische Königreich und das Königreich Dalmatien, die Erzherzogthümer Oesterreich unter und ob der Enns, die Herzogtümer Ober- und Nieder-Schlesien, Steiermark, Kärnthen, Krain, Salzburg und Bukowina, die Markgrafschaft Mähren, die gefürstete Grafschaft Tirol und das Land Vorarlberg, dann die gefürstete Grafschaft Görz und Gradiska mit der Markgrafschaft Istrien und die reichsunmittelbare Stadt Triest nebst ihrem Gebiete, zur Einführung eines Handelsgesetzbuches, RGBl 1863/1	
Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101	MinisterverantwortlichkeitsG 1867
Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867, RGBl 1867/141–147	Dezemberverfassung 1867 <i>1867er Grundgesetz</i> <i>Reichsverfassung von 1867</i> <i>siebenundsechziger Verfassungsgesetze</i>
Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141	StGG Reichsvertretung 1867 <i>Reichsvertretungsgesetz</i>
Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142	
Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143	
Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144	StGG richterliche Gewalt 1867
Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145	StGG Regierungsgewalt 1867
Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146	DelegationsG 1867 <i>Ausgleichsgesetz</i> <i>Delegationsgesetz</i>
Gesetz vom 21. December 1867, womit der Zeitpunkt bestimmt wird, mit welchem das Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, das Staatsgrundgesetz über die Ausübung	

Gesetz	Abkürzung(en)
der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, endlich das Gesetz, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, in Wirksamkeit zu treten haben, RGBl 1867/147	
Gesetz vom 12. Juli 1872, womit zur Durchführung des Artikels 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867 (R. G.Bl. Nr. 144) über die richterliche Gewalt, das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen geregelt wird, RGBl 1872/112	<i>Syndikatsgesetz</i>
Gesetz vom 2. April 1873, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBl 1873/41	RWO 1873
Gesetz vom 21. Mai 1873, in Betreff der den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften zukommenden Begünstigungen in Ansehung der Stempel- und der unmittelbaren Gebühren, RGBl 1873/87	BegünstigungsG
Gesetz vom 8. März 1876, wodurch einige Bestimmungen der Verordnung vom 6. April 1856 (R. G.Bl. Nr. 50), dann der Gesetze vom 13. December 1862 (R. G.Bl. Nr. 89) und vom 29. Februar 1864 (R. G.Bl. Nr. 20), über die Stempel- und unmittelbaren Gebühren abgeändert werden, RGBl 1876/26	
Gesetz vom 11. April 1889, betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes, RGBl 1889/41	
Gesetz vom 28. December 1889, womit die Aushebung der zur Erhaltung des Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr erforderlichen Rekruten-Contingente im Jahre 1890 bewilligt wird, RGBl 1890/3	
Gesetz vom 5. Juli 1912, betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes, RGBl 1912/128	
Kaiserliches Patent vom 26. Juli 1913, betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen, LGBl Böhmen 1913/36	
Bundesgesetz vom 18. August 1932 zur Einführung des Wechselgesetzes, BGBl 1932/291	
2. Belgien	
Constitution du Royaume de Belgique du 7 février 1831, Bull. off. décr. Congr. Nat. Belge nr. 14; Pasin. 1830/31	
3. China	
Vorläufige Verfassung der Republik China vom 11. März 1912, abgedruckt in: The China Year Book 1914, Shanghai 1914, S. 460–464	

Gesetz	Abkürzung(en)
4. Deutschland	
Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63	Dt. Reichsverf. 1871 <i>Verfassungsurkunde</i>
Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896, RGBl. S. 195	BGB
Handelsgesetzbuch. Vom 10. Mai 1897, RGBl. S. 219	
Gesetz über den Kriegszustand vom 4. Dezember 1916, RGBl. S. 1331	
5. Frankreich	
Loi relative au mode de formation de l'armée de terre du 19 fructidor an 6 (5 septembre 1798) (auch: loi Jourdan-Delbel), in: J. B. Duvergier (Hrsg.), Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État, Bd. 10, 2. Aufl, Paris 1835, S. 343–348	
6. Rumänien	
Lege de măsură generale pentru a veni în ajutorul industriei naționale (Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie vom 12. Mai 1887)	IndustrieförderungsG 1887
Lege pentru încurajarea industriei naționale (Gesetz über die Förderung der nationalen Industrie vom 14. Februar 1912)	IndustrieförderungsG 1912
7. Schweiz	
Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (AS I 38)	
Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907, BBl 1907 II 1013	
Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, BBl 1907 VI 589.	
8. Ungarn	
1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ő Felsége uralkodása alatt álló többi országok között fenforgó közös érdekű viszonyokról, s ezek elintézésének módjáról (Gesetzesartikel XII aus dem Jahre 1867 über die Verhältnisse gemeinsamen Interesses zwischen den Ländern der ungarischen Krone und den unter der Herrschaft seiner Majestät stehenden übrigen Ländern, und über das Verfahren zur Erledigung dieser Fragen)	AusgleichsG Ungarn 1867 <i>Ausgleichsgesetz</i>

II. Sortierung nach Abkürzungen

Abkürzung	Gesetz
<i>1867er Grundgesetz</i>	Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867, RGBl 1867/141–147
<i>49iger Verfassung</i>	Kaiserliches Manifest vom 4. März 1849, wodurch der Reichstag von Kremsier aufgelöset, und den Völkern Oesterreichs aus eigener Macht des Kaisers eine Reichsverfassung für das gesammte Kaiserthum Oesterreich verliehen wird, RGBl 1849/149 Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, RGBl 1849/150
ABGB 1811	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946
<i>Ausgleichsgesetz</i>	Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146 1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ó Felsége uralkodása alatt álló többi országok között fenforgó közös érdekü viszonyokról, s ezek elintézésének módjáról (Gesetzesartikel XII aus dem Jahre 1867 über die Verhältnisse gemeinsamen Interesses zwischen den Ländern der ungarischen Krone und den unter der Herrschaft seiner Majestät stehenden übrigen Ländern, und über das Verfahren zur Erledigung dieser Fragen)
AusgleichsG Ungarn 1867	1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ó Felsége uralkodása alatt álló többi országok között fenforgó közös érdekü viszonyokról, s ezek elintézésének módjáról (Gesetzesartikel XII aus dem Jahre 1867 über die Verhältnisse gemeinsamen Interesses zwischen den Ländern der ungarischen Krone und den unter der Herrschaft seiner Majestät stehenden übrigen Ländern, und über das Verfahren zur Erledigung dieser Fragen)
BegünstigungsG	Gesetz vom 21. Mai 1873, in Betreff der den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften zukommenden Begünstigungen in Ansehung der Stämpel- und der unmittelbaren Gebühren, RGBl 1873/87
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896, RGBl. S. 195
DelegationsG 1867	Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146
<i>Delegationsgesetz</i>	Gesetz vom 21. December 1867, betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl 1867/146
Dezemberverfassung 1867	Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867, RGBl 1867/141–147
Dt. Reichsverf. 1871	Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63

Abkürzung	Gesetz
<i>Februargesetz</i>	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20
Februarpatent 1861	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20
<i>Februarverfassung von 1861</i>	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20
GebG 1850 idF RGBl 1862/89	Provisorisches Gesetz. Ueber die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen, in: Kaiserliches Patent vom 9. Februar 1850, wodurch an die Stelle des ersten Theiles dieses Gesetzes, des im Großherzogthume Krakau giltigen Stempel-Gesetzes vom 16. September 1833 und der Vorschriften über die Gerichts- und Grundbuchstaxen ein neues provisorisches Gesetz über die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1850/50 idF RGBl 1862/89
GG Reichsvertretung 1861	Grundgesetz über die Reichsvertretung, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage I, S. 72–74
ImmunitätsG 1861	Gesetz vom 3. October 1861, in Betreff der Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichsrathes und der Landtage, RGBl 1861/98
<i>Immunitätsgesetz</i>	Gesetz vom 3. October 1861, in Betreff der Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichsrathes und der Landtage, RGBl 1861/98
IndustrieförderungsG 1887	Lege de măsurǎi generale pentru a veni in ajutorul industriei naționale (Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie vom 12. Mai 1887)
IndustrieförderungsG 1912	Lege pentru încurajarea industriei naționale (Gesetz über die Förderung der nationalen Industrie vom 14. Februar 1912)
<i>Landesstatut (von Kärnten)</i>	Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Kärnthen erlassen wird, RGBl 1860/232
<i>Landesstatut (von Salzburg)</i>	Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Salzburg erlassen wird, RGBl 1860/238
<i>Landesstatut (von Steiermark)</i>	Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung im Herzogthume Steiermark erlassen wird, RGBl 1860/227
<i>Landesstatut (von Tirol)</i>	Kaiserliches Patent vom 20. October 1860, womit das Statut über die Landesvertretung für die gefürstete Grafschaft Tirol erlassen wird, RGBl 1860/254

Abkürzung	Gesetz
LO Österreich unter der Enns 1861	Landes-Ordnung, in: Landes-Ordnung und Landtags-Wahlordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, in: Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20, Beilage IIa, S. 75–80
MinisterverantwortlichkeitsG 1867	Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101
Oktoberdiplom 1860	Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226
<i>Reichsverfassung vom Jahre 1848</i>	Allerhöchstes Patent vom 25. April 1848. Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates, PGS 1848/49
<i>Reichsverfassung von 1867</i>	Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867, RGBl 1867/141–147
<i>Reichsvertretungsgesetz</i>	Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141
RWO 1873	Gesetz vom 2. April 1873, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBl 1873/41
<i>siebenundsechziger Verfassungsgesetze</i>	Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867, RGBl 1867/141–147
StGG Regierungsgewalt 1867	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145
StGG Reichsvertretung 1867	Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141
StGG richterliche Gewalt 1867	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144
<i>Syndikatsgesetz</i>	Gesetz vom 12. Juli 1872, womit zur Durchführung des Artikels 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867 (R. G.Bl. Nr. 144) über die richterliche Gewalt, das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen geregelt wird, RGBl 1872/112.
<i>Verfassungsurkunde</i>	Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S.63
<i>Verfassung von 1860</i>	Kaiserliches Diplom vom 20. October 1860, zur Regelung der inneren staatsrechtlichen Verhältnisse der Monarchie, RGBl 1860/226
WechselO	Kaiserliches Patent vom 25. Jänner 1850, wodurch für den ganzen Umfang des österreichischen Kaiserthumes eine allgemeine Wechselordnung erlassen, kundgemacht und vom 1. Mai 1850 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1850/51

Personenregister

Das Personenregister bezieht sich auf die Schriften Kelsens sowie auf die Herausgeberrede. Letztere umfasst die editorischen Anmerkungen und den Editorischen Bericht. Keine Berücksichtigung finden Personennamen in bibliographischen Angaben. Nachweise aus Kelsens Haupttext werden durch die Angabe der Seite geführt, Nachweise aus Kelsens Anmerkungen durch die Angabe der Seite und – verbunden durch einen Punkt – der petit gesetzten Anmerkungsnummer respektive dem petit gesetzten Anmerkungsasteriskus (Bsp.: 246.1 oder 302.*). Die Herausgeberrede wird im Grundsatz wie die Autorenrede behandelt; zur Unterscheidung werden die Fundstellen indes mit einem Asteriskus * versehen (Bsp.: 24f.* oder 347.1543* oder 19.**). Halbfett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer editorischen Personenerläuterung.

A

Abignente, Angelo 439.**, 735*
Adler, Max 24.2*
Aemilius Papinianus s. *Papinian*
Alexander Severus 251.16*
Alighieri, Dante s. *Dante Alighieri*
Althoff, Friedrich Theodor 549.23*
von Amira, Karl 340.5
Anno, Keijirō 551.**, 753*
Anschütz, Gerhard 184.27*, 216.27*, 238,
238.5*, 239, 240
Antoninus s. *Caracalla*
Aristoteles 116.24*, 275.42, 694*
Arndts, Karl Ludwig 164, 164.39*
Arnold, Wilhelm (Christoph Friedrich)
250.3, 250.5*
Azuara, Leandro 23.**, 636*

B

Babeuf, François Noël 534, 534.3*
Babeuf, Gracchus s. *Babeuf, François Noël*
Bahr, Hermann 684*
Bartolomäus, R. 64
Bauch, Bruno 52.45*, 270f.64* (271)
Benedikt, Ernst 663*, 664*, 688*, 689*
Benedikt, Moriz 663*, 688*
Benjamin, Walter 645*, 653*, 714*

Bento d'Espinoza s. *de Spinoza, Baruch*
von Berger, Alfred Freiherr 684*
Bernatzik, Edmund 185, 185.31*, 217,
217.31*, 484, 484.97*, 485, 730*, 747*
Bersier Ladavac, Nicoletta 359.**, 724*
Bidermann, Hermann Ignaz 521f.212*
(522)
Bierling, Ernst Rudolf 35.1, 35.29*
Binding, Karl 445, 445.7*
Bismarck(-Schönhausen), Otto (Eduard
Leopold) von 115, 115.10*, 383
Bleiweis 384.53*
Böhm-Bawerk, Eugen 651*
Bourgeois, Léon (Victor Auguste) 537,
537.26*
Brackenhoeft, Theodor 159
Bráf, Albin 692*, 696*
Braun, Heinrich 677f.*, 680*, 713*
Brentano, Lujo (Ludwig Josef) 24.2*, 752*
Bülow, Oskar von 161, 161f.25*, 163, 165,
167, 168, 690*
Bum, Ernst 702*
Burian, Max 702*

C

Cabet, Étienne 534, 534.4*
Calabrò, Gaetano 23.**, 635*
Campbell, Archibald Hunter 79.2*, 576.77*

Caracalla 252.18*
 Carp, Petre 67.6*
 Carrino, Agostino 77.***, 113.***, 147.***,
 235.***, 317.***, 533.***, 551.***, 607.***,
 613.***, 654f.*, 678*, 684*, 703*, 715*,
 753*
 von Chlumecky, Leopold Freiherr 684*
 Chytil, Václav 694.207*
 Coermann, Wilhelm 58, 58.1*, 644*–646*,
 647*
 Cohn, Jonas 52.45*, 270f.64* (271)
 Comte, Auguste 536, 536.15*, 537, 539
 Cooper, Belinda 23.***, 636*
 Coste, Adolphe 536, 536.20*

D

Dante Alighieri 162, 162.29*
 Darwin, Charles (Robert) 115.9*, 118.41*,
 121, 121.59*, 537.28*, 680*
 Darwin, Erasmus 118, 118.41*
 De Greef, Guillaume 537, 537.27*
 d'Espinoza, Bento s. *de Spinoza, Baruch*
 Deussen, Paul 123.78*
 Dirksen, Heinrich Eduard 160, 160.10*,
 160.11*
 Domitius Ulpianus s. *Ulpian*
 Duguit, Léon 177f.9*(177), 208f.9* (208),
 271.70*, 364.18*
 Durkheim, Émile 79.2*, 318.2*, 576.77*,
 608.1*

E

Eckert, Christian 135.1
 Eg., A. 736*, 736.371*
 Ehrenberg, Helene 159, 159.6*, 689*
 Ehrenberg, Victor (Gabriel) 159.6*
 Ehrlich, Eugen 79.2*, 80.10*, 317.***, 318,
 318.2*, 322–346, 332f.4, 340.5, 348–357,
 424.176*, 424.177*, 530.239*, 576.77*,
 607.***, 608–612, 608.1, 608.1*, 608.2*,
 613.***, 614, 655*, 658*, 713*, 715*, 716*,
 716.292*, 717*, 717.295*, 717.296*, 718*,
 718.298*, 719*–722*, 733*, 755*,
 755.438*
 Ehs, Tamara 679.151*, 679.152*
 Eichhorn, Friedrich Karl 437.63*
 Eisler, Rudolf 24.2*
 Eltzbacher, Paul 585, 585.111*, 589

Engels, Friedrich 539, 539.29*, 539.31*
 Engliš, Karel 172, 172.1*, 202, 202.1*, 691*,
 692*, 694.207*, 696*–698*, 698.231*,
 700*, 701*
 Errera, Paul (Joseph) 60, 60.5*, 644*–647*
 Etienne, Michael 663*, 688*
 Exner, Adolf 118, 118.44*, 126, 134f.1
 (134), 682*
 Eyschen, Paul 646*

F

Feder, Maria 669.147*
 Feder Lee, Anne 669*
 Feigl, Leopold 759.458*
 Fichte, Johann Gottlieb 534, 534.5*,
 539.30*, 553.2*
 Flavius Iustinianus s. *Justinian*
 Fleiner, Fritz 299f.67, 299f.121*
 Foerster, Friedrich Wilhelm 137, 137.178*
 Fouillée, Alfred (Jules Emile) 537, 537.25*,
 538
 Franz I. 166.55*
 Freund, Ernst 60f., 61.6*, 644*–647*
 Fricker, Karl Viktor (auch: Carl Victor)
 183.5, 183.24*, 214, 214.5, 214.24*
 Friedenthal, Karl Rudolf 260.46*
 Friedländer, Max 663*, 688*
 Fuchs, Ernst 80.10*, 318.2*, 424.177*,
 530.239*, 608.1*

G

von Gerber, Carl Friedrich Wilhelm 159,
 159.9*, 161, 162, 690*
 Gerlich, Fritz 744*
 Giddings, Franklin Henry 536, 536.21*
 von Gierke, Otto (Friedrich) 181, 181.16*,
 182, 183.5, 184–186, 213, 213.16*, 214,
 214.5, 216–219, 326, 326.27*, 340.5, 346,
 455, 455.17*, 456.10, 462, 463–466, 610,
 739*, 741*
 Glambi-Campbell s. *Llambi Campbell*
 Glaser, Julius (Anton) 164, 164f.41* (164),
 165, 165.42*, 168, 169.72*
 Glaser, Wilhelmine (Mina), geb. Löwen-
 thal 169, 169.72*, 690*
 Glossy, Karl 684*
 Gnaeus Flavius s. *Kantorowicz, Hermann*
Ulrich

von Gneist, Rudolf 413.39, 549, 549.22*
 von Goethe, Johann Wolfgang 638.24*
 Goldscheid, Rudolf 24.2*
 von Gönner, Nikolaus Thaddäus Ritter
 437, 437 f.65*, 438, 438.69*
 Göschen, J.F.L. 437.63*
 De Greef, Guillaume 537, 537.27*
 Griller, Stefan 731*, 748*
 Grünberg, Carl 24.2*, 744*, 745*
 Grünhut, Karl Samuel 168, 168.67*, 189,
 222, 690*, 734*–737*
 Gumpłowicz, Ludwig 536, 537.23*

H

Habietinek, Karl 165, 165.46*
 Hacker, Robert 97
 Haenel, Albert (auch: Hänel) 185, 185.32*,
 186, 217, 217.32*, 219, 239, 239.8*, 240,
 242
 Hafter, Ernst Siegmund 466 f., 466.32*,
 468.25, 739*
 Hahn, Friedrich 608.1
 Hainisch, Michael 24.2*
 Hamerling, Robert 25, 25.4*
 Hammerling, Rupert Johann s. *Hamerling*,
Robert
 Hanslick, Eduard 664*, 689*
 Hartmann, Ludo (Ludwig Moritz) 24.2*
 Hatschek, Bert(h)old 24.2*
 Hatschek, Julius 438, 438.70*
 Hauke, Franz 420, 420.164*, 421.46
 Hauriou, Maurice (Jean Claude-Eugène)
 536, 536.18*
 Hebbel, (Christian) Friedrich 638*
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 393,
 537.22*, 539, 539.30*, 540, 746*
 von Heinlein Hussarek, Max Freiherr 730*,
 747*
 Hellmesberger (Quartett) 165, 165.49*
 Hellmesberger, Josef 165.49*
 Henrich, Walter 750*
 Herbart, Johann Friedrich 553, 553.2*,
 583.100*
 Herriegel, Eugen 52.45*, 270 f.64* (271)
 von Herrnritt, Rudolf Hermann 550,
 550.26*
 Herzl, Theodor 664*, 689*
 Hobbes, Thomas 32, 32.21*
 Hobza, Antonín 695*

Hochenburger von Lékai, Anton 759.458*
 von Hock, Karl (Ferdinand) Freiherr
 521 f.92a (521), 521 f.212*, 522.213*
 Hoetzel, Jiří 693*, 695.214*
 Hofmannsthal, Hugo von 664*, 689*
 Hölderlin, Friedrich 638*
 von Holtzendorff, Franz 752*
 Horkheimer, Max 744*
 Huber, Max 646.83*
 von Humboldt, (Friedrich) Wilhelm (Chri-
 stian Karl) 121, 121.56*, 680*
 Hume, David 536, 536.11*
 Huxley, Thomas Henry 537, 537.28*

I

von Ihering, Rudolf 158–169, 158.2*,
 159.6*, 689*–691*, 736.369*
 Imai, Hiromichi 317.**, 607.**, 613.**, 715*
 Iustinianus s. *Justinian*

J

Jaffé, Edgar 644*, 653*, 678*, 713*
 Jellinek, Georg 32, 32.23*, 36, 60, 178,
 178.13*, 180, 184–188, 188.47*, 199.65*,
 209, 209.13*, 211, 216–220, 220.47*,
 234.67*, 238, 238.4*, 239, 361, 361.6*, 362,
 363, 395, 400, 420 f., 420.44, 444, 444.4*,
 478 f.59* (478), 515, 516, 521, 525 f.97
 (525), 585, 585.108*, 589, 638*, 641*,
 646*, 646.83*, 698*, 700*, 707*, 724*
 Jellinek, Walter 477.36, 478, 478 f.59*, 479 f.,
 481 f., 488, 491–500, 506–508, 513, 514 f.,
 739*
 Jerusalem, Wilhelm 24.2*
 von Jhering, Rudolph s. *Ihering*, *Rudolf von*
 Johann, Lothar 702*, 736.369*
 Jourdan-Delbel 616.2*
 von Juraschek, Franz 402, 402.118*
 Justinian 148, 148.3*

K

Kadlec, Karel 692*
 Kaiser 384.14, 384.55*
 Kallab, Jaroslav 694*, 694.207*
 Kant, Immanuel 52.45*, 85.19*, 270 f.64*
 (271), 271.65*, 320.9*, 534, 534 f.6*, 553,
 553.2*, 553.4*, 555, 555.5*, 580.90*, 590,
 590.121*, 601, 694.207*

- Kantorowicz, Hermann Ulrich 79, 79.2*, 80, 80.10*, 81–85, 318.2*, 424.177*, 530.239*, 552, 576f., 576.77*, 593, 600f., 608.1*, 654*–657*, 716*, 717.295*, 719.303*, 733*, 754*, 755*, 756*
- Karl I. 760*
- Karl V. 573, 573.64*
- Karl Friedrich Großherzog von Baden 638*
- Karlowa, Otto 308, 308.150*
- Kautsky, Karl 677*
- Kelsen, Hans 24.2*, 32.22*, 48.44*, 52.45*, 95.3*, 103.24*, 138.188*, 140.195*, 177f.9*(177), 199.67*, 208f.9* (208), 234.67*, 251.17*, 252.19*, 265.56*, 270f.64* (271), 271.70*, 282.88*, 304.138*, 308.152*, 308f.156* (309), 314.174*, 314.175*, 317.***, 344.120*, 362.12*, 364.18*, 379.42*, 391.83*, 424.176*, 445.7*, 492.111*, 544.4*, 545.5*, 545.10*, 607.***, 608.5*, 613.***, 620.6*, 634*, 634.2*, 634f.8*, 635*, 635.9*, 636f.*, 637.15*, 637.17*, 637.18*, 637.20*, 637.21*, 638*, 638.23*, 638.24*, 638.25*, 638.26*, 639*–647*, 647.86*, 648f.*, 649.91*, 650*–655*, 655.103*, 655.104*, 655f.105* (655), 656*–660*, 660.121*, 661f.*, 662f.126* (662), 663*–665*, 665.131*, 666*–669*, 669.147*, 670*, 677–679*, 679.150*, 679.151*, 680*, 680.154*, 681*–687*, 687f.184* (687), 688*–694*, 694.207*, 695*, 695.214*, 696*–703*, 703.245*, 704f.*, 707*, 707.259*, 708*, 708.260*, 709*–711*, 711.280*, 712f.*, 713.287*, 714*–716*, 716f.294* (716), 717*, 717.295*, 717.296*, 718*, 718.298*, 719*–722*, 724f.*, 725.328*, 725.330*, 726*, 726.331*, 726.333*, 726.335*, 727*, 727.336*, 728*–730*, 730.348*, 731*, 731f.350*, 732f.*, 733.355*, 734*–736*, 736.369*, 736.370*, 736.371*, 737*–740*, 740.394*, 740.395*, 741f.*, 742.400*, 743*–747*, 747.425*, 748*, 748f.427* (748), 750*, 750.428*, 751*–756*, 756.449*, 757*–759*, 759.460*, 760.461*, 761*, 761.463*, 762*
- Kerschensteiner, Georg (Michael Anton) 135–137, 135.168*, 137.177*, 682*
- Kidd, Benjamin 536, 536.17*
- Kirschner, Slavko 23.***, 635f.*
- Kistiakowski, Theodor 585, 585.109*, 589
- Klecatsky, Hans 635*, 678*, 684*, 702*, 735*, 752*
- Klier, Franz 389.18, 389.74*
- Kneihs, Benjamin 731*, 748*
- Kohlrausch, Eduard 585, 585.110*
- Kormann, Karl 302–306, 302.130*, 477.35, 480f., 480.78*, 493f., 500–508, 505.169*, 513, 711*, 739*
- Kornfeld, Ignatz 85–90, 85.23*, 654*–656*, 658*, 716*, 719.303*, 733*
- Krasny von Ergen, Arnold O. 74f., 74.2*, 651f.*
- Krčmář, Jan 692*
- Krejčí, Jaroslav 694.207*
- Kroner, Richard 52.45*, 270f.64* (271)
- Kubeš, Vladimír 694.207*
- Kunz, Josef L. 730*, 747*
- L
- Laband, Paul 60, 148, 148.2*, 149, 177.7*, 208.7*, 238, 238.2*, 239, 253, 253f.23*, 254, 270.61*, 315.89, 393, 393.92*, 394, 395, 646*, 646.83*, 685*, 686*, 706*, 707*, 712*, 723*, 724*
- Laertes 163.31*
- de Lamarck, Jean-Baptiste (Pierre Antoine de Monet, Chevalier) 118, 118.41*, 120, 680*
- Lammasch, Heinrich 730*, 747*, 750*
- Landesberger, Adolf 98f., 98.14*, 98.16*, 103.24*
- Landsberg, Ernst 438, 438.68*
- Lange, (Christian Konrad) Ludwig 167, 167.57*, 690*
- Lask, Emil 52.45*, 270f.64* (271), 552, 577–587, 577.82*, 589–591, 593f., 596–598, 603, 655*, 716*, 754*–757*
- Lassalle, Ferdinand 663*, 688*
- Lebon, André 646*
- Lederer, Emil 24.2*, 644*, 647*, 647.86*, 655*, 655.103*, 713*
- Lee, Anne Feder s. *Feder Lee, Anne*
- Lenz, Friedrich 744*
- von Lichtenfels, Freiherr 384.14, 384.56*
- Liefmann, Robert 653*
- Lingg, Emil 393, 393.95*, 401f., 403
- von Littrow, Joseph Johann Edler 167.63*
- von Littrow, Karl Ludwig Edler 167.63*

von Littrow-Bischoff, Auguste 167, 167.62*,
690*
Llambi Campbell, Paulino 64.1*,
644*–647*
Locke, John 33, 33.25*
Loening, Edgar 303, 522.f., 522.217*,
523.96
Loevenstein, Jan 694.207*
Lotz, Walther 653*
Lotze, (Rudolf) Hermann 52.45*, 270.f.64*
(271), 583, 583.100*
Löwenthal s. *Glaser, Wilhelmine*
Lüderssen, Klaus 317.***, 607.***, 613.***,
715*, 717.295*
Lukas, Josef 438, 438.73*

M

MacKenzie, John Stuart 536, 537.22*
Marcic, René 635*, 678*, 684*, 702*, 735*,
752*
Marcus Aurelius Severus Antoninus s.
Caracalla
Marx, Karl 539, 539.29*, 539.31*, 664*,
689*, 746*
Mautner, Wilhelm 744*
Mayer, Georg 314
Mayer, Otto 195, 195.f.57*, 230, 230.57*,
258–262, 258.40*, 260.46*, 280–283,
282.88*, 287, 289, 290, 292, 292.103*,
297.65, 299.f.67 (300), 306, 307–315, 504,
504.166*, 707*, 710*, 711*, 723*, 724*
Megerle von Mühlfeld s. *von Mühlfeld*
von Meier, Ernst 549, 549.23*
Menzel, Adolf 534–540, 534.2*, 730*, 744*,
745*, 745.416*, 746*, 747*, 750*
Merkel, Adolf 603, 603.169*
Merkel, Adolf (Julius) 545.10*, 635*, 666.f.*,
678*, 684*, 702*, 725*, 727*, 727.337*,
730*, 735*, 740.392*, 747*, 750*, 752*
Mestre, Achille 467, 467.37*
Métall, Rudolf Aladár 664*, 669*, 669.147*
Meyer, Robert 651*
Michels, Robert 653*, 713*
Mischler, Ernst 550.27*
Mitteis, Ludwig 168, 168.f.68*
von Mohl, Robert 413.39
Mommsen, Theodor 327
Montesquieu 535.f., 536.10*
Morita, Kanji 23.***, 551.***, 635*, 753*

von Mühlfeld, Eugen Alexander Megerle
384, 384.57*, 384.f.15, 384.58*, 385.59*,
385.62*
Münchhausen 432
Münsterberg, Hugo 54, 54.47*

N

Nenițescu, Dimitrie S. 67.6*
Neubauer, Zdeněk 694.207*
Nietzsche, Friedrich (Wilhelm) 116–118,
116.f.26*, 121, 124, 172, 202, 680*, 682*

O

Odysseus 163.31*
Oestreicher, Hanna (Anna) 669.147*
von Oppenheimer, Felix Freiherr 684*
Oppenheimer, Franz 24.2*
Osterkamp, Jana 201.***, 692*, 700*

P

Papinian 252.16*, 252, 252.18*
Paulson, Stanley L. 654*, 715*
Penelope 163.31*
Perels, Emil 697*
Pernice, (Lothar Anton) Alfred 308,
308.154*
Pfaff, Leopold 41.41*
Pflug, Richard 637.20*
von Philippovich, Eugen von 651*
Pichler, Hans 52.45*, 270.f.64* (271)
von Piloty, Robert 60, 646*, 646.83*,
706.256*, 707*, 708*, 724*
Pitamic, Leonidas 544–550, 544.4*, 545.5*,
730*, 747*, 750*, 750.428*, 751*
Plato(n) 116.f., 116.22*, 116.24*, 117.27*,
117.29*, 537.22*, 583
von Plener, Ernst 651*
von Plener, Ignaz Edler Freiherr 387,
387.71*
Pollak, Rudolf 469.27, 469.42*, 470.28,
473.30, 661*, 739*
von Pražák, Alois Freiherr 384.f.15
(385), 385.60*, 385.61*
Pražák, Jiří 362, 362.11*
Preuß, Hugo 184, 184.27*, 216, 216.27*, 304
Prix, Johann Nepomuk 736.369*
Procházka, Adolf 694.207*

Q

Quesnay, François 536.12*

R

Radbruch, Gustav 319f.2, 319f.7*, 552,
593–605, 593.123*, 655*, 716*, 717.295*,
754*–757*
von Randa, Anton Ritter 168, 168.66*
Ratzenhofer, Gustav 536, 537.24*
Rauchberg, Heinrich 144.1, 144.210*, 428
von Rauchhaupt, Friedrich Wilhelm
177.7*, 208.7*, 270.61*
Redlich, Josef 24.2*
Renner, Karl 24.2*
Rickert, Heinrich 52.45*, 85, 85.19*, 270f.39
(271), 270f.64* (271), 271.65*, 319f.2
(320), 320.9*, 552, 555–569, 555.5*, 556.4,
566.1, 572–578, 577.82*, 582f., 586,
593–598, 595.1, 600, 604, 605, 754*–757*
Rieger, Bohuš 692*, 692.193*
Roosevelt, Theodore 140.195*
Rousseau, Jean-Jacques 393, 534, 535.7*,
679*
Ružička, Ernst 527–529.98 (528f.), 528.226*,
736*, 739*
Ružiczka, Robert 759.458*

S

Sabinus 251.16*
Salten, Felix 664*, 689*
Sander, P. 428
Saripolos, Nikolaos N. 646*
von Savigny, Friedrich Carl (auch: Karl)
437, 437.63*, 438, 438.69*
Schäffer, Heinz 730*, 748*
Schäffle, Albert 165, 165.45*
Schager, Albin 759*, 760*, 762*
Schambeck, Herbert 635*, 678*, 684*, 702*,
735*, 752*
Scheidemann, Philipp 184.27*, 216.27*
Schmidt, Johann Caspar s. *Stirner, Max*
Schmidt, Richard 183.5, 214.5
Schmitt, Carl 644*, 653*, 714*
von Schmoller, Gustav 752*
Schnitzler, Arthur 664*, 689*
Scholz, F. 64
Schreuer, Christoph 730*, 748*

Schücking, Walther (Max Adrian) 60–62,
61.7*, 644*–647*
Schumpeter, Joseph 24.2*
Schwarzwald, Genia 679*
von Schwerin, Claudius Freiherr 340.5
Sedláček, Jaromír 694.207*
Seidl-Hohenveldern, Ignaz 730*, 748*
Seidler, Ernst 648*, 660.121*
Septimus Severus 251.16*
Severus, Alexander s. *Alexander Severus*
Severus, Septimus s. *Septimus Severus*
Siebeck, Oskar 637.17*, 637.18*, 638.25*,
638.26*
Siebeck, Paul 637*, 637.20*, 706*, 706.256*,
707*, 707.259*, 723*
Siegel, Heinrich 164, 165, 165.43*
Simm, Bruno 545.10*
Simmel, Georg 24.2*, 27f., 27.8*, 174,
174.5*, 204, 204.5*, 541, 541.33*, 585.109*,
746*
Sokal, Max 661*
Sombart, Werner 644*, 653*, 678*, 713*
Spann, Othmar 653*
Spencer, Herbert 536, 536.16*, 537, 539
Spiegel, Ludwig 361, 361.9*, 406f., 428–
430, 428.2*, 432–438, 695*, 726.333*,
729*, 732*, 733*, 733.355*, 734*
Spiethoff, A. 428
de Spinoza, Baruch (oder Benedictus; auch:
Bento d'Espinoza) 535, 535.9*
Stammler, Rudolf 430, 430.23*, 580,
580.90*, 589
Stampe, Ernst 80.10*, 424.177*, 530.239*
von Stintzing, Johann August Roderich
438.68*
Stirner, Max 121, 121.60*, 680*
Stoerk, Felix 177, 177.7*, 178, 208, 208.7*,
209, 270f.39 (270), 270.61*, 706*, 707*,
709*, 723*, 724*
Stöger-Steiner Freiherr von Steinstätten,
Rudolf 760*, 761*
Storck 64
Stürghk, Karl Graf 703*
Swoboda, Hermann 138, 138.188*, 140
Szurmay, Alexander 759.458*

T

Tacitus 327
Taft, William Howard 140.195*

- Takeshita, Ken 317.**, 607.**, 613.**, 715*
- Taschek, Franz 384f.15 (385), 385.63*, 385.64*
- Tezner, Friedrich 134f.1 (134), 484f., 484.98*, 485.48, 486, 682*, 750*
- Theodosius II. 252.18*
- Thoma, Richard 238.5*
- Thun 384.54*, 389.78*
- Tönnies, Ferdinand 24.2*
- U**
- Ulbrich, Josef 550, 550.27*
- Ulpian 251, 251.16*, 252, 265, 709*
- Unger, Joseph 164, 164f.41*, 165, 168, 169
- V**
- Vavřínek, František 692*
- Verdross(-Drossberg), Alfred 545, 545.10*, 635*, 666*, 678*, 684*, 702*, 730*, 735*, 747*, 748*, 750*, 752*
- Vierkandt, Alfred 24.2*
- Vogel, Emanuel Hugo 653*
- Vybrál, Vladimír 694.207*
- W**
- Ward, Lester Frank 536, 536.19*
- Weber, Alfred 653*
- Weber, Max 24.2*, 79.2*, 318.2*, 576.77*, 608.1*, 644*, 653*, 658*, 678*, 713*, 714*
- Wehberg, Hans 61.7*
- Weinberger, Ota 694.207*, 696*, 697*
- Weininger, Otto 138.188*
- Weyr, František (Franz) 177, 177f.9*, 194–198, 208, 208f.9*, 228–231, 233, 251.6, 270f.39 (271), 271.70*, 277.43, 296.64, 315.89, 316.90, 363.17*, 364, 364.18*, 392.20, 405, 421, 692*–694*, 694.207*, 695*, 695.214*, 696*–699*, 711*, 711.280*, 730*, 732*, 734*, 747*
- Wiederin, Ewald 725.328*
- von Wieser, Friedrich Freiherr 651*
- Wille, Richard 637.17*, 637.18*, 637.20*, 638.25*
- Wilson, Woodrow 140.195*
- Windelband, Wilhelm 52, 52.45*, 270f.39 (270), 270f.64*, 577.82*, 585.109*
- Windscheid, Bernhard (Joseph Hubert) 39, 39.36*, 160, 160.14*, 162, 163, 164, 165, 166.51*, 690*
- Wlassak, Moriz 168, 169, 169.69*, 690*
- Wundt, Wilhelm 37, 37.33*, 54.47*, 182, 182.18*, 213, 213f.18*, 214
- Wurm, Emanuel 677*
- Z**
- Zinkernagel, Franz 638*, 638.24*
- Zitelmann, Ernst 435f., 435.46*
- Zorn, Philipp 314
- Zuckerkandl, R. 428
- Zweig, Stefan 664*, 689*

Sachregister

Das Sachregister bezieht sich auf die Schriften Kelsens sowie auf die Herausgeberrede. Letztere umfasst die editorischen Anmerkungen und die Editorischen Berichte. Stichwort-Nachweise aus Kelsens Haupttext werden durch die Angabe der Seite geführt, Nachweise aus Kelsens Anmerkungen durch die Angabe der Seite und – verbunden durch einen Punkt – der petit gesetzten Anmerkungsnummer (Bsp.: 246.1). Die Herausgeberrede wird im Grundsatz wie die Autorenrede behandelt; zur Unterscheidung werden die Fundstellen indes mit einem Asteriskus * versehen (Bsp.: 24*f. oder 347.1543*). Halbfett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer editorischen Personen- oder Sacherläuterung (Begriff, Ereignis, Ort). Für die alphabetische Reihung von Titeln kelsenscher Schriften bleiben allfällige Artikel (z. B.: „Der“, „The“, „Les“) und Präpositionen (z. B.: „Zu“, „Über“) außer Betracht; damit die Stichworteinträge als Beiträge Kelsens leichter identifiziert werden können, sind sie mit dem Klammerzusatz „(HK)“ versehen. Die Abkürzung „násl.“ bei der Seitenangabe tschechischer Stichwörter steht für *následující* und bedeutet „folgend“.

A

Abschluss von Staatsverträgen 544–550
Absicht (als Schuldform) 43
Absoluter Monarch s. *Absolutismus*; *Monarch*
Absolutismus s. a. (*princeps legibus solutus*; *Rechtsstaat* 133, 148f., 149, 151, 154, 234, 685*, 686*, 699*, 709*, 733*
– als politisches Prinzip 255
– ausschließliches Gesetzgebungsrecht des Monarchen 237, 243
– Fortwirkung im konstitutionellen Prinzip 428f.
– Gesetzes~ 429
– Gesetzgebungsrecht in Form eines primären Verordnungsrechtes 243
– Rechtsstellung des Monarchen im ~ 428f.
absolutismus 199
Abstammungslehre s. a. *Deszendenztheorie* 115.9*
actio
– öffentliche Interesse und ~ im Privatrecht 266
actio de posito vel suspenso 48.44*
actio finium regundorum 26, 26.7*, 639*
Agrarverfassung 339, 353f.

Allgemeine Bildung 144
Allgemeine Denkbestimmungen
– Sein und Sollen als ~ 27, 203
Allgemeine Rechtslehre
– Vertrag als Begriff der ~ 301
„Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ (HK) 645*, 653*, 714*
Allgemeine Staatslehre s. *Staatslehre*, *allgemeine*
„Allgemeine Staatslehre“ (HK) 725*
Allgemeine Staatsrechtslehre s. *Staatsrechtslehre*
Allgemeine Wehrpflicht 616–622, 761*
Allrechtliche Natur des Staates als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 263, 448
Amerika s. *Vereinigte Staaten von Amerika*
Amtspflicht s. a. *Disziplinarrechtssatz*;
Staatsorgan 474–476, 486f., 488–490, 498f., 527.98–529.98 (528f.)
Analogieverbot 436
Anarchismus s. a. *Liberalismus* 121, 122, 131, 534
Anerkennung s. *Anerkennungstheorie*
Anerkennungstheorie 640*
– Anerkennung der Rechtsordnung als realpsychischer Akt 34, 35

- Anerkennung der Rechtsordnung seitens der Rechtssubjekte als Fiktion 34, 35
 - autonome Moral und heteronomes Recht in der ~ 35
 - bei Bierling 35
 - Geltung des positiven Rechts und ~ 33–36
 - gleiche methodische Fehler wie die Gesellschaftsvertragstheorie 34
 - Anfangspunkt
 - Wille als ~ der Zurechnung 53
 - Anfechtbarkeit *s. fehlerhafter Staatsakt*
 - „Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung“ 668*, 677*, 678*, 679*, 680*
 - Anorganische Staatstheorie *s. a. organische Staatstheorie* 216–221
 - Fiktionen in der ~ 216, 462
 - organische und ~ 455 f., 457, 462 f., 641*
 - Schuldbegriff Kelsens und ~ 462 f.
 - stimmt im Kern mit der organischen Staatstheorie überein 219
 - anorganická theorie o státu *viz též organická theorie o státu* 184–188
 - fikce 184
 - se shoduje v jádře s organickou teorií o státu 186
 - „Anschluss“ Österreichs (1938) 664*, 689*
 - Antike 127
 - Kultur der ~ 116, 117
 - Staatsauffassung in der ~ 116
 - „Archiv des öffentlichen Rechts“ 706*, 707*, 708*, 711*, 723*, 724*, 737*
 - Namensänderung 706.256*
 - „Archiv für die civilistische Praxis“ 706*, 723*
 - „Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung“ 744*, 745*
 - „Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik“ 644*, 653*, 677* f., 713*
 - „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ 644*–646*, 652*, 653*, 653.98*, 655*, 678*, 713*, 713.288*, 714*, 716*
 - Erscheinungsreihenfolge 713.287*
 - Argentinien
 - Staats- und Verwaltungsrecht ~ 64, 646*
 - Aristokratie 133
 - Armee *s. a. Heer*
 - Arnold, Wilhelm (Christoph Friedrich) 250.5*
 - römisches Recht hat kein geschlossenes System an Rechtsbegriffen 250
 - Assentieren 616.1*
 - Ästhetik 274 f., 277
 - als Normwissenschaft 203
 - ästhetisches Sollen 553
 - Ätherhypothese 115
 - Ausbildung, militärische *s. a. Heer* 617–619
 - Ausgleich (1867) *s. a. Österreich* 378.40*, 387, 620, 620.8*
 - Auslegung *s. Interpretation*
 - Äußere Momente
 - Feststellung (real-)psychischer Tatsachen und ~ bei der Rechtsanwendung 46
 - „Austrian Journal of Public and International Law“ 730*, 748*
 - Austromarxismus *s. a. Österreich* 744*
 - Autonome Moral
 - heteronomes Recht und ~ in der Anerkennungstheorie 35
 - Autonome Selbstunterwerfung unter die Staatsgewalt 35 f.
 - Autonomie der Länder (1914) 387 f.
 - autorita
 - věda norem nestanoví autoritativně normy 174
 - Autorität
 - ~ der Rechtsordnung und Person der Verwaltung 285 f.
 - heteronome ~ des Staats 35 f.
 - normsetzende ~ 361–363, 365–373, 375, 377, 380, 382, 394–398, 406, 408, 410 f., 415 f., 422 f., 425, 434–437
 - normsetzende ~ und Rechtswissenschaft 30 f., 205
 - Souveränität der normierenden ~ 284
 - Aviso *s. a. inakzeptable deckungsberechtigte Tratte* 99, 101
- ## B
- Badische Schule des Neukantianismus *s. Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus*
 - Banken 96 f., 102
 - Barvertrag *s. a. Vertrag* 339
 - Bauordnung 339
 - Bedeutung
 - als spezifische Differenz des Kulturobjektes 557
 - bei Lask gleichbedeutend mit „Wert“ 582, 583, 586, 603

- bei Rickert Synonym für „Wichtigkeit“, „Interessantheit“ für den Betrachter 556, 557, 560
- ist vorwissenschaftliche Voraussetzung 558
- und Realität 583, 584
- und Wert 585
- Begriffsbildung
 - juristische ~ *s. dort*
- Begriffsjurisprudenz 81, 159.9*, 160.14*, 164, 424
- der historischen Rechtsschule 158.2*
- Behörden und Gerichte *s. a. Gericht(e)* 323, 324, 332f.4 (332), 340, 344f., 346, 349–351
- Belgien
 - Staatsrecht ~ 60f., 646*
 - Verfassung ~ 60
- Bergrecht 339
- Bernatzik, Edmund 185, 185.31*, 217, 217.31*, 484.97*
 - Nichtigkeit, Anfechtung und Vernichtbarkeit fehlerhafter Staatsakte 484f.
- Berufssoldaten *s. a. Heer* 617–619
- Beschwerderecht gegen Akte der Militärverwaltung *s. a. Heer* 622
- Betrachtungsweise *s. a. Methode(n)*
 - explikative ~ *s. dort*
 - normative ~ *s. dort*
- Bierling, Ernst Rudolf 35.29*
 - Anerkennungstheorie bei ~ 35
- Bildung
 - allgemeine ~ 144
 - ~ideal 115
 - ~philister 114
 - klassische ~ 116
 - naturwissenschaftliche ~ 118, 124
 - (un)politische ~ 114, 116, 118, 124, 128, 129, 130, 134f.1 (134), 135
 - Volks~ 678*, 679*, 679.150*, 679.151*, 745*
- Biorhythmus 138.188*
- Blankettrechtssatz 84, 152, 241, 245f., 286, 288, 297.65, 308f., 686*, 712.282*
- Böhmen
 - Verwaltungskommission 106–111
 - Landesausschuss 107f.
- Böhmische Kaiser-Franz-Joseph-Akademie der Wissenschaften, Literatur und Kunst 692*
 - „(Die) böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof“ (HK) 662*–668*, 665.130*, 665.131*, 689*
- Bourgeoisie 120, 127
- Brünner rechtstheoretische Schule 694*, 694.207*, 696*
- Buchbesprechung (HK)
 - ~ Wilhelm Coermann 644*, 645*f., 647*
 - ~ Paul Errera 644*, 645*, 646*, 647*
 - ~ Paul Eyschen 646*
 - ~ Ernst Freund 644*, 645*, 646*, 647*
 - ~ Fritz Gerlich 744*
 - ~ Arnold Krasny 651*f.
 - ~ André Lebon 646*
 - ~ Friedrich Lenz 744*
 - ~ Paulino Llambi Campbell 644*, 645*, 646*, 647*
 - ~ Wilhelm Mautner 744*
 - ~ Adolf Menzel 744*–747*
 - ~ Leonidas Pitamic 747*–751*
 - ~ Nikolaus Saripolos 646*
 - ~ Walther Schücking 644*, 645*, 647*
 - ~ Ludwig Spiegel 695*, 726.333*, 729*–734*
- Buchforderungskont *s. a. inakzeptable deckungsberechtigte Tratte* 94–103
 - Heimlichkeit des Kredites *s. a. Klandestinität* 94f., 99f., 102
 - Verständigung des Drittschuldners 94, 99f.
 - Zession 94–96, 100–102
- „(Der) Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“ (HK) 648*, 658*–661*
- Budget (Wehrmacht) *s. a. Heer* 620, 629
- Bürgerliches Gesetzbuch
 - Deutsches ~ 327
 - Entwurf für das Deutsche ~ 160.14*
 - Österreichisches Allgemeines ~ 82, 346, 353, 355f.
- Bürgerkunde 660*, 660.121*, 679*
- bytí a býti má *viz též bytí*
 - jako formy myšlení 173
 - nepřekonatelný logický rozdíl ~ 173
- býtí má *viz též bytí, bytí a býti má*
 - jako předmět vědy norem 173
 - norma jako vyjádření toho ~ 173, 175
- bytí *viz též bytí a býti má*
 - duševně zažití normu náleží do světa ~ 173

C

- Charakter 123, 124, 127, 128
- als Wurzel der Weltanschauung 128
- civilní právo *viz soukromé právo*
- (La Divina) Com(m)edia 162, 162.29*
- Constitutio Criminalis Carolina 573, 573.64*
- Constitution du Royaume de Belgique 60
- corpus juris 148, 149, 327, 685*

D

- Dante Alighieri 162, 162.29*
- „La (Divina) Com(m)edia“ 162, 162.29*
- Darwin, Charles 115.9*, 121.59*, 124
- Darwin, Erasmus 118.41*
- „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ 646*, 646.83*
- „Das Problem der Souveränität“ (HK) 739*
- Deckungswechsel 97, 101.21*
- Delegierung *s. a. Verordnung* 240–242, 245 f.
- als Blankettrechtssatz 241, 245 f.
- delegierte Rechtssetzungskompetenz 285 f.
- durch formelles Gesetz 240 f., 245
- Ermächtigung der Verwaltung zum Erlass eines Rechtssatzes 240 f.
- Rechtsverordnung und ~ 286
- staatliche Rechtsordnung als von der Autorität des Völkerrechts delegiertes Normsystem 547
- Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes 240 f.
- Zurechnung und ~ 243, 286
- Deliktsfähigkeit *s. a. Schuld*
- Begriff der ~ 458
- des Staates 456, 463–468, 518 f.
- Haftpflicht des Staates für seine Organe *s. dort*
- juristischer Personen 458–463
- Unrechts- und ~ juristischer Personen als Zurechnungsproblem 456
- Demokratie 133
- in der Militärverwaltung *s. a. Heer* 622, 624
- Denkbestimmungen
- Sein und Sollen als allgemeine ~ 27, 203
- Denken
- Mut des ~ 443
- Denkökonomie 443, 452, 470

- Derogierbarkeit / Derogierung 361, 363, 365–367, 370, 392, 394, 396 f., 399, 410 f., 422
- Deszendenztheorie *s. a. Abstammungslehre* 114 f., 124
- Deutsche Rechtswissenschaft
- Rezeption des römischen Rechts in der ~ 253–256
- Deutscher Juristentag 752*
- Deutsches
- Bürgerliches Gesetzbuch 160.14*, 327
- Privatrecht 148, 159.9*
- Reich 114, 115, 151 f., 369, 383, 411
- Staatsrecht 148 f., 159.9*, 685*, 750*
- Dezemberverfassung (1867) 151 f., 151.11*, 377 f., 379.42*, 381 f., 384, 386 f., 389–391, 400–402, 404 f., 408–412, 414, 705*
- als Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion 408–412
- Erweiterung der Autonomie der Länder 387–389
- Kompetenzverschiebung zwischen Reichsrat und Landtagen 405, 409
- „Die Neue Zeit. Revue des geistigen und öffentlichen Lebens“ 677*
- „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ 635*, 643*, 678*, 683*, 684*, 686*, 702*, 705*, 735*, 743*, 752*, 758*
- Diktatur-§ 14 14 665.131*, 699*
- Dislozierung 627, 627.18*
- Disziplin(en) *s. a. Methode(n); Wissenschaft(en)*
- explikative ~ *s. dort*
- normative ~ *s. dort*
- Sein und Sollen und Einteilung in explikative und normative ~ 29 f.
- wissenschaftliche Methode als Kompass auf dem Grenzgebiet der ~ 25
- Disziplinarrechtssatz *s. a. Amtspflicht; Staatsorgan* 474–476, 486 f., 488–490, 498 f.
- (La) Divina Com(m)edia 162, 162.29*
- Dogmatische Rechtswissenschaft 85
- als normative Disziplin 85, 206, 441 f.
- Rechtswissenschaft als ~ 31
- Dualistische Angelegenheit
- Wehrgesetzgebung als ~ 621, 625
- Dualistische Konstruktion des Völkerrechts 546 f.
- Dualistische Weltanschauung Kelsens 442

E

- Ehe 326f., 329, 331, 338, 353
 - ~rechtssatz 326
- Ehrlich, Eugen 317–358, 318.2*, 607–612, 608.1*, 613f.
 - Begriff der Rechtssoziologie *s. a. Rechtssoziologie* 324, 341
 - Begriff des staatlichen Rechts 344f.
 - deduktive und induktive Wissenschaftsmethode 322
 - Eingriffsnorm 345
 - Entscheidungsnorm 332f.4, 345, 346, 610
 - Freirechtbewegung *s. a. dort* 318.2*, 608.1*
 - Gefühlston 341f., 351
 - „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ 317–358, 607–612, 613f., 716*, 716.292*, 718*, 719*
 - Herrschaftsverhältnis 336–339, 343
 - Identifikation von Recht und Gesellschaft 351, 354
 - keine klare Unterscheidung zwischen Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung 322
 - Kontroverse mit Kelsen 654*, 655*, 655.104*, 713*, 715*, 716*, 716.291*, 717*, 717.296*, 718.298*, 722*, 733*, 755*
 - lebendes Recht 328, 353–356, 609, 614, 721*, 722*
 - Methodensynkretismus bei ~ 320, 323, 336, 352–354, 357, 608f.
 - Recht besteht nicht aus Rechtssätzen 325
 - Rechtseinrichtung 333f.
 - Rechtsnorm (Begriff) 343, 609f.
 - Rechtssatz (Begriff) 328, 330–332, 332f.4 (332), 609f.
 - Rechtssoziologie (Methode) 352
 - Seins- und Sollregel bei ~ 323
 - Staat 344–351
 - Systemlosigkeit 325
 - Tatsachen des Rechtes 326f., 332f.4 (333), 334–337, 343
 - theoretische Rechtssoziologie 323
 - Trennung von Recht und Staat 344–348
 - Übung 336f., 342
 - Verband/Verbände 326–328, 330f., 336–338, 346–348, 351
- Eigentum 329, 334, 338f., 611
 - im römischen Recht 339
- Einheit
 - der Armee *s. a. Heer* 625, 627
 - (materielle) ~ der Rechtsordnung 51, 285, 365, 379, 382, 396, 398, 407, 411, 435–437
 - der Staatsperson 51, 262
 - des Staatsvolks 38f.
 - des Staatswillens 37f., 51, 242, 285
- Elektrizitätsgesetzgebung 74f., 651*f.
- Eliminierung des Willensbegriffs aus der Psychologie 54f.
- Endpunkt
 - Gott als ~ der Zurechnung 453, 741*
 - Mensch als ~ der Zurechnung 50, 642*
 - (juristische) Person als ~ der Zurechnung 225
 - Staatswille als ~ der Zurechnung 50f., 225, 451, 453, 742*
 - (juristischer) Wille als ~ der Zurechnung 50, 461
- Englisch, Karl (Engliß, Karel) 172.1*, 202.1*
- Entscheidungsfindung 81, 82, 84
- Entstehung des Staates aus Sicht des Naturrechts durch (Gesellschafts-)Vertrag 32
- Entwicklung
 - Naturgesetz der ~ 536f., 539
 - Sozialkontrakt als einziger Faktor der sozialen ~ 537f.
- Entwicklungsgesetz *s. Naturgesetz der Entwicklung*
- Entwicklungslehre 118, 121
- Erfahrungs-Wissenschaft 96, 594
- Erkenntnis 553, 557f., 563, 571, 580, 587, 588, 589, 590, 593, 594, 594.2, 600, 604f.
 - ~formen 554, 570, 581, 590
 - ~objekt 554, 563, 568
 - ~richtung 554, 561, 604
 - ~system 553
 - juristische ~ 202, 205, 206, 371, 397f.
 - Norm als Bedingung der ~ 91
 - Norm~ als Wesen der Normwissenschaften 205–207
 - Wert als Voraussetzung oder Beziehungspunkt der ~ 563
 - Wert~ 574
 - Wirklichkeits~ 574
 - Wissenschaft ist systematische Einheit von ~ 554

Ermächtigung s. *Delegierung*

Ermessen 83f., 152f., 262, 263, 297.65, 311f., 436, 527, 628, 658*, 685*

Ersetzung

– der Rechtswissenschaft durch die Soziologie 79, 85, 126

– der Strafrechtswissenschaft durch die Psychiatrie 126

Erster Deutscher Soziologentag 656*

Erziehung

– Möglichkeiten der ~ 128

– politische ~ 114, 128, 129, 130, 131, 133–137, 141, 143

Eskont offener Buchforderungen 94–103

esthetika jako věda norem 173

Ethik 274, 554

– als normative Disziplin / Normwissenschaft 30, 203, 205, 441

– Grund für die unterschiedlichen Willensbegriffe 53f.

– Rolle des Willensbegriffs in der Psychologie, Rechtswissenschaft und ~ 53f.

– Trennung von Person und Mensch in Rechtswissenschaft und ~ 49f.

– Wille als Endpunkt der Zurechnung 50

– Willensfreiheit als notwendige Voraussetzung aller ethischen und juristischen Spekulation 52

ethika jako věda norem 173.násl.

Evolutionstheorie 118, 121.59*

Exekution

– gegen das Staatsorgan 471–474

– gegen den Staat 457.11, 468–474

– im nationalen Recht und im Völkerrecht 519

– Strafe und ~ als Unrechtsfolge 451

exekutiva

– rozlišování právního řádu a ~ 197–199

Exekutive s. a. *Verwaltung* 237, 240f., 243, 245f.

– als handelnder Staat 445f., 448, 451, 452f.

– Unterscheidung von Rechtsordnung und ~ 231–233

Explikative Betrachtungsweise s. a. *explikative Disziplin(en)*; *normative Disziplin(en)* 45

– Fahrlässigkeit (als Schuldform) aus ~ 44

– Fiktion und ~ 39

– Majoritätsprinzip und ~ 38

– Seinsgeltung und ~ 33

– Unterscheidung zwischen normativer Betrachtungsweise und ~ bei Hobbes 32

– Unterscheidung zwischen normativer Betrachtungsweise und ~ bei Locke 33

– Unterscheidung zwischen normativer Betrachtungsweise und ~ im Rahmen des Willensbegriffs 36

– Unterscheidung zwischen normativer Betrachtungsweise und ~ in der Naturrechtslehre 32f.

Explikative Disziplin(en) s. a. *Disziplinen*; *explikative Betrachtungsweise*; *Kausalität*; *normative Betrachtungsweise*; *normative Disziplin(en)*; *Wissenschaft(en)*

– erklärende Seins- oder Kausalwissenschaft s. a. *Soziologie* 78

– gewinnen Naturgesetze 30

– historische Wissenschaften als ~ 30, 31

– Naturgesetz als Gesetz der ~ 236f.

– Naturwissenschaften als ~ 30, 38, 52, 236

– Psychologie als ~ 26, 33, 52

– Rechtsgeschichte als ~ 31

– Sein und Sollen sowie Einteilung in normative Disziplinen und ~ 29f.

– Sozialpsychologie als ~ 26, 33

– Sozialwissenschaft(en) als ~ 430, 432f.

– Soziologie als ~ 30, 33, 78, 126, 319, 321, 323, 535–539, 640*

– Zurechnung und Wille in den ~ 49

Explikative Wissenschaften s. *explikative Disziplin(en)*; *Kausalwissenschaft(en)*

explikativní věda viz *kausální disciplíny*

Exportakademie 648*, 649*, 652*, 660*, 660.121*, 697*, 717*

F

Fahrlässigkeit (als Schuldform) s. a. *Schuld* 454, 462, 641*

– als (real-)psychischer Tatbestand 44

– herrschende Definition der ~ 44

– Schuld als Willensschuld und ~ 43–45

– Verbotensein als Grundlage der ~ 45

– Zurechnung und ~delikte 48f.

Faktisches Rechtsleben als Gegenstand der Soziologie s. a. *Sein und Sollen* 78

Faktum

– Norm als ~ nicht Gegenstand der Normwissenschaften 204f.

- faktum
- norma jako ~ není předmětem vědy no-rem 174
 - Februarpatent (1861) 371, 377–386, 389–391, 394, 399, 403, 412, 414, 704*f., 729*
 - als Beginn der Kontinuität der Verfassungsentwicklung 371, 377, 408f., 422
 - mangelnde Bestimmung einer Subordinierung 380, 382
 - Übertragung der gesetzgebenden Gewalt 377, 385
 - Fehlerhafter Staatsakt
 - absolute und relative Nichtigkeit 485f.
 - Anfechtbarkeit 483–487, 490f., 491–493, 494–514, 738*, 740*, 741*
 - Anfechtbarkeit als bedingte Nichtigkeit 485, 510f.
 - Anfechtungsgründe müssen positiviert sein 510
 - Aufhebung ex-nunc und ex-tunc 484, 512
 - Aufhebungs- und Anfechtungsberechtigte 484
 - Begriff (W. Jellinek) 476f.
 - Begriff (Kormann) 476f.
 - deklaratorische Feststellung der Nichtigkeit 483
 - Disziplinarrechtssatz und ~ 486
 - fehlerhafter Rechtsakt 727*, 738*
 - Fehlerkalkül 725*, 727*, 727.337*, 740*, 740.392*
 - Fehlerkategorisierung nach formellen und materiellen Mängeln des ~ 478
 - Fehlerkategorisierung nach Inhalt des ~ 477f.
 - Gesetzgebung und ~ 516f.
 - kein Teil der Rechtsordnung 487f.
 - konstitutive Feststellung der Vernichtbarkeit 483
 - Minimal- und Maximalerzeugungsbedingungen 508–511
 - nichtiger Staatsakt 290
 - nichtiges Gesetz 412–415, 417, 422
 - Nichtigkeit 480f., 483–487, 490f., 491–493, 494–514, 738*, 740*, 741*
 - Nichtigkeit / Anfechtbarkeit nach W. Jellinek 478–482, 491–493, 494–499, 513
 - Nichtigkeit / Anfechtbarkeit nach Kormann 493, 500–507, 513
 - praktische Probleme bei der Feststellung von Nichtigkeit / Anfechtbarkeit 511–514
 - Rechtslogik und ~ 480, 483, 486, 500f., 504, 509f.
 - rechtslogische und positivrechtliche Begrifflichkeit des ~ 491
 - Rechtswissenschaft und ~ 511
 - Soll- und Mussvorschriften 488–490, 497
 - Staatsunrecht und ~ 476, 515
 - Vernichtbarkeit 483–487, 490f., 491–493, 494–514
 - vollkommene und unvollkommene Rechtsnormen 497f.
 - Fehlerkalkül 725*, 727*, 727.337*, 740*, 740.392*
 - fikce *viz též synkretismus method*
 - přejímání bez kritiky ~ jiných věd 188
 - společenství panujících osob jako společenství veškerého státního národa jako ~ 188
 - stát jako fikce 181
 - synkretismus method vede k ~ 176násl.
 - theorie o společenské smlouvě v nauce přirozenoprávní diskusse jako ~ 176násl.
 - v anorganické theorie o státu 184
 - v organické theorie o státu 183násl.
 - Fiktion(en) *s. a. Methodensynkretismus* 593, 640*, 641*, 642*, 698*
 - als Warnungstafel für das Verunglücken der juristischen Konstruktion 39
 - Anerkennung der Rechtsordnung seitens der Rechtssubjekte als ~ 34, 35
 - bei Ignatz Kornfeld 88
 - explikative Betrachtungsweise und ~ 39
 - Gemeinschaft der Herrschenden als Gemeinschaft des gesamten Staatsvolks als ~ 220
 - Gesellschaftsvertragstheorie des Naturrechts als ~ 33, 207f.
 - Gültigkeit des Rechtsgeschäfts als ~ 41
 - in der anorganischen Staatstheorie 216, 462
 - in der organischen Staatstheorie 215, 216
 - kritiklose Übernahme von ~ in andere Wissenschaften 221
 - Mentalreservation und ~ 40f., 641*
 - Methodensynkretismus und ~ 33, 39, 207f.

- privatrechtlicher Willensbegriff und ~ 40
- Rechtskenntnis als ~ 40
- Staat als ~ 213
- Staatswille als real-psychische Tatsache eine ~ 39f.
- Willensbegriff und ~ 42, 50, 51f., 641*
- Willensdogma im öffentlichen Recht als ~ 249
- Finanzwissenschaft 706*, 706.257*, 723*
- Fiskus
 - als Rechtssubjekt 260f.
- Fleiner, Fritz 299.121*
- unmittelbare und mittelbar auf dem Gesetz beruhende Rechte und Pflichten 299f.67
- Förderung der Elektrizität 74f.
- Förderung der Industrie in Rumänien 66–72
- Form
 - Recht ist ~, nicht Inhalt 272, 273f.
- Form der Rechtserscheinung *s. a. Rechtswissenschaft* 79
- Formale Betrachtung
 - Rechtsverhältnis aus ~ ist Verhältnis zur Rechtsordnung 291
- Formaler Ansatz zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht *s. a. materieller Ansatz zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht* 256, 264, 265, 272f., 277f., 278f., 284, 291, 293, 295, 298, 299, 303, 315
- Formaler Begriff des Rechtssubjekts / der Person 272, 277
- Formallogischer Gegensatz zwischen Sein und Sollen 27–29, 203, 442, 553, 554
- Formalrechtliche Betrachtung
 - Interessentheorie kommt für ~ nur sekundär in Frage 265
- Formelles Gesetz *s. Gesetz im formellen Sinn*
- Forschung
 - Verhältnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher ~ 25
- Forstrecht 339
- Fortschritt
 - Naturgesetz der Entwicklung als Gesetz des ~ 537, 539
- Frankreich
 - Verfassungsrecht 646*
- Freier Wille *s. Wille*
- Freies Ermessen *s. Ermessen*

- Freiheit
 - des Willens 52–54
 - politische ~ 120, 134
 - Vertrags~ 312
- Freiheitsrechte 289
- Freirechtsbewegung *s. a. Ehrlich, Eugen; Gefühlsjurisprudenz; Judizieren sine lege* 79.2*, 80, 80.10*, 81–84, 318.2*, 424.177*, 437, 530.239*, 530, 576.77*, 608.1*, 657*, 716*, 717*
- Gegensatz zur Rechtsanwendungswissenschaft 81
- Fricker, Karl Viktor 183.24*, 214.24*
- Gesamtwille 214.5
- vůle celku 183.5

G

- Gefühlsjurisprudenz *s. a. Freirechtsbewegung* 530, 743*
- Gegensatz
 - ~ zwischen Sein und Sollen als formallogischer ~ 27–29, 203, 442, 553, 554
 - ~ zwischen Sein und Sollen als methodologischer ~ zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft 27
- Gegenstand
 - der Soziologie 78
 - einer Erfahrungs-Wissenschaft 86, 594
 - Naturgesetze als ~ der explikativen Disziplinen 30
 - Normen als ~ der normativen Disziplinen 30
 - Verwechslung von Wissenschaft und ~ 256
- Gegenüberstellung von Wertbeziehung und Werturteil 85
- Geistesleben des 19. Jahrhunderts *s. a. Kultur* 114, 115, 121
 - Mangel an politischer Kultur im ~ 114
- Geltung
 - ~ des positiven Rechts als Sollens~ 33
 - des positiven Rechts und Anerkennungstheorie 33–36
 - Seins~ 33
- Gemeinschaftscharakter des Rechts 548
- Genossenschaftsrecht 326.27*
- Gerechtigkeit 580f., 587, 589, 592, 597–600
- Gericht(e) *s. a. Richter*
 - im Rechtsstaat Untertan der Rechtsordnung 261, 262

- Justizförmigkeit der Verwaltung 292 f., 293, 294 f.
- rechtliche Bindung des Polizeistaats kam mit der Entwicklung der ~ 258
- und Behörden 323, 324, 332 f.4 (332), 340, 344 f., 346, 349–351
- „Gerichts-Zeitung“ 702*
- Germanen
- Rechtsverhältnisse bei den ~ 327 f.
- Gesamtwille *s. a. Individualwille; Staatswille; Wille* 26
- bei Fricker 214.5
- bei Wundt 37, 213 f.
- Einheit des Staates und ~ 37 f., 213–216
- in der organischen Staatstheorie Staatswille als real-psychischer ~ 37, 51
- Staatsvolk und ~ 38, 215, 220 f.
- Völkerpsychologie und ~ 214 f.
- Gesellschaft 354
- ~ im Zusammenhang mit den Rechtsnormen 79
- Juristische ~ in Wien 736*, 736.369*, 736.370*, 736.371*, 737*
- Naturrecht als Normen für die ~ 535 f.
- Soziologische ~ in Wien 24, 24.2*, 634*, 634.3*, 636*f., 698*
- Staat als Organ der ~ 351
- Staats- und ~theorien 534–541
- Gesellschaft österreichischer Volkswirte 651*
- Gesellschaftsvertrag *s. a. Kontraktualismus; Naturrecht* 534 f., 537 f., 640*
- als einziger Faktor der sozialen Entwicklung 538
- als Fiktion 33, 207 f.
- als historische Tatsache 33
- bei Hobbes
- Entstehung des Staates aus Sicht des Naturrechts durch ~ 32
- gleiche methodischen Fehler der ~theorie wie die Anerkennungstheorie 34
- Gesetz(e) *s. a. Naturgesetz(e); Norm(en)*
- Abgrenzung zur Verordnung 106, 108–110
- als die notwendige Form des Rechtssatzes 239–243, 246
- als Inhalt von Rechtsnormen 431 f., 434
- als rechtspflichtenerzeugende Norm 237 f., 241, 244
- als Rechtsquelle 429, 432–434
- als Schranke 81
- als Wertmaßstab 431
- Bedeutung des ~textes für die Wirkung eines Gesetzes 434
- Begriff (Kantorowicz) 81
- die Form des ~ hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt (Haenel) 239 f.
- Entscheidung (nicht) aus dem Wortlaut der ~ herauszuholen 82, 83, 84
- Entscheidung mit den ~ vereinbar 82, 84
- ~absolutismus 429
- im formellen Sinn *s. dort*
- im materiellen Sinn *s. dort*
- im Sinne einer bindenden Vorschrift der staatlichen Autorität 237
- kaiserliche Sanktion des Parlamentsbeschlusses 106 f., 109 f., 373–375, 390, 393–395, 398 f., 415, 418 f.
- Konflikt zwischen gesetztem und ungesetztem Recht 434, 436 f.
- Kundmachung der ~ 413 f., 418
- Lückenhaftigkeit der ~ 81, 83, 435 f.
- nichtiges ~ 412–415, 417, 422
- Norm als ~ der normativen Disziplinen im Gegensatz zum Natur~ als ~ der explikativen Disziplinen 236 f.
- normsetzende Autorität des ~ 435
- nur rechtlich Relevantes Inhalt der ~ 487 f.
- paktierte ~ 375.30*, 390, 404, 407
- positive ~ *s. dort*
- Rechtsnorm muss Form des ~ aufweisen 286, 288, 299 f.67 (300)
- Rechtssatz nicht einziger möglicher Inhalt des ~ 239 f.
- Reichs- und Landes~ *s. dort*
- richterliches Prüfungsrecht bezüglich der ~ 106, 108, 412–416, 422 f.
- Sinn oder Zweck der ~ 80, 81 f.
- Staat als Diener, nicht als Untertan der ~ (O. Mayer) 262
- und Recht 430–437
- Urteil gründet sich stets auf das ~ (O. Mayer) 282 f.
- Verordnung als Vertretung des ~ 242
- Wirkung von ~ 434
- Gesetz der Entwicklung *s. Naturgesetz der Entwicklung*
- Gesetz im formellen Sinn *s. a. Gesetz im materiellen Sinn; Rechtssatz* 106, 109 f., 237–246
- als Sitz aller Rechtssätze 241

- als vom Monarchen sanktionierter Parlamentsbeschluss 237, 244
- die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt (Haenel) 239
- Ermächtigung der Verwaltung zum Erlass eines Rechtssatzes 240f.
- Gleichsetzung von ~ und Gesetz im materiellen Sinn (Haenel) 239f.
- Rechtssatz nicht einziger möglicher Inhalt des ~ 239f.
- Unterscheidung zwischen ~ und Gesetz im materiellen Sinn 237–240, 242, 244f.
- Gesetz im materiellen Sinn *s. a. Gesetz im formellen Sinn; Rechtssatz* 237–246
- als rechtspflichtenerzeugende Norm 237, 244
- Gesetz als die notwendige Form des Rechtssatzes 239–243, 246
- Gleichsetzung von Gesetz im formellen Sinn und ~ (Haenel) 239f.
- jedes ~ ist zugleich Gesetz im formellen Sinne 239f.
- Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen Sinn und ~ 237–240, 242, 244f.
- „(Zur Lehre vom) Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ (HK) 665*, 665.130*, 667*, 701*–705*
- Gesetzesbegriff
 - Gesetz als Bezeichnung einer äußeren Form oder als Bezeichnung eines bestimmten Inhalts 240
 - in der Naturwissenschaft 236
 - in der Rechtswissenschaft 236–246
 - nach Etablierung des konstitutionellen Systems 237–246
 - Unterschied zwischen Naturgesetz und Norm 236f.
- Gesetzgebende Gewalt *s. a. Gesetzgeber* 362f., 369, 374, 383, 395, 404
 - Identität der ~ 363, 366, 370, 382, 395f.
 - Übertragung der ~ 372–374, 377, 385
- Gesetzgeber *s. a. gesetzgebende Gewalt; Gesetzgebung* 79, 82, 84
 - im Rechtsstaat hat nur der ~ die Rechtssetzungskompetenz 286
 - Monarch als alleiniger ~ 362, 372, 393–396
 - Richter als Stellvertreter des ~ 81
- Gesetzgebung *s. a. Gesetzgeber*
 - Abgrenzung von ~ und Verwaltung 241, 243, 245
 - als einzige Quelle des Staatswillens 242
 - ausschließliches ~recht des absoluten Monarchen 237, 243
 - Doppel- 625
 - durch Zusammenwirken von Parlament und Monarch 237f., 242–244
 - fehlerhafter Staatsakt und ~ 516f.
 - ~kompetenz in Heeresangelegenheiten 620, 622
 - ~recht des absoluten Monarchen in Form eines primären Ordnungsrechtes 243
 - ~recht des Parlaments 243
 - kein Staatsakt 516f.
 - Staatsunrecht und ~ 516f.
 - Vorrang der ~ 245f.
- Gesetzliche Ermächtigung *s. Delegation*
- Gewaltenteilung 106–109, 244
- Gewaltverhältnis *s. a. Herrschaftsverhältnis*
 - öffentliches Recht als ~ 276, 291, 314–316
 - Rechtsverhältnis und ~ 314–316
- Gewerbeordnung 339
- Gewohnheitsrecht *s. a. lebendes Recht* 83f., 321, 323, 336f., 367f., 431f., 476, 527.98–529.98 (527f.), 545, 548
- von Gierke, Otto (Friedrich) 181.16*, 213.16*, 326.27*, 455.17*
 - Gemeinsamkeiten der Gedanken G. Jellineks, Haenels und ~ 218f.
 - Genossenschaftsrecht 326.27*
 - Identifikation von Rechtssatz und Rechtsnorm 326
 - organická theorie o státu 181, 185
 - organische Staatstheorie 213, 217, 455f., 462, 463f., 464–466
 - Rechtsnorm / Rechtssatz (Begriff) 326, 610
 - „Schuld und Haftung“ 340.5
 - společné myšlenky u Jellinka, Haenela a ~ 185.násl.
 - staatliche Einheit aufgrund Gesamtwillen 213–216, 218
 - státní jednota na základě vůli celku 181–184, 186
 - übersieht, dass Staat zugleich Träger der Rechtsordnung und Rechtssubjekt 463f.
 - Zurechnung eines kriminellen Unrechts zu juristischen Personen / zum Staat 455, 462, 464–466

Gleichung zwischen Schuld und Wille 43, 47

Ritter von Gönner, Nikolaus Thaddäus 437f.65*

– Prinzipienstreit zwischen Savigny und ~ 438

Gott 222

– als Endpunkt der Zurechnung 453, 741*

Gottesbegriff und Staatsbegriff 447, 452f.

Gottheit bei Platon 117

Grammatik

– als normative Disziplin/Normwissenschaft 30, 203, 205, 441, 554

grammatika jako věda norem 173.násl.

Grenze

– zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft 26

„(Über) Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ (HK) 634*–643*, 635.9*, 655*, 698*

Grenzgebiet

– wissenschaftliche Methode als Kompass auf dem ~ der Disziplinen 25

Grenznutzenlehre 651*

Griechenland

– Staatsrecht ~ 646*

Grund für die unterschiedlichen Willensbegriffe 53f.

Grundgesetz über die Reichsvertretung s. *Dezemberverfassung (1867)*

„(Eine) Grundlegung der Rechtssoziologie“ (HK) 658*, 713*–722*

Grundnorm 694.207*, 725*, 726*

„Grüne Hefte“ 634.5*, 637*, 637.17*

Grünhutsche Zeitschrift s. *„Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“*

Gut

– Begriff in der Nationalökonomie 559

– Objekte werden zum ~ durch Wertschätzung der Menschen 559, 560, 562, 563, 565, 566, 566.1, 567, 568, 569, 573

– Trennung von ~ und an ihm haftenden Wert 561, 564

– wird von Menschen hervorgebracht oder gepflegt 558, 566.1, 574

H

Habsburger Monarchie s. *Österreich*

Haenel, Albert 185.32*, 217.32*, 239.8*

– die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen Inhalt 239f.

– Gemeinsamkeiten der Gedanken G. Jellineks, von Gierkes und ~ 218f.

– Gleichsetzung von Gesetz im formellen Sinn und Gesetz im materiellen Sinn (Haenel) 239f.

– společné myšlenky u Jellinka, Gierkeho a ~ 185.násl.

– Staat als Verbandseinheit 217

– stát jako jednotka svazová 185

Hafter, Ernst Siegmund 466.32*

– Deliktsfähigkeit des Staates 466–468

– Notzucht ~ an der Wissenschaft 468.25

– organische Staatstheorie 466–468

Haftpflicht des Staates für seine Organe

– aufgrund seiner Deliktsfähigkeit 521f.

– für fremdes Verschulden 522–524

– Gefühlsjurisprudenz und ~ 530

– gesetzliche Ausgestaltung der ~ 526f.

– muss sich aus dem positiven Recht ergeben 524, 527

– naturrechtliche Begründung der ~ 527, 530

– öffentlich-rechtliche ~ 525–530

– privatrechtliche ~ 524f.

– Unterscheidung von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung 522–529

Haftung 339–341, 340.5, 739*

Haftungsvertrag s. *a. Vertrag* 339

Handelsmuseum 636*, 647*, 648*, 649*, 650*, 658*, 660*, 660.121*, 697*, 717*

„Das Handelsmuseum“ 647*f., 650*, 658*–660*, 661*

Handelsrecht 648*, 660*

Handelsrechtswissenschaft in Österreich 168.67*

„Hauptprobleme der Staatsrechtlehre“ (1911) (HK) 636*–643*, 655*, 656*, 657*, 658*, 665*, 666*, 667*, 669*, 681*, 685*, 686*, 693*, 698*, 703*, 704*, 705*, 708*, 710*, 712*, 718*, 721*, 724*, 725*, 727*, 728*, 734*, 737*f., 739*, 741*, 753*, 754*

„Hauptprobleme der Staatsrechtlehre“

- (1923) (HK) 708.261*, 725.330*, 726.335*, 740.395*, 742.400*
- Heer
- allgemeine Wehrpflicht 616–622, 761*
 - Berufssoldaten 617–619
 - Budget 620, 629
 - Dislozierung 627, 627.18*
 - Einheit des ~ 625, 627
 - gemeinsames ~ 621
 - Gesetzgebungskompetenz in ~angelegenheiten 620, 622
 - ~(ober)kommando 623, 625f., 627, 629, 759*, 760*, 761*, 762*
 - ~verfassung 621–623
 - ~verwaltung 618–620, 622–629
 - Kadersystem 618
 - Kommandogewalt 623–627, 629
 - Kommandosprache 628f.
 - Krieg 616–620, 622, 624–626, 628
 - Kriegsherr 621, 628
 - Kriegsministerium 621, 623–629, 759f.*, 762*
 - Landesverteidigungsministerium 626f., 629
 - Landsturm 620, 620.6*
 - Militärausbildung 617–619
 - militärische Propädeutik 619
 - Militärkabinett 625f., 625.16*
 - Militärrecht 759*
 - Milizsystem 617–619
 - Präsenzdienst 617–621
 - Rekrutenbewilligungsrecht 620
 - Rekrutenkontingent 616–620
 - Söldner~ 617f.
 - stehendes ~ 617–619
 - Waffenübungen 619, 621
 - Wehrgesetzgebung als dualistische Angelegenheit 621, 625
- Hellmesberger Quartett 165, 165.49*
- Herrschaft s. *Herrschaftsverhältnis*
- Herrschaftstheorie s. a. *Interesstheorie*; *Mehrwerttheorie*; *Rechtsverhältnis(se)*; *Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht* 271–278
- Begriff des Rechtsverhältnisses 272f.
 - Herrschaftsverhältnis s. *dort*
 - Macht und Recht 226f., 276f., 296f., 447, 501
 - Monopolstellungen des Staates 278, 313
 - Staat als notwendiges Subjekt des öffentlichen Rechts 277f.
 - Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnissen und Herrschaftsverhältnissen nicht rechtlich begründet 273–275
 - Werturteil und Wirklichkeitsurteil 274f.
- Herrschaftsverhältnis(se) s. a. *Gewaltverhältnis*; *Herrschaftstheorie*; *Rechtsverhältnis(se)*
- bei Ehrlich 336–339, 343
 - jedes Verhältnis zwischen Menschen ein ~ 275–277
 - Macht und Recht 226f., 276f., 296f., 447, 501
 - Mensch und ~ 277
 - Rechtssubjekt/Person und ~ 277
 - Rechtsverhältnis und ~ 274f., 276f., 277f.
 - und öffentliches Recht 275f.
 - und Privatrecht 275f.
 - Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnissen und ~ nicht rechtlich begründet 273–275
- Herrscherrechte 623f.
- Heteronome Autorität
- des Staats 35f.
- Heteronomes Recht
- autonomes Moral und ~ in der Anerkennungstheorie 35
- Historische Rechtsschule 158.2*
- Historische Tatsache
- Gesellschaftsvertrag als ~ 33
- Historische Wissenschaften
- als explikative Disziplinen 30, 31
- Historischer Materialismus 746*
- Hobbes, Thomas 32.21*
- Gesellschaftsvertrag bei ~ 32
 - Unterscheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise bei ~ 32
- Hochschule für Welthandel 648*
- Freiherr von Hock, Karl (Ferdinand) 521f.212*
- Haftpflicht des Staates 521f.92a)
- Hypothetisches Urteil
- Rechtssatz als ~ 224, 257, 290, 450, 475, 477, 487, 519

I

- idea právního státu
- jako předpoklad každého státu v právním smyslu 192
 - panující nauka sleduje tendenci protichůdnou 199
 - rozlišování právního státu a exekutivy 197–199
- Idealität *s. a. Sollen* 553, 561
- Ideengeschichte 680*
- Identität
- der gesetzgebenden Gewalt 363, 366, 370, 382, 395f.
 - von Reichs- und Landesgesetzgeber 361, 392–396
 - von Willens- und Zurechnungsfähigkeit 50
 - von Willensfreiheit und Zurechnung 52f.
- von Ihering, Rudolf
- Antrittsvorlesung in Wien 164, 164.38*
 - Briefe 158–169, 687*–691*
 - Doktorjubiläum 169
 - faustischer Konflikt 163
 - formal-juristische Konstruktion 163f.
 - Geist des römischen Rechts *s. a. römisches Recht* 158, 159–163, 168
 - Geschichte des römischen Rechts *s. a. römisches Recht* 168
 - historische Grenzen des römischen Rechts 158
 - Identifikation Kelsens mit ~ 689*f.
 - Inhalt der Rechtserscheinung 163
 - Mangel an Methode 160
 - Persönlichkeit 159
 - Rezeption 159–161
 - Schreibhemmung 162f., 167
 - Selbstbekenntnis 158–169
 - Selbstreflexion 160–162
 - Theorie des römischen Rechts *s. a. römisches Recht* 158
 - universale Rechtsanschauung 158
 - Weltanschauung 158
 - Wiener Jahre 690*
 - Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz 159, 163, 164
 - Würdigung durch Kelsen 689*f.
 - Zweck im Recht 158, 163
- Immediatvortrag 625, 625.15*
- Immunität der Abgeordneten 383f., 400
- Imperativ 600–605
- kategorischer ~ 590, 590.121*, 601
 - Rechtsnorm als ~ rechtmäßigen Verhaltens 325
- Inakzeptable deckungsberechtigte Tratte *s. a. Buchforderungskont* 98–103, 659*, 661*
- Aviso 99, 101
 - Bankfähigkeit 102
 - Trassierung 99f.
 - Verständigung des Drittschuldners 99f.
 - Zession 100–102
 - Zirkulationsfähigkeit 102
- Individualismus
- Gegensatz von ~ und Kollektivismus 534
- Individualwille *s. a. Gesamtwille; Wille* 26
- Individuum 116, 121, 122, 122.1, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 135, 137
- „Industrieförderung in Rumänien“ (HK) 647*–650*, 659*
- Industrieförderungsmaßnahmen in Rumänien 66–72, 647*–650*, 649.91*
- Alkohol- und Bierfabriken 66f.
 - Bevorzugung inländischer Industrie bei öffentlichen Lieferungen 71
 - Frachtermäßigung 68f.
 - „Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie“ (1887) 66f., 649*, 650*
 - „Gesetz über die Förderung der nationalen Industrie“ (1912) 66–72, 649*, 650*
 - Handwerker 68
 - Hausindustrie 68
 - Industrieförderungsgesetz (1887) 66f.
 - Industrieförderungsgesetz (1912) 66–72
 - Kooperativgesellschaften 68
 - Landwirtschaft 68
 - Steuerbegünstigung 69–71
 - Zollfreiheit 68–70
 - Zuckerfabriken 66f.
- Inhalt
- der Normen nicht der Natur der Sache, sondern den positiven Gesetzen zu entnehmen 31
 - der Rechtserscheinung *s. a. von Ihering, Rudolf; Rechtssoziologie* 79, 163
 - nur rechtlich Relevantes kann ~ der Gesetze sein 487f.
 - Recht ist Form, nicht ~ 272, 273f.

- Streit um ~ der Soziologie 78
 - Institut für Sozialforschung in Frankfurt a. M. 744*
 - Institutionen (römisches Recht) 165f.
 - Interesse s. *Interesstheorie; öffentliches Interesse; Privatinteresse*
 - Interessenjurisprudenz 158.2*
 - Interesstheorie s. a. *Herrschaftstheorie; römisches Recht; Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht* 264–270
 - alle Rechtspflichten sind öffentlich und privat zugleich 268f.
 - auch Privatrecht im öffentlichen Interesse 265–268
 - bei Ulpian 265, 709*
 - ganze Rechtsordnung Ausdruck des öffentlichen Interesses 266f.
 - kommt für formaljuristische Betrachtung nur sekundär in Frage 265
 - öffentliches Interesse und Privatinteresse 265–269
 - öffentliches und privates Rechtsgeschäft s. *Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft*
 - Rechtsinhalt als Unterscheidungsobjekt 265
 - Unzulänglichkeit der ~ 265, 269
 - Wahlrecht und ~ 267
 - interpretace
 - poznávání norem a ~ jako podstata vědy norem 174
 - Interpretation
 - Disziplinarrechtssatz und ~ 489f., 499
 - Haftpflicht des Staates für seine Organe 524, 527
 - lex posterior derogat priori 285, 361–370, 375, 381–383, 391f., 394–399, 411, 416, 436, 726*f., 727*, 727.336*
 - Nichtigkeit/ Anfechtbarkeit fehlerhafter Staatsakte 505
 - Normkenntnis und ~ als Wesen der Normwissenschaften 205–207
 - nur durch die Rechtsordnung verliehener Mehrwert durch ~ erkennbar 305
 - nur rechtlich Relevantes Inhalt der Gesetze 487f.
 - rechtslogisches ~prinzip 505
 - Isolierung der Rechtstheorie von der Soziologie 78f.
 - ius privatum s. a. *Privatrecht* 709*
 - ius publicum s. a. *öffentliches Recht* 150, 155, 686*, 709*, 712*
- J
- „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“ 646.83*, 707*
 - „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reiches“ 752*
 - „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich“ 752*
 - Jellinek, Georg 32.23*, 178.13*, 209.13*, 444.4*
 - Begriff des Staatsunrechts 444f., 515, 516f., 521
 - Gemeinsamkeiten mit Gedanken von Gierkes, Bernatziks und Haenels 217, 218f.
 - Haftpflicht des Staates für seine Organe 522, 525f.97
 - Methodensynkretismus bei ~ 209, 218, 220
 - mylný závěr u ~ 185.násl.
 - Normative Kraft des Faktischen 28
 - psychologické podklady státu 185.násl.
 - psychologische Grundlagen des Staates 217f.
 - rozlišování sociologické a právnícké idee státu 178
 - sociální pojem státní 180, 184–188
 - sozialer Staatsbegriff 211, 217–221
 - společné myšlenky u Gierkeho, Bernatzika a Haenela 185–187
 - Staat als Machtverhältnis 219f.
 - Staat als Person als Grundpfeiler aller staatsrechtlichen Konstruktion 36
 - Staat als soziale Einheit 211, 217
 - Staat als teleologische Einheit 218f.
 - Staat als Verbandsseinheit 216f., 219
 - Staatsgebiet 218
 - Staatsvolk und herrschende Klasse 220f.
 - stát jako jednotka svazová 184.násl., 186
 - stát jako mocenský poměr 186.násl.
 - stát jako sociální jednotka 180, 184
 - stát jako teleologická jednotka 186.násl.
 - státní národ a panující třída 187.násl.
 - státní obvod 185
 - synkretismus method 178, 186, 188

- Unterscheidung von soziologischer und juristischer Staatsidee 209
- Unterscheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise bei Hobbes 32
- Zirkelschluss bei ~ 217, 218
- Jellinek, Walter 478 f.59*
- Ähnlichkeiten mit Kormann 506 f.
- Begriff des Staatsunrechts 514 f.
- fehlerhafter Staatsakt 476 f.
- Fehlerkategorisierung des Staatsakts nur de lege ferenda gerechtfertigt 499
- Nichtigkeit / Anfechtbarkeit aus Natur der Sache / Methodensynkretismus 495 f., 499, 513
- Nichtigkeit / Anfechtbarkeit des fehlerhaften Staatsakts 478–482, 491–493, 494–499, 513
- Rechtswidrigkeit und Zweckwidrigkeit 477
- Soll- und Mussvorschriften 488, 497
- vollkommene und unvollkommene Rechtsnormen 497 f.
- von Jhering, Rudolf s. von Ihering, Rudolf
- „Journal of Economics“ 651*
- Judizieren
 - contra legem 81, 83
 - ex lege 81, 84
 - psychologischer Prozess des ~ 82
 - sine lege s. a. *Freirechtsbewegung* 81, 83, 84
- jurisprudence viz *právní věda*
- Jurisprudenz s. a. *Rechtswissenschaft*
- Begriffs~ 81, 158.2*, 159.9*, 160.14*, 164, 424
- Konstruktions~ 159.9*, 164
- Jurist
 - als Mensch und Methodenvielfalt 206 f.
 - soll auch Soziologe sein 79
- Juristische Begriffsbildung
 - Befreiung der ~ von soziologischen Elementen 26
- „Juristische Blätter“ 701*f., 703*, 705*, 736*
- Juristische Erkenntnis
 - bezieht sich auf das Erkennen von Normen 202, 205, 206, 371, 397 f.
- Juristische Gesellschaft in Wien 736*, 736.369*, 736.370*, 736.371*, 737*
- Juristische Kausalität
 - ein Denkmonstrum 300
- Juristische Konstruktion s. a. *Rechtswissenschaft* 32, 33, 45, 51, 52, 53, 54, 131, 154, 163 f., 207, 209, 211, 217, 221, 222, 226, 227, 228, 230, 234, 239, 241, 243, 246, 277, 294, 295, 297.65, 311, 315, 347, 368, 369, 370, 371, 372, 378–382, 400, 408–412, 416, 418, 422, 423, 441–443, 444, 446, 447, 451, 452, 453, 463, 464, 468, 470, 487, 497, 498, 499, 501, 505, 517, 520 f., 523, 527.98–529.98 (528), 531, 535, 539, 640, 642, 709*, 711*, 726*, 738*, 746*
- der Staatstätigkeit 294
- des Staates setzt Rechtsordnung voraus 223, 231
- Fiktion als Warnungstafel für das Verunglücken der ~ 39
- juristischer Wille und realpsychischer Wille und ~ 41 f., 50, 52 f., 53 f.
- Permanenz der Rechtsordnung als unentbehrliche Vorstellung der ~ 39
- politische Idee des Rechtsstaats als Voraussetzung der ~ des Staates 262
- Realakt und Verzicht auf ~ 248
- Rechtsordnung als Voraussetzung der ~ 279, 316
- Rechtsstaatsidee als Voraussetzung der ~ des Staates 262
- Wille in der ~ und in der Soziologie 26, 36
- Zurechnung für gesamte ~ grundlegend 225
- Juristische Methode s. a. *Methode(n)*
- des Naturrechts 534–536
- zivilistische und publizistische ~ (Stoerk) 270 f.39 (270)
- Juristische Person s. a. *Person*
- als Zurechnungskonstruktion 457
- Deliktsfähigkeit / Schuld einer ~ 458–463
- Delikts- und Unrechtsfähigkeit ~ als Zurechnungsproblem 456
- kriminelle Unrechtsfähigkeit einer ~ 457 f.
- Wille der ~ als Endpunkt der Zurechnung 225, 461
- zivile Unrechtsfähigkeit einer ~ 456 f.
- Zurechnung der Organe zur ~ 457, 460, 461, 462, 464 f.
- Juristische Vereinigung in Prag 692*

- Juristischer Wille 641*, 642*
 – als Endpunkt der Zurechnung 50, 461, 642*
 – realpsychischer Wille und ~ 41f., 50, 52f., 53f.
 jus publicum *s. ius publicum*
 Justiz *s. Gericht(e)*
 Justizförmigkeit der Verwaltung 292f.
 – Rechtsprechungsfunktion der Verwaltung 293, 294f.

K

- Kampf ums Dasein 124
 Kantorowicz, Hermann Ulrich 79.2*, 576.77*, 655*, 657*, 715*, 716*, 733*, 754*, 755*f.
 – Anhänger von Rickerts Wissenschaftstheorie 576f.
 – Begriff der Rechtssoziologie 80, 85, 576f.
 – Begriff der Soziologie 79f.
 – Begriff des Gesetzes 81
 – „(Der) Kampf um die Rechtswissenschaft“ 79.2*, 81
 – Kontroverse mit Kelsen 654*, 657*, 715*
 – „Rechtswissenschaft und Soziologie“ 79–85, 656*
 – Vortrag auf dem Ersten Deutschen Soziologentag 656*
 – Wegbereiter der Rechtssoziologie *s. a. Rechtssoziologie* 79.2*
 Kapitalismus 120, 135
 Karlowa, Otto 308.150*
 – (altrömischer) zensorischer und öffentlich-rechtlicher Vertrag 308
 Kategorischer Imperativ 590, 590.121*, 601
 Kathedersozialisten 752*
 kausalita
 – kausální disciplíny směřují k poznávání ~ 175
 – ~ nestačí k vysvětlení přičitatelnosti 190násl.
 Kausalität *s. a. explikative Disziplin(en); Kausalwissenschaften; Zurechnung*
 – Begriff der ~ 553
 – juristische ~ ein Denkmonstrum 300
 – Kausalgesetz als Synonym für Sein 553
 – Kausalgesetz bei Windelband 52
 – Kausalreihe und Zurechnung 53
 – Kausalwissenschaften auf Erkenntnis der ~ gerichtet 205

- Willensfreiheit und ~ 52f.
 – zur Erklärung der Zurechnung ungenügend 223
 – Zurechnung ist nicht kausaler oder teleologischer, sondern normativer Natur 47–49, 51, 224
 – Zurechnung und ~ 449, 459
 kausální disciplíny *viz též psychologie, sociologie*
 – právník jako člověk a pluralita method 176
 – přijímatí bez kritiky fikce jiných věd 188
 – směřují k poznávání kausalit 175
 – věda norem a interpretace ~ 173–175
 – zákony přírodní jako předmět ~ 175
 Kausalwissenschaften *s. a. explikative Disziplin(en); Kausalität; Psychologie; Soziologie* 78, 553, 554
 – auf die Erkenntnis der Kausalität gerichtet 205
 – Jurist als Mensch und Methodenvielfalt 206f.
 – kritiklose Übernahme von Fiktionen in andere Wissenschaften 221
 – Naturgesetze als Gegenstand der ~ 205f.
 – Normwissenschaften und ~ 204–206
 Kelsen, Hans
 – „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“ 645*, 653*, 714*
 – „Allgemeine Staatslehre“ 725*
 – Autograph „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911) 669*
 – Autograph „Politische Weltanschauung und Erziehung“ 668*–677*, 680*, 682*, 683*
 – Autograph „Sociologická a právnícká idea státní“ 691*, 697*, 698*, 698.231*, 700*, 701*
 – Autorenschaft 664*–667*, 689*
 – Berufung an die Deutsche Universität in Prag 692*
 – Bibliographie 635*, 635.11*, 665*
 – „(Die) böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof“ 662*–668*, 665.130*, 665.131*, 689*
 – Buchbesprechung Wilhelm Coermann 644*, 645*, 647*
 – Buchbesprechung Paul Errera 644*, 645*, 646*, 647*

- Buchbesprechung Paul Eyschen 646*
- Buchbesprechung Ernst Freund 644*, 645*, 646*, 647*
- Buchbesprechung Fritz Gerlich 744*
- Buchbesprechung Arnold Krasny 651*f.
- Buchbesprechung André Lebon 646*
- Buchbesprechung Friedrich Lenz 744*
- Buchbesprechung Paulino Llambi Campbell 644*, 645*, 646*, 647*
- Buchbesprechung Wilhelm Mautner 744*
- Buchbesprechung Adolf Menzel 744*–747*
- Buchbesprechung Leonidas Pitamic 747*–751*
- Buchbesprechung Nikolaus Saripolos 646*
- Buchbesprechung Walther Schücking 644*, 645*, 647*
- Buchbesprechung Ludwig Spiegel 695*, 726.333*, 729*–734*
- „(Der) Buchforderungseskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte“ 648*, 658*–661*
- dualistische Weltanschauung 442
- Exil 669*
- „(Zur) Lehre vom) Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ 665*, 665.130*, 667*, 701*–705*
- „(Über) Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ 634*–643*, 635.9*, 655*, 698*
- „(Eine) Grundlegung der Rechtssoziologie“ 658*, 713*–722*
- Habilitation 636*, 639*, 640*, 665*, 666*, 678*, 685*, 703*, 703.245*, 708*, 717*, 730*, 737*, 745*, 747*
- „Hauptprobleme der Staatsrechtlehre“ (1911) 636*–643*, 655*, 656*, 657*, 658*, 665*, 666*, 667*, 669*, 681*, 685*, 686*, 693*, 698*, 703*, 704*, 705*, 708*, 710*, 712*, 718*, 721*, 724*, 725*, 727*, 728*, 734*, 737*f., 739*, 741*, 753*, 754*
- „Hauptprobleme der Staatsrechtlehre“ (1923) 708.261*, 725.330*, 726.335*, 740.395*, 742.400*
- Herausgeber der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 730*f., 747*f.
- Identifikation mit Rudolf von Ihering 689*f.
- „Industrieförderung in Rumänien“ 647*–650*, 659*
- „Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung“ 728*
- Kontroverse mit Ehrlich 654*, 655*, 655.104*, 658*, 713*, 715*, 716*, 716.291*, 717*, 717.296*, 718.298*, 722*, 733*, 755*
- Kontroverse mit Kantorowicz 654*, 657*, 715*
- Kontroverse mit Kornfeld 654*, 658*
- Kritik an Menzel 534–541
- Kritik an Pitamic 544–550
- Kritik an Spiegel 428–438
- „(Zur) Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ 665*, 665.130*, 667*, 701*–705*
- „(Zur) Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ 642*, 686*, 706*–713*, 724*, 729*, 737*, 739*
- Nachlass 668*, 669*, 669.147*, 679*, 698*, 731*, 748*
- „Österreich als Bundesstaat“ 684*
- „Österreichisches Staatsrecht“ 665.131*
- „(Die) politische Theorie des Sozialismus“ 684*
- „Politische Weltanschauung und Erziehung“ 668*–683*
- „(Das) Problem der Souveränität“ 739*
- Rechtspositivismus 685*, 708*, 727*, 727.338*, 728*, 732*, 741*, 756*, 757*
- „Rechtsstaat und Staatsrecht“ 642*, 683*–687*, 712*
- „(Die) Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ 643*, 751*–758*
- „(Zur) Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns“ 758*–762*
- „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ 642*f., 666*, 707*, 723*–729*, 725.329*, 737*, 738*, 739*, 740*
- „Reine Rechtslehre“ 657*, 692*, 694.207*, 708*, 725*, 727*, 727.338*, 728*, 729*, 739*, 753*
- „Replik“ 713*–722*
- Rezeption Wehrs 699*
- „Rudolf von Ihering in Briefen“ 687*–691*
- „Schlußwort“ 713*–722*
- Schuld als Relation zu einer verletzten Norm 461–463

- „Sociologická a právníká idea státní“ 642*, 691*–701*
- „(Zur) Soziologie des Rechtes“ 652*–658*
- „(Die) soziologische und die juristische Staatsidee“ s. „*Sociologická a právníká idea státní*“
- „(Der) Staatsbegriff der ‚verstehenden Soziologie‘“ 651*, 658*
- „(Über) Staatsunrecht“ 643*, 690*, 734*–743*
- Thesen Weyrs 699*
- „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1920) 645*, 653*, 714*
- Weyrs Rezension der „Hauptprobleme“ 693*, 734*
- Weyrs Rezension von „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ 695*
- Wiener rechtstheoretische Schule 694.207*
- Wissenschaftsbekanntnis 441–443
- Würdigung Iherings 689*f.
- Kerschensteiner, Georg (Michael Anton) 135–137, 135.168*
- Reformpädagogik 135
- staatsbürgerliche Erziehung 136 f.
- „the king can do no wrong“ 443, 521, 738*
- Kirchenrecht 351
- k. k. Exportakademie 648*, 649*, 652*, 660*, 660.121*, 697*, 717*
- k. k. Österreichisches Handelsmuseum 636*, 647*, 648*, 649*, 650*, 658*, 660*, 660.121*, 697*, 717*
- Klage s. *actio*
- Klandestinität s. a. *Buchforderungskont;* *Kredit* 94 f., 95.3*, 99 f., 102
- Klassenkampf 132
- Klassische Bildung 116
- Kollektiv 116, 122, 122.1, 123, 124, 127, 128, 130
- Kollektivismus 617
- Gegensatz von Individualismus und ~ 534
- Kommando s. *Heer*
- „Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung“ (HK) 728*
- Kompass
- wissenschaftliche Methode als ~ auf dem Grenzgebiet der Disziplinen 25
- Kompetenz 419, 421, 425
- ausschließliche ~ des Reichsrates für Staatsverträge 550
- des Monarchen zum Abschluss von Staatsverträgen 545–547
- Erweiterung der Landes~ 387–389
- ~-Kompetenz 376, 380, 410
- ~hoheit s. a. *Souveränität* 363, 365–370, 372–376, 380–383, 386, 389–392, 399–411, 415, 547 f.
- ~konflikt 362 f., 382 f., 394–396
- mangelnde Bestimmung der ~hoheit 374–377
- konečný bod přičitatelnosti
- (právníká) osoba jako ~ 191 nsl.
- státní vůle jako ~ 191 nsl.
- Konflikt
- von Rechtsnormen und Rechtspflichten 435
- von verschiedenen Rechtsordnungen 545 f.
- zwischen gesetztem und ungesetztem Recht 434, 436 f.
- Konstitutionalismus 237 f., 243–245, 372, 380, 416, 422
- Konstitutioneller Rechtsstaat 288.54
- Konstitutionelles Prinzip
- alles materielle Gesetz ist formelles Gesetz 238, 244 f.
- Fortwirkung des absolutistischen Staats 428 f.
- Gesetzesbegriff 237–246
- konstrukce
- právníká ~ viz *právníká konstrukce*
- Konstruktion
- dualistische ~ des Völkerrechts 546 f.
- juristische ~ s. *dort*; s. a. *von Ihering, Rudolf*
- staatsrechtliche ~ s. *dort*
- Konstruktionsjurisprudenz 159.9*, 164
- Kontraktualismus s. a. *Gesellschaftsvertrag, Soziologie* 537 f.
- Ableitung vom Sollen aus einem Sein 538
- explikative Methode 537 f.
- soziale, durch Vertrag statt nur durch Naturkräfte geschaffene Einheit 538
- Sozialkontrakt als einziger Faktor der sozialen Entwicklung 537 f.
- Sozialkontrakt als Erklärungsmittel 538
- Kontrasignatur 399, 417–422
- Kontrolle
- parlamentarische ~ der Militärverwaltung s. a. *Heer* 620, 627

- Rechts~ 622, 626
- Koordination *s. a.* *Völkerrecht, Verhältnis zum staatlichem Recht* 545
- Kormann, Karl 302.130*, 480.78*
 - Ähnlichkeiten mit W. Jellinek 506f.
 - fehlerhafter Staatsakt 476f.
 - Nichtigkeit / Anfechtbarkeit des fehlerhaften Staatsakts 493, 500–507, 513
 - Nichtigkeit / Anfechtbarkeit kasuistisch zu bestimmen 506
 - öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt auf Unterwerfung 306
 - publizistische Kraft des Verwaltungsakts 505
 - publizistisches Rechtsgeschäft 248, 299, 301
 - Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft 300–305, 306
 - Zweckwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit 503–505
- Kornfeld, Ignatz 85.23*, 655*, 716*, 733*
 - Fiktion 88
 - Kontroverse mit Kelsen 654*, 658*
 - Moralgesetze 89
 - moralische Pflicht 87f., 90
 - Normwissenschaften 86
 - Recht als eine Summe von Normen 86
 - rechtsgesellschaftliches Verhalten 90
 - Rechtsleben 90
 - Rechtsnormen 87
 - Rechtspflicht 87–90
 - Rechtsregeln 89
 - Sein und Sollen als Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft 86
 - Sitte 86–87, 89, 90
 - „Soziale Machtverhältnisse“ 85–90, 656*, 658*
 - Unterlassung 89, 90
 - Wertwissenschaften 86
 - Wirklichkeitswissenschaften 86
- Krasny von Ergen, Arnold O. 74.2*
 - Entwurf eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes 74f.
- Kredit
 - Formen des ~ 94–103
 - Heimlichkeit des ~ *s. a.* *Klandestinität* 94f., 99f., 102
 - ~genossenschaft 95f.
- Kreditvertrag 339
- Krieg *s. a.* *Heer* 616–620, 622, 624–626, 628
 - ~herr 621, 628
 - ~ministerium 621, 623–629, 759f.*, 762*
- Kriterium
 - logische Relation als ~ *s. a.* *Zurechnung* 82f.
- Kultur *s. a.* *Geistesleben des 19. Jahrhunderts* 117, 555, 556, 558, 559, 560, 561, 562, 564, 565, 566.1, 567, 568, 573, 574, 575, 576, 582, 583, 586, 595, 596, 597, 600
 - Begriff (Rickert) 558, 560, 582
 - der Antike 116, 117
 - ist Kernpunkt der Rickertschen Wissenschaftstheorie 556
 - ~leben 567
 - ~wissenschaft *s. dort*
 - politische ~ 114, 116
 - Recht als ~ 319f.1 (320)
 - technische ~ 114
- Kulturwissenschaft 556, 557, 558, 559, 562, 563, 564, 565, 566, 566.1, 567, 568, 569, 571, 572, 573, 574, 583, 593, 595, 600
 - Naturwissenschaft und historische ~ (bei Windelband und Rickert) 270f.39 (270f.)
 - Rechtswissenschaft als ~ *s. a.* *Radbruch, Gustav* 319f.2 (320), 555, 575–577, 582, 596
- Kundmachung der Gesetze 413f., 418
- Kunst
 - Methode in der Wissenschaft und Technik in der ~ 25
- L
- Laband, Paul 253.23*, 393.92*
 - Konstruktion des Verhältnisses von Monarch und Parlament 393–395
 - princeps legibus solutus als politisches Motiv für die Rezeption des römischen Rechts 253f.
 - Staatsrecht und Rezeption des römischen Rechts 254f.
- Landesausschuss (Böhmen) 107f.
- Landesberger, Adolf 98.14*
 - Antrag zum Einführungsgesetz zur neuen Wechselordnung 98–103
- Landes- und Reichsgesetz *s. a.* *Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz*
 - als Normen derselben Autorität 361f., 393f., 397–399

- Konflikt zwischen ~gebung 362f., 382f., 394–396
- Landrecht bricht Reichsrecht 369, 410f.
- Parität von ~ 360f., 363, 369, 380, 392
- Reichsrecht bricht Landrecht 369, 383, 395, 399, 410f.
- Landesverteidigungsministerium 626f., 629
- Landrecht bricht Reichsrecht 369, 410f.
- Landsturm 620, 620.6*
- Landtag 107–110, 405, 409
- Lask, Emil 577.82*
- Anhänger von Rickerts Wissenschaftstheorie 577, 582
- „Bedeutung“ bei ~ gleichbedeutend mit „Wert“ 582, 583, 586, 603
- Gegensatz von Realität und Bedeutung 583f.
- Rechtswissenschaft als Rechtswirklichkeitsbetrachtung 578, 579f.
- Lebendes Recht *s. a. Gewohnheitsrecht* 328, 353–356, 609, 610, 614, 721*, 722*
- legibus solutus 149
- als Ziel des deutschen Fürsten 148f.
- Legislative *s. Gesetzgeber; Gesetzgebung*
- „(Zur) Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn“ (HK) 665*, 665.130*, 667*, 701*–705*
- „(Zur) Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (HK) 642*, 686*, 706*–713*, 724*, 729*, 737*, 739*
- Leopold-Orden 166, 166.55*
- lex posterior derogat priori *s. a. Normkonflikt; Normkonkurrenz* 285, 361–370, 375, 381–383, 391f., 394–399, 411, 416, 436, 726*f., 727*, 727.336*
- als Prinzip der Normkonkurrenz 364–370
- im Deutschen Reich 383
- nach dem Februarpatent (1861) 381–383
- nach dem Oktoberdiplom (1860) 375
- nach der Dezemberverfassung (1867) 391f.
- Liberalismus *s. a. Anarchismus* 120–122, 124, 617f.
- Locke, John 33.25*
- Unterscheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise bei ~ 33

- Loening, Edgar 522.217*
- Haftpflicht des Staates für seine Organe 522f.
- Logik *s. a. Rechtslogik*
- als normative Disziplin/Normwissenschaft 30, 203
- logische Relation zwischen Rechtsanwendung und Rechtsordnung 82
- Möglichkeiten der ~ 442f.
- logika jako věda norem 173.násl.
- Lücken
- des Rechts oder des Gesetzes 435
- echte ~ 436f.
- in der Rechtsordnung 657*, 743*
- ~lehre 435–437
- Tatbestands~ 436
- unechte ~ 436
- Lückenhaftigkeit des Gesetzes 81, 83
- Luxemburg
- Staatsrecht 646*

M

- Macht
- (rechtlicher) Mehrwert aufgrund ~ 228f.
- Rechtsetzungs~ des Staates 230–233
- Staat als Rechtssubjekt und als ~subjekt 226f.
- Staat als ~verhältnis 219f., 226–233
- und Recht 226f., 276f., 296f., 430f., 447, 501
- Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Differenz zwischen Recht und politischer ~ 256, 260, 296f., 314–316
- Majoritätsprinzip 38
- Manchester-Liberalismus 617f.
- Marburger Schule des Neukantianismus 580.90*
- Marxismus *s. Wissenschaftlicher Sozialismus*
- Materialismus
- historischer ~ 539f.
- Materieller Ansatz zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht *s. a. formaler Ansatz zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht* 256, 264, 273, 276, 278, 284, 291, 298, 299, 305f., 313
- Materielles Gesetz *s. Gesetz im materiellen Sinn*

- Mayer, Otto 195.57*, 230.57*, 258.40*, 504.166*
- anfechtbarer Verwaltungsakt 504
 - Begriff des Verwaltungsakts 287
 - Eingriff in Freiheitsrechte bedarf gesetzlicher Grundlage 289
 - Justizförmigkeit der Verwaltung 292
 - Kritik Wehrs 229f.
 - kritika 195 n.äsl.
 - Mehrwerttheorie *s. a. dort* 278–297
 - nichtiger Staatsakt 290
 - öffentlich-rechtliche Verträge des Staates nicht denkbar 310f.
 - öffentlich-rechtlicher Vertrag 230
 - öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt auf Unterwerfung 306
 - Polizeistaat 256–263, 313
 - Polizeistaat hat kein öffentliches Recht 259, 313
 - rechtmachende Kraft 299f.⁶⁷ (300), 309f., 312
 - Staat als Diener, nicht als Untertan der Gesetze 262
 - Ungleichheit zwischen Staat und Untertan 280
 - Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 312f.
 - Urteil gründet sich stets auf das Gesetz 282f.
 - veřejnoprávní smlouva 195
 - vollkommener und unvollkommener Rechtsstaat 297.⁶⁵
 - (altrömischer) zensorischer und öffentlich-rechtlicher Vertrag 307–309
- Mehrwert *s. Mehrwerttheorie*
- Mehrwerttheorie *s. a. Herrschaftstheorie* 226–228, 501–503, 710*, 711*
- ausschließendes Verhältnis von Rechtsordnung und Verwaltung als rechtlogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee 283, 284
 - Begriff des Mehrwerts der Staatsperson (O. Mayer) 280
 - delegierte Rechtssetzungskompetenz 285f.
 - Denk- und Logikfehler in der ~ 279
 - ermöglicht keine Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 291, 296f.
 - Gleichordnung des Staates mit übrigen Rechtssubjekten als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 291f.
 - Kaufvertrag im Lichte der ~ 310f.
 - kein rechtlicher Mehrwert zwischen den Rechtssubjekten / Personen 272f., 295f.
 - Kritik Wehrs 228–234
 - Macht und Recht 296f.
 - Mehrwert als Durchbrechung der Rechtsordnung 313
 - (rechtlicher) Mehrwert aufgrund Macht 228f.
 - Naturalisation im Lichte der ~ 310f.
 - nur durch die Rechtsordnung verliehener Mehrwert durch Interpretation erkennbar 305
 - öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt auf Unterwerfung 306f.
 - rechtlicher Mehrwert gründet sich auf Gehorsamspflicht 280–282
 - rechtlicher Mehrwert muss sich auf Rechtsordnung gründen 280–282, 302, 305
 - rechtlicher Mehrwert nicht durch rechtmachende Kraft 299f.⁶⁷ (300)
 - rechtmachende Kraft 299f.⁶⁷ (300), 309f., 312
 - Rechtsetzungsmacht des Staates 230–233
 - Staat als Rechtsordnung und Staat als Rechtssubjekt 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f.
 - Staat nach herrschender Lehre kein Gleichgeordneter beim öffentlichen Vertrag 300f.
 - staatliche Monopole 278, 313
 - Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht *s. a. dort* 227f.
 - Urteil gründet sich stets auf das Gesetz (O. Mayer) 282f.
 - Verwaltungsakt hat Wirkung aus eigener Kraft (O. Mayer) 282f.
- Mensch *s. a. Person; Rechtssubjekt*
- als Endpunkt der Zurechnung 50, 642*
 - als ethisch-juristische und als zoologisch-psychologische Einheit 50, 53, 449f.
 - Herrschaftsverhältnis und ~ 275–277
 - Jurist als ~ und Methodenvielfalt 206f.
 - Trennung von Person und ~ in Rechtswissenschaft und Ethik 49f.
- Mentalreservation
- Fiktion und ~ 40f., 641*
- Menzel, Adolf 534.2*
- Kritik Kelsens an ~ 534–541

- Merkantilismus 127
- Mestre, Achille 467.37*
- organische Staatstheorie und Deliktsfähigkeit des Staates 467
- methoda
- právník jako člověk a pluralita ~ 176
 - methodický synkretismus *viz synkretismus method*
- Method(e)n) *s. a. Betrachtungsweise, Disziplin(en)*
- deduktive ~ 319, 322
 - dogmatische und deduktive ~ der Sozialwissenschaft 430
 - induktive ~ 319, 322, 339, 609
 - induktive und deskriptive ~ der Rechtswissenschaft 430
 - Jurist als Mensch und ~vielfalt 206f.
 - juristische ~ *s. dort*
 - Mangel an ~ *s. von Ihering, Rudolf* 160
 - ~ in der Wissenschaft und Technik in der Kunst 25
 - ~kritik 655*, 711*, 716*
 - ~reinheit 656*, 657*, 658*, 718*
 - ~synkretismus *s. dort*
 - ~verquickung *s. Methodensynkretismus*
 - Streit um die ~ der Soziologie 78
 - Verschiedenheit der ~ von Rechts- und Sozialwissenschaft 430–433
 - wissenschaftliche ~ als Kompass auf dem Grenzgebiet der Disziplinen 25
- Methodenfehler *s. Methodensynkretismus*
- Methodensynkretismus *s. a. Fiktion* 25, 31, 78, 587, 639*, 640*, 656*, 717*, 718*, 719*, 721*, 745*f., 755*, 756*
- bei Ehrlich 320, 323, 336, 352–354, 357, 608f.
 - bei G. Jellinek 209, 218, 220
 - bei W. Jellinek 495f., 499
 - bei Preuss 216
 - bei Rickert 561
 - bei Stoerk 208, 209
 - Fiktion und ~ 33, 39, 207f.
 - im Begriff des Staatsunrecht 530
 - im herrschenden Staatsbegriff 453
 - im wissenschaftlichen Sozialismus 539f.
 - in der modernen positivistischen Rechtslehre 208
 - in der organischen Staatstheorie 215f.
 - in der Soziologie 535–541
 - in der Staatskonstruktion 227
 - Naturrecht und ~ 32, 535–541
 - psychischer Schuldbegriff methodologisch unhaltbar 461f., 463
- methodická chyba *viz synkretismus method*
- methodický synkretismus *viz synkretismus method*
- Methodologische Untersuchungen als Selbstzweck 24f.
- Methodologischer Gegensatz
- ~ zwischen Sein und Sollen als ~ zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft 27
- Militär *s. Heer*
- Milizsystem *s. a. Heer* 617–619
- Ministerverantwortlichkeit 416–423, 621–627, 629
- Mittelalter 127
- „Mittheilungen der Gesellschaft Oesterreichischer Volkswirthe“ 651*
- moc
- ~ a právo 193násl.
 - ~ státu stanoviti právo 196–199
 - (právnícká) nadhodnota na základě moci 194násl.
 - stát jako mocenský poměr 186násl., 193násl.
 - stát jako právní subjekt a mocenský subjekt 193násl.
- Monarch
- als alleiniger Gesetzgeber 237, 243, 362, 372, 393–396
 - als Chef der Exekutive 237, 243
 - ausschließliches Gesetzgebungsrecht des absoluten ~ 237, 243
 - formelles Gesetz als vom ~ sanktionierter Parlamentsbeschluss 237, 244
 - Gesetzgebung durch Zusammenwirken von Parlament und ~ 237f., 242–244
 - Gesetzgebungsrecht des absoluten ~ in Form eines primären Verordnungsrechtes 243
 - Gesetzgebungsrecht in Form eines primären Verordnungsrechtes 243
 - Immediatvortrag 625, 625.15*
 - Kompetenz des ~ zum Abschluss von Staatsverträgen 545–547
 - Rechtsstellung des ~ im absoluten Staat 428f.
 - Sanktion des ~ 106f., 109f., 373–375, 390, 393–395, 398f., 415, 418f.
 - Staatsunrecht und ~ 443f., 521

- Übertragung der gesetzgebenden Gewalt durch den ~ 372–374, 377, 385
- Unverantwortlichkeit des ~ 417, 419–421
- Verordnungsgewalt des ~ 621, 623
- Monarchie 133, 620f.
- absolute ~ 372, 378, 410
- Umwandlung der ~ 371, 378, 385, 408
- „Monats- und Quartalsberichte der k. u. k. österreichisch-ungarischen Konsularämter.“ 650*
- Monopole 652*
- staatliche ~ 278, 313
- Monstrum
- juristische Kausalität ein Denk~ 300
- Staatsunrecht als (un)logisches ~ 453, 530
- Moral 545f.
- Herren~ (Nietzsche) 124
- heteronomes Recht und autonome ~ in der Anerkennungstheorie 35
- moralisches Unrecht und Staatsunrecht 517
- ~pflicht 88–90
- Rechtsnorm und ~norm 459
- Verquickung von Recht und ~ in der Naturrechtslehre 35
- Münsterberg, Hugo 54.47*
- Rolle des Willensbegriffs in der Ethik, Psychologie und Rechtswissenschaft 53f.
- Muss- und Sollvorschriften 488–490, 497

- N
- nadhodnota *viz theorie nadhodnoty*
- Nationales Recht
- Exekution im Völkerrecht und im ~ 519
- nationale Rechtsnorm und Völkerrechtsnorm 519f.
- Normkonflikt zwischen Völkerrecht und ~ 520
- Völkerrecht und ~ 518f.
- Nationalökonomie 559, 570
- Natur *s. a. Sein* 553, 555, 556, 558, 559, 560, 563, 564, 565, 567, 573, 574, 576, 584, 594, 595, 597
- allrechtliche ~ des Staates als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 263, 448
- ~begriff (Kant) 555
- ~begriff (Rickert) 558
- ~gesetz als Synonym für Sein 553
- ~recht *s. dort*
- ~wissenschaft(en) *s. dort*
- Natur der Sache 375, 400
- Inhalt der Normen nicht der ~, sondern den positiven Gesetzen zu entnehmen 31
- Nichtigkeit / Anfechtbarkeit aus ~/Methodensynkretismus 495f., 499, 513
- Naturalisation
- im Lichte der Mehrwerttheorie 310f.
- Naturgesetz(e) *s. a. Gesetz(e); Sein und Sollen* 78, 80, 91, 536, 539–541
- als Gegenstand der Kausalwissenschaften 205f.
- als Gesetz der explikativen Disziplinen 236
- als Normen für die Gesellschaft 535f.
- als Synonym für Sein 533
- aufgrund eines obersten Willens 236
- explikative Disziplinen gewinnen ~ 30
- identisch mit Welt des Seins 78
- Soll- und Mussvorschriften 488
- Unterschied zwischen ~ und Norm 236
- Naturgesetz der Entwicklung 536f., 539
- als Gesetz des Fortschritts 537, 539
- als Wertmaßstab 537
- Naturrecht *s. a. Gesellschaftsvertrag* 110, 587, 599, 640*, 694*, 717*, 727*, 745*, 746*, 756*
- Entstehung des Staates aus Sicht des ~ durch (Gesellschafts-)Vertrag 32
- Gesellschaftsvertragstheorie des ~ als Fiktion 33, 207f.
- juristische Methode des ~ 534–536
- Methodensynkretismus und ~ 32, 535–541
- „natürliches Recht“ 535
- naturrechtliche Begründung der Haftpflicht des Staates für seine Organe 527, 530
- naturrechtliche Vertragstheorie 534f., 538
- ~theorie 666*
- Parallele zwischen ~ und Soziologie 535–538
- Rechtslogik und ~ 515
- Staats~ 151

- Überwindung des ~ durch die positive Rechtswissenschaft 33
- Unterscheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise in der ~lehre 32f.
- Verquickung von Recht und Moral in der ~lehre 35
- Wissenschaftlicher Sozialismus als ~ der Gegenwart 540
- Naturwissenschaft(en) 114–116, 118, 120, 123, 126, 555, 556, 557, 558, 559, 567, 569, 574, 576, 577, 580, 584, 593
- allgemeine Staatslehre als ~ vom Staat 210f.
- als explikative Disziplinen 30, 38, 52, 236
- als Weltanschauung 118, 121, 123, 124, 126
- Gesetzesbegriff in der ~ 236f.
- historische (Kultur-)Wissenschaft und ~ (bei Windelband und Rickert) 270f.³⁹ (270f.)
- naturwissenschaftliche Bildung 118, 124
- „Neue Freie Presse“ 634*, 662*–664*, 662f.126*, 667*, 668*, 687*–689*, 687f.184*, 690*, 691*
- „Neues Wiener Tagblatt“ 663*, 688*
- „(Die) Neue Zeit. Revue des geistigen und öffentlichen Lebens“ 677*
- Neukantianismus 85.19*, 319f.7* (319), 320.9*, 555.5*, 577.82*, 578, 580.90*, 593.123*
- Nichtigkeit s. *fehlerhafter Staatsakt*
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm 116, 116f.26*
- als Philosoph des 19. Jahrhunderts 116, 118
- antipolitische Geist 117
- Götze ~ 117, 121
- Herrenmoral 124
- Übermensch 117f.
- und Platon 116f.
- Nihilismus 122
- Norm(en) s. a. *Gesetz(e)*; *Gesetz im materiellen Sinne*; *Normwissenschaft(en)*; *Rechtsnorm(en)*; *Rechtspflicht*; *Sollen* 78, 87, 90, 536f., 539f., 553, 554, 569f., 571, 572, 575, 577, 578, 580, 581, 584, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 641*, 701*, 710*, 719*, 720*, 726*, 756*
- Ableitung von ~ für den politischen Kampf aus der Erkenntnis der historischen Entwicklung 540
- als Ausdruck für ein Sollen 203, 206
- als Bedingung der Erkenntnis 91
- als Faktum nicht Gegenstand der Normwissenschaften 204f.
- als Gegenstand der normativen Disziplinen 30
- als Gesetz der normativen Disziplinen 236f.
- gefühlsmäßiges Erfassen der ~ gehört in die Welt des Seins 204
- Gesetz als rechtspflichtenerzeugende ~ 237f., 241, 244
- identisch mit Sollvorschriften 78
- Inhalt der (Rechts-)~ besteht aus Sollsubjekt und Sollobjekt 47
- Inhalt der ~ nicht der Natur der Sache, sondern den positiven Gesetzen zu entnehmen 31
- juristische Erkenntnis bezieht sich auf das Erkennen von ~ 202, 205, 206, 371, 397f.
- Naturgesetze als ~ für die Gesellschaft 535f.
- ~erkenntnis und Interpretation als Wesen der Normwissenschaften 205–207
- ~theorie 86
- Recht als ~ 319, 322
- Recht als Summe bestimmter ~ 86, 202
- Schuld als Relation zu einer verletzten ~ (Kelsen) 461–463
- Unterschied zwischen Naturgesetz und ~ 236
- Verhältnis der ~ von Zentral- und Gliedstaat 725*
- Zurechnung erfolgt aufgrund von (Rechts-)~ 47, 51, 223–225, 289f., 452 *norma viz též věda norem*
- jako faktum není předmětem vědy norem 174
- jest vyjádření něčeho, co se státi má 173, 175
- poznávání ~ a interpretace jako podstata vědy norem 174
- poznávání právníké záležití v poznávání ~ 172, 174násl.
- právo jako souhrn norem ~ 172
- procítiti, duševně zažití normu náleží do světa reálnosti 173

- Normative Betrachtungsweise *s. a. explikative Disziplin(en); normative Disziplin(en)* 45, 79
- Fahrlässigkeit (als Schuldform) aus ~ 44
 - Fiktion und ~ 39
 - Majoritätsprinzip und ~ 38
 - Unterscheidung zwischen explikativer Betrachtungsweise und ~ bei Hobbes 32
 - Unterscheidung zwischen explikativer Betrachtungsweise und ~ bei Locke 33
 - Unterscheidung zwischen explikativer Betrachtungsweise und ~ im Rahmen des Willensbegriffs 36
 - Unterscheidung zwischen explikativer Betrachtungsweise und ~ in der Naturrechtslehre 32f.
- Normative Disziplin(en) *s. a. Disziplinen; explikative Betrachtungsweise; explikative Disziplin(en); normative Betrachtungsweise; Normwissenschaft(en); Wissenschaft(en)*
- dogmatische Rechtswissenschaft als ~ 85, 206, 441f.
 - Ethik als ~ 30, 203, 205, 441
 - Grammatik als ~ 30, 203, 205, 441, 554
 - Logik als ~ 30, 203
 - Normen als Gegenstand der ~ 30
 - Rechtstheorie als ~ 78
 - Rechtswissenschaft als ~ 30, 203, 205, 208f., 236f., 319–323, 336, 352, 354, 357, 430, 433, 640*
 - Sein und Sollen sowie Einteilung in explikative Disziplinen und ~ 29f.
 - Staatsrechtslehre als ~ 441
 - und normsetzende Autorität / Funktion 30f., 205
 - Zurechnung und Wille in den ~ 49
- Normative Elemente der soziologischen Theorie 535–540
- Normative Kraft des Faktischen und Sein und Sollen 28f.
- Normativität
- Zurechnung ist nicht kausaler oder teleologischer, sondern normativer Natur 47–49, 51, 224
- Normerzeuger 79
- Normkollisionen 284f.
- Normkonflikt *s. a. lex posterior derogat priori*
- zwischen nationalem Recht und Völkerrecht 520
- Normkonkurrenz *s. a. lex posterior derogat priori* 360–370, 411, 710*, 725*
- Normsetzende Autorität 361–363, 365–373, 375, 377, 380, 382, 394–398, 406, 408, 410f., 415f., 422f., 425, 434–437
- Normsetzende Autorität / Funktion und Rechtswissenschaft 30f., 205
- Normsystem *s. a. Rechtsordnung* 364–371, 382, 397, 403, 407, 423, 547
- Normwissenschaft(en) *s. a. Norm(en); normative Disziplin(en); Rechtslehre; Rechtstheorie* 78, 85, 86, 553, 554, 576, 585, 589, 593, 601, 604, 605
- Ästhetik als ~ 203
 - dogmatische Rechtswissenschaft als ~ 85, 206
 - Ethik als ~ 30, 203, 205, 441
 - Grammatik als ~ 30, 203, 205, 441, 554
 - haben keine Normsetzungsautorität 205
 - Jurist als Mensch und Methodenvielfalt 206f.
 - Kausalwissenschaften und ~ 204–206
 - kritiklose Übernahme von Fiktionen in andere Wissenschaften 221
 - Logik als ~ 30, 203
 - Norm als Faktum nicht Gegenstand der ~ 204f.
 - Normerkennntnis und Interpretation als Wesen der ~ 205–207
 - Rechtstheorie als ~ 78
 - Rechtswissenschaft als ~ 30, 203, 205, 208f., 319–323, 336, 352, 354, 357, 430, 433, 640*
 - Sollen als Gegenstand der ~ 204
- Notstand 107, 110
- O
- Objektives Recht *s. a. subjektives Recht*
- Gegensatz zwischen ~ und subjektivem Recht 222f., 447f.
 - subjektives Recht und mein Recht 267, 272
- objektivní právní řád
- protiva mezi ~ a právem v subjektivním smyslu 189násl.
- Öffentlich(-rechtlicher) Vertrag *s. Vertrag*
- „Das öffentliche Recht der Gegenwart“ 646*, 646.83*

- „(Zur Lehre vom) öffentlichen Rechtsgeschäft“ (HK) 642*, 686*, 706*–713*, 724*, 729*, 737*, 739*
- Öffentliches Interesse *s. a. Privatinteresse*
- actio und ~ im Privatrecht 266
 - alle Rechtspflichten sind öffentlich und privat zugleich 268f.
 - auch Privatrecht im ~ 265–268
 - ganze Rechtsordnung Ausdruck des ~ 266f.
 - Interesse des Staates immer ~ 269f.
 - Privatinteresse und ~ 265–269
 - Staatsrecht im ~ 266f.
 - Strafrecht im ~ 266
 - subjektives Recht und ~ 267
 - Verwaltungsrecht im ~ 266f.
- Öffentliches Recht *s. a. Staat; Staatsrecht; Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht*
- als Gewaltverhältnis 276, 291, 314–316
 - des Polizeistaats 259f., 313f.
 - einseitige Willenserklärungen 298f.
 - Herrschaftsverhältnisse und ~ 275f.
 - im römischen Recht kein ~ 252, 254
 - ius publicum 150, 155, 686*, 709*, 712*
 - öffentlich-rechtliche Haftung des Staates für seine Organe 525–530
 - privatrechtliches und öffentliches / publizistisches Rechtsgeschäft *s. Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft*
 - Staat als notwendiges Subjekt des ~ 277f.
 - Unterscheidung von Privatrecht und ~ *s. dort*
 - Vertrag *s. a. dort* 298f.
 - Willensdogma im ~ als Fiktion 249, 641*
- Öffentliches / publizistisches Rechtsgeschäft *s. a. Vertrag*
- bei Kormann 248, 299, 301
 - einseitige Willenserklärungen 298f.
 - holt seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung 309
 - öffentlicher Vertrag *s. Vertrag*
 - privates Rechtsgeschäft und ~ in der Interessentheorie 269f.
 - Unterscheidung von ~ und privatem Rechtsgeschäft *s. dort*
- Oktoberdiplom (1860) 373–377, 414, 704*
- als Beginn der Kontinuität der Verfassungsentwicklung 371
 - mangelnde Bestimmung der Kompetenzhoheit 374–377
 - Subordinierung der Reichs- unter die Landesgesetzgebung 374–376
 - Übertragung der gesetzgebenden Gewalt 373f., 377
- Oldenburg
- Staatsrecht des Großherzogtums ~ 61f., 646*
- opinio necessitatis 342, 343
- Organ
- ~schaft und Stellvertretung 474–476
 - Staats~ *s. dort*
 - Zurechnung der ~ zur juristischen Person 457, 460, 461, 462, 464f.
- organická theorie o státu *viz též anorganická theorie o státu* 180–184
- fikce v ~ 183násl.
 - se shoduje v jádře s anorganickou teorií o státu 186
- Organisationsnorm 547
- Organische Staatstheorie *s. a. anorganische Staatstheorie* 211–216, 217, 326.27*, 457
- anorganische und ~ 455f., 457, 462f., 641*
 - bei von Gierke 213, 217, 455f., 462, 463f., 464–466
 - bei Hafter 466–468
 - bei Mestre 467
 - Fiktionen in der ~ 215, 216
 - Methodensynkretismus in der ~ 215f.
 - Schuldbegriff Kelsens und ~ 462f.
 - Staatswille als real-psychischer Gesamtwille in der ~ 37, 51
 - stimmt im Kern mit der anorganischen Staatstheorie überein 219
 - übersieht, dass Staat zugleich Träger der Rechtsordnung und Rechtssubjekt 463–468
- osoba
- (právníká) ~ jako konečný bod přičítatelnosti 191násl.
 - rovnocenná osobnost státu a veškerých jiných právních subjektů 192
- Österreich 114
- „Anschluss“ (1938) 664*, 689*
 - Ausgleich (1867) 378.40*, 387, 620, 620.8*
 - Austromarxismus 744*
 - Dezemberverfassung (1867) *s. dort*

- Februarpatent (1861) *s. dort*
- Handelsrechtswissenschaft in ~ 168.67*
- Oktoberdiplom (1860) *s. dort*
- politische Verhältnisse in ~ 167
- Privatrecht in ~ 164 f.41* (165)
- Reichsverfassung (1848) 704*
- Reichsvertretung 729*
- Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt (1867) 751*
- Strafprozessordnung in ~ 165.42*
- Strafrechtswissenschaft in ~ 165.42*
- Verfassungsentwicklung 371, 377
- „Österreich als Bundesstaat“ (HK) 684*
- Österreichisch-Kaiserlicher Leopold-Orden 166.55*
- Ritterkreuz des ~ 166
- „Österreichische Rundschau“ 683*f.
- „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 666*, 666.140*, 695*, 729*, 729.345*, 730*, 732*, 747*, 747.424*, 748*, 750*, 760*, 761*
- Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 82, 346, 353, 355 f.
- „Österreichisches Staatsrecht“ (HK) 665.131*
- Österreichisches Strafgesetzbuch 82

P

- Paktierte Gesetze 375.30*, 390, 404, 407
- Pandektistik 159.9*, 160, 166
- Papinian 252.18*
- Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 252
- Parallele zwischen Naturrecht und Soziologie 535–538
- Parlament
 - formelles Gesetz als vom Monarchen sanktionierter ~beschluss 237, 244
 - Gesetzgebung durch Zusammenwirken von ~ und Monarch 237 f., 242–244
 - Gesetzgebungsrecht des ~ 243
 - Zustimmung des ~ bei Staatsverträgen 544–550
- Parlamentarische Kontrolle 620, 627
- Parlamentarismus 133
- Partei 120, 133, 140, 143, 145
 - ~politik 132, 133, 135
 - sozialistische ~ 127
- Patent
 - Kaiserliches ~ betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen 106–111
 - *pater familias* 34, 639*
 - Patriotismus 129, 130, 131, 132, 134 f.1, 681*
 - Peinliche Halsgerichtsordnung 573, 573.64*
 - Permanenz
 - der Rechtsordnung 39, 446
 - des Staatswillens 39
 - Pernice, (Lothar Anton) Alfred 308.154*
 - (altrömischer) zensorischer und öffentlich-rechtlicher Vertrag 308
 - Person *s. a. Mensch; Rechtssubjekt* 321, 581, 591
 - als ethisch-juristische und als zoologisch-psychologische Einheit 50, 53, 449 f.
 - Autorität der Rechtsordnung und ~ der Verwaltung 285 f.
 - Einheitlichkeit der Staats- im Rechtsstaat 262
 - Fiskus als ~ 260 f.
 - formaler Begriff der ~ 272
 - gleichwertige Persönlichkeit der Staats- und der übrigen Rechtssubjekte 225
 - Herrschaftsverhältnis und ~ 277
 - juristische ~ *s. dort*
 - kein rechtlicher Mehrwert zwischen den ~ 272 f.
 - Mehrwert der Staats- *s. Mehrwerttheorie*
 - Mensch und ~ 449 f.
 - (juristische) ~ als Endpunkt der Zurechnung 225
 - physische ~ 50
 - rechtlicher Mehrwert gründet sich auf Gehorsamspflicht 280–282
 - Rechtsordnung rechnet der ~ den Unrechtstatbestand zu, die die Unrechtsfolge trifft 457
 - Staat als ~ als Grundpfeiler der staatsrechtlichen Konstruktion 36
 - Staatsgewalt im Polizeistaat ein Herrschaftssubjekt, nicht eine der Rechtsordnung unterworfenen ~ 256 f.
 - Staatswille und Staats- 50 f.
 - Trennung von Mensch und ~ in Rechtswissenschaft und Ethik 49 f.
 - Wille als Anfangspunkt der Zurechnung 53

- Wille als Wesen der Persönlichkeit 49
- Zurechnung ist die Verknüpfung zwischen Tatbestand und ~ 47
- Personenerläuterung 729*
- Pflicht *s. a. Rechtspflicht*
- Amts~ *s. a. Disziplinarrechtssatz; Staatsorgan* 474–476, 486f., 488–490, 498f., 527.98–529.98 (528f.)
- Interesse/~en/Rechte des Staates immer öffentlich 269f.
- nur Rechtsordnung statuiert Rechte und ~en 231–233
- ~konflikt 546
- politische ~ 115
- Philosophie 114, 120
- Rechts~ 578, 580, 580.1, 580.90*, 581, 594, 599, 648*, 694.207*, 703*
- sokratische ~ 130
- Sozial~ 648*
- Staats~ 648*
- Physiokraten 536
- Pitamic, Leonidas 544.4*
- Kritik Kelsens an ~ 544–550
- Platon 116, 116.24*, 117
- Genius bei ~ 117
- Gottheit bei ~ 117
- „Politeia“ 117, 117.29*
- Staat ~ 116f.
- und Nietzsche 116f.
- policejní stát
- právní stát a ~ 199
- Politik *s. a. politische* 114f., 121, 122, 128, 133, 134, 135, 137, 138, 143, 144, 554
- Absolutismus als politisches Prinzip *s. a. Absolutismus* 255
- Flucht vor der ~ 115, 120
- Liberalismus als Mittel der ~ 120
- Partei~ 132, 133, 135
- politische Idee des Rechtsstaats als Voraussetzung der juristischen Konstruktion des Staates 262
- Recht als rein formales Kriterium und politische Gewalt als materielles Element 256
- Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Differenz zwischen Recht und politischer Macht 256, 260, 296f., 314–316
- Politikwissenschaft 706*, 706.257*, 723*
- Politische *s. a. Politik*
- ~ Bildung 114, 116, 118, 124, 128, 129, 130, 134f.1 (134), 135
- ~ Erziehung 114, 128, 129, 130, 131, 133–137, 141, 143
- ~ Freiheit 120, 134
- ~ Kultur *s. a. Antike* 114, 116, 117
- ~ Partei *s. Partei*
- ~ Pflichten 115
- ~ Reaktion 120
- ~ Rechte 115
- ~ Theorie 679*, 680*, 681*
- „(Die) politische Theorie des Sozialismus“ (HK) 684*
- „Politische Weltanschauung und Erziehung“ (HK) 668*–683*
- Politisches
- ~ Wissen 128, 130, 143, 144
- ~ Wollen 128, 130, 134, 143
- Polizeistaat 154, 155
- als Fiskus Rechtssubjekt 260f.
- bei O. Mayer 256–263, 313
- Entwicklung vom ~ zum Rechtsstaat 261f.
- Instruktionen des Fürsten an seine Beamten 258f.
- öffentliches Recht des ~ 259f., 313f.
- ~-Ideal 127
- rechtliche Bindung des ~ kam mit der Entwicklung der Gerichte 258
- Rechtsstaat und ~ 234, 313f., 316
- staatliche Zwangsgewalt kein Inhalt einer Rechtspflicht 257
- Staatsgewalt im ~ ein Herrschaftssubjekt, nicht eine der Rechtsordnung unterworfen Person 256f.
- Staatsrecht des ~ 259f.
- Verwaltung im ~ 258–260
- Pollak, Rudolf 469.42*
- Exekution gegen den Staat 470f., 473.30
- Rechtsweg gegen den Staat 469
- Positive Gesetze *s. positives Recht*
- Positives Recht *s. a. Recht; Rechtsordnung; Rechtspositivismus*
- als geschlossenes Normsystem 437
- Anfechtungsgründe müssen positiviert sein 510
- Geltung des ~ als Sollensgeltung 33
- Geltung des ~ und Anerkennungstheorie 33–36

- Haftpflicht des Staates für seine Organe muss sich aus dem positiven Recht ergeben 524, 527
- Inhalt der Normen nicht der Natur der Sache, sondern dem ~ zu entnehmen 31
- rechtlogische und positivrechtliche Begrifflichkeit des fehlerhaften Staatsakts 491
- Positivismus *s. Rechtspositivismus*
- Positivistische Rechtswissenschaft
 - Überwindung des Naturrechts durch die ~ 33
- povinnost(i)
 - pouze právní řád stanoví práva a ~ 197–199
- poznávání
 - ~ norem jako podstata vědy norem 174
 - právnícké ~ 172, 175 násl.
- poznávání právnícké
 - záleží v poznávání norem 171, 174 násl.
- Prager Internationaler Philosophenkongress 696*
- Pragmatische Angelegenheit 620 f., 629
- Präsenzdienst *s. a. Heer*
 - ~pflicht 617–621
 - ~zeit 617–619
- Právnícká jednota 692*
 - právnícká konstrukce
 - ~ státu předpokládá právní řád 190, 197
 - přičitatelnost má centrální význam pro veškeré obory ~ 192
 - právník
 - ~ jako člověk a pluralita method 176
 - právní norma
 - přičitatelnost na základě ~ 190–192
 - právní řád *viz též právo*
 - jako summa pravidel přičítacích 191
 - pouze ~ stanoví práva a povinnosti 197–199
 - právnícká konstrukce státu předpokládá ~ 190, 197
 - rozlišování ~ a exekutivy 197–199
 - stát jako nositel ~ *viz též stát jako subjekt práva* 189 násl., 196
 - právní sociologie *viz sociologie*
 - právní stát *viz též idea právního státu*
 - pouze pro ~ existuje státní právo 195
 - policejní stát a ~ 199
 - právní věda
 - jako věda norem 172, 174, 177 násl.
 - dogmatická jurisprudence jako disciplína normativní 175
 - přejímání bez kritiky fikce jiných věd 188
 - synkretismus method v moderní positivisticke nauce právní 177
 - právo jako předmět ~ 172, 175
 - poznávání norem jako úkol ~ 176
 - stát jako právnícká a sociologická jednotka 178 násl.
 - rozlišování sociologické a právnícké idee státu 178
 - rozdíl mezi psychologii, sociologií a ~ 175 násl.
 - právo *viz též právní řád*
 - jako předmět právní vědy 172, 174, 177 násl.
 - jako souhrn norem kvalifikovaných 172
 - ~ a moc 193 násl.
 - pouze právní řád stanoví práva a povinnosti 197–199
 - protiva mezi objektivním ~ a subjektivním ~ 189 násl.
 - Preuss, Hugo 184.27*, 216.27*
 - Gesamtwille bei ~ 216
 - Methodenfehler bei ~ 216
 - methodická chyba 184
 - vůle celku 184
 - Preußen
 - Staat der Intelligenz 167
 - přičitatelnost
 - (právnícká) osoba jako konečný bod ~ 191 násl.
 - ~ nemá teleologickou povahu 190 násl.
 - ~ má centrální význam pro veškeré obory právnícké konstrukce 192
 - lidské činy jako činy státní aktem ~ právnícké osobě státu 190–192
 - podstata ~ nespočívá v kausalitě 190
 - právní normou 190–192
 - právní řád jako summa pravidel přičítacích 191
 - státní vůle jako konečný bod ~ 191 násl.
 - princeps legibus solutus *s. a. Absolutismus* 253, 685*, 709*
 - als politisches Motiv für die Rezeption des römischen Rechts 253 f.
 - als Ziel des deutschen Fürsten 148 f.
 - lässt keinen Rechtsstaat zu 254–256
 - Prinzipienstreit zwischen Savigny und Gönner 438

přírodní věda

– všeobecná státověda jako ~ o státu 179

přírodní zákony

– jako předmět kauzálních disciplín 175

přírozenoprávní nauka

– teorie o společenské smlouvě v ~ jako fikce 176 násl.

Privates Rechtsgeschäft *s. a. Vertrag*

– einseitige Willenserklärungen 298 f.

– holt seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung 309

– öffentliches Rechtsgeschäft und ~ *s. Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft*

– Unterscheidung von öffentlichem Rechtsgeschäft und ~ *s. dort*

Privatinteresse *s. a. öffentliches Interesse*

– öffentliches Interesse und ~ 265–269

Privatrecht 641*, 698*, 699*, 706*, 708*f., 711*, 723*

– actio und öffentliches Interesse 266

– auch im öffentlichen Interesse 265–268

– deutsches ~ 148, 159.9*

– einseitige Willenserklärungen 298 f.

– Herrschaftsverhältnisse und ~ 275 f.

– im ~ jedes gültige Rechtsgeschäft ein gewolltes Rechtsgeschäft 41 f.

– im römischen Recht ~ als tatsächliche wirtschaftliche Beziehungen zwischen Untertanen 252

– internationales ~ 693*

– ius privatum 709*

– Monopolstellungen des Staates und Herrschaftstheorie 278

– österreichisches ~ 164 f.41* (165)

– privatrechtliche Haftung des Staates für seine Organe 524 f.

– römisches ~ 149, 685*, 686*

– Unterscheidung von öffentlichem Recht und ~ *s. dort*

– Vertrag *s. a. dort* 298 f.

– Willensbegriff im ~ 39–42, 641*

– Willensdogma im ~ widerlegt 249

„(Das) Problem der Souveränität“ (HK) 739*

Proletariat 120, 127

Prozessrecht 598

Prüfungsrecht

– richterliches ~ bezüglich Gesetzen 106, 108, 412–416, 422 f.

– richterliches ~ bezüglich Verordnungen 106–111

Psychiatrie

– Ersetzung der Strafrechtswissenschaft durch die ~ 126

Psychologie *s. a. Kausalwissenschaften; realpsychischer Akt; Sozialpsychologie; Soziologie* 334, 335, 341, 642*

– als explikative Disziplin 26, 33, 52

– Eliminierung des Willensbegriffs aus der ~ 54 f.

– Grund für die unterschiedlichen Willensbegriffe 53 f.

– psychologische Grundlagen des Staates 217 f.

– psychologischer Prozess des Judizierens 82

– Rechtswissenschaft als Teilgebiet der ~ 334

– Rolle des Willensbegriffs in der Ethik, Rechtswissenschaft und ~ 53 f.

– soziale Einheiten 212 f.

– Unterschied zwischen Soziologie und ~ sowie Rechtswissenschaft 206 f.

– Völker~ und Gesamtwille 214 f.

psychologie *viz též kauzální disciplíny; sociologie*

– psychologické podklady státu 185 násl.

– ~ lidu a vůle celku 183

– rozdíl mezi sociologií a ~ a právnickou vědou 176

– sociální jednotky 180 násl.

Publizistischer Vertrag *s. Vertrag*

Publizistisches Rechtsgeschäft *s. öffentliches Rechtsgeschäft*

Q

Quartett Hellmesberger 165, 165.49*

R

Radbruch, Gustav 319 f.2, 319 f.7*, 593.123*

– Anhänger von Rickerts Wissenschaftstheorie 593–595

– logischer Widerspruch bei ~ 319 f.2 (320)

– Radbruchsche Formel 319 f.7* (320), 593.123*, 599

– Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft *s. a. dort; Rechtswissenschaft* 319 f.2 (320)

- Realakt
 - Unterscheidung von Rechtsgeschäft und ~ 248f.
 - Verzicht auf juristische Konstruktion 248
- Realität *s. a. Sein* 553, 554, 556, 561, 571, 578, 580, 581, 582, 587, 588, 592, 596, 598, 600, 601f.
 - Bedeutung und ~ 583, 584
 - soziale ~ 560
- Real-psychische Tatsache
 - Fahrlässigkeit (als Schuldform) als ~ 44
 - Feststellung äußerer Momente und ~ bei der Rechtsanwendung 46
 - Schuld als ~ 43
 - Staatswille als ~ eine Fiktion 39
- Real-psychischer Akt
 - Anerkennung der Rechtsordnung als ~ 34, 35
- Real-psychischer Gesamtwille 38
 - Staatswille in der organischen Staatstheorie als ~ 37, 51
- Real-psychischer Wille 449, 641*, 642*
 - Fiktion und ~ 39f.
 - juristischer Wille und ~ 41f., 50, 52f., 53f.
 - rechtliche Wirksamkeit und ~ 40
- Recht(e) *s. a. positives Recht; Rechtsordnung* 357
 - allrechtliche Natur des Staates 263, 448
 - als ein bestimmtes Sollen 430f., 435
 - als Gegenstand der Rechtswissenschaft 202, 206, 207
 - als Kultur 319f.1 (320)
 - als Norm 319, 322
 - als rein formales Kriterium und politische Gewalt als materielles Element 256
 - als Sein 430f.
 - als Seinsregel 319, 609
 - als Sollregel 319, 609
 - als Staatswille 38
 - als Summe von Normen 86, 202
 - als Teil der sozialen Wirklichkeit 319, 322
 - besteht nicht aus Rechtssätzen (Ehrlich) 325
 - des Stärkeren 124
 - Freiheits~ 289
 - Gegensatz zwischen objektivem ~ und subjektivem ~ 222f., 447f.
 - Gemeinschaftscharakter des ~ 548
 - Gewohnheits~ 83f., 321, 323, 336f., 367f., 431f., 476, 527.98–529.98 (527f.), 545, 548
 - Herrscher~ 623f.
 - heteronomes ~ und autonome Moral in der Anerkennungstheorie 35
 - Interesse/Pflichten/~e des Staates immer öffentlich 269f.
 - ist nur Form, niemals Inhalt 272, 273f.
 - Konflikt zwischen gesetztem und ungesetztem Recht 434, 436f.
 - lebendes ~ 328, 353–356, 609, 610, 614, 721*, 722*
 - Lücken des ~ 435
 - nationales ~ *s. dort*
 - natürliches ~ 535
 - nur Rechtsordnung statuiert ~ und Pflichten 231–233
 - objektives ~ *s. dort*
 - öffentliches ~ *s. dort*
 - politische ~ 115
 - positives ~ *s. dort*
 - Privat~ *s. dort*
 - rechtliche Zurechnung ist völlig willkürlich 459
 - rechtliches Sollen 319.1, 325, 355, 548, 553
 - ~bildung *s. Rechtsentstehung*
 - ~entstehung als Seinsvorgang 432
 - ~leben *s. dort*
 - ~sprache 434
 - ~überzeugung der Bevölkerung *s. Rechtsgefühl*
 - Rechtsordnung, nicht Wille der Parteien statuiert ~ und Pflichten 281
 - richterliches Prüfungs~ bezüglich der Gesetze 106, 108, 412–416, 422f.
 - richterliches Prüfungs~ bezüglich Verordnungen 106–111
 - römisches ~ *s. dort*
 - selbständiges ungesetztes ~ neben dem Gesetzesrecht 435
 - Staat als Personifikation des ~ 531
 - staatliches ~ 344–346
 - subjektives ~ *s. dort*
 - und Macht 226f., 276f., 296f., 430f., 447, 501
 - und Rechtsleben 432
 - Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Differenz zwischen ~ und politischer Macht 256, 260, 296f., 314–316

- Verquickung von Moral und ~ in der Naturrechtslehre 35
- Völker~ *s. dort*
- Zweck im ~ *s. a. von Ihering, Rudolf* 158, 163
- Rechtliche Wirksamkeit
 - real-psychologischer Wille und ~ 40
- Rechtsakt
 - fehlerhafter ~ *s. a. fehlerhafter Staatsakt* 727*, 738*
- Rechtsanwendung 79, 80, 81, 84, 370, 415f.
 - Feststellung äußerer Momente und (real-)psychischer Tatsachen bei der ~ 46
 - logische Relation zwischen ~ und Rechtsordnung 82
- Rechtsanwendungswissenschaft
 - Gegensatz zur Freirechtsbewegung 81
- Rechtsbegriff
 - Staat ausschließlichs als ~ 37
- Rechtentstehung als Seinsvorgang 432
- Rechtserkenntnis
 - als Aufgabe der Rechtswissenschaft 207, 319.1
- Rechtserscheinung
 - Form der ~ *s. a. Rechtswissenschaft* 79
 - Inhalt der ~ *s. a. von Ihering, Rudolf; Rechtssoziologie* 79, 163
- Rechtserzeugung 84
- Rechtsgefühl *s. a. Rechtsleben* 433–437
 - als Rechtsquelle 433
- Rechtsgemeinschaft 328, 340.5, 341, 346–351
- Rechtsgeschäft
 - als Willenserklärung 39
 - Gemeinsamkeit von ~, Urteil und Verwaltungsakt 295f.
 - Gültigkeit des ~ als Fiktion 41
 - im Privatrecht jedes gültige ~ ein gewolltes ~ 41f.
 - privatrechtliches und öffentliches / publizistisches ~ *s. Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft*
 - Rechtspflicht durch ~ 287
 - Unterscheidung von Realakt und ~ 248f.
- Rechtsgeschichte 576
 - als explikative Disziplin 31
- Rechtsgesellschaftliches
 - Unterlassen 90
 - Verhalten 90
- Rechtskenntnis 546, 548
 - als Fiktion 40
- Rechtskontrolle 622, 626
- Rechtskraft 293
- Rechtsleben 87, 90, 91, 429f., 432–435
 - als Rechtsquelle 429–433
 - faktisches ~ 78
- Gegensatz von Recht und ~ 432
- reale Erscheinungen des ~ 86
- Rechtslehre *s. a. Normwissenschaft(en); Rechtswissenschaft* 554, 602
 - Methodensynkretismus in der modernen positivistischen Rechtslehre 208
 - Reinigung der ~ 78
 - Vertrag als Begriff der allgemeinen ~ 301
- Rechtslogik *s. a. Logik* 281, 283, 296, 299, 300, 305, 311, 316, 442
 - als Schranke der Zurechnung 456
 - fehlerhafter Staatsakt und ~ 480, 483, 486, 500f., 504, 509f.
 - Naturrecht und ~ 515
 - rechtslogische Konsequenz und rechtspolitische Realisierung der Rechtsstaatsidee 297.65
 - rechtslogische und positivrechtliche Begrifflichkeit des fehlerhaften Staatsakts 491
 - rechtslogisches Interpretationsprinzip 505
 - Rechtsstaatsidee als logische Voraussetzung des Staatsrechts 263, 292, 315, 531
 - Soll- und Mussvorschriften 488–490, 497
 - Staatsunrecht liegt jenseits der ~ 465f., 471
 - Staatsunrecht nach der ~ nur Voraussetzung, nie Inhalt des Staatswillens 452
- Rechtsmaschine 92
- Rechtsnorm(en) *s. a. Norm(en)* 87, 321, 323, 324, 325f., 328–332, 335–337, 339, 341–343, 343.107*, 345–347, 349, 350, 352, 354, 355, 356, 357, 611
 - als Ausdruck eines Sollens 430f., 548
 - als Gegenstand der Rechtswissenschaft 430–433
 - als Imperativ rechtmäßigen Verhaltens 325
 - als Seinstatsache 79
 - als Zurechnungskriterium 289f.
 - Begriff (Ehrlich) 343, 609f.

- Begriff (von Gierke) 326, 610
- Gesetz oder Gewohnheit als Inhalt von ~ 431f.
- Identifikation von Rechtsnorm und Rechtssatz 325f., 610
- Konflikt von ~ und Rechtspflichten 435
- Moralnormen und ~ 459
- muss Form des Gesetzes aufweisen 286, 288, 299f.⁶⁷ (300)
- Rechtswissenschaft erzeugt keine ~ 441, 530
- Schuld als Relation zu einer verletzten ~ (Kelsen) 461–463
- Völkerrechtsnorm und nationale ~ 519f.
- vollkommene und unvollkommene ~ 497f.
- Wirkung von ~ 431, 434
- Zurechnung durch ~ 47, 51, 223–225, 289f., 452
- Zusammenhang mit der Gesellschaft 79
- Rechtsordnung *s. a. Normsystem; positives Recht; Recht* 148–154, 241, 245f., 327, 328, 332, 332f.4 (333), 333, 338, 344, 347–350, 355, 370f., 378–380, 391, 396–399, 412, 416, 420, 545–548, 580, 581, 587, 588, 589, 591, 592, 599, 603, 604, 605, 685*, 686*, 698*, 699*, 709*, 710*, 711*, 726*, 738*, 739*, 740*, 742*, 751*, 756*, 757*
- als Summe von Rechtssätzen 446
- als Summe von Zurechnungsregeln 225, 451
- als Voraussetzung der juristischen Konstruktion 279, 316
- als Wille einer einheitlichen Staatsperson 447
- als wollender Staat 445f., 448, 451, 452f.
- Anerkennung der ~ als real-psychischer Akt 34, 35
- Anerkennung der ~ seitens der Rechtssubjekte als Fiktion 34, 35
- ausschließendes Verhältnis von ~ und Verwaltung als rechtslogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee 283, 284
- Autorität der ~ und Person der Verwaltung 285f.
- delegierte Rechtssetzungskompetenz 285f.
- Einheitlichkeit der ~ 51, 285, 365, 379, 382, 396, 398, 407, 411, 435–437
- Ermessen *s. dort*
- erscheint in Form des Gesetzes 288, 299f.⁶⁷ (300)
- faktische Motivationsfähigkeit der ~ 447
- fehlerhafter Staatsakt kein Teil der ~ *s. a. fehlerhafter Staatsakt* 487f.
- ganze ~ Ausdruck des öffentlichen Interesses 266f.
- Gemeinsamkeit von Rechtsgeschäft, Urteil und Verwaltungsakt 295f.
- Grenze zwischen ~ und Verwaltung 241
- innere Widerspruchslosigkeit der ~ 447
- jeder Rechtstatbestand holt seine rechtliche Wirkung aus der ~ 309, 310f., 313
- juristische Konstruktion des Staates setzt ~ voraus 223, 231
- Justiz im Rechtsstaat Untertan der ~ 261, 262
- Konflikt von verschiedenen ~ 545f.
- *lex posterior derogat priori* 285, 361–370, 375, 381–383, 391f., 394–399, 411, 416, 436, 726*f., 727*, 727.^{336*}
- logische Relation zwischen Rechtsanwendung und ~ 82
- Lücken in der ~ 657*, 743*
- Mehrwert als Durchbrechung der ~ 313
- nicht Wille der Parteien, sondern nur ~ statuiert Rechte und Pflichten 231–233, 281
- Normkollisionen 284f.
- nur durch die ~ verliehener Mehrwert durch Interpretation erkennbar 305
- öffentliches Rechtsgeschäft holt seine Wirkung aus der ~ 309
- Permanenz der ~ 39, 446
- rechnet der Person den Unrechtstatbestand zu, die die Unrechtsfolge trifft 457
- rechtlich gibt es nur Untertanen der ~ 291
- rechtlicher Mehrwert muss sich auf ~ gründen 280–282, 302, 305
- Rechtsverhältnis aus formaler Betrachtung Verhältnis zur ~ 291
- souveräne ~ 376, 379, 399, 547f.
- Staat als Träger der ~ *s. a. Staat als Rechtssubjekt* 221f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531
- staatliche ~ 545–548
- staatliche ~ als von der Autorität des Völkerrechts delegiertes Normsystem 547

- Staatsgewalt im Polizeistaat ein Herrschaftssubjekt, nicht eine der ~ unterworfenen Person 256f.
- Staatsperson und übrige Rechtssubjekte der ~ gegenüber gleichgeordnet 290f.
- Stufenbau der ~ 694.207*, 725*
- Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht nur aus der ~ selbst 297f., 305
- Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft nur aus der ~ selbst 297f., 305f.
- Unterscheidung von ~ und Exekutive 231–233
- Urteil stellt nur fest, dass Rechtspflicht durch die ~ entstanden ist 287
- Verwaltung im Rechtsstaat Untertan der ~ 261, 262, 292f.
- Verwaltungsakt stellt nur Rechtspflicht/Rechtspflichtverletzung fest 288, 293f.
- Völker~ 545–548
- Zweck der ~ 470f.
- Rechtspflicht(en) s. a. *Norm(en)*; *Pflicht* 87–90, 321, 324, 341, 347, 350, 356
- alle ~ öffentlich und privat zugleich 268f.
- als moralische Pflicht 87f.
- durch Rechtsgeschäft 287
- durch Verwaltungsakt 287
- gesamtes Handeln des Rechtsstaats Erfüllung von ~ 262
- Gesetz als ~ erzeugende Norm 237f., 241, 244
- ist Norm im subjektiven Sinne 87
- Konflikt von Rechtsnormen und ~ 435
- rechtlicher Mehrwert muss sich auf Rechtsordnung gründen 280–282, 302, 305
- Rechtsordnung, nicht Wille der Parteien statuiert Rechte und Pflichten 281
- Rechtssatz statuiert ~ 286f.
- staatliche Zwangsgewalt im Polizeistaat kein Inhalt einer ~ 257
- Urteil stellt nur ~/-verletzung fest 287
- Verwaltungsakt stellt nur ~/-verletzung fest 288, 293f.
- Rechtsphilosophie 578, 580, 580.1, 580.90*, 581, 594, 599, 648*, 694.207*, 703*
- Rechtspolitik 499
- kriminelles Unrecht einer juristischen Person 458
- rechtslogische Konsequenz und rechtspolitische Realisierung der Rechtsstaatsidee 297.65
- Rechtspolitiker 79
- Rechtspositivismus 393.92*, 423–425, 587, 590, 593.123*, 685*, 708*, 727*, 727.338*, 728*, 732*, 739*, 741*, 743*, 756*, 757*
- Methodensynkretismus in der modernen positivistischen Rechtslehre 208
- Rechtsprechung s. a. *Gericht(e)*
- ~funktion der Verwaltung 293, 294f.
- Rechtsquelle 728*, 732*, 733*
- Gesetz als ~ 429, 432–434
- Rechtsgefühl als ~ 433
- Rechtsleben als ~ 429–433
- ~theorie 428–438
- Verhältnis von Recht und ~ 433
- Rechtssatz s. a. *Gesetz im formellen Sinne*; *Gesetz im materiellen Sinn* 237–246, 325–333, 338, 343, 352, 353, 588, 589, 610, 611, 685*, 686*, 704*, 705*, 712.282*, 733*, 741*, 742*
- als Ermessensgrenze 311f.
- als hypothetisches Urteil 224, 257, 290, 450, 475, 477, 487, 519
- als rechtspflichtenerzeugende Norm 237, 244
- als Voraussetzung für den juristischen Tatbestand 328–330, 338, 611
- Begriff 325, 330
- Begriff (Ehrlich) 328, 330–332, 332f.4 (332), 609f.
- Begriff (von Gierke) 326, 610
- Blankett~ 84, 152, 241, 245f., 286, 288, 297.65, 308f., 686*, 712.282*
- die Form des Gesetzes hat den ~ zu dem ihr notwendigen Inhalt (Haenel) 239f.
- Disziplinar~ s. a. *Amtspflicht*; *Staatsorgan* 474–476, 486f., 488–490, 498f.
- Ehe~ 326
- Erfassung des Sinns des ~ nur nach seinem Zweck 82
- Ermächtigung der Verwaltung zum Erlass eines ~ 240f.
- formelles Gesetz als Sitz des ~ 241
- Gesetz als die notwendige Form des ~ 239–243, 246
- Identifikation von ~ und Rechtsnorm 325f., 610
- innerer Tatbestand als Bedingung der Zurechnung 459f.

- nicht einziger möglicher Inhalt eines Gesetzes 239f.
- Recht besteht nicht aus ~ (Ehrlich) 325
- Rechtsordnung als Summe von ~ 446
- schriftliche Fixierung des ~ 325, 328, 330f., 343
- statuiert Rechtspflicht 286f.
- Statuierung des ~ durch Verordnung 241
- Zurechnung zum Staat nur aufgrund ~ 452
- Rechtsschule
- Historische ~ 158.2*
- Rechtssetzung
- delegierte ~kompetenz 285f.
- im Rechtsstaat hat nur der Gesetzgeber die ~kompetenz 286
- ~macht des Staates 230–233
- Rechtssoziologie *s. a. Ehrlich, Eugen; Sein; Soziologie* 81, 85, 91f., 318–325, 327, 332f.4 (332), 338, 341, 343f., 352, 353, 356, 357, 424f., 424.176*, 548, 576, 576.77*, 577, 584, 600, 603, 648*, 654*, 655*, 655f.105*, 656*, 657*, 658*, 715*, 717.296*, 719*, 720*, 721*, 733*, 754.435*
- als Hilfswissenschaft 81, 356
- Begriff (Kantorowicz) 80, 85, 576f.
- Eigengesetzlichkeit der ~ 656*
- Grundlage/Grundlegung der ~ 318, 325, 344, 352, 357
- ist mit dem Inhalt der Rechtsercheinung befasst 79
- soziologische Rechtswissenschaft 424, 424.176*, 430–433, 548
- Wegbereiter der ~ *s. a. Kantorowicz, Hermann Ulrich* 79.2*
- Rechtssprache 434
- Rechtsstaat *s. a. Absolutismus; Staat* 149, 151–155, 245
- allen übrigen Rechtssubjekten gleichgeordnet (koordiniert) 225f., 262, 279, 290f.
- allrechtliche Natur des Staates als Konsequenz der ~idee *s. a. Rechtsstaatsidee* 263, 448
- Einheitlichkeit der Staatsperson 262
- Entwicklung vom Polizeistaat zum ~ 261f.
- Freiheitsrechte 289
- gesamtes Handeln des ~ Erfüllung von Rechtspflichten 262
- im ~ hat nur der Gesetzgeber die Rechtssetzungskompetenz 286
- Justiz im ~ Untertan der Rechtsordnung 261, 262
- Justizförmigkeit der Verwaltung 292f., 294f.
- konstitutioneller ~ 288.54
- nur für den ~ besteht das Staatsrecht 229
- politische Idee des ~ als Voraussetzung der juristischen Konstruktion des Staates 262
- Polizeistaat und ~ 234, 313f., 316
- princeps legibus solutus lässt keinen ~ zu 254–256
- ~idee *s. dort*
- römischer Staat als ~ 310
- Staat als Rechtsordnung und Staat als Rechtssubjekt 151, 154, 211, 221, 222f., 225f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531, 545f.
- Staat zur Gänze Rechtssubjekt 262, 292f., 310, 312
- Verwaltung im ~ Untertan der Rechtsordnung 261, 262, 292f.
- vollkommener und unvollkommener ~ (O. Mayer) 297.65
- „Rechtsstaat und Staatsrecht“ (HK) 642*, 683*–687*, 712*
- Rechtsstaatsidee *s. a. Rechtsstaat*
- allrechtliche Natur des Staates als Konsequenz der ~ 263, 448
- als logische Voraussetzung des Staatsrechts 263, 292, 315, 531
- als Voraussetzung der juristischen Konstruktion des Staates 262
- als Voraussetzung jedes Staates im Rechtssinne 225, 262
- ausschließendes Verhältnis von Rechtsordnung und Verwaltung als rechtslogische Konsequenz der ~ 283, 284
- Gleichordnung des Staates mit übrigen Rechtssubjekten als Konsequenz der ~ 291f.
- herrschende Lehre verfolgt gegenläufige Tendenz 233f.
- jeder Staatsakt holt seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung 309, 310f., 313
- rechtslogische Konsequenz und rechtspolitische Realisierung der ~ 297.65

- Staat als Personifikation des Rechts 531
- Staat als Rechtsordnung und Staat als Rechtssubjekt 151, 154, 211, 221, 222f., 225f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531, 545f.
- Unterscheidung von Rechtsordnung und Exekutive 231–233
- unvereinbar mit der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht 296f.
- Rechtssubjekt(e) *s. a. Mensch; Person*
- Anerkennung der Rechtsordnung seitens ~ der als Fiktion 34, 35
- Fiskus als ~ 260f.
- formaler Begriff des ~ 272, 277
- Gemeinsamkeit von Rechtsgeschäft, Urteil und Verwaltungsakt 295f.
- Gleichordnung des Staates mit übrigen ~ als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 291f.
- Herrschaftsverhältnis und ~ 277
- im Rechtsstaat Staat zur Gänze ~ 262, 292f., 310, 312
- kein rechtlicher Mehrwert zwischen den ~ 272f., 295f.
- Polizeistaat ein Herrschaftssubjekt, kein ~ 256f.
- rechtlicher Mehrwert muss sich auf Rechtsordnung gründen 280–282, 302, 305
- Rechtsstaat allen übrigen ~ gleichgeordnet (koordiniert) 225f., 262, 279, 290f.
- Staat als ~ *s. a. Staat als Träger der Rechtsordnung* 211, 221, 222f., 225f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531, 545f.
- Staat als ~ allen anderen ~ gleichgeordnet 225f.
- Staat als ~ und als Machtsubjekt 226f.
- Staatsperson und übrige ~ 290f., 445, 523–525
- Rechtstheorie *s. a. Normwissenschaft(en)* 150, 545f., 648*, 656*, 657*, 692*, 694*, 694.207*, 695*, 704*, 708*, 709*, 726*, 728*, 743*, 753*f.
- als normative Disziplin 78
- als Normwissenschaft 78
- Trennung von der Soziologie 78f.
- Rechtsverdrehung 150
- Rechtsvergleichung 168.66*, 706*, 723*
- Rechtsverhältnis(se) *s. a. Herrschaftstheorie; Herrschaftsverhältnis*
- aus formaler Betrachtung ein Verhältnis zur Rechtsordnung 291
- Begriff des ~ in der Herrschaftstheorie 272f.
- bei den Germanen 327f.
- Gewaltverhältnis und ~ 314–316
- Herrschaftsverhältnis und ~ 274f., 276f., 277f.
- in der Urzeit 327
- Unterscheidung zwischen ~ und Herrschaftsverhältnissen nicht rechtlich begründet 273–275
- Rechtsverordnung(en) *s. Verordnung(en)*
- Rechtsweg
- gegen den Staat 469f.
- Rechtswertlehre 578, 580
- Rechtswerturteil 592
- Rechtswidrigkeit
- Zweckwidrigkeit und ~ 477, 503–505
- Rechtswissenschaft *s. a. juristische Konstruktion* 322f., 335, 354, 408, 614, 640*, 656*
- als empirische Wirklichkeitsbetrachtung 580, 584, 585, 586, 587, 590, 593
- als Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft 86, 594
- als kausal-explikative Sozialwissenschaft 430–433
- als Kulturwissenschaft *s. a. Radbruch, Gustav* 319f.2 (320), 555, 575–577, 582, 596
- als normative Disziplin/ Normwissenschaft 30, 203, 205, 208f., 236f., 319–323, 336, 352, 354, 357, 430, 433, 640*
- als Rechtserkenntnis 546, 548
- als Rechtsquellenwissenschaft 432f.
- als Rechtswirklichkeitsbetrachtung 578, 579f.
- als Sollerkenntnis 430f., 435
- als Sozialwissenschaft 26, 319
- als Teilgebiet des Psychologie 334
- als Wirklichkeitswissenschaft 319
- Auseinandersetzung mit der Soziologie 78
- Begriffsjurisprudenz 81, 158.2*, 159.9*, 160.14*, 164, 424
- dogmatische ~ als Normwissenschaft 85, 206, 441f.

- dogmatische ~ als ~ 31
- doppelte Betrachtungsweise der ~ 318f., 321
- erkennt Welt des Sollens 441f.
- Ersetzung der ~ durch die Soziologie 79, 126
- erzeugt keine Rechtsnormen 441, 530
- fehlerhafter Staatsakt und ~ 511
- Gefühlsjurisprudenz 530, 743*
- Gegensatz von ~ und Sozialwissenschaft 430–433
- Gegensatz zwischen Sein und Sollen als methodologischer Gegensatz zwischen Soziologie und ~ 27, 430–433
- Geschichte der ~ s. a. *von Ihering, Rudolf* 159, 163, 164
- Gesetzesbegriff in der ~ 236–246
- Grenze zwischen Soziologie und ~ 26
- Grund für die unterschiedlichen Willensbegriffe 53f.
- induktive und deskriptive Methode der ~ 430
- Interessenjurisprudenz 158.2*
- ist mit der Form der Rechtserscheinung befasst 79
- Konstruktionsjurisprudenz 159.9*, 164
- kritiklose Übernahme von Fiktionen in andere Wissenschaften 221
- Macht und Recht 226f., 276f., 296f., 447, 501
- Methodensynkretismus in der modernen positivistischen Rechtslehre 208
- Mut des Denkens 443
- normativ-wertende Erkenntnis 548
- Normen als Gegenstand der ~ 430–433
- normsetzende Autorität / Funktion und ~ 30f., 205
- praktische ~ 322–325, 352–355
- prinzipiell andere Methode als die Soziologie 78f., 85
- Recht als Gegenstand der ~ 202, 206, 207
- Rechtserkenntnis als Aufgabe der ~ 207, 319.1
- Rechtsverhältnis und Herrschaftsverhältnis 274f., 276f., 277f.
- Reform der ~ 318
- Rezeption des römischen Rechts in der deutschen ~ 148f., 151, 154, 253–256
- Rolle des Willensbegriffs in der Ethik, Psychologie und ~ 53f.
- Soziologie als Sozialwissenschaft und ~ 26
- Soziologie ist eine Voraussetzung der ~ 79
- soziologische ~ s. a. *Rechtssoziologie* 424, 424.176*, 430–433, 548
- Staat als juristische und als soziologische Einheit 210f.
- steht außerhalb von Kultur- und Naturwissenschaft 577
- theoretische ~ 322, 324f., 352f.
- Trennung von Person und Mensch in Ethik und ~ 49f.
- Überwindung des Naturrechts durch die positivistische ~ 33
- Unterscheidung von soziologischer und juristischer Staatsidee 209
- Unterschied zwischen Psychologie und Soziologie sowie ~ 206f.
- Wille als Endpunkt der Zurechnung 50f., 225, 451, 453, 742*
- Willensfreiheit als notwendige Voraussetzung aller ethischen und juristischen Spekulation 52
- „(Die) Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ (HK) 643*, 751*–758*
- „(Zur) Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns“ (HK) 758*–762*
- Reformpädagogik s. a. *Kerschensteiner* 135, 682*
- Regel(n) 319, 321–328, 331, 332, 332f.4, 333, 336, 337, 340, 341, 344, 347, 351, 354, 355, 610, 612
- Reich
 - Deutsches ~ 114, 115, 151f., 369, 383, 411
 - ~pogromnacht 664*, 689*
 - ~verfassung 646*
 - ~verwaltung 646*
- Reichs- und Landesgesetz
 - als Normen derselben Autorität 361f., 393f., 397–399
 - Identität von ~gesetzgeber 361, 392–396
 - Konflikt zwischen ~gebung 362f., 382f., 394–396
 - Parität von ~ 360f., 363, 369, 380, 392
 - Reichsrecht bricht Landrecht 369, 383, 395, 399, 410f.

- Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz *s. dort*
- „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ (HK) 642*f., 666*, 707*, 723*–729*, 725.328*, 737*, 738*, 739*, 740*
- Reichsrat 109f., 405, 409
- ausschließliche Kompetenz des ~ für Staatsverträge 550
- „Reine Rechtslehre“ (HK) 657*, 692*, 694.207*, 708*, 725*, 727*, 727.338*, 728*, 729*, 739*, 753*
- Reinigung der Rechtslehre 78
- Rekrutenbewilligungsrecht 620
- Rekrutenkontingent 616–620
- Relation
 - logische ~ als Kriterium *s. a. Zurechnung* 82f.
 - logische ~ zwischen Rechtsanwendung und Rechtsordnung 82
 - Organschaft und Stellvertretung als Zurechnungs~ 475
 - Schuld als ~ zu einer verletzten Norm (Kelsen) 461–463
- „Replik“ (HK) 713*–722*
- Republik 133
- Revolution 107, 110
- Rezeption des römischen Rechts 148f., 151, 154, 253–256
- Richter *s. a. Gericht(e)* 79, 83f.
 - als Stellvertreter des Gesetzgebers 81
 - rechtsschöpfende Funktion des ~ 161.25*
 - richterliche Verwerfungskompetenz für Verordnungen 107
 - richterliches Prüfungsrecht bezüglich der Gesetze 106, 108, 412–416, 422f.
 - richterliches Prüfungsrecht bezüglich Verordnungen 106–111
- Rickert, Heinrich 85, 85.19*, 271.65*, 319f.2 (320), 320.9*, 555.5*
 - „Bedeutung“ bei ~ Synonym für „Wichtigkeit“, „Interessantheit“ für den Betrachter 556, 557, 560
 - Begriff der Kultur 558, 560, 582
 - Begriff der Natur 558
 - Konzept der Kulturwissenschaft 754*–757*
 - Kultur ist Kernpunkt der ~schen Wissenschaftstheorie 556
- Methodensynkretismus bei ~ 561
- Naturwissenschaft und historische (Kultur-)Wissenschaft 270f.39 (271)
- wertbeziehendes Verfahren 564–566, 568, 569, 572, 574
- Wertlehre nach ~ 319f.2 (320), 320.9*
- Wissenschaftssystem ~ 555–569, 572, 574, 575, 576, 577, 578, 582, 586, 594, 595, 605
- Rimessa *s. Tratte, akzeptierte*
- Römischer Staat
 - als Rechtsstaat 310
- Römisches Recht 339, 685*, 686*, 694*, 709*, 717*
 - als besondere Erscheinungsform des Rechts 158
 - Eigentum im ~ 339
 - Geist des ~ *s. a. von Ihering, Rudolf* 158, 159–163, 168
 - Geschichte des ~ *s. a. von Ihering, Rudolf* 168
 - hat kein geschlossenes System an Rechtsbegriffen 250
 - historische Grenzen des ~ *s. a. von Ihering, Rudolf* 158
 - Institutionen 165f.
 - Interessentheorie *s. a. dort* 264–270
 - Pandektistik 159.9*, 160, 166
 - pater familias 34, 639*
 - princeps legibus solutus 253f.
 - Privatrecht 149, 685*, 686*
 - Privatrecht als tatsächliche wirtschaftliche Beziehungen zwischen Untertanen im ~ 252
 - Rezeption des ~ für das deutsche (Staats-)Recht 148f., 151, 154, 253–256
 - Staatsabsolutismus als Ziel der Rezeption des ~ 148f.
 - Staatsrecht des ~ 148f., 252, 254f., 327f., 685*, 686*
 - Theorie des ~ *s. a. von Ihering, Rudolf* 158
 - Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht entstammt dem ~ 250f.
 - Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht im ~ auf schwachen Beinen 264
 - Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bei Papinian 252

- Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bei Ulpian 251f.
- zensorischer und öffentlich-rechtlicher Vertrag 307–310
- rozdíl mezi veřejným a soukromým právem 194–199
- kritika Weyrova 194–199
- theorie nadhodnoty 194
- psychologické zdůvodnění 198násl.
- rozlišování právního řádu a exekutivy 197–199
- jako logický důsledek idee právního státu 197
- Weyrovo 197
- „Rudolf von Ihering in Briefen“ (HK) 687*–691*
- Rumänien
- „Gesetz über allgemeine Maßnahmen zur Unterstützung der nationalen Industrie“ (1887) 649*, 650*
- „Gesetz über die Förderung der nationalen Industrie“ (1912) 649*, 650*
- Industrieförderung s. *Industrieförderungsmaßnahmen in Rumänien*
- Ružička, Ernst 528.226*
- Haftpflicht des Staates für seine Organe 527.98–529.98 (528f.)
- S
- Sanktion
- kaiserliche ~ des Parlamentsbeschlusses 106f., 109f., 373–375, 390, 393–395, 398f., 415, 418f.
- von Savigny, Friedrich Carl 437.63*
- Prinzipienstreit zwischen ~ und Gönner 438
- „Sbornik věd právních a státních“ 691*, 692*, 694*, 695*, 698*, 700*
- „Schlußwort“ (HK) 713*–722*
- „Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche“ 751*, 752*, 753*
- „Schmollers Jahrbuch. Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften / Journal of applied social science studies“ 752*
- Schranke
- Gesetz als ~ 81
- Rechtslogik als ~ der Zurechnung 456
- Schuld s. a. *Deliktsfähigkeit; Strafrecht* 339–341, 340.5, 454, 661*, 742*
- Absicht 43
- als Bedingung der Zurechnung 459f.
- als (real-)psychischer Tatbestand 43
- als Relation zu einer verletzen Norm (Kelsen) 461–463
- als Willens~ 42, 43–45, 49, 641*
- bedeutet Zurechnung eines Erfolges 49
- einer juristischen Person 458
- Fahrlässigkeit (als Schuldform) s. a. *dort* 43–45, 454, 462
- Gleichung zwischen Wille und ~ 43, 47
- Objekt der Zurechnung sind nur äußere, nicht innere Tatbestände 458–460, 462
- psychischer ~begriff methodologisch unhaltbar 461f., 463
- ~begriff ist normativer Natur 45, 47
- Unrechtstatbestand und ~ 462f.
- Verbotensein als Grundlage der ~ 45
- Wissentlichkeit 43
- Schuldvertrag s. a. *Vertrag* 339
- Schule 130–136, 141, 143, 144
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch 84
- Sein s. a. *Realität; Rechtssoziologie; Sein und Sollen; Sollen; tatsächliches Geschehen; Wirklichkeit; Natur* 27–31, 78, 79, 321, 334, 335, 353, 354, 535, 538, 540, 553, 560, 561, 565, 569, 570, 578, 579, 580, 581, 582, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 594, 595, 596, 597, 598, 600, 601, 603, 604, 609
- als Gegenstand einer Erfahrungs-Wissenschaft 86, 594
- als Substrat des Sollens 596, 598
- gefühlsmäßiges Erfassen der Norm gehört in die Welt des ~ 204
- Kausal- oder Naturgesetz als Synonym für ~ 553
- Recht als ~ 430f.
- ~geltung 33
- ~regel 319, 321, 323–328, 609
- ~wissenschaft 78, 270f.³⁹ (271)
- Sollen als Spezialfall des ~ 28
- Sozialwissenschaft als ~wissenschaft 430
- Wirklichkeit als Synonym für ~ 553, 578, 579, 594
- Seinsbetrachtung s. *explikative Betrachtungsweise*

- Seinswissenschaft s. *Sozialwissenschaft(en)*
- Sein und Sollen s. a. *faktisches Rechtsleben; Naturgesetz(e); Sein; Sollen* 27–31, 85.19*, 319, 319.f.2 (320), 319.f.7 (319), 320.9*, 321, 324, 333, 366, 423 f., 453, 553, 554, 555.5*, 556, 561, 578, 581, 584, 590, 593.123*, 594, 595, 608 f., 640*, 656*, 694.207*, 696*, 698*, 719*, 738*, 741*, 746*, 754*, 755*, 756*, 757*
- Ableitung vom Sollen aus einem Sein 538
 - als allgemeine Denkbestimmungen 27, 203
 - als Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft (Kornfeld) 86
 - als Grundlage eines Erkenntnissystems 553
 - bei Simmel 27, 28
 - Einteilung in explikative und normative Disziplinen und ~ 29f.
 - formal-logischer, unüberwindlicher Gegensatz zwischen ~ 27–29, 203, 442, 553, 554
 - Gegensatz zwischen ~ als methodologischer Gegensatz zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft 27, 430–433
 - Normative Kraft des Faktischen und ~ 28 f.
 - Sein- und Sollregel bei Ehrlich 323
 - Synthese von ~ 535, 540
 - Trugschluss von Sein auf Sollen 538–540
- Selbständigkeit der staatlichen Rechtsordnung 547 f.
- Selbsterwerfung
- autonome ~ unter die Staatsgewalt 35 f.
- Selbstzweck
- methodologische Untersuchungen als ~ 24 f.
- Simmel, Georg 27.8*, 174.5*, 204.5*
- býtí má a představa budoucnosti 174
 - Sein und Sollen bei ~ 27, 28
 - Sollen und Zukunftsvorstellung 204
- Sinn 603, 604
- Sitte 79, 86, 87, 89, 90, 91 f.
- sittliches Sollen 319.1, 341, 553
- smlouva
- společenská ~ 176 n.ásl.
 - veřejnoprávní smlouva ~ 195, 198
- sociální jednotky 179–181
- „Sociologická a právnícká idea státní“ 642*, 691*–701*
- sociologie viz též *kausální disciplíny; psychologie*
- rozdíl mezi právníckou vědou, psychologií a ~ 175 n.ásl.
 - rozlišování sociologické a právnícké idee státu 178
 - sociální jednotky 180 n.ásl.
 - stát jako právnícká a sociologická jednotka 179
 - všeobecná státověda jako všeobecná sociální nauka o státu 179
- Sokraticke Philosophie 130
- Sollen s. a. *Idealität; Normen; Sein; Sein und Sollen; Wert; Zweck* 27–31, 78, 322, 328, 329, 334, 335, 339, 340.5, 341, 352, 535, 538, 540, 553, 554, 560, 561, 565, 570, 578, 579, 580, 581, 582, 584, 585, 586, 588, 589, 590, 591, 592, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 609
- als Gegenstand der Normwissenschaften 204
 - als Spezialfall des Seins 28
 - ästhetisches ~ 553
 - Geltung des positiven Rechts als ~geltung 33
 - Inhalt der (Rechts-)Norm besteht aus Sollsubjekt und Sollobjekt 47
 - Norm als Ausdruck für ein ~ 203, 206, 430 f.
 - rechtliches ~ 319.1, 325, 355, 548, 553
 - Rechtswissenschaft erkennt Welt des ~ 441 f.
 - Sein als Substrat des ~ 596, 598
 - sittliches ~ 319.1, 341, 553
 - ~regel 319, 321, 323, 324, 326, 328, 354, 609–611, 614
 - Soll- und Mussvorschriften 488–490, 497
 - Weltanschauung als Synonym für ~ 553, 578, 579, 594
 - Wert und Zweck als Synonym für ~ 553, 578, 579, 594
 - Wollen und ~ 29
 - Zweck als Synonym für ~ 553, 594
- Sollensbetrachtung s. *normative Betrachtungsweise*
- Sollobjekt
- Inhalt der (Rechts-)Norm besteht aus Sollsubjekt und ~ 47

- Sollsubjekt
- Inhalt der (Rechts-)Norm besteht aus Sollobjekt und ~ 47
- soukromé právo
- rozdíl mezi veřejným právem a ~ 194–199
- Souveränität *s. a. Kompetenz* 366, 369f., 372f., 375, 380, 389, 407, 592f., 621, 627
- der normierenden Autorität 284
 - der Rechtsordnung 376, 379, 399, 547f.
- Soziale Einheiten 211–221
- Sozialismus 127, 617, 534
- wissenschaftlich ~ *s. dort*
- Sozialkontrakt *s. Gesellschaftsvertrag*
- Sozialphilosophie 648*
- Sozialpräventive Funktion des Strafrechts 46
- Sozialpsychologie *s. a. Psychologie* 442
- als explikative Disziplin 26, 33
 - faktische Motivationsfähigkeit der Rechtsordnung 447
- Sozialwissenschaft(en) *s. a. Soziologie* 143f., 559, 571
- als explikative Disziplin 430, 432f.
 - als Seinswissenschaft 430
 - Bankrott der ~ 126
 - dogmatische und deduktive Methode der ~ 430
 - Gegensatz von Rechtswissenschaft und ~ 430–433
 - Rechtswissenschaft als explikative ~ 432
 - Rechtswissenschaft und Soziologie als ~ 26
 - und Soziologie 78
- Soziologentag
- Erster Deutscher ~ 656*
- Soziologie *s. a. Kausalwissenschaften; Psychologie; Rechtssoziologie; Sozialwissenschaft(en); soziologische Elemente* 324, 336, 442, 534–541, 640*, 656*, 657*, 681*, 692*, 693*, 695*, 698*, 720*, 721*, 744*, 745*, 746*, 751*
- allgemeine Staatslehre als allgemeine Sozialwissenschaft vom Staat 210
 - als Beobachtungswissenschaft 352
 - als explikative Disziplin 30, 33, 78, 126, 319, 321, 323, 535–539, 640*
 - als Lehre von den Formen sozialer Beziehungen 541
 - als Voraussetzung der Rechtswissenschaft 79
 - als werterklärende Wissenschaft 336
 - Auseinandersetzung mit der Rechtswissenschaft 78
 - Auseinandersetzung mit ihren Grenzwissenschaften 78
 - Begriff (Kantorowicz) 79f.
 - Ersetzung der Rechtswissenschaft durch die ~ 79, 85, 126
 - Erwartungen an die ~ 78
 - Existenzberechtigung der ~ 78
 - explikative Betrachtung der sozialen Wirklichkeit 535–539
 - faktisches Rechtsleben als Gegenstand der ~ 78
 - Gegensatz zwischen Sein und Sollen als methodologischer Gegensatz zwischen Rechtswissenschaft und ~ 27, 430–433
 - Gegenstand der ~ 78
 - Grenze zwischen Rechtswissenschaft und ~ 26
 - Grenzen der ~ 78
 - historischer Materialismus 539
 - Jurist soll auch Soziologe sein 79
 - kein fester Begriff 78
 - Kontraktualismus *s. a. Gesellschaftsvertrag; Kontraktualismus* 537f.
 - Majoritätsprinzip und ~ 38
 - Methodensynkretismus 535–541
 - Naturgesetze 536, 539–541
 - normative Elemente 535–540
 - Parallele zwischen Naturrecht und ~ 535–538
 - Physiokraten 536
 - prinzipiell andere Methode als die Rechtswissenschaft 78f., 85
 - Rechts~ *s. dort*
 - Rechtswissenschaft und ~ als Sozialwissenschaften 26, 319
 - soziale Einheiten 212f.
 - Sozialwissenschaften und ~ 78
 - soziologische Theorien 534–541
 - Staat als juristische und als soziologische Einheit 210f.
 - Streit um Inhalt und Methode der ~ 78
 - Trennung der ~ von der Rechtstheorie 78f.
 - Unterscheidung von soziologischer und juristischer Staatsidee 209
 - Unterschied zwischen Rechtswissenschaft sowie Psychologie und ~ 206f.

- Wille in der juristischen Konstruktion und in der ~ 26, 36
- wissenschaftlicher Sozialismus 538–540
- „(Zur) Soziologie des Rechtes“ (HK) 652*–658*
- Soziologische Elemente *s. a. Soziologie*
- Befreiung der juristischen Begriffsbildung von ~ 26
- Soziologische Gesellschaft in Wien 24, 24.2*, 634*, 634.3*, 636*f., 698*
- Soziologische Gesellschaft zu Wien *s. Soziologische Gesellschaft in Wien*
- Soziologische Rechtswissenschaft *s. a. Rechtssoziologie* 424, 424.176*, 430–433
- als erklärende oder bloß beschreibende Erkenntnis 548
- Spektralanalyse 115
- Spiegel, Ludwig 428.2*
- „Gesetz und Recht“ 695*, 729*–734*
- Kritik Kelsens an ~ 428–438
- Weyrs Rezension von „Gesetz und Recht“ 695*, 732*f.
- Spieltrieb 138, 140f.
- společenská smlouva *viz theorie o společenské smlouvě*
- Staat *s. a. öffentliches Recht; Patriotismus; Platon; Polizeistaat; Rechtsstaat; Staatstheorie; Staatswille* 123, 129, 130–138, 144f., 155, 344–351
- absolutistischer ~ *s. Absolutismus*
- allgemeine Staatslehre als allgemeine Sozialwissenschaft vom ~ 210
- allgemeine Staatslehre als Naturwissenschaft vom Staat 210f.
- allrechtliche Natur des ~ als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 263, 448
- als Ausbeuterorganisation 348
- als Diener, nicht als Untertan der Gesetze (O. Mayer) 262
- als Fiktion 213
- als Fiskus Rechtssubjekt 260f.
- als Inhalt von Rechtspflichten und Berechtigungen 151
- als juristische Einheit 221–225
- als juristische und als soziologische Einheit 210f.
- als Machtverhältnis 219f., 226–233
- als militärischer Verband 348
- als notwendiges Subjekt des öffentlichen Rechts 277f.
- als Organ der Gesellschaft 351
- als Person als Grundpfeiler der staatsrechtlichen Konstruktion 36
- als Personifikation des Rechts 531
- als Rechtspersönlichkeit 151
- als Rechtssubjekt *s. a. Staat als Träger der Rechtsordnung* 154, 211, 221, 222f., 225f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531, 545f.
- als Rechtssubjekt allen anderen Rechtssubjekten gleichgeordnet (koordiniert) 225f., 262, 279, 290f.
- als Rechtssubjekt und als Machtsubjekt 226f.
- als Rechtssubjekt Voraussetzung des Staatsrechts 225f.
- als soziale Einheit 211–221
- als teleologische Einheit 218f.
- als Träger der Rechtsordnung *s. a. Staat als Rechtssubjekt* 151, 221f., 231, 278f., 280, 286, 290f., 292, 295, 296, 301, 307, 314f., 444, 445, 446, 447, 463f., 531
- als Verbandseinheit (G. Jellinek, Haenel) 216f., 219
- ausschließlich als Rechtsbegriff 37
- autonome Selbstunterwerfung unter die ~gewalt 35f.
- bei Ehrlich 344–351
- Delikts- und Unrechtsfähigkeit des ~ 456, 463–468, 518f.
- der Intelligenz *s. a. Preußen* 167
- Entstehung des ~ aus Sicht des Naturrechts durch (Gesellschafts-)Vertrag 32
- Exekution gegen den ~ 457.11, 468–474
- Exekutive als handelnder ~ 445f., 448, 451, 452f.
- Gleichordnung des ~ mit übrigen Rechtssubjekten als Konsequenz der Rechtsstaatsidee 291f.
- Gottesbegriff und ~begriff 447, 452f.
- Haftpflicht des ~ für seine Organe *s. dort*
- heteronome Autorität des ~ 35f.
- im Rechtsstaat ~ zur Gänze Rechtssubjekt 262, 292f., 310, 312
- in der griechischen Antike 116
- in der Staatsrechtslehre ~ als soziale Einheit nur vorausgesetzt 209f.
- Interesse / Pflichten / Rechte des ~ immer öffentlich 269f.

- juristische Konstruktion des ~ setzt Rechtsordnung voraus 223, 231
- Macht und Recht 226f., 276f., 296f., 447, 501
- Mehrwert des ~ *s. Mehrwerttheorie*
- Methodensynkretismus in der ~konstruktion 227
- Monopolstellungen des ~ 278, 313, 652*
- nach herrschender Lehre kein Gleichgeordneter bei öffentlichen Verträgen 300f.
- Negation des ~ 121, 124
- öffentlich-rechtliche Verträge des ~ nicht denkbar (O. Mayer) 310f.
- Organschaft und Stellvertretung 474–476
- politische Idee des Rechtsstaats als Voraussetzung der juristischen Konstruktion des ~ 262
- Polizei~ *s. dort*
- psychologische Grundlagen des ~ 217f.
- Rechtsordnung als wollender ~ 445f., 448, 451, 452f.
- Rechtssetzungsmacht des ~ 230–233
- Rechtsstaatsidee Voraussetzung jedes ~ im Rechtssinne 225, 262
- Rechtsweg gegen den ~ 469f.
- staatliche Einheit aufgrund Gesamtwillen 213–216, 218
- ~notrecht 666*
- ~organe *s. dort*
- ~pflicht 267
- ~recht *s. dort*
- ~soziologie 324
- tatsächliche Handlung wird durch Zurechnung ~akt 223–225, 289, 313, 448f.
- Überwindung des ~ 117f., 121
- und übrige Rechtssubjekte 290f., 445, 523–525
- Ungleichheit zwischen ~ und Untertan (O. Mayer) 280
- Unrecht des ~ *s. Staatsunrecht*
- Unrecht des ~ und Unrecht des Staatsorgans 474–476
- Untertan und ~ *s. Mehrwerttheorie*
- Wille des ~ *s. Staatswille*
- Zurechnung eines kriminellen Unrechts zum ~ 455, 463–468, 473
- Zurechnung zum ~ nur aufgrund Rechtsatz 452
- Zurechnung zwischen ~ und Staatsorgan 51, 474–476
- Zwangsordnung des ~ 350
- Staatsabsolutismus
- als Ziel der Rezeption des römischen Rechts 148f.
- Staatsakt *s. a. Staatsverträge* 544, 547f., 740*
- fehlerhafter ~ *s. dort*
- Gesetzgebung kein ~ 516f.
- holt seine rechtliche Wirkung aus der Rechtsordnung 309f., 310f., 313
- Minimal- und Maximalerzeugungsbedingungen des ~ 508–511
- nichtiger ~ *s. a. fehlerhafter Staatsakt* 290
- Staatsunrecht und fehlerhafter ~ 476, 515
- tatsächlicher Akt wird ~ durch Zurechnung zur juristischen Staatsperson 223–225, 289, 313, 448f.
- Staatsbegriff
- Gottesbegriff und ~ 447, 452f.
- Methodensynkretismus im herrschenden ~ 453
- sozialer ~ 211, 217–221
- „(Der) Staatsbegriff der ‚verstehenden Soziologie“ (HK) 651*, 658*
- Staatsgebiet (G. Jellinek) 218
- Staatsgewalt *s. a. Staat*
- autonome Selbstunterwerfung unter die ~ 35f.
- im Polizeistaat ein Herrschaftssubjekt, nicht eine der Rechtsordnung unterworfen Person 256f.
- Staatsidee
- Unterscheidung von soziologischer und juristischer ~ 209
- Staatslehre 648*, 679*, 695*, 757*
- Staatslehre, allgemeine *s. a. Staatsrechtslehre*
- „Allgemeine Staatslehre“ (HK) 725*
- als allgemeine Sozialwissenschaft vom Staat 210
- als Naturwissenschaft vom Staat 210f.
- Staat als juristische und als soziologische Einheit 210f.
- Staatsnaturrecht 151
- Staatsnotrecht 666*
- Staatsorgan(e) *s. a. Amtspflicht; Disziplinarrechtssatz* 547f.
- Aufhebungs- und Anfechtungsberechtigung für fehlerhafte Staatsakte *s. a. fehlerhafter Staatsakt* 484

- Exekution gegen das ~ 471–474
- Haftpflicht des Staates für seine ~ *s. dort*
- Organschaft und Stellvertretung 474–476
- Unrecht des Staates und Unrecht des ~ 474–476
- Zurechnung zwischen Staat und ~ 51, 474–476
- Staatsperson *s. a. Staatswille* 242
- Einheitlichkeit der ~ 51, 262
- gleichwertige Persönlichkeit der ~ und der übrigen Rechtssubjekte 225 f.
- Mehrwert der ~ (O. Mayer) *s. a. Mehrwerttheorie* 280
- Rechtsordnung als Wille einer einheitlichen ~ 447
- Staatsunrecht und Einheit der ~ 445 f.
- Staatswille und ~ 50 f.
- tatsächlicher Akt wird Staatsakt durch Zurechnung zur juristischen ~ 223–225, 289, 313, 448 f.
- und übrige Rechtssubjekte 290 f., 445, 523–525
- Staatspflicht
- subjektives Recht und ~ 267
- Staatsphilosophie 648*
- Staatsrecht *s. a. öffentliches Recht* 151, 153, 281, 678*, 686*, 698*, 699*, 703*, 706*, 706.257*, 708*f., 711*, 723*, 738*, 739*, 750*
- der Argentinischen Republik 64, 646*
- der Vereinigten Staaten von Amerika 61, 646*
- des Großherzogtums Oldenburg 61 f., 646*
- des Königreichs Belgien 60 f., 646*
- des Polizeistaats 259 f.
- deutsches ~ 148 f., 159.9*, 685*, 750*
- Griechenlands 646*
- Luxemburgs 646*
- Negation des ~ 149, 150, 154
- nur für den Rechtsstaat besteht das ~ 229
- öffentliches Interesse und ~ 266 f.
- princeps legibus solutus *s. a. Absolutismus* 253, 254
- Rechtsstaatsidee als logische Voraussetzung des ~ 263, 292, 315, 531
- römisches ~ 148 f., 252, 254 f., 327 f., 685*, 686*
- Staatsunrecht und ~ schließen sich gegenseitig aus 531
- und Verwaltungsrecht Argentinien 64, 646*
- Willensbegriff im ~ 36–39, 641*
- Staatsrechtliche Konstruktion
- Staat als Person als Grundpfeiler der ~ 36 Staatsrechtslehre *s. a. Staatslehre, allgemeine*
- als normative Disziplin 441
- nur für den Rechtsstaat besteht das Staatsrecht 229
- Staat als Rechtssubjekt Voraussetzung des Staatsrechts 225 f.
- Staat als soziale Einheit nur vorausgesetzt 209 f.
- Staatsunrecht als Problem der allgemeinen ~ 441
- Staatslehre *s. a. Staat*
- anorganische ~ *s. dort*
- in der organischen ~ Staatswille ein realpsychischer Gesamtwille 37
- organische ~ *s. dort*
- organische ~ übersieht, dass Staat zugleich Träger der Rechtsordnung und Rechtssubjekt 463–468
- organische und anorganische ~ 455 f., 457, 462 f.
- Staats- und Gesellschaftstheorien 534–541
- Staatsunrecht 643*, 690*, 734*–743*
- als (un)logisches Monstrum 453, 530
- als Problem der allgemeinen Staatsrechtslehre 441
- Begriff (G. Jellinek) 444 f., 515, 516 f., 521
- Begriff (W. Jellinek) 514 f.
- Einheit der Staatsperson und ~ 445 f.
- fehlerhafter Staatsakt und ~ 476, 515
- Gefühlsjurisprudenz 530
- Gesetzgebung und ~ 516 f.
- Haftpflicht des Staates für seine Organe *s. dort*
- im Rechtssinne 441
- in der juristischen Konstruktion und in der Praxis 521 f.
- liegt jenseits der Rechtslogik 465 f., 471
- Methodensynkretismus im Begriff des ~ 530
- Monarch und ~ 443 f., 521
- moralisches Unrecht und ~ 517
- nach der Rechtslogik nur Voraussetzung, nie Inhalt des Staatswillens 452

- Staatsrecht und ~ schließen sich gegenseitig aus 531
- „the king can do no wrong“ 443, 521, 738*
- Unmöglichkeit von ~ 443f., 452f., 465f., 521
- Unrecht des Staatsorgans und ~ 474–476
- Verfassungsbruch und ~ 516f.
- völkerrechtliches Delikt und ~ 517
- ziviles ~ 468–474
- „(Über) Staatsunrecht“ (HK) 643*, 690*, 734*–743*
- Staatsverträge s. a. *Staatsakt* 544–550
- Abschluss von ~ 544–550
- Durchführung von ~ 544, 547, 550
- Gültigkeit von ~ 544–547, 549f.
- Kompetenz des Monarchen zum Abschluss von ~ 545–547
- staatsrechtlicher Bestand von ~ 544, 546f.
- völkerrechtlicher Bestand von ~ 544–546, 549
- Zustimmung des Parlamentes 544–550
- Staatsvolk
- Einheitlichkeit des ~ 38f.
- Gemeinschaft der Herrschenden als Gemeinschaft des gesamten ~ eine Fiktion 220
- Gesamtwille und ~ 38, 215, 220f.
- und herrschende Klasse 220f.
- Staatswille s. a. *Gesamtwille*; *Staat*; *Staatsperson* 240–242, 445f., 447, 450, 641*, 737*
- als Endpunkt der Zurechnung 50f., 225, 451, 453, 742*
- als real-psychische Tatsache eine Fiktion 39
- einheitlicher ~ 37f., 51, 285
- Gesetzgebung als einzige Quelle des ~ 242
- in der organischen Staatstheorie ~ als real-psychischer Gesamtwille 37, 51
- Notwendigkeit eines einheitlichen ~ 242
- Permanenz des ~ 39
- Recht als ~ 38
- Staatsperson und ~ 50f.
- Staatsunrecht nach der Rechtslogik nur Voraussetzung, nie Inhalt des ~ 452
- stát
- idea právního státu, předpoklad každého ~ v právním smyslu 192
- jako fikce 181
- jako jednotka svazová (G. Jellinek, Haenel) 184násl., 186
- jako mocenský poměr 186násl., 193násl.
- jako nositel právního řádu viz též *stát jako subjekt práv* 189–192, 196
- jako právní subjekt a mocenský subjekt 193násl.
- jako právnícká a sociologická jednotka 179
- jako právnícká jednota 189–192
- jako sociální jednotka 180–188
- jako subjekt práv viz též *stát jako nositel právního řádu* 179, 189–194, 196
- jako teleologická jednotka 185násl.
- moc ~ stanoviti právo 196–199
- právnícká konstrukce ~ předpokládá právní řád 190, 197
- psychologické podklady ~ 185násl.
- stát jako právní subjekt všem jiným právním subjektům koordinován 192násl.
- státní jednotka na základě „vůle celku“ 181–184, 186
- synkretismus method v konstrukce ~ 194
- v státoprávní vědě ~ jako sociální jednotka předpokládati 178násl.
- všeobecná státověda jako přírodní věda ~ 179
- všeobecná státověda jako všeobecná sociální nauka o ~ 179
- Statistik 660*, 660.121*, 706*, 706.257*, 723*
- státní čin
- lidský čin jako ~ na základě přičitatelnosti právnícké osobě státní 190–192
- státní idea
- rozlišování sociologické a právnícké ~ 178
- státní národ
- a panující třída 187násl.
- a vůle celku 183
- společenství panujících osob jako společenství veškerého ~ je fikce 188
- státní obvod (G. Jellinek) 185
- státní osoba
- lidský čin jako státní čin na základě přičitatelnosti právnícké ~ 190–192
- rovnocenná osobnost státu a veškerých jiných subjektů práva 192násl.

- státní vůle
 – jako konečný bod přičitatelnosti 191 násl.
- státoprávní nauka *viz též nauka o státu, všeobecná*
 – pouze pro právní stát existuje státní právo 195
 – stát jako právní subjekt předpokladem státního práva 192 násl.
 – stát jako sociální jednotka předpokládati 178 násl.
- státověda, všeobecná
 – jako přírodní věda státu 179
 – jako všeobecná sociální nauka o státu 179
 – stát jako právní a sociologická jednotka 178 násl.
- Stellvertretung
 – Organshaft und ~ 474–476
- Steuern
 – indirekte ~ 115
- Stoerk, Felix 177.7*, 208.7*, 270.61*
 – Methodensynkretismus bei ~ 208, 209
 – synkretismus method 177
 – zivilistische und publizistische juristische Methode 270 f.39 (270)
- Strafe
 – Exekution und ~ als Unrechtsfolge 451
- Strafgesetzbuch
 – österreichisches ~ 82
- Strafprozessordnung
 – in Österreich 165.42*
- Strafrecht *s. a. Schuld* 641*, 698*, 762*
 – Gleichung zwischen Schuld und Wille 43, 47
 – im öffentlichen Interesse 266
 – sozialpräventive Funktion des ~ 46
 – Willensbegriff im ~ 42–47
 – Zurechnung und ~ 48
- Strafrechtswissenschaft 126
 – Ersetzung der ~ durch die Psychiatrie 126
 – in Österreich 165.42*
- Stufenbau der Rechtsordnung 694.207*, 725*
- Subjektives Recht *s. a. objektives Recht* 268
 – objektives Recht und mein Recht 267, 272
 – objektives Recht und ~ 222 f., 447 f.
 – öffentliches Interesse und ~ 267
- Staatspflicht und ~ 267
- subjektivní právní řád
 – protiva mezi objektivním právem a ~ 189 násl.
- subjekt práv
 – stát jako ~ a subjekt moci 193 násl.
 – stát jako ~ *viz též stát jako nositel právního řádu* 179, 189–194, 196
 – stát jako ~ všem jiným ~ koordinován 192 násl.
- Subordination *s. a. Völkerrecht, nationales Recht und* ~ 367, 369, 374, 380, 382, 397, 545
- Subordinationstheorie 709*
- Subsumtion 80, 82, 83
- Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus 85.19*, 555.5*, 577.82*, 593.123*
- survival of the fittest *s. a. Darwin, Charles* 124
- Synkretismus der Methoden *s. Methodensynkretismus*
 synkretismus method *viz též fikce*
 – G. Jellinek 178, 186–188
 – Stoerk 177
 – v konstrukce státu 194
 – v moderní pozitivistické nauce právní 177
 – v organické teorie státní 184
 – vede k fikce 176 násl.
- T
- Tatbestand *s. a. Tatsache; Unrechtstatbestand*
 – ~lücken *s. a. Lücken, unechte* 436
 – Zurechnung ist die Verknüpfung zwischen ~ und Person 47
- Tatsache *s. a. Tatbestand*
 – Fahrlässigkeit (als Schuldform) als (real-)psychische ~ 44
 – Gesellschaftsvertrag als historische ~ 33
 – Staatswille als real-psychische ~ eine Fiktion 39
- Tatsächliches Geschehen *s. a. Sein* 553
- Technik
 – im 19. Jahrhundert 114
 – Methode in der Wissenschaft und ~ in der Kunst 25
- Teleologie *s. Zweck*
 teleologie *viz účel*
- Territorialitätsprinzip 627

- Testament 328f., 353, 610, 611
 Tezner, Friedrich 484.98*
 – Nichtigkeit, Anfechtung und Vernichtbarkeit fehlerhafter Staatsakte 484–486
 „the king can do no wrong“ 443, 521, 738*
 Theologie 740*, 741*
 theorie nadhodnoty 194násl.
 – (právníká) nadhodnota na základě moci 194násl.
 – kritika Weyrova 194–199
 – moc státu stanoviti právo 196–199
 – rozdíl mezi veřejným a soukromým právem 194–199
 theorie o společenské smlouvě
 – jako fikce 176násl.
 theorie o státu
 – anorganická ~ viz *anorganická theorie o státu*
 – organická ~ viz *organická theorie o státu*
 Tratte s. a. *Wechsel*
 – akzeptierte ~ 97, 101
 – inakzeptable ~ s. *inakzeptable deckungsberechtigte Tratte*
 Tugend 130
- U
- Überleben des Stärkeren 124
 Übermensch s. a. *Nietzsche* 121
 Über-/Unterordnung s. *Subordination*
 Übertragung der gesetzgebenden Gewalt 372–374, 377, 385
 Überwindung des Naturrechts durch die positivistische Rechtswissenschaft 33
 Übung 336, 338
 účel
 – přičitatelnost nemá teleologickou povahu 190násl.
 – stát jako teleologická jednotka 185násl.
 Ulpian 251.16*
 – Interessentheorie 265, 709*
 – Unterscheidungskriterium zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 251f.
 Ungültigkeit von Verfassungsbestimmungen 544, 546f.
 Universalismus 122–124, 127
 (Un)politische Bildung s. a. *Bildung* 114, 116, 118, 124, 128, 129, 130, 134f.1 (134), 135
 Unrecht
 – Begriff des ~ 451
 – des Staates s. *Staatsunrecht*
 – Rechtsordnung rechnet der Person ~ zu, die die Unrechtsfolge trifft 457
 – Schuld und ~ 462f.
 – ~ des Staates und ~ des Staatsorgans 474–476
 – Unterschied zwischen kriminellem und zivilem ~ 454f.
 – ziviles ~ des Staates 468–474
 – Zurechnung eines kriminellen ~ zum Staat 455, 463–468, 473
 Unrechtsfähigkeit
 – Delikts- und ~ des Staates 456, 463–468, 518f.
 – Delikts- und ~ juristischer Personen als Zurechnungsproblem 456
 – Haftpflicht des Staates für seine Organe s. *dort*
 – kriminelle ~ einer juristischen Person 457f.
 – zivile ~ juristischer Personen 456f.
 Unrechtsfolge 325
 – Rechtsordnung rechnet der Person den Unrechtstatbestand zu, die die ~ trifft 457
 – Strafe und Exekution als ~ 451
 – Unterschied zwischen kriminellem und zivilem Unrecht 454f.
 Unrechtstatbestand s. a. *Tatbestand* 46, 457, 462f.
 Unterlassen 89, 91f.
 – rechtsgesellschaftliches 90
 Unterscheidung
 – Grund für die unterschiedlichen Willensbegriffe 53f.
 – von Rechtsgeschäft und Realakt 248f.
 – zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise im Rahmen des Willensbegriffs 36
 – zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise in der Naturrechtslehre 32f.
 – zwischen Sein und Sollen s. *Sein und Sollen*
 Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht s. a. *Mehrwerttheorie; öffentliches Recht; Privatrecht* 227–234, 249
 – alle Rechtsbeziehungen öffentlich und privat zugleich 269

- als Bestreben, das rein formale Kriterium Recht mit dem materiellen Element der politischen Gewalt zu vertauschen 256, 314–316
 - als Differenz zwischen Recht und politischer Macht 256, 260, 296f., 314–316
 - als herrschende Ansicht 250f.
 - bei O. Mayer 312f.
 - entstammt dem römischen Recht 250f.
 - formaler Ansatz zur ~ 256, 264, 265, 272f., 277f., 278f., 284, 291, 293, 295, 298, 299, 303, 315
 - Herrschaftstheorie *s. a. dort* 271–278
 - im römischen Recht auf schwachen Beinen 264
 - Interessentheorie *s. a. dort* 264–270
 - Kritik Weyrs 228–234, 251, 270f.³⁹ (271), 296.⁶⁴, 316.⁹⁰
 - materieller Ansatz zur ~ 256, 264, 273, 276, 278, 284, 191, 298, 299, 305f., 313
 - Mehrwerttheorie 227f.
 - Mehrwerttheorie ermöglicht keine ~ 291, 296f.
 - nach Rechtswegaufteilung und politischen Erwägungen 303, 304f., 313
 - nur aus der Rechtsordnung selbst 297f., 305
 - öffentliches Recht als Gewaltverhältnis 276, 291, 314–316
 - psychologische Begründung Weyrs 233
 - Rechtsstaatsidee unvereinbar mit der ~ 296f.
 - Unterscheidung von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung des Staates für seine Organe 522–524
 - Unterscheidungskriterium bei Papinian 252
 - Unterscheidungskriterium bei Ulpian 251f.
 - zur Abgrenzung von Nichtigkeit und Verzichtbarkeit des fehlerhaften Staatsakts (Kormann) 500–507
- Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft *s. a. Herrschaftstheorie* 249, 269f., 300–316
- bei Kormann 300–305, 306
 - nicht aufgrund einseitiger Willensäußerung der Staatsperson 298f.
 - nur aus der Rechtsordnung selbst 297f., 305f.
- Vertragsfreiheit 312
 - Unterscheidung von Rechtsordnung und Exekutive 231–233
 - als logische Folge der Rechtsstaatsidee 231
 - bei Weyr 231
 - Untersuchungen
 - methodologische ~ als Selbstzweck 24f.
 - Untertan
 - rechtlich gibt es nur ~ der Rechtsordnung 291
 - Staat als Diener, nicht als ~ der Gesetze (O. Mayer) 262
 - Staat und ~ *s. Mehrwerttheorie*
 - Ungleichheit zwischen Staat und ~ (O. Mayer) 280
 - Verwaltung im Rechtsstaat ~ der Rechtsordnung 261, 262, 292f.
 - Urteil 325, 336, 558, 571, 572, 586, 591, 597
 - Gemeinsamkeit von Rechtsgeschäft, ~ und Verwaltungsakt 295f.
 - gründet sich stets auf das Gesetz (O. Mayer) 282f.
 - Rechtskraft 293
 - Rechtsprechungsfunktion der Verwaltung 293, 294f.
 - Rechtssatz als hypothetisches ~ 224, 257, 290, 450, 475, 477, 487, 519
 - stellt nur Rechtspflicht/Rechtspflichtverletzung fest 287, 293
 - Urzeit
 - Rechtsverhältnisse in der ~ 327
- ## V
- věda *viz též kausální disciplíny; právní věda*
 věda norem *viz též norma*
- býtí má jako předmět ~ 173
 - dogmatická jurisprudence jako ~ 175
 - esthetika jako ~ 173
 - ethika jako ~ 173 násl.
 - grammatika jako ~ 173 násl.
 - logika jako ~ 173
 - nestanoví normy 175
 - norma jako faktum není předmětem ~ 173 násl.
 - poznávání norem a interpretace jako podstata ~ 175, 176
 - právní věda jako ~ 172, 174, 177 násl.
 - právník jako člověk a pluralita method 176

- přejímání bez kritiky fikce jiných věd 188
- ~ a interpretace 173–175
- Verantwortung
 - ministerielle ~ 416–423, 621–627, 629
- Verband / Verbände *s. a. Ehrlich, Eugen*
 - 326–328, 330f., 336–338, 346–348, 351
- Verbotensein als Grundlage der Schuld 45
- Verein für Socialpolitik 752*
- Vereinigte Staaten von Amerika 140f., 143
 - öffentliches Recht der ~ 646*
 - Staatsrecht der ~ 61, 646*
- veřejné právo
 - rozdíl mezi ~ a soukromým právem 194–199
- veřejnoprávní smlouva 195, 198
- Verfassung 115, 621, 624f., 629
 - Agrar~ 339, 353f.
 - belgische ~ 60
 - des Deutschen Reiches (1871) 151f., 151.12*
 - „Dezemberverfassung“ (1867) *s. dort*
 - Februarpatent (1861) *s. dort*
 - Frankreichs 646*
 - Heeres~ 621–623
 - Oktoberdiplom (1860) *s. dort*
 - Reichs~ 645*
 - ~ und Verwaltungsrecht 648*, 649*, 660*, 660.121*, 692.193*, 704*, 705*, 706*, 723*, 741*, 759*
- Verfassungsbestimmungen
 - Umdeutung von ~ 547
 - Ungültigkeit von ~ 544, 546f.
- Verfassungsbruch
 - Staatsunrecht und ~ 516f.
- Verfassungsentwicklung in Österreich 371, 377
- Verhalten
 - rechtsgesellschaftliches ~ 90
- Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz *s. a. Landes- und Reichsgesetz* 360, 362–364, 368–370, 372, 375f., 378–381, 383, 392, 394f., 407, 411f., 415f., 422
 - im Deutschen Reich 369, 383, 411
 - nach dem Februarpatent (1861) *s. a. dort* 377–384
 - nach dem Oktoberdiplom (1860) *s. a. dort* 373–377
 - nach der Dezemberverfassung (1867) *s. a. dort* 385–392
- Verhältnis zwischen Gesetz im formellen Sinn und Gesetz im materiellen Sinn 237–240, 242, 244f.
 - als Zurechnungsproblem 242
- Verhältnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher Forschung 25
- Verlagsvertrag 634*, 634f.8* (634)
- Vernichtbarkeit *s. fehlerhafter Staatsakt*
- Verordnung(en) 239–242, 245f.
 - Abgrenzung zum Gesetz 106, 108–110
 - als Exekutivakt des ermächtigenden Gesetzes 241
 - als Form der Verwaltung 239–241
 - als Vertretung des Gesetzes 242
 - Delegation und ~ 286
 - Gleichstellung von delegierter ~ und ermächtigendem Gesetz 241
 - nach § 14 StGG Reichsvertretung 108, 110
 - richterliche Verwerfungskompetenz für ~ 107
 - richterliches Prüfungsrecht bezüglich ~ 106–111
 - Statuierung von Rechtssätzen 239, 241
 - ~gewalt des Monarchen 621, 623
 - ~gewalt praeter legem 245f.
 - Verzicht auf die Gesetzesform des Rechtssatzes 240f.
- § 14-Verordnungen 550.28*, 665.131*, 699*
- Verordnungsrecht
 - nur aufgrund von Gesetzen 245f.
 - primäres ~ des absoluten Monarchen 243
- Verquickung
 - von Recht und Moral in der Naturrechtslehre 35
- Vertrag 298f., 327–330, 334, 337, 339–341, 340.5, 348, 610, 611
 - als Begriff der allgemeinen Rechtslehre 301
 - Bar~ 339
 - Gesellschafts~ *s. dort*
 - Haftungs~ 339
 - Kauf~ im Lichte der Mehrwerttheorie 311f.
 - Kredit~ 339
 - öffentlich-rechtliche ~ des Staates nicht denkbar (O. Mayer) 310f.
 - öffentlich-rechtlicher ~ 230, 233
 - öffentlich-rechtlicher ~ und Verwaltungsakt auf Unterwerfung 306f.

- Schuld~ 339
- Staat nach herrschender Lehre kein Gleichgeordneter bei öffentlichen ~ 300f.
- Staats~ *s. dort*
- Unterschied zwischen öffentlichem und privatem ~ nach herrschender Ansicht *s.a. Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht; Unterscheidung von öffentlichem und privatem Rechtsgeschäft* 300–316
- ~freiheit 312
- ~recht 327, 329, 611
- Verwaltungs~ 711*
- (altrömischer) zensorischer ~ und öffentlich-rechtlicher ~ 307–310
- Verwaltung *s.a. Exekutive; Verwaltungsakt; Verwaltungsrecht* 152f., 237, 240f., 243, 245f.
- Abgrenzung von Gesetzgebung und ~ 241, 243, 245
- ausschließendes Verhältnis von Rechtsordnung und ~ als rechtslogische Konsequenz der Rechtsstaatsidee 283, 284
- Autorität der Rechtsordnung und Person der ~ 285f.
- entzieht sich der rechtlichen Reglementierung 152
- Ermächtigung der ~ zum Erlass eines Rechtssatzes 240f.
- Fortwirkung des absolutistischen Staats 428f.
- Grenze zwischen Rechtsordnung und ~ 241
- Heeres~ 618–620, 622–629
- im Polizeistaat 258–260
- im Rechtsstaat Untertan der Rechtsordnung 261, 262, 292f.
- Justizförmigkeit der ~ 292f., 294f.
- Monarch als Chef der ~ 237, 243
- Rechtsprechungsfunktion der ~ 293, 294f.
- Reichs~ 646*
- Verordnungsgewalt *praeter legem* 245f.
- Vorrang der Gesetzgebung 245f.
- Verwaltungsakt *s.a. Verwaltung* 710*, 711*
- anfechtbarer ~ *s.a. fehlerhafter Staatsakt* 504f.
- Begriff (O. Mayer) 287
- Gemeinsamkeit von Rechtsgeschäft, Urteil und ~ 295f.
- hat Wirkung aus eigener Kraft (O. Mayer) 282f.
- öffentlich-rechtlicher Vertrag und ~ auf Unterwerfung 306f.
- publizistische Kraft des ~ (Kormann) 505
- Rechtspflicht durch ~ 287
- stellt nur Rechtspflicht/Rechtspflichtverletzung fest 288, 293f.
- Verwaltungsbeamter 79
- Verwaltungsgericht 622, 626
- Verwaltungsgerichtshof 107–111, 664*, 665*, 665.130*, 666*, 667*, 668*
- Verwaltungskommission (Böhmen) 106–111
- Verwaltungslehre 152f.
- Verwaltungsrecht *s.a. Verwaltung* 152f., 281
- der Argentinischen Republik 64, 646*
- öffentliches Interesse und ~ 266f.
- Staats- und ~ Argentinien 646*
- Verfassungs- und ~ 648*, 649*, 660*, 660.121*, 692.193*, 704*, 705*, 706*, 723*, 741*, 759*
- Verwaltungsvertrag 711*
- Verwechslung
- von Gegenstand und Wissenschaft 256
- Verzicht
- auf die Gesetzesform des Rechtssatzes *s.a. Delegation; Verordnung* 240f.
- Völkerpsychologie 214f.
- Völkerrecht 544–549, 648*, 706*, 723*, 739*, 750*, 751*
- Delikts- und Unrechtsfähigkeit des Staates 518f.
- dualistische Konstruktion 546f.
- Exekution im nationalen Recht und im ~ 519
- nationale Rechtsnorm und ~norm 519f.
- nationales Recht und ~ 518f., 545–548
- Normkonflikt zwischen nationalem Recht und ~ 520
- Selbständigkeit des ~ 545f., 549
- staatliche Rechtsordnung als von der Autorität des ~ delegiertes Normsystem 547
- Staatsunrecht und völkerrechtliches Delikt 517
- Subordination 367, 369, 374, 380, 382, 397, 545
- völkerrechtlicher Bestand von Staatsverträgen 544–546, 549

- Zurechnung und ~norm 517f.
- Völkerrechtsgemeinschaft 548
- als Oberstaat 548
- Völkerrechtsordnung 545–548
- als selbständiges Normsystem 545–547
- als übergeordnetes Normsystem 547
- Volksbildung *s. a. Bildung* 678*, 679*, 679.150*, 679.151*, 745*
- Volkstümliche Universitätsvorträge 679*
- Volksvertretung 620
- Volkswirtschaftslehre 706*, 706.257*, 723* „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1920) (HK) 645*, 653*, 714*
- Vorrang
 - der Gesetzgebung 245f.
- všeobecná státověda *viz státověda, všeobecná vůle celku*
- vůle celku
 - psychologie lidu a ~ 183
 - státní jednota na základě ~ 181–184
 - státní národ a ~ 183, 187 násl.
- vůle státu *viz státní vůle*

W

- Waffenübungen 619, 621
- Wahlpflicht 267
- Wahlrecht 267
- Warengläubiger 94f., 97–100
- Warenschuldner 94f., 97–101
- Warnungstafel
 - Fiktion als ~ für das Verunglücken der juristischen Konstruktion 39
- Wasserrecht 339
- Wechsel *s. a. (inakzeptable deckungsberechtigende) Tratte* 97
 - Deckungs~ 97, 101.21*
 - Keller~ 101.19*
 - Reit~ 101.19*
 - ~ordnung 661*
 - ~recht 648*
 - ~stempel *s. a. Zessionsstempel* 96
- Weg
 - Verhältnis zwischen ~ und Ziel wissenschaftlicher Forschung 25
- Wehrgesetzgebung *s. a. Heer* 621, 625
- Wehrmacht *s. Heer*
- Wehrpflicht, allgemeine *s. a. Heer* 616–622, 761*
- Wehrpflichtige *s. a. Heer*
 - assentierete ~ 616
 - Beschränkung der Zahl der ~ 620
 - Wehrverfassung *s. a. Heer* 621–623
 - Weltanschauung
 - als Synonym für Sollen 553, 578, 579, 594
 - Charakter als Wurzel der ~ 128
 - dualistische ~ Kelsens 442
 - Naturwissenschaft(en) als ~ 118, 121, 123, 124, 126
 - Wert *s. a. Sollen* 553, 554, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 575, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 586, 587, 590, 591, 592, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 603
 - als Voraussetzung oder Beziehungspunkt der Erkenntnis 563
 - Bedeutung und ~ 585
 - Begriff 86
 - Gleichsetzung von ~ und Wirklichkeit 535, 539f.
 - und Zweck als Synonym für Sollen 553, 578, 579, 594
 - ~beziehung *s. dort*
 - ~erkenntnis 574
 - Wert, Wertung, Werturteil 319, 319.1, 319f.2 (320), 321, 322, 329, 335, 336, 352f., 611
 - Wertbeziehung 85.19*, 567, 571, 573, 576, 595, 596
 - wertbeziehendes Verfahren 564–566, 568, 569, 572, 574
 - Wertlehre nach Rickert 319f.2 (320), 320.9*
 - Wertmaßstab
 - Gesetz als ~ 431
 - Wertung 557, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 581, 596
 - Werturteil 85.19*, 555.5*, 569, 570–572, 591, 592, 595, 596
 - Wirklichkeitsurteil und ~ 274f.
 - Wertwissenschaft 86
 - Weyr, Franz (František) 177.9* násl., 208f.9*, 271.70*
 - Brünner rechtstheoretische Schule 694*, 694.207*
 - Habilitationsschrift 694*f.
 - Habilitationsvortrag 692*f.
 - Kritik an der Mehrwerttheorie und der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht 228–234, 270f.39 (271), 316.90

- Kritik an O. Mayer 229f.
- kritika O. Mayera 195násl.
- kritika teorie nadhodnoty a rozdílu mezi veřejném a soukromém právem 194–199
- právní věda jako věda norem 177
- přejímání bez kritiky fikce jiných ~ 188
- psychologické vysvětlení rozlišování veřejného a soukromého práva 198
- psychologische Begründung der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht 233
- Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis 315.⁸⁹
- Rechtswissenschaft als Normwissenschaft 208f.
- Rezension von Kelsens „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ 695*
- Rezension von Kelsens „Hauptprobleme“ 693*, 734*
- Rezension von Spiegels „Gesetz und Recht“ 695*, 732*f.
- Rezeption durch Kelsen 699*
- rozlišování právního řádu a exekutivy 197
- Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht 228–234, 251, 270f.³⁹ (271), 296.64, 316.90
- Unterscheidung von Rechtsordnung und Exekutive 231
- zu Kelsens Lehre 693*
- „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ 695*, 711*, 711.280*
Wien 690*
- Soziologische Gesellschaft in ~ 24, 24.2*, 634*, 634.3*, 636*f., 698*
- Wiener Juristische Gesellschaft 736*, 736.369*, 736.370*, 736.371*, 737*
- Wiener rechtstheoretische Schule 694.207*, 730*, 731*, 748*
- „(Die) Wiener rechtstheoretische Schule“ 635*, 643*, 678*, 683*, 684*, 686*, 702*, 705*, 735*, 743*, 752*, 758*
- Wiener Schule der Nationalökonomie 651*
- Wirtschaftsuniversität ~ 648*, 649.91*
- Wille s. a. *Wollen* 36–47, 642*, 698*, 710*
- als Anfangspunkt der Zurechnung 53
- als Endpunkt der Zurechnung 50f., 225, 451, 453, 461, 742*
- als Wesen der Persönlichkeit 49
- Eliminierung des ~begriffs aus der Psychologie 54f.
- Fiktion und ~begriff 42, 50, 51f., 641*
- Freiheit des ~ 52–54, 642*
- Gesamt~ s. *dort*; s. a. *Individualwille*
- Gleichung zwischen Schuld und ~ 43, 47
- Grund für die unterschiedlichen ~begriffe 53f.
- Identität von ~ und Zurechnungsfähigkeit 50
- im Privatrecht 39–42, 641*
- im öffentlichen Recht 641*
- im Staatsrecht 36–39, 641*
- im Strafrecht 42–47
- in der juristischen Konstruktion und in der Soziologie 26, 36
- Individual~ s. a. *Gesamtwille* 26
- juristischer ~ 641*, 642*
- juristischer ~ und Zurechnung 446.2, 461
- real-psychischer ~ 449, 641*, 642*
- realpsychischer ~ und juristischer ~ 41f., 50, 52f., 53f.
- rechtliche Wirksamkeit und real-psychologischer ~ 40
- Rechtsgeschäft als ~erklärung 39
- Rechtsordnung als ~ einer einheitlichen Staatsperson 447
- Rechtsordnung, nicht ~ der Parteien statuiert Rechte und Pflichten 281
- Rolle des ~begriffs in der Ethik, Psychologie und Rechtswissenschaft 53f.
- Schuld als ~schuld 42, 43–45, 49, 641*
- Staatsperson und Staats~ 50f.
- Staats~ s. *dort*
- Staats~ als Endpunkt der Zurechnung 50f.
- Unterscheidung zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise im Rahmen des ~begriffs 36
- ~dogma im öffentlichen Recht als Fiktion 249
- ~dogma im Privatrecht widerlegt 249
- Zurechnung und ~ 49
- Willenserklärung
- einseitige ~ 298f.
- Willensfreiheit 52–54, 642*
- als notwendige Voraussetzung aller ethischen und juristischen Spekulation 52
- Identität von Zurechnung und ~ 52f.
- Kausalität und ~ 52f.

- Windelband, Wilhelm 52.45*, 270f.64*
 – Kausalgesetz 52
 – Naturwissenschaft und historische (Kultur-)Wissenschaft 270f.39 (270f.)
 Windscheid, Bernhard (Joseph Hubert) 39.36*
 – Willensbegriff 39
 Wirklichkeit *s. a. Sein* 535, 537f., 553, 554, 555, 556, 560, 561, 562, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 572, 573, 574, 575, 578, 579, 581, 582, 583, 591, 594, 594.2, 595, 596, 597, 598, 601, 602
 – als Synonym für Sein 553, 578, 579, 594
 – Gleichsetzung von Wert und ~ 535, 539f.
 – Recht als Teil der sozialen ~ 319, 322
 – Rechtswissenschaft als empirische ~betrachtung 580, 584, 585, 586, 587, 590, 593
 – ~erkenntnis 574
 Wirklichkeits-Wissenschaft 86, 319
 Wirklichkeitsurteil
 – Werturteil und ~ 274f.
 Wirksamkeit
 – real-psychologischer Wille und rechtliche ~ 40
 Wirkung
 – von Gesetzen 434
 – von Normen 431, 434
 Wirtschaftsuniversität Wien 648*, 649.91*
 Wissen
 – politisches ~ 128, 130, 143, 144
 Wissenschaft(en) *s. a. Disziplin(en)*;
 – Erfahrungs~ 86, 593f.
 – Ersetzung der Strafrechts~ durch die Psychiatrie 126
 – explikative ~ *s. explikative Disziplin(en)*
 – Finanz~ 706*, 706.257*, 723
 – historische ~ als explikative Disziplinen 30, 31
 – ist systematische Einheit von Erkenntnissen 554
 – Kausal~ *s. dort*
 – kritiklose Übernahme von Fiktionen in andere ~ 221
 – Logik 442f.
 – Methode in der ~ und Technik in der Kunst 25
 – Mut des Denkens 443
 – Natur~ als explikative Disziplinen 30, 38, 52
 – Natur~ und historische (Kultur-)~ (bei Windelband und Rickert) 270f.39 (270f.)
 – normative ~ *s. normative Disziplin(en)*
 – normsetzende Autorität / Funktion und ~ 30f., 205
 – Politik~ 706*, 706.257*, 723*
 – Rechtsanwendungs~ 81
 – Rechts~ *s. dort*
 – Seins~ *s. a. Sozialwissenschaft(en)* 78, 270f.39 (271), 430–433
 – Verhältnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher Forschung 25
 – Verwechslung von Gegenstand und ~ 256
 – Wert~ 86
 – wissenschaftliche Methode als Kompass auf dem Grenzgebiet der Disziplinen 25
 Wissenschaftlicher Sozialismus 538–540
 – Ableitung von Normen für den politischen Kampf aus der Erkenntnis der historischen Entwicklung 540
 – als Naturrecht der Gegenwart 540
 – explikative Betrachtung der sozialen Wirklichkeit 539f.
 – Gesellschaftskritik 540
 – historischer Materialismus 539f.
 – Methodensynkretismus 539f.
 – methodologische Kritik 539f.
 – Naturgesetz der Entwicklung als Gesetz des Fortschritts 539
 – Optimismus der materialistischen Geschichtsauffassung 540
 – „soziale Frage“ 539
 – Trugschluss von Sein auf Sollen 540
 Wissenschaftsbekanntnis Kelsens 441–443
 Wissenschaftsgeschichte
 – der Rechtswissenschaft *s. a. von Ihering, Rudolf* 159, 163, 164
 Wissentlichkeit (als Schuldform) 43
 Wollen *s. a. Wille* 553, 554, 559, 565, 569, 570, 571, 572, 592, 600, 603, 604
 – politisches ~ 128, 130, 134, 143
 – Sollen und ~ 29
 Wundt, Wilhelm 37.33*, 182.18*násl., 213f.18*,
 – Gesamtwille 37, 213f.
 – vůle celku 182.násl.

Z

Zahlungsverhältnisse 94–103

zákon(y) viz přírodní zákony; normy

„Zeit. Wiener Wochenschrift für Politik, Volkswirtschaft, Wissenschaft und Kunst“ 684*

„Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“ 734*–736*, 737*

„Zeitschrift für Militärrecht“ 758*, 759*, 760*, 761*

„Zeitschrift für Nationalökonomie“ 651*

„Zeitschrift für öffentliches Recht“ 730*, 731*, 747*, 748*

„Zeitschrift für Sozialforschung“ 744*

„Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik“ 651*

„Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung“ 651*, 652*

Zession 94–96, 100–102

– ~stempel *s. a. Wechselstempel* 101

Ziel

– Verhältnis zwischen Weg und ~ wissenschaftlicher Forschung 25

Zirkelschluss

– bei G. Jellinek 217, 218

Zivilrecht *s. Privatrecht*

Zurechnung *s. a. Kausalität; Relation* 83, 445, 641*, 642*, 698*, 701*, 738*, 740*, 740.392*, 742*, 742.400*, 754*

– Arten der ~ 448f.

– Delegation und ~ 243, 286

– Delikts- und Unrechtsfähigkeit juristischer Personen als ~problem 456

– der Organe zur juristischen Person 457, 460, 461, 462, 464f.

– eines kriminellen Unrechts zum Staat 455, 463–468, 473

– eines zivilen Unrechts zum Staat 468–474

– erfolgt aufgrund von (Rechts-)Normen 47, 51, 223–225, 289f., 452

– Fahrlässigkeitsdelikte und ~ 48f.

– für gesamte juristische Konstruktion grundlegend 225

– Gott als Endpunkt der ~ 453, 741*

– Identität von Willens- und ~fähigkeit 50

– Identität von Willensfreiheit und ~ 52f.

– innerer Tatbestand als Bedingung der ~ 459f.

– ist die Verknüpfung zwischen Tatbestand und Person 47

– ist nicht kausaler oder teleologischer, sondern normativer Natur 47–49, 51, 224

– juristische Person als ~konstruktion 457

– juristischer Willensbegriff und ~ 446.2, 461

– Kausalität und ~ 53, 449, 459

– Kausalität zur Erklärung der ~ ungenügend 223

– Mechanismus der rechtlichen ~ 450f.

– Mensch als Endpunkt der ~ 642*

– Minimal- und Maximalerzeugungsbedingungen des Staatsakts 508–511

– Objekt der ~ sind nur äußere, nicht innere Tatbestände 458–460, 462

– Organschaft und Stellvertretung als ~relation 475

– (juristische) Person als Endpunkt der ~ 225, 461

– rechtliche ~ ist völlig willkürlich 459

– Rechtslogik als Schranke der ~ 456

– Rechtsnorm als ~kriterium 289f.

– Rechtsordnung als Summe von ~regeln 225, 451

– Rechtsordnung rechnet der Person die Unrechtstatbestand zu, die die Unrechtsfolge trifft 457

– Schuld als Bedingung der ~ 459f.

– Schuld bedeutet ~ eines Erfolges 49

– Staatswille als Endpunkt der ~ 50f., 225, 451, 453, 742*

– Strafrecht und ~ 48

– tatsächlicher Akt wird Staatsakt durch ~ zur juristischen Staatsperson 223–225, 289, 313, 448f.

– Teleologie und ~ 449f., 459

– Verhältnis zwischen Gesetz im formellen Sinn und Gesetz im materiellen Sinn als ~problem 242

– Völkerrechtsnorm und ~ 517f.

– Wille als Anfangspunkt der ~ 53

– Wille als Endpunkt der ~ 50, 642*

– ~formel *s. Delegation*

– zwischen Staat und Staatsorgan 51, 474–476

Zwangsgewalt

– staatliche ~ im Polizeistaat kein Inhalt einer Rechtspflicht 257

Zwangswissenschaft des Staates 350

- Zweck *s. a.* *Sollen* 553, 554, 586, 594, 595, 597, 599
- als Synonym für *Sollen* 553, 594
 - der Gesetze/ Rechtsordnung *s. a.* *Rechtssatz* 80–82, 470f.
 - im Recht *s. a.* *von Ihering, Rudolf* 158, 163
 - kein teleologischer Charakter der Zurechnung 224
 - Rechtswidrigkeit und ~widrigkeit 477, 503–505
 - Staat als teleologische Einheit 218f.
 - Teleologie 449f., 459
 - Wert und ~ als Synonym für *Sollen* 553, 578, 579, 594
 - Zweckforschung 80–82

